

**RÉPUBLIQUE FRANÇAISE
AU NOM DU PEUPLE FRANÇAIS**

COUR D'APPEL DE PARIS
Pôle 5 - Chambre 1
ARRÊT DU 24 OCTOBRE 2017

Numéro d'inscription au répertoire général 16/06700

Décision déferée à la Cour : Jugement du 25 Février 2016 -Tribunal de Grande Instance de PARIS - RG n° 14/17638

APPELANTE

La société KOMERKO S.A.S., Immatriculée au registre du commerce et des sociétés de CAEN sous le numéro 433 637 782, Agissant poursuites et diligences de ses représentants légaux domiciliés CAEN

Représentée par Me Frédéric INGOLD de la SELARL INGOLD & THOMAS - AVOCATS, avocat au barreau de PARIS, toque B1055 Assistée de Me Aurélien KAOUS, avocat au barreau de PARIS, toque P0426

INTIMÉES

L'ASSOCIATION TECHNIQUE DES INDUSTRIES THERMIQUES ET AERAULIQUES (ATITA) Association Loi de 1901 déclarée à la Préfecture des Hauts-de-Seine sous le numéro SIREN 320.917.719, représentée par son représentant légal en exercice domicilié en cette qualité audit siège PARIS CEDEX 16

Représentée et assistée de Me Cyrille AMAR de la SELARL AMAR GOUSSU STAUB, avocat au barreau de PARIS, toque P0515

L'UNION SYNDICALE DES CONSTRUCTEURS DE MATÉRIEL AERAULIQUE, THERMIQUE, THERMODYNAMIQUE ET FRIGORIFIQUE (UNICLIMA), syndicat patronal sous le n° SIREN 512.693.888, représenté par son représentant légal en exercice domicilié en cette qualité audit siège PARIS

Représentée et assistée de Me Cyrille AMAR de la SELARL AMAR GOUSSU STAUB, avocat au barreau de PARIS, toque P0515

COMPOSITION DE LA COUR

L'affaire a été débattue le 13 Septembre 2017, en audience publique, devant la Cour composée de Monsieur David PEYRON, Président de chambre Mme Isabelle DOUILLET, Conseillère M. François THOMAS, Conseiller qui en ont délibéré. Un rapport a été présenté à l'audience dans les conditions prévues à l'article 785 du code de procédure civile. Greffier, lors des débats Mme Karine ABELKALON

ARRÊT :

· Contradictoire

· par mise à disposition de l'arrêt au greffe de la Cour, les parties en ayant été préalablement avisées dans les conditions prévues au deuxième alinéa de l'article 450 du code de procédure civile.

· signé par Monsieur David PEYRON, président et par Mme Karine ABELKALON, greffier.

EXPOSÉ DES FAITS

La société Komerko a pour activité la gestion par solution informatique des informations produits, elle commercialise le progiciel 'Komerko e-catalogue' qui tend à faciliter la gestion, la maîtrise et la cohérence des informations dans un catalogue, et ce de manière dynamique.

Ce progiciel permet l'organisation d'un groupe de produits et la création de fiches dynamiques techniques, quelle que soit la nature du produit et les normes et caractéristiques applicables, l'originalité du logiciel et de son dynamisme étant permis par le recours à des notions de famille, de groupe caractéristique de famille, d'héritage direct ou indirect, ce qui permet de répondre aux problèmes rencontrés par les professionnels tenant un vaste catalogue de produits. L'association technique des industries thermiques et aéronautiques (ATITA) est une association loi 1901 créée en 1970 afin de participer à l'élaboration des normes d'appareils thermiques, aérauliques, frigorifiques ainsi qu'à la définition de règles et techniques d'essais de ces appareils.

Elle a développé et géré des bases de données électroniques contenant les informations relatives aux produits relevant des secteurs d'activité de ses membres, ou destinées aux utilisateurs de services de certification. Elle est constituée de membres, soit des personnes morales qui se divisent en 3 collèges : les organismes techniques, les utilisateurs, les fabricants (dont Uniclimate).

