

**RÉPUBLIQUE FRANÇAISE
AU NOM DU PEUPLE FRANÇAIS**

COUR D'APPEL DE LYON
3e chambre A
ARRÊT DU 23 Janvier 2020

APPELANTE :

S.A.S. DELTA FIRST

[...]

[...]

Représentée par Me Jacques AGUIRAUD de la SCP JACQUES AGUIRAUD ET PHILIPPE NOUVELLET, avocat au barreau de LYON, toque : 475 et ayant pour avocat plaidant, Me Frédérique VANNIER, avocat au barreau de CHARTRES

INTIMÉE :

SARL USIPROG

[...]

Bureau de Gerland

[...]

Représentée par Me Romain LAFFLY de la SELARL LAFFLY & ASSOCIES – LEXAVOUE LYON, avocat au barreau de LYON, toque : 938 et ayant pour avocat plaidant, Me Boris RUY, avocat au barreau de LYON

* * * * *

Date de clôture de l'instruction : 01 Février 2019

Date des plaidoiries tenues en audience publique : 04 Décembre 2019

Date de mise à disposition : 23 Janvier 2020

Composition de la Cour lors des débats et du délibéré :

— Anne-Marie ESPARBÈS, président

— H I, conseiller

— Pierre BARDOUX, conseiller

assistés pendant les débats de Jessica LICTEVOUT, greffier

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

Arrêt Contradictoire rendu 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 Anne-Marie ESPARBÈS, président, et par Jessica LICTEVOUT, greffier, auquel la minute a été remise par le magistrat signataire.

* * * *

EXPOSÉ DU LITIGE

Le 2 janvier 2002, la société Delta First, qui a pour activité la commercialisation et la formation du logiciel CFAO Esprit édité par la société DP Technology, a embauché M. X en qualité de technicien ; celui-ci a démissionné le 19 janvier 2010 et a quitté ses fonctions le 19 mars 2010 à l'expiration du délai de préavis. Le 3 mars 2010, il a créé la société Ncprog exerçant une activité similaire à celle de la société Delta First.

Par lettre du 13 mars 2013, la société Delta First a mis en demeure la société Ncprog de cesser ses agissements constitutifs de concurrence déloyale et de lui indiquer comment elle entendait indemniser le préjudice causé au motif que certains de ses clients rompaient leur contrat, notamment de maintenance, pour en conclure un auprès de la société Ncprog.

En 2014, la société Usipro, codirigée par M. X, a été constituée par fusion entre les sociétés Ncprog et Usicad.

Par acte du 24 août 2015, la société Delta First a saisi le tribunal de commerce de Lyon d'une action en concurrence déloyale à l'encontre de la société Usipro en sollicitant l'allocation de dommages-intérêts d'un montant de 300'000'€

La société Usipro a contesté les faits reprochés, s'est opposée aux prétentions de la société Delta First et a formé des demandes reconventionnelles.

Par jugement du 29 janvier 2018, le tribunal de commerce a :

- débouté la société Delta First de l'ensemble de ses demandes, fins et conclusions,
- rejeté la demande reconventionnelle de la société Usipro d'interdiction sous astreinte faite à la société Delta First de se prévaloir de tout droit exclusif en relation avec le logiciel CFAO Esprit,

- rejeté la demande reconventionnelle formée par la société Usiprolog de dommages et intérêts au titre d'allégations trompeuses et déloyales,
- rejeté la demande de dommages et intérêts de la société Usiprolog pour procédure abusive,
- ordonné l'exécution provisoire,
- condamné la société Delta First à payer à la société Usiprolog la somme de 750'€ au titre de l'article 700 du code de procédure civile,
- condamné la société Delta First aux dépens.

La société Delta First a interjeté appel par acte du 1er mars 2018.

Par conclusions déposées le 6 septembre 2018, fondées sur les articles 1382 et 1383 du code civil, la société Delta First demande à la cour de:

- infirmer le jugement entrepris en ce qu'il l'a déboutée de sa demande de dommages et intérêts à l'encontre de la société Usiprolog pour concurrence déloyale,
- confirmer le jugement entrepris en ce qu'il a débouté la société Usiprolog de ses demandes reconventionnelles et pour procédure abusive,

en conséquence,

- condamner la société Usiprolog à lui payer la somme de 300'000'€ à titre de dommages et intérêts,
- donner injonction à la société Usiprolog de cesser ses agissements déloyaux à son égard sous astreinte de 100'€ par jour de retard à compter du prononcé de la décision à intervenir,
- ordonner la publication de la décision à intervenir dans les deux journaux et sur le site internet de la société Usiprolog à ses frais,
- débouter la société Usiprolog de toutes ses demandes, fins et conclusions,
- condamner la société Usiprolog à lui payer la somme de 7'000'€ au titre des dispositions de l'article 700 du code nouveau code de procédure civile,
- la condamner aux entiers dépens.

Par conclusions déposées le 13 août 2018, au visa des articles 1382 et 1383 du code civil, l'article L.'121-1 du code de la consommation, la société Usiprolog demande à la cour de :

- confirmer le jugement en ce qu'il :
- a débouté la société Delta First de l'ensemble de ses demandes, fins et conclusions,

- l'a condamnée en application de l'article 700 du code de procédure civile et aux entiers dépens de première instance,
- réformer le jugement en ce qui concerne ses demandes reconventionnelles et statuant de nouveau de ce chef :
- faire interdiction à la société Delta First, sous astreinte de 500'€ par jour et par infraction constatée, de se prévaloir, directement ou par toute personne interposée, de la qualité d'unique centre de compétences dans l'intégration du logiciel CFAO Esprit,
- condamner la société Delta First à lui verser':
 - 10'000'€ de dommages et intérêts en réparation de ses allégations trompeuses et déloyales,
 - 10'000'€ de dommages et intérêts en réparation du caractère abusif de la procédure,
- condamner la société Delta First à lui verser 10'000'€ en application de l'article 700 du code de procédure civile à hauteur d'appel, condamner la société Delta First aux entiers dépens de l'instance d'appel distraits au profit de Me Laffly – Lexavoué Lyon sur son affirmation de droit conformément aux dispositions de l'article 699 du code de procédure civile.

MOTIFS

Sur l'action en concurrence déloyale introduite par la société Delta First

Au soutien de cette action, la société Delta First reproche à la société Usiprolog :

- des actes de concurrence accomplis par M. X avant le terme de son contrat de travail,
- un détournement de sa clientèle,
- la pratique de prix anormalement bas,
- des actes créant une confusion dans l'esprit des clients.

1- les actes de concurrence accomplis par M. X avant le terme de son contrat de travail

La société Delta First prétend que M. X a consulté et modifié l'ensemble de ses fichiers clients se trouvant sur le serveur de l'entreprise au cours de la nuit du 4 au 5 mars 2010 et a ainsi pu relever les coordonnées de chacun de ses clients et toutes les informations les concernant afin de pouvoir les démarcher par la suite. La société Usiprolog conteste ces faits et argue du défaut de preuve.

Les faits reprochés à M. X alors que son contrat de travail n'était pas expiré ne peuvent être débattus devant la juridiction commerciale dans le cadre d'une action dirigée contre la société Usiprolog à laquelle M. X n'est pas partie et n'avait pas à l'être.

Aucune reconnaissance de leur commission par M. X ou par une décision de justice n'étant produite, ces faits ne sont pas prouvés et ne peuvent l'être dans le cadre de la présente instance.

2- le détournement de clientèle

La société Delta First fait valoir qu'après le départ de M. X, elle a eu la surprise de constater que de nombreux clients, gérés par ce dernier, ont résilié leurs contrats à leur échéance pour conclure une nouvelle convention avec la société Ncprog ou la société Usicad qui ont fusionné le 27 février 2012 pour devenir Usiprolog et dont M. X est cogérant.

Contrairement à ce qu'elle soutient, ce seul fait ne démontre pas "que le détournement de sa clientèle au profit de la société Usiprolog ne fait aucun doute".

D'une part, la clientèle n'appartient pas à une société et elle peut librement contracter avec une autre société concurrente même si elle a été créée par le salarié gestionnaire de son dossier, ce qui peut être la raison de son choix, dès lors que celui-ci n'est pas lié par une interdiction contractuelle ce qui était le cas de M. X.

D'autre part, sous la même réserve, un salarié peut créer une société concurrente de celle de son ancien employeur et peut en démarcher les clients.

Ainsi, le fait allégué que 50 clients ont résilié leur contrat entre 2010 et 2015, pour en souscrire un auprès de la société Ncprog ou de la société Usicad puis de la société Usiprolog ne démontre pas qu'à l'origine de leur décision se trouve un acte de détournement de la société Ncprog.

De plus ainsi que l'a noté avec pertinence le tribunal de commerce seuls 7 clients ont résilié le contrat en 2010; en 2011, 10 clients ont résilié les contrats ce qui ne caractérise par un prétendu transfert massif de clientèle à la suite du départ de M. X.

En tout état de cause, aucun fait de détournement de la clientèle qui doit être un acte positif, n'est prouvé par la société Delta First.

En effet, en premier lieu, la société Delta First fait valoir que si la société Usiprolog prétend que ces transferts procèdent d'une démarche active des clients en s'appuyant sur les formulaires de transfert mentionnant une difficulté de suivi ou l'absence d'interlocuteur unique, "il est évident qu'il s'agit d'une stratégie parfaitement orchestrée par M. X qui a, à l'évidence, incité les clients à critiquer le travail de la société Delta First pour qu'on ne puisse lui reprocher une quelconque concurrence déloyale mais également pour que son fournisseur de logiciels, la société DP Technology ne puisse pas refuser les transferts de ces mêmes clients".

Or, si les formulaires de demandes de transfert adressés par les clients à la société DP Technology éditeur du logiciel, selon une procédure initiée par celle-ci mentionne les motifs de la demande, aucun élément ne démontre que la volonté exprimée par les clients est la conséquence d'actes commis par la société Usiprolog et ce, même dans l'hypothèse où les motifs qu'ils ont invoqués ne seraient pas exacts ce qui rend sans objet la longue discussion des parties sur cette question.

De plus, la société Delta First n'a formulé aucune observation sur les demandes qui lui ont été transmises par la société DP Technology à cette fin, avant d'autoriser le transfert, le tout selon la procédure mise en place.

En second lieu, la société Delta First produit une attestation de Mme Y qui ne précise pas son lien avec la société Delta First et déclare que lors «des journées DME/Mori'» en 2015, M. Z, salarié de la société Ncprog/Usiprolog, lui a indiqué qu'il avait pour directive de son employeur, et notamment de M. X, de se battre et de tout mettre en oeuvre pour toutes les affaires prospect ou client sur lesquelles il serait face à Delta First et l'a informé qu'il avait proposé un changement de revendeur à un client basé sur le sud-ouest qui l'avait refusé mais qu'il relançait régulièrement.

De son côté, la société Usiprolog produit une attestation de M. Z qui dément avoir tenu les propos qui lui sont imputés par Mme Y et précise qu'elle s'est présentée comme la responsable commerciale de Delta First, a tenté de le débaucher et lui a remis sa carte de visite. Celle-ci, jointe à l'attestation, la mentionne comme responsable commerciale et administrative.

Aucune des attestations n'ayant plus de valeur probante que l'autre, la preuve des faits invoqués par la société Delta First à laquelle incombe la charge de la preuve, ne sont pas établis comme l'ont retenu, à juste titre, les premiers juges.

3 – les prix anormalement bas

La société Delta First prétend que la société Ncprog n'a pas hésité à pratiquer pour la même prestation effectuée par elle, des prix anormalement bas afin d'inciter la clientèle à contracter avec elle et n'hésite pas à vendre à perte pour détourner le maximum de clientèle.

Au soutien de cette allégation elle produit un courriel et un devis adressé par la société Usiprolog le 17 octobre 2013, à un de ses clients, lui proposant une remise exceptionnelle sur le contrat de maintenance.

Elle ne démontre pas pour autant que le prix proposé par la société Usiprolog soit anormalement bas et encore moins qu'il entraîne une vente à perte.

De son côté, la société Usiprolog produit le catalogue de l'éditeur DP Technology démontrant que la vente a été offerte aux prix du catalogue sur lequel elle bénéficie d'une remise en tant qu'intégrateur.

C'est à bon droit que les premiers juges ont jugé que ces faits n'étaient pas établis.

4 – la confusion créée dans l'esprit du consommateur

Au soutien de ce grief, la société Delta First fait valoir que la société Ncprog utilise la même mise en page qu'elle pour ses offres de prix de formation et pour ses factures ; qu'elle propose exactement la même formation Esprit et les mêmes plaquettes de présentation.

Elle ajoute que M. X n'a pas hésité à jouer sur cette ambiguïté en omettant d'indiquer aux clients qu'il avait quitté la société Delta First et que certains de ses clients dont le dirigeant de la société Kimo a failli conclure un contrat avec la société Ncprog alors qu'il souhaitait poursuivre son contrat avec elle.

Ainsi que le fait valoir la société Usipro, en premier lieu, aucun élément ne permet de déterminer lequel du site exploité par la société Delta First et de l'ancien site exploité par la société Ncprog, dont l'impression d'écran produite datant de février 2013 contient une phrase identique relative à la formation du logiciel Esprit commercialisée par les deux parties, est antérieur à l'autre.

En second lieu, aucune pièce n'est visée dans les conclusions au soutien du surplus des similitudes alléguées.

Par ailleurs, le courriel de la société DP Technology adressé notamment à M. X et M. A, dirigeant de la société Delta First, qui rapporte les propos de M. B de la société Kimo, la décision de ce dernier de travailler avec Delta First et ses motifs dont le fait «qu'il croyait parler à Delta First lorsqu'il a parlé avec J X qui ne lui a pas dit qu'il avait quitté Delta First» ne démontre pas une volonté délibérée de la société Ncprog de dissimuler un fait à l'origine de la méprise du client et en tout état de cause, reste un fait isolé sans conséquence puisque la situation a été clarifiée par l'éditeur.

En conséquence de ces motivations, il y a lieu de confirmer le jugement entrepris en ce qu'il a débouté la société Delta First de son action.

Sur les demandes reconventionnelles de la société Usipro

1- sur les allégations commerciales trompeuses

La société Usipro reproche en premier lieu à la société Delta First de s'être présentée faussement lors de deux salons s'étant tenus en 2012 et 2015 «comme l'unique centre de compétences dans l'intégration du logiciel CFAO Esprit» ce qui dit-elle, laisse entendre que la société Delta First serait l'unique intervenant dans cette activité ce qui n'est pas le cas et alors que la certification dont elle se prévaut ne l'autorise pas à utiliser des termes aussi généraux.

La société Delta First conteste que la qualité précitée soit trompeuse au motif qu'elle est la seule à avoir reçu en France une certification de la part de l'éditeur lui conférant l'appellation «Espricamcenter» et des adresses spécifiques (@espricamcenter.com) ce qui la distingue de ses concurrents et l'autorise à se prévaloir de la qualité litigieuse sans qu'elle ait jamais

prétendu qu'elle était l'unique distributeur du logiciel CFAO Esprit et avoir des droits exclusifs.

La société Delta justifie détenir la certification alléguée et l'autorisation d'utiliser l'adresse précitée et la société Usiprolog ne conteste pas que l'appelante soit la seule détentrice en France de cette certification.

Les parties sont contraires sur l'identité de la qualité de «'Espritchamcenter » et de celle de centre de compétence dans l'intégration du logiciel CFAO Esprit.

Or, il appartient à la société Usiprolog qui prétend que ces qualités sont distinctes et que la seconde constitue une allégation commerciale trompeuse de le prouver ce qu'elle ne fait pas, ne procédant que par voie d'affirmation sans produire un quelconque élément et notamment la position de l'éditeur.

La décision déferée qui l'a déboutée de la demande subséquente à ces faits est confirmée.

2 – les agissements de dénigrement

La société Usiprolog prétend que l'appelante a pris l'habitude de la dénigrer par différents propos relatifs à son professionnalisme ou à la valeur de ses dirigeants et produit des attestations au soutien de ces allégations.

La société Delta First conteste les faits et critique la valeur probante des attestations produites.

Aux termes des articles 199 et 202 du code de procédure civile, lorsque la preuve testimoniale est admissible, les déclarations des tiers peuvent être faites par une attestation qui contient la relation des faits auxquels son auteur a assisté ou qu'il a personnellement constatés.

L'attestation de M. C relate des propos rapportés par un client et qui aurait été tenus par le dirigeant de la société Delta First ; l'attestation de M. D relate les propos d'un client qui lui aurait rapporté les propos tenus par un salarié de la société Delta First.

Ces attestations qui ne relatent pas des propos que leur auteur a personnellement entendus sont dépourvues de valeur probante.

L'attestation de M. E, cogérant avec M. X de la société Usinage formations, relate que lors d'un déplacement en région parisienne, le 10 juillet 2014, M. A, dirigeant de la société Delta First et M. F, se sont installés à une table voisine de la sienne ; que la conversation a été cordiale avec M. F ; que par contre, M. A lui a dit que M. X était quelqu'un de malhonnête ayant des casseroles partout où il passait ; qu'il n'a pas voulu renchérir à cette discussion et a mis un terme à son repas en les saluant.

Ce témoignage direct est probant, les liens entre MM. E et X ne permettant pas de douter de la sincérité de ce témoignage pas plus que l'absence d'indication par M. F de ses liens avec M. A sur l'attestation produite par la société Delta First ne conduit pas à douter de la sincérité des déclarations de ce dernier.

Cependant les déclarations de M. F qui confirme la rencontre entre lui-même, M. A et M. E et indique qu'ils ont eu une conversation cordiale sans plus, que la discussion rapide a porté sur des prises de nouvelles générales et le tout est resté poli et amical ne sont pas en contradiction avec celles de M. E quant à la conversation avec M. F et ne sont pas incompatibles avec la tenue par M. A des brefs propos relatés par M. E.

Est également probant le témoignage direct de M. G dirigeant d'une société partenaire de la société Usiproq qui déclare que lors d'un salon à Paris en 2014, sur le stand de DP Technology, tous les revendeurs sont venus lui souhaiter bonne chance sauf la société Delta First, en la personne de M. A qui « m'a accablé verbalement sur le fait que je travaille avec la société Usiproq et que cette société était mauvaise, que ses dirigeants étaient incompetents, qu'il ferait le nécessaire pour faire coulé Usiproq'» et qu'il avait fait le mauvais choix en choisissant Esprit.

Ces propos constitutifs de dénigrement justifient l'allocation de dommages-intérêts que la cour fixe,

compte tenu de leur publicité restreinte, à la somme de 3'000'€

La décision déferée est infirmée en ce qu'elle a rejeté ce chef de demande.

3 – la procédure abusive

Le droit d'ester en justice ne peut donner lieu à dommages-intérêts qu'il s'il a dégénéré en abus ce que la société Usiproq n'offre pas de démontrer et n'explique même pas.

Dans ces conditions, c'est à bon droit que les premiers juges l'ont débouté de ce chef de demande.

Sur les dépens et les frais irrépétibles

Succombant dans son action et dans son appel, la société Delta First doit supporter les dépens de première instance et d'appel ainsi que les frais irrépétibles qu'elle a exposés ce qui conduit à confirmer les condamnations prononcées à ce titre par le jugement entrepris et à la condamner aux dépens d'appel et à verser une indemnité de procédure complémentaire à la société Usiproq.

PAR CES MOTIFS

La cour, statuant publiquement et par arrêt contradictoire,

Confirme le jugement déferé sauf en ce qu'il a débouté la SARL Usiproq de sa demande en paiement de dommages-intérêts pour des faits de dénigrement,

Statuant à nouveau sur ce seul point,

Condamne la SAS Delta First à verser à la SARL Usiprolog 3'000'€ de dommages-intérêts en réparation du préjudice causé par des faits de dénigrement,

Condamne la SAS Delta First à verser à la SARL Usiprolog une indemnité de procédure de 3'000'€

Condamne la SAS Delta First aux dépens d'appel à recouvrer conformément aux dispositions de l'article 699 du code de procédure civile.

Le Greffier, Le Président,