

**REPUBLIQUE FRANCAISE
AU NOM DU PEUPLE FRANCAIS**

COUR D'APPEL DE LYON
8ème chambre, 10 Mai 2011

APPELANTE

Société GUTENBERG NETWORKS
Représentée par ses dirigeants légaux
2 rue Kléber

92300 LEVALLOIS PERRET

Représentée par la SCP BAUFUME - SOURBE, avoués à la Cour, assistée de la SCP
DERRIENNIC ET ASSOCIES, avocats au barreau de PARIS représentée par Me LEFEVRE,
avocat au barreau de PARIS

INTIMÉE

Société KNOWLINK
Représentée par ses dirigeants légaux
4 rue Auguste Gaché
38000 GRENOBLE

Représentée par la SCP LIGIER DE MAUROY - LIGIER, avoués à la Cour, assistée de Me
Jean-Philippe LECLERE, avocat au barreau de GRENOBLE substitué par Me LOUVIER,
avocat au barreau de GRENOBLE

* * *

Date de clôture de l'instruction : 18 Mars 2011

Date des plaidoiries tenues en audience publique : 05 Avril 2011

Date de mise à disposition : 10 Mai 2011

Composition de la Cour lors des débats et du délibéré :

- Pascal VENCENT, président
- Dominique DEFASNE, conseiller
- Françoise CLEMENT, conseiller

Assistés pendant les débats de Nicole MONTAGNE, greffier.

A l'audience, Pascal VENCENT a fait le rapport, conformément à l'article 785 du code de
procédure civile.

Arrêt contradictoire rendu publiquement par mise à disposition au greffe de la cour d'appel,
les parties en ayant été préalablement avisées dans les conditions prévues à l'article 450 alinéa
2 du code de procédure civile,

Signé par Pascal VENCENT, président, et par Nicole MONTAGNE, greffier, auquel la
minute a été remise par le magistrat signataire.

* * *

La société KNOWLINK, exploitant une solution informatique "Knowbox" et la société MARKETING HOTSPOT, spécialisée dans l'édition de catalogue pour les grandes surfaces, ont entretenu depuis 2007 des relations commerciales. Le 3 avril 2008, les parties ont formalisé un accord prévoyant la mise à disposition de la solution "Knowbox" auprès des clients de MARKETING HOTSPOT moyennant la facturation par KNOWLINK de redevances et de frais de support/maintenance définis contractuellement. Après avoir été en litige quant à l'exploitation de ce logiciel, les parties parvenaient à un accord transactionnel le 22 août 2008 portant notamment sur les points suivants :

- la société MARKETING HOTSPOT fournirait à KNOWLINK la preuve de la désinstallation de la solution "Knowbox" installée chez ses clients ainsi que de la destruction de toute copie en sa possession,
- la société MARKETING HOTSPOT s'engageait irrévocablement, pour une durée de deux ans, à ne pas mettre en place chez ses clients, en lieu et place de la solution "Knowbox", aucune solution informatique alternative.

Or, la société KNOWLINK prétend que, postérieurement au 1er janvier 2009, le logiciel "Knowbox" était toujours exploité par la société GUTENBERG, cliente de la société MARKETING HOTSPOT. Des constats d'huissier auraient été dressés confortant ce soupçon. Le président du tribunal de grande instance de Saint Etienne était saisi par requête aux fins de constat et rendait une ordonnance le 11 décembre 2009.

L'objectif de cette requête était bien de faire constater que la société NETWORTH avait continué de distribuer la solution "Knowbox" chez ses clients notamment GUTENBERG après le 31 décembre 2008, alors que, selon KNOWLINK, la société NETWORTH n'y était plus autorisée.

Ce magistrat désignait maître A..., huissier de justice, avec une mission complète tendant à démontrer l'utilisation par la société GUTEMBERG d'une solution informatique dénommée "EASYPROD/AFINEO" installée sur les ordinateurs utilisés par cette société.

Les opérations se sont déroulées le 21 décembre 2009 dans les locaux de la société GUTENBERG à Saint Etienne.

C'est dans ce contexte que la société GUTENBERG a assigné la société KNOWLINK en référé devant monsieur le président du tribunal de grande instance de Saint Etienne, aux fins de rétractation de l'ordonnance du 11 décembre 2009.

Par ordonnance du 18 février 2010, le juge des référés a débouté la société GUTENBERG de sa demande de rétractation, confirmant l'ordonnance du 11 décembre 2009 et ordonnant en conséquence la communication à la société KNOWLINK des documents remis à maître A... dans le cadre de sa mission.

La cour est saisie de l'appel de cette décision.

La société GUTENBERG NETWORKS, demande ainsi à la cour de :

- réformer l'ordonnance du 18 février 2010 en toutes ses dispositions,

- constater l'incompétence du tribunal de grande instance de Saint Etienne au profit du tribunal de commerce de Saint Etienne,
- constater, si la compétence du tribunal de grande instance devait être retenue sur le fondement invoqué de l'article L. 331-1 du code de propriété intellectuelle, que le tribunal de grande instance compétent était celui de Lyon,
- constater que KNOWLINK n'a pas démontré les circonstances justifiant la nécessité d'enfreindre le principe du contradictoire,
- constater que ni la requête du 10 décembre 2009, ni l'ordonnance du 11 décembre 2009 n'ont énoncé les circonstances susceptibles de motiver la dérogation au principe du contradictoire,
- constater, en tout état de cause, que les éléments constatés au cours du constat du 21 décembre 2009 auraient pu être obtenus dans le cadre d'une procédure contradictoire,
- dire et juger que les conditions posées à l'article 493 du code de procédure civile n'ont pas été respectées,
- constater l'absence de motif légitime,
- constater que la mesure d'instruction confiée à l'huissier de justice, maître A..., par l'ordonnance du 11 décembre 2009, était imprécise, générale,
- constater que cette mission a porté une atteinte manifeste au secret des affaires et à la confidentialité des données relatives à la société GUTENBERG et à ses clients et que ces données auraient dues être protégées,
- dire et juger que les conditions posées à l'article 145 du code de procédure civile n'ont pas été respectées ; que le défaut de signification et de communication des pièces de la requête du 10 décembre 2009 à GUTENBERG constitue une violation du principe du contradictoire,

Par conséquent,

- rétracter l'ordonnance rendue le 11 décembre 2009 par le président du tribunal,
- dire nuls et de nul effet tout acte d'exécution, constat et autre document établis en exécution de l'ordonnance du 11 décembre 2009,
- ordonner la restitution de l'ensemble des supports et copies de tous les éléments remis par GUTENBERG à l'huissier de justice, maître A...,

En tout état de cause,

- constater que l'huissier et monsieur B... ont dépassé le cadre de la mission confiée aux termes de l'ordonnance sur requête du 11 décembre 2010,
- prononcer la nullité du constat d'huissier effectué entre les 21 et 23 décembre 2009,

- condamner la société KNOWLINK à payer à la société GUTENBERG la somme de 10.000 euros au titre de l'article 700 du code de procédure civile.

Il est soutenu en substance que le tribunal compétent était le tribunal de commerce de Saint Etienne s'agissant d'une requête portant sur le non-respect d'un protocole transactionnel conclu entre deux commerçants ; que la requête de KNOWLINK n'est pas, comme prétendu, fondée sur une suspicion de contrefaçon justifiant la compétence des juridictions civiles, mais sur la volonté d'établir la violation par la société NETWORTH des engagements souscrits aux termes du protocole transactionnel du 22 août 2008 en ayant continué la distribution à ses clients (et notamment à GUTENBERG) de la Solution Knowbox au-delà de la date butoir du 31 décembre 2008 prévue aux termes du dit protocole. Il y aurait en tout état de cause incompétence du tribunal de grande instance de Saint Etienne au profit du tribunal de grande instance de Lyon seul compétent régionalement en matière de propriété intellectuelle.

Sur le bien fondé de la demande, il est mis en avant le fait qu'il n'a pas été justifié de la nécessité d'agir non contradictoirement alors que le principe du contradictoire est la règle, ni la requête ni l'ordonnance n'énoncent les circonstances susceptibles de motiver la dérogation au principe de la contradiction, or le juge de la rétractation ne pouvait, sans procéder à une justification a posteriori, retenir le bien-fondé du recours à la procédure non contradictoire ce d'autant que les pièces demandées auraient pu être communiquées dans le cadre d'une procédure contradictoire.

Il est enfin souligné le fait que les dispositions de l'article 145 du code de procédure civile n'auraient pas été respectées du fait de l'absence de motif légitime car le lien entre l'exploitation du service de GUTENBERG « EasyProd » et le logiciel « Knowbox » après la date du 31 janvier 2008 serait trop ténu pour constituer un motif légitime et une procédure dérogeant, de manière exceptionnelle, au principe du contradictoire.

Il est encore reproché à la mission confiée à l'huissier de justice d'être trop imprécise et générale ce qui ne permettait pas de protéger le secret des affaires et à l'adversaire de n'avoir procédé à la signification des pièces visées dans la requête à l'origine de l'ordonnance du 11 décembre 2009.

Il est enfin soutenu que l'huissier de justice et l'expert informatique l'accompagnant ont dépassé la mission confiée par le juge en allant au delà du lieu géographique assigné et en investiguant sur des machines autres que celles visées.

A l'opposé, la société KNOWLINK SARL conclut à la complète confirmation de cette décision sauf à y ajouter une condamnation au titre des dispositions de l'article 700 du code de procédure civile pour une somme de 7.000 euros.

Il est répliqué que la compétence du juge des requêtes est celle de la juridiction dont il émane, que la compétence de droit commun du tribunal de grande instance fait de son président le juge des requêtes de droit commun. Or le litige devant suivre cette mesure d'instruction avait une double facette pour porter tant sur la violation d'engagements contractuels que sur des actes de contrefaçon de la part de la société NETWORTH, or les tribunaux de grande instance disposent désormais d'une compétence exclusive en matière de litiges afférents à la propriété intellectuelle qui est régionalement celle du tribunal de grande instance de Lyon.

Si en fait c'est le président du tribunal de grande instance de Saint Etienne qui a été saisi c'est que la jurisprudence accorderait cette compétence dans le silence des textes à égalité avec le président du tribunal de grande instance de Lyon, au président de la juridiction où la mesure demandée doit être exécutée dès lors que le juge du fond n'était pas saisi, et que la mesure demandée par requête devait être exécutée dans les locaux d'une société correspondant géographiquement à la compétence territoriale du tribunal de grande instance de Saint Etienne, soit en l'espèce les locaux de la société GUTEMBERG situés dans la ville de Saint Etienne. Il n'existerait ainsi aucun texte légal ou réglementaire prévoyant une compétence exclusive du président du tribunal de grande instance de Lyon pour statuer sur les requêtes fondées sur l'article 145 du code de procédure civile, quand bien même elles mettraient en cause une question de propriété intellectuelle.

S'agissant de l'absence de signification des pièces visées dans la requête les textes des articles 494 et 495 du code de procédure civile n'exigeraient selon l'intimée aucunement que les pièces annexées à la requête soient signifiées à la requise, seule une mention précise de leur nature étant exigée.

Sur l'absence de respect des dispositions de l'article 145 du code de procédure civile il est affirmé que les pièces demandées étaient indispensables à la manifestation de la vérité et constituaient le seul moyen d'obtenir les informations recherchées, par ailleurs, il ne pourrait être reproché à la société KNOWLINK de ne pas avoir demandé à l'amiable les renseignements recherchés, ayant déjà essuyé une absence de réponse de la part de la société GUTEMBERG quant au logiciel utilisé et sa filiation avec le logiciel "Knowbox".

Sur le caractère prétendument général de la mission confiée à l'huissier, il est affirmé que seule une comparaison de la structure des codes entre la solution Knowbox fournie originellement à la société MARKETING HOTSPOT par la société KNOWLINK et la solution actuellement utilisée par la société GUTENBERG pouvait permettre d'établir la violation par la société NETWORTH des engagements souscrits aux termes du protocole transactionnel du 22 août 2008, que la mission donnée n'avait que ce seul objectif, la mission étant exclusivement circonscrite aux conditions d'utilisation et d'exploitation par la société GUTENBERG du logiciel utilisé en remplacement de la solution Knowbox.

Sur la protection du secret des affaires, il est rappelé à la suite d'un arrêt de la Cour de cassation du 7 janvier 1999 de la 2ème chambre civile que « Le secret des affaires ne constitue pas en lui-même un obstacle à l'application des dispositions de l'article 145 du code de procédure civile, dès lors que le juge constate que les mesures qu'il ordonne "procèdent d'un motif légitime et sont nécessaires à la protection des droits de la partie qui les a sollicitées".

Ainsi, selon l'intimée, la société KNOWLINK était parfaitement fondée à solliciter du juge, pour la protection légitime de ses intérêts, les moyens lui permettant de vérifier si son logiciel "Knowbox" ou un dérivé continuait d'être exploité par la société GUTENBERG au mépris de ses droits d'auteur et en violation des engagements contractuels de la société NETWORTH, et l'éventuelle atteinte au secret des affaires qui en a découlé était justifiée par cet intérêt légitime.

Sur la nécessaire infraction au principe du contradictoire, il est affirmé que ce recours à une procédure sur requête était obligatoire car il était inenvisageable d'obtenir les documents relatifs à l'exploitation du logiciel Knowbox ou d'une solution dérivée par GUTENBERG, et

sa distribution par NETWORTH, en ayant recours à une procédure contradictoire, du type référés. Il est soutenu que, si la société KNOWLINK avait eu recours à une procédure contradictoire, GUTENBERG aurait pu effacer toute trace du logiciel utilisé, et faire disparaître les documents contractuels et comptables afférents aux relations qu'elle entretenait avec NETWORTH.

Sur le dépassement de pouvoirs de l'huissier et de l'expert l'accompagnant, il est affirmé que les accusations portées sont dénuées de fondement la récupération du code source par téléchargement à partir d'un serveur distant rentrant bien dans la mission de l'huissier telle que décrite dans l'ordonnance.

Tel était l'état de la procédure début mars 2011.

La société GUTENBERG a ensuite déposé deux nouvelles pièces 10 et 11 et de nouvelles écritures le 17 mars 2011 comportant dix pages nouvelles d'argumentation.

La société KNOWLINK a demandé le report de l'ordonnance de clôture prévue le 18 mars afin de pouvoir répondre à ces dernières écritures et a elle-même déposé ses conclusions en réponse dès le 22 mars, accompagnées de trois pièces.

Le rabat de la clôture a été refusé.

La société KNOWLINK estime être en droit de demander à la cour, à titre principal, le report de la date de la clôture afin de permettre la recevabilité de ses propres conclusions.

A l'opposé, la société GUTENBERG NETWORKS demande à la cour sur ce point de confirmer l'irrecevabilité des écritures et pièces notifiées par KNOWLINK le 22 mars 2011, ainsi que la recevabilité des conclusions et pièces notifiées par GUTENBERG le 17 mars 2011.

SUR QUOI LA COUR

Le procédé ayant consisté pour la société GUTENBERG à conclure, avec production de nouvelles pièces, la veille de l'ordonnance de clôture, interdisant par là même à son adversaire de répliquer utilement dans un laps de temps aussi court, est déloyal pour être délibérément attentatoire au principe du contradictoire et doit entraîner la mise à l'écart de ces écritures et pièces.

Les conclusions en réplique de la société KNOWLINK SARL deviennent de ce fait sans objet et il n'y a donc pas lieu à rabat de l'ordonnance de clôture.

Sur la compétence à la fois matérielle et territoriale du président du tribunal de grande instance de Saint Etienne, la cour reprend totalement à son compte la motivation du premier juge.

Il est en effet de principe constant que président du tribunal de grande instance, juridiction de droit commun, est compétent pour statuer sur toutes les requêtes n'étant pas confiées par un texte spécial à la compétence exclusive d'un président d'une autre juridiction, et ce quand bien même le fond du litige relèverait en principe de la compétence de cette autre juridiction.

Peu importe dans ces conditions que la juridiction éventuellement saisie du fond soit le tribunal de commerce.

Peu importe encore que le fond de ce litige porte sur une contrefaçon des droits d'auteur de la société KNOWLINK ou un manquement de la société NETWORTH à ses obligations contractuelles, le président de la juridiction de droit commun restant compétent en ces deux domaines pour rendre une ordonnance sur requête.

Pour ce qui est de la compétence territoriale du président du tribunal de grande instance de Saint Etienne, il est là encore de principe constant que, sauf disposition légale contraire, le juge territorialement compétent pour rendre une ordonnance sur requête est le président de la juridiction saisie au fond ou appelée à connaître d'un éventuel litige au fond ou celui du tribunal du lieu où la mesure demandée doit être exécutée.

Comme noté judicieusement par la société intimée, il n'existe ainsi aucun texte légal ou réglementaire prévoyant une compétence exclusive du président du tribunal de grande instance de Lyon pour statuer sur les requêtes fondées sur l'article 145 du code de procédure civile, quand bien même elles mettraient en cause une question de propriété intellectuelle.

Le juge territorialement compétent pour statuer sur la requête pouvait donc effectivement être celui du lieu où la mesure devait être exécutée, soit bien en l'espèce celui de la ville de Saint Etienne où la société GUTEMBERG est établie.

Pour ce qui touche au moyen que l'on veut tirer de l'absence de signification des pièces visées dans la requête, il suffit d'observer que l'article 494 du code de procédure civile n'oblige en ce domaine qu'à accompagner la requête de l'indication précise des pièces à communiquer et non pas des pièces elles-mêmes.

Or, il n'est pas contesté que l'huissier instrumentaire a bien signifié la requête incluant la liste précise des pièces et l'ordonnance à la société GUTENBERG.

Il convient bien de confirmer l'ordonnance du 18 février 2010 en ce qu'elle a jugé que le principe du contradictoire avait été respecté au stade de l'exécution de l'ordonnance sur requête.

Sur la prétendue absence de respect des dispositions de l'article 145 du code de procédure civile exigeant pour son application un motif légitime, la société Knowlink avance à bon droit que les différents constats d'huissier sur Internet que la société Knowlink avait fait réaliser lui fournissaient déjà des indices sérieux sur la poursuite de l'exploitation par la société GUTENBERG du logiciel "Knowbox", ou d'un logiciel dérivé de ce dernier, au-delà du 1er janvier 2009, que seule la production des pièces listées dans la requête de la société KNOWLINK lui permettait de compléter utilement son information sur ce point.

Il est désormais de principe constant que la légitimité de l'article 145 du code de procédure civile peut consister dans le fait de chercher à obtenir la communication de documents permettant à une partie d'apprécier l'importance des manquements imputés à une autre partie avant d'engager une action en responsabilité à son encontre.

Tel est exactement le cas d'espèce, la société intimée cherchant légitimement à savoir si, sur la base de premières informations inquiétantes obtenues sur Internet et face au silence de son

partenaire vainement interrogé sur ce point, le logiciel litigieux était ou non encore utilisé alors même qu'il avait été formellement entendu qu'il n'en serait rien, passé le 31 décembre 2008.

Le recours sur ce point à une mesure d'instruction non contradictoire répondait d'évidence aux circonstances de l'espèce et entrait pleinement dans le cadre restrictif des dispositions de l'article 493 du code de procédure pénale puisque un logiciel informatique est par définition immatériel et peut être désactivé voire détruit instantanément et la société visée avait d'ores et déjà manifesté une volonté d'obstruction en ne répondant pas aux interrogations sur son utilisation.

Clairement, une mesure contradictoirement prise en référé aurait permis une complète disparition des moyens de preuve immatériels, le risque étant d'autant plus grand qu'il existait une mauvaise volonté affichée de s'expliquer plus avant sur le logiciel "knowbox" ou ses dérivés comme en témoigne l'absence de réponse à l'interrogation solennelle par conseil interposé du 28 juillet 2009 contenant mise en demeure d'avoir à indiquer la solution prétendument mise en œuvre et son éditeur en remplacement de la solution "Knowbox" et lui donner son accord de principe sur la procédure de constat, si nécessaire, par un tiers désigné d'un commun accord, solution élégante et non traumatisante pour chacune des parties.

Quant au prétendu caractère imprécis de la mission donnée, il convient de noter que la saisie autorisée s'est limitée à la copie et la communication de tout élément permettant d'opérer une comparaison entre les logiciels et de découvrir le moyen par lequel la SAS GUTENBERG NETWORKS a pu entrer en possession de ce logiciel.

La mission était effectivement circonscrite au litige pouvant potentiellement opposer les parties portant sur le code de la solution dénommée EASYPROD/AFINEO, les informations concernant les conditions de son développement et les documents comptables ayant trait aux faits incriminés et rappelés dans l'ordonnance.

Effectivement seule une comparaison de la structure des codes entre la solution "Knowbox" fournie originellement à la société MARKETING HOTSPOT par la société KNOWLINK et la solution actuellement utilisée par la société GUTENBERG pouvait permettre d'établir la violation par la société NETWORTH des engagements souscrits aux termes du protocole transactionnel du 22 août 2008, ainsi qu'éventuellement la contrefaçon du logiciel "Knowbox", c'est à dire l'utilisation et l'exploitation non autorisées de ce logiciel de la part tant de la société NETWORTH que de la société GUTENBERG.

Quant aux documents comptables, dont on prenait le soin de dire qu'ils ne viseraient que les faits incriminés, ils étaient bien entendu susceptibles d'établir la réalité des relations commerciales et l'importance de l'éventuelle infraction à l'interdiction contractuellement convenue.

Le moyen de l'imprécision apparaît donc non fondé et l'ordonnance doit une fois encore être confirmée sur ce point.

Sur la prétendue violation du secret des affaires, il est judicieusement rappelé que le droit à la protection en cette matière ne constitue pas en lui-même un obstacle à l'application des

dispositions de l'article 145 du code de procédure civile, dès lors que le juge constate que les mesures qu'il ordonne procèdent d'un motif légitime et sont nécessaires à la protection des droits de la partie qui les a sollicitées.

Le juge des référés et la cour à sa suite ayant validé la légitimité du motif poursuivi, il est dès lors indifférent dans le cadre du présent litige de constater que cette intrusion a pu affecter le secret de certaines relations entre la société visée et ses clients.

Il peut être cependant noté que tout usage ou divulgation fait sans droit de ces informations collatérales touchant au secret des affaires par la société requérante, sans rapport avec le litige opposant les parties, serait constitutif d'une faute ouvrant droit pour la victime à de légitimes dommages et intérêts en rapport étroit avec le préjudice causé.

Enfin sur le prétendu dépassement des pouvoirs de l'huissier et de l'expert, il convient simplement de noter qu'une telle dérive, si elle devait être prouvée, est étrangère au présent litige, le juge des référés et la cour à sa suite n'étant habiles à statuer sur le fondement de l'article 496 du code de procédure civile que sur une éventuelle rétractation d'ordonnance et non sur l'usage qu'on en a fait.

Du reste cela constitue une demande nouvelle qui n'a pas été soumise au premier juge et comme telle elle doit être déclarée irrecevable par application de l'article 564 du code de procédure civile.

Il échet en définitive de confirmer la décision déferée en toutes ses dispositions.

L'article 700 du code de procédure civile doit recevoir application au profit de la société KNOWLINK pour une somme de 1.500 euros.

PAR CES MOTIFS

Dit n'y avoir lieu à rabat de l'ordonnance de clôture du 18 mars 2011 et constate que les écritures et pièces déposées le 22 mars 2011 par la société KNOWLINK l'ont été hors délai et sont comme telles irrecevables.

Ecarte également des débats les écritures de la société GUTENBERG NETWORKS en date du 17 mars 2011 ainsi que les pièces numérotées 10 et 11 déposées le même jour.

Confirme en toutes ses dispositions la décision déferée laquelle refusait de rétracter l'ordonnance du 11 décembre 2009.

Dit et juge irrecevable toute demande portant sur un prétendu dépassement de mission de l'huissier instrumentaire et de monsieur B...

Condamne la société GUTENBERG NETWORKS à verser à la société KNOWLINK la somme de 1.500 euros en application des dispositions de l'article 700 du code de procédure civile et aux entiers dépens d'appel, distraits au profit de la SCP d'avoués LIGIER de MAUROY & LIGIER, conformément aux dispositions de l'article 699 du code de procédure civile.

LE GREFFIER
LE PRESIDENT