L'union syndicale des constructeurs de matériel aéraulique, thermique, thermodynamique et frigorifique (UNICLIMATE) est un syndicat professionnel qui représente les entreprises de différents domaines (chaudières et brûleurs gaz-fioul ; énergies renouvelables, solaire thermique et chaudières biomasse ; pompes à chaleur ; froid, climatisation ; ventilation et traitement d'air des bâtiments ; filtration, dépoussiérage, assainissement des atmosphères de travail, pour des applications dans les secteurs résidentiels, tertiaires et industriels) notamment dans les travaux normatifs et réglementaires, fait bénéficier ces entreprises de son réseau, propose un catalogue de service électronique personnalisé pour la promotion de l'efficacité énergétique, catalogue dont elle a confié la gestion à l'ATITA.

Un protocole d'accord a été signé le 1er octobre 2010 entre la société Komerko et l'ATITA se terminant le 30 juin 2011. Le 1er juillet 2011, elles ont conclu un 'contrat de mise à disposition locative d'un progiciel' portant sur une licence d'utilisation du progiciel 'Komerko e-catalogue', qui s'est renouvelé tacitement. Dans le cadre de l'appel d'offres lancé au début de l'année 2014 pour un nouveau logiciel compatible avec la gestion de ses bases de données numériques, le cahier des charges alors communiqué par l'ATITA reprendrait selon la société Komerko les documents qu'elle aurait transmis à l'ATITA lors de leurs échanges contractuels ainsi que des impressions d'écran de son progiciel, alors que les parties seraient liés par une clause de confidentialité.

Le 10 novembre 2014, la société Komerko a assigné l'ATITA et l'UNICLIMA devant le tribunal de grande instance de Paris, en leur reprochant des faits de contrefaçon de ses droits d'auteur, concurrence déloyale et parasitaire.

Par jugement du 25 février 2016, le tribunal de grande instance de Paris a :

- déclaré irrecevable les demandes de la société Komerko à l'encontre de l'UNICLIMA,
- rejeté la fin de non-recevoir opposée par l'ATITA au titre du défaut de titularité des droits,
- déclaré irrecevables les demandes de la société Komerko au titre de la contrefaçon faute de qualité à agir tant au titre de la reproduction de l'architecture et de l'organigramme de son logiciel 'Komerko e-catalogue' qu'à celui de la conclusion d'une sous-licence non autorisée,
- rejeté les demandes de la société Komerko au titre de la concurrence déloyale et parasitaire,
- rejeté la demande reconventionnelle de l'ATITA, · rejeté les demandes de la société Komerko et de l'UNICLIMA sur le fondement de l'article 700 du code de procédure civile,
- condamner la société Komerko à payer à l'ATITA la somme de 4000 euros en application de l'article 700 du code de procédure civile, · condamné la société Komerko au paiement des dépens.

La société Komerko a fait appel de ce jugement. Par conclusions du 11 octobre 2016, la société Komerko demande à la cour de :

- juger la société KOMERKO recevable et fondée en ses demandes ;
- juger que la société KOMERKO a un intérêt légitime à agir contre UNICLIMA ;

En conséquence, réformer le jugement du tribunal de grande instance de Paris du 25 février 2016, juger à nouveau et : à titre principal, · condamner l'ATITA et UNICLIMA au paiement de 100 000 euros au titre de la contrefaçon pour utilisation illicite du logiciel de la société KOMERKO ;

à titre subsidiaire,

- juger l'ATITA responsable de manquements contractuels ;
- condamner l'ATITA au paiement de 50 000 euros au titre de l'utilisation non autorisée au contrat et illicite du back-office du logiciel de la société KOMERKO ; en tout état de cause,
- condamner l'ATITA au paiement de 141 000 euros au titre de la sous-licence non autorisée ;
- juger ATITA et UNICLIMA responsables d'agissements parasites ;
- condamner solidairement ATITA et UNICLIMA au paiement de 100 000 euros en réparation du préjudice subi par la société KOMERKO au titre des investissements économisés ;
- faire injonction à l'ATITA et à UNICLIMA de cesser ou faire cesser toute exploitation commerciale et toute utilisation du logiciel KOMERKO sous astreinte de 300 euros par jour à compter de la signification de la décision à venir ;

- condamner solidairement ATITA et UNICLIMA au paiement de 20 000 euros au titre du préjudice moral subi par la société KOMERKO ;
- ordonner la publication de la décision à venir sur la page d'accueil des sites internet UNICLIMA et ATITA sous astreinte de 300 euros par jour de retard ;
- condamner ATITA et UNICLIMA au paiement de 10 000 euros chacune au titre de l'article 700 du code de procédure civile ;
- condamner ATITA et UNICLIMA aux entiers dépens.

Par conclusions du 13 mars 2017, l'ATITA et l'UNICLIMA demandent à la cour de :

- juger l'ATITA et l'UNICLIMA recevables et bien fondées en leurs demandes et en leur appel incident ; Y faisant droit, à titre principal :
- confirmer le jugement du tribunal de grande instance de Paris en date du 25 février 2016 en ce qu'il a déclaré la société KOMERKO irrecevable en l'intégralité de ses demandes à l'encontre de l'Uniclisma ;
- confirmer le jugement du tribunal de grande instance de Paris en date du 25 février 2016 en ce qu'il a débouté la société KOMERKO de l'intégralité de ses demandes au titre des prétendus actes de parasitisme ;
- juger qu'en joignant à l'appel d'offres en date du 20 mars 2014 le document "Migration des données" contenant des captures d'écran, l'ATITA n'a pas commis de manquements contractuels au contrat de licence intitulé "Contrat de mise à disposition locative d'un progiciel" conclu avec la société KOMERKO ;
- juger qu'en concluant le contrat de sous-licence "Contrat de mise à disposition d'une base de données "Câbles et produits associés"" avec le syndicat SYCABEL l'ATITA n'a pas commis de manquements contractuels au contrat de licence intitulé "Contrat de mise à disposition locative d'un progiciel" conclu avec la société KOMERKO ;
- débouter, en conséquence, la société KOMERKO de ses demandes subsidiaires formées sur le fondement de la responsabilité contractuelle ;
- infirmer le jugement du tribunal de grande instance de Paris en date du 25 février 2016 en ce qu'il a rejeté la fin de non-recevoir opposée par l'ATITA tirée du défaut de titularité des droits de la société KOMERKO sur le logiciel "Komerko e-Catalogue" ;
- infirmer le jugement du tribunal de grande instance en date du 25 février 2016 en ce qu'il a débouté l'ATITA de sa demande reconventionnelle en dommages et intérêts en réparation du préjudice subi du fait du caractère abusif de la procédure intentée par la société KOMERKO ;

Et statuant à nouveau sur ces points :

- juger que la société KOMERKO ne démontre pas qu'elle est titulaire de droits d'auteur sur le logiciel " Komerko e-Catalogue " ;
- juger en conséquence la société KOMERKO irrecevable en ses demandes en contrefaçon de logiciel et de droits d'auteur ;

- juger que la présente procédure introduite par la société KOMERKO présente un caractère abusif ;

- condamner, en conséquence, la société KOMERKO à verser à l'ATITA la somme de 10.000 euros à titre de dommages et intérêts en réparation du préjudice subi du fait du caractère abusif de la présente procédure ;

À titre subsidiaire :

- confirmer le jugement du tribunal de grande instance de Paris en date du 25 février 2016 en ce qu'il a déclaré la société KOMERKO irrecevable en l'intégralité de ses demandes à l'encontre de l'UNICLIMA ;

- confirmer le jugement du tribunal de grande instance de Paris en date du 25 février 2016 en ce qu'il a déclaré la société KOMERKO irrecevable en ses demandes en contrefaçon de logiciel et de droits d'auteur faute de qualité à agir à défaut de démonstration de l'originalité du logiciel "Komerko e-Catalogue", et en ses demandes au titre de la conclusion d'un prétendu contrat de sous-licence non autorisé ;

- confirmer le jugement du tribunal de grande instance de Paris en date du 25 février 2016 en ce qu'il a débouté la société KOMERKO de l'intégralité de ses demandes au titre des prétendus actes de parasitisme ;

- juger qu'en joignant à l'appel d'offres en date du 20 mars 2014 le document "Migration des données" contenant des captures d'écran, L'ATITA n'a pas commis de manquements contractuels au contrat de licence intitulé "Contrat de mise à disposition locative d'un progiciel" conclu avec la société KOMERKO ;

- juger qu'en concluant le contrat de sous-licence " Contrat de mise à disposition d'une base de données "Câbles et produits associés" " avec le syndicat SYCABEL l'ATITA n'a pas commis de manquements contractuels au contrat de licence intitulé " Contrat de mise à disposition locative d'un progiciel " conclu avec la société KOMERKO ;

- débouter en conséquence la société KOMERKO de ses demandes subsidiaires formées sur le fondement de la responsabilité contractuelle ;

- infirmer le jugement du tribunal de grande instance de Paris en date du 25 février 2016 en ce qu'il a débouté l'ATITA de sa demande reconventionnelle en dommages et intérêts en réparation du préjudice subi du fait du caractère abusif de la procédure intentée par la société KOMERKO Et statuant à nouveau sur ce point :

- juger que la présente procédure introduite par la société KOMERKO présente un caractère abusif ; · condamner en conséquence, la société KOMERKO à verser à l'ATITA la somme de 10.000 euros à titre de dommages et intérêts en réparation du préjudice subi du fait du caractère abusif de la présente procédure ;

À titre très subsidiaire :

- confirmer le jugement du tribunal de grande instance de Paris en date du 25 février 2016 en ce qu'il a déclaré la société KOMERKO irrecevable en l'intégralité de ses demandes à l'encontre de l'UNICLIMA ;

- juger que l'ATITA n'a pas reproduit le logiciel " Komerko e-Catalogue " ;

- juger que le document " Migration des données " contenant des captures d'écran joint à l'appel d'offres en date du 20 mars 2014 émis par l'ATITA ne constitue pas la contrefaçon du logiciel " Komerko e-Catalogue " ;
- débouter en conséquence la société KOMERKO de ses demandes en contrefaçon de logiciel et de droits d'auteur ;
- juger qu'en joignant à l'appel d'offres en date du 20 mars 2014 le document " Migration des données " contenant des captures d'écran, l'ATITA n'a pas commis de manquements contractuels au contrat de licence intitulé " Contrat de mise à disposition locative d'un progiciel " conclu avec la société KOMERKO ;
- juger qu'en concluant le contrat de sous-licence " Contrat de mise à disposition d'une base de données "Câbles et produits associés" " avec le syndicat SYCABEL l'ATITA n'a pas commis de manquements contractuels au contrat de licence intitulé " Contrat de mise à disposition locative d'un progiciel " conclu avec la société KOMERKO ;
- débouter en conséquence la société KOMERKO de ses demandes subsidiaires formées sur le fondement de la responsabilité contractuelle ;
- confirmer le jugement du tribunal de grande instance de Paris en date du 25 février 2016 en ce qu'il a débouté la société KOMERKO de l'intégralité de ses demandes au titre des prétendus actes de parasitisme ;
- infirmer le jugement du tribunal de grande instance de Paris en date du 25 février 2016 en ce qu'il a débouté l'ATITA de sa demande reconventionnelle en dommages et intérêts en réparation du préjudice subi du fait du caractère abusif de la procédure intentée par la société KOMERKO

Et statuant à nouveau sur ce point :

- juger que la présente procédure introduite par la société KOMERKO présente un caractère abusif ;
- condamner, en conséquence, la société KOMERKO à verser à l'ATITA la somme de 10.000 euros à titre de dommages et intérêts en réparation du préjudice subi du fait du caractère abusif de la présente procédure ;

A titre infiniment subsidiaire :

- confirmer le jugement du tribunal de grande instance de Paris en date du 25 février 2016 en ce qu'il a déclaré la société KOMERKO irrecevable en l'intégralité de ses demandes à l'encontre de l'UNICLIMA ;
- juger que la société KOMERKO ne démontre pas l'existence d'un quelconque préjudice subi du fait des actes de contrefaçon de logiciel et de droits d'auteur, des manquements contractuels et/ou des actes de parasitisme prétendument commis par l'ATITA ;
- débouter en conséquence la société KOMERKO de l'intégralité de ses demandes en dommages et intérêts, aux fins d'interdiction sous astreinte et aux fins de publication ;
- infirmer le jugement du tribunal de grande instance de Paris en date du 25 février 2016 en ce qu'il a débouté l'ATITA de sa demande reconventionnelle en dommages et intérêts en

réparation du préjudice subi du fait du caractère abusif de la procédure intentée par la société KOMERKO Et statuant à nouveau sur ce point :

- juger que la présente procédure introduite par la société KOMERKO présente un caractère abusif ;
- condamner en conséquence la société KOMERKO à verser à l'ATITA la somme de 10.000 euros à titre de dommages et intérêts en réparation du préjudice subi du fait du caractère abusif de la présente procédure ;

En tout état de cause :

- débouter la société KOMERKO de l'intégralité de ses demandes en toutes fins qu'elles comportent ; · juger que la présente procédure d'appel introduite par la société KOMERKO présente un caractère abusif ;
- condamner en conséquence la société KOMERKO à verser à l'ATITA la somme de 10.000 euros à titre de dommages et intérêts en réparation du préjudice subi du fait du caractère abusif de la présente procédure d'appel ;
- condamner la société KOMERKO à verser à l'ATITA et l'UNICLIMA la somme de 50.000 euros en application des dispositions de l'article 700 du code de procédure civile, sauf à parfaire au jour de l'arrêt à intervenir en fonction des justificatifs qui seront produits ;
- condamner la société KOMERKO aux entiers dépens, et dire qu'ils pourront être recouverts directement par la SELARL AMAR GOUSSU STAUB

L'ordonnance de clôture est intervenue le 21 mars 2017.

MOTIVATION

Sur la mise hors de cause d'UNICLIMA Les intimées soutiennent l'irrecevabilité des demandes à l'encontre d'UNICLIMA, absente des relations contractuelles, et relèvent que les actes de contrefaçon et de parasitisme dénoncés se fondent sur l'envoi d'un courrier par l'ATITA sur papier en-tête de l'ATITA, laquelle a aussi rédigé le cahier des charges.

La société Komerko soutient que c'est l'UNICLIMA qui a demandé à l'ATITA de rédiger et de lancer l'appel d'offres, et que l'ATITA agissait sur ses instructions et pour son compte. Elle ajoute qu'UNICLIMA serait l'un des bénéficiaires du futur progiciel.

Sur ce

L'ATITA est une association constituée de personnes morales dont les membres sont répartis en trois collèges : les fabricants, les utilisateurs, et les organismes techniques, Uniclisma comptant parmi les fabricants.

Si c'est à la suite de la délibération du comité restreint UNICLIMA qu'ATITA a été autorisée à entamer les démarches auprès de prestataires en vue d'adapter un nouveau logiciel compatible à la gestion de ses bases de données numériques, la diffusion de l'appel d'offres du 20 mars 2014 a été effectuée sous la signature du président de l'ATITA, et sur papier à en-tête ATITA.

De même, le cahier des charges joint à cet appel d'offres a été rédigé par l'ATITA. Ainsi ATITA, association dotée d'une personnalité morale distincte de celles de ses membres, a

seule diffusé l'appel d'offres en cause, pour son compte et sous son nom, et la délibération du comité restreint d'UNICLIMA avant la diffusion de cet appel d'offres autorisant cette diffusion ne peut signifier qu'ATITA agissait sur son ordre.

En conséquence, il convient de confirmer le jugement en ce qu'il a déclaré les demandes de la société Komerko irrecevables à l'encontre d'UNICLIMA.

Sur la titularité des droits

La société Komerko déclare commercialiser le progiciel 'komerko e-catalogue' et être, en application de l'article L113-9 du code de la propriété intellectuelle, titulaire de droits patrimoniaux sur ce progiciel développé dans le cadre de ses fonctions par son directeur technique Monsieur Elle soutient bénéficier d'une dévolution des droits patrimoniaux sur les logiciels, en tant qu'employeur seul habilité à les exercer. L'ATITA conteste la titularité des droits de la société Komerko sur l'oeuvre en cause, un droit d'auteur ne pouvant naître que d'une personne physique, et une personne morale ne pouvant être investie à titre originaire de droits d'auteur sauf s'agissant d'une oeuvre collective, ce qui n'est pas revendiquée.

Elle ajoute que le défaut de production du logiciel à l'audience empêche d'établir les caractéristiques de l'oeuvre, donc de faire jouer la présomption de titularité des personnes morales. Elle soutient que la création du progiciel par monsieur ... n'est pas établie, de sorte que la société Komerko ne démontre pas être titulaire de droits d'auteur sur ce logiciel.

Sur ce

L'article L113-9 du code de procédure civile prévoit notamment que 'Sauf dispositions statutaires ou stipulations contraires, les droits patrimoniaux sur les logiciels et leur documentation créés par un ou plusieurs employés dans l'exercice de leurs fonctions ou d'après les instructions de leur employeur sont dévolus à l'employeur qui est seul habilité à les exercer'.

En l'espèce, la diffusion et la commercialisation par la société Komerko d'un progiciel 'komerko e-catalogue' par la société Komerko n'est pas contestée par l'intimée, et est établie (pièces 3 et 6 appelante) notamment par le protocole du 1er octobre 2010 puis par le contrat de mise à disposition conclus entre les deux parties.

Il résulte de plus des déclarations de monsieur ..., employé de la société Komerko depuis l'année 2000, qu'il a participé à la conception et au développement du logiciel Komerko, et son contrat de travail prévoit que les créations réalisées dans le cadre de ses missions sont la propriété exclusive de la société Komerko Si l'ATITA soutient que l'attestation de monsieur . - '...j'ai travaillé et continue de travailler sur la conception et le développement du logiciel Komerko'- est imprécise, il a été engagé comme ingénieur développement informatique, et les interventions auprès des clients prévues par son contrat ne sauraient exclure l'activité de conception et de développement qu'il a expressément revendiquée dans son attestation.

Ainsi, et en l'absence de toute revendication de droits par une personne physique, la société Komerko en commercialisant sous son nom le progiciel identifié comme 'komerko e-catalogue', dont les évolutions sont insusceptibles de mettre en cause cette diffusion, doit bénéficier de la dévolution des droits patrimoniaux sur les logiciels prévue à l'article précité. La fin de non-recevoir soulevée par l'intimée sera donc écartée.

Sur la contrefaçon

La société Komerko soutient que la particularité et l'originalité du logiciel tiennent au traitement dynamique et variable des données présentées par les produits par des fiches de description desdits produits, par le recours à des arborescences et à l'architecture combinant héritages directs et indirects.

Elle revendique le concept novateur de son logiciel, combinant la structure des données et l'organisation des informations, résultat d'une architecture et d'un organigramme particuliers définis par l'auteur du logiciel, ce qui en fait l'originalité en ce qu'il révèle un 'effort intellectuel personnalisé'.

Elle explique qu'une telle conception permet de modifier l'une des caractéristiques du produit sans en modifier la fiche et s'appuie sur une expertise dont l'auteur conclut à l'originalité du logiciel du fait de ses caractéristiques dynamiques, cet expert relevant que l'originalité résulte des choix faits par ses concepteurs dans l'organisation et la conception des données gérées par le logiciel. Elle ajoute que le back-office reproduisant les caractéristiques de l'architecture et du logiciel établit l'originalité, sans qu'il ne soit nécessaire de produire le code source. L'ATITA avance que la société Komerko ne démontre pas l'originalité de son logiciel 'komerko ecatalogue', ne procédant que par voie d'affirmation et revendiquant des éléments insusceptibles de protection.

Elle déclare que les fonctionnalités d'un logiciel comme le langage de programmation ne sont pas protégeables, que le statut d'entreprise innovante revendiqué par l'appelante est indifférent.

Elle conteste l'expertise privée produite par la société Komerko dont l'auteur n'a pas eu accès au logiciel, comme l'originalité de l'organisation en 'familles', 'groupes de famille' et 'héritages directs et indirects' revendiquée, et met en avant sa propre analyse d'expert selon laquelle de nombreux logiciels de gestion d'information existaient antérieurement au logiciel en cause, et que les mécanismes revendiqués d'héritage indirect et de gestion des normes existaient aussi auparavant.

Elle ajoute que l'originalité d'un logiciel réside dans son code source, que l'absence de production au débat du logiciel ne permet pas d'apprécier, l'interface graphique ne constituant pas une forme d'expression du logiciel et sa capture d'écran ne pouvant déclencher la protection du logiciel.

Elle en déduit l'irrecevabilité de la demande de protection au titre du droit d'auteur.

Sur ce

L'auteur d'une oeuvre de l'esprit jouit sur cette oeuvre, du seul fait de sa création, d'un droit de propriété incorporelle exclusif et opposable à tous, quel que soit le genre, la forme d'expression, le mérite ou la destination de cette oeuvre. Les logiciels et le matériel de conception préparatoire sont couverts par cette protection des oeuvres de l'esprit. Aucun acte de contrefaçon d'un logiciel ne peut être caractérisé sans qu'il soit préalablement déterminé si l'oeuvre litigieuse relève du droit d'auteur, donc la démonstration de l'effort créatif portant l'empreinte de la personnalité de l'auteur ou des auteurs du logiciel. Il doit s'agir d'un effort

personnalisé allant au-delà de la simple mise en oeuvre d'une logique automatique et contraignante, de sorte que le programme développé doit porter la marque de l'apport intellectuel de l'auteur. Il revient à celui qui revendique la protection de ces droits sur l'oeuvre qui aurait été contrefaite de démontrer son originalité, et non à la juridiction d'ordonner une expertise pour la démontrer, ce qui reviendrait à suppléer la carence des parties dans l'administration de la preuve.

Les fonctionnalités d'un logiciel ne bénéficient pas en tant que telles de la protection au titre du droit d'auteur ; de même le langage de programmation, ou le format des fichiers utilisés, ne bénéficient pas de cette protection. Comme indiqué par le tribunal, le logiciel est un ensemble de séquence d'instructions interprétables par un système d'exploitation ou de traitement de l'information (ordinateur), selon un langage de programmation dans lequel est écrit son code source.

Ainsi ce code source, soit le texte qui représente les instructions de programmes arrêtées par le programmeur, permet de connaître les choix de celui-ci, en termes de conception et d'organisation, qui révéleraient l'originalité du logiciel. La société Komerko verse, au soutien de ses dires quant à l'originalité de son logiciel, une note technique réalisée par un expert, monsieur ..., qu'elle a sollicité. Cet expert privé indique s'être fait présenter le logiciel mais ne semble pas y avoir eu accès, le logiciel ne figurant pas dans la liste des pièces qu'il a étudiées dans le cadre de sa mission, et le logiciel qui n'avait pas été versé devant le tribunal de grande instance n'a pas non plus été produit devant la cour.

Il indique que l'approche conceptuelle, consistant à insérer entre le système de gestion de base de données et les données produits un sous-ensemble 'base des concepts komerko' qui joue le rôle d'intermédiation entre le logiciel et sa base de données, confère au logiciel un ensemble de caractéristiques originales. Plus précisément, l'organisation d'un catalogue de produits par une hiérarchie à la fois horizontale et verticale permettrait de bénéficier des informations sur les éléments hiérarchiques supérieurs ainsi que sur les éléments de même niveau ; les informations relatives à un produit peuvent provenir de plusieurs héritages et non d'une seule structure définie, les modifications relatives aux informations d'un produit sont modifiables immédiatement, de sorte que le logiciel présente des caractéristiques de variabilité, de dynamique et de normabilité (en ce qu'il permet de gérer les normes applicables aux données comme des éléments ordinaires relatifs à un produit).

Cependant, si la société Komerko revendique non des fonctionnalités mais des caractéristiques qu'elle distingue des premières en ce qu'elles seraient révélatrices de choix de conception et d'organisation, elle n'établit pas en quoi elles révéleraient de tels choix (ainsi, la normabilité).

L'ATITA produit elle-même un rapport d'expert qui a relevé que l'approche conceptuelle du progiciel Komerko ne le distingue pas du marché des logiciels de 'gestion d'information produit', soit un marché existant antérieurement qui connaît l'organisation de catalogue et qui présente de nombreuses solutions pour proposer des services analogues.

Un rapport d'expertise complémentaire de l'ATITA conclut que l'architecture du progiciel, en ce comprenant la notion d'héritage direct mais aussi celle d'héritage indirect, est classique, et couvre la dimension dynamisme/variabilité du progiciel. Surtout, en ne communiquant pas le logiciel ni ses codes sources, dont la révélation aurait pu être menée dans des conditions

assurant leur confidentialité, et en ne précisant pas la version de son logiciel qui aurait été contrefaite, la société Komerko ne met pas l'intimée en mesure d'apprécier l'originalité de l'oeuvre logiciel' dont elle aurait commis une contrefaçon et ne lui permet de défendre ses intérêts. Les analyses d'expert versées par les parties, contradictoires entre elles, ont été réalisées à partir de captures d'écran, ne permettant pas à la cour d'apprécier les qualités originales revendiquées du logiciel.

Par conséquent, faute d'établir le caractère original de son logiciel, la société Komerko sera déboutée de sa demande en contrefaçon de son logiciel et le jugement sera confirmé de ce chef, sauf à préciser que l'absence d'originalité est une cause de mal fondé et non d'irrecevabilité de l'action en contrefaçon d'une oeuvre de l'esprit.

Sur les manquements au contrat de licence

La société Komerko sollicite subsidiairement la condamnation de l'intimée, qui n'était pas autorisée à reproduire le back-office du logiciel et à le diffuser, au paiement de dommages et intérêts pour manquement contractuel à la licence de mise à disposition.

Elle dénonce également une violation de la clause de confidentialité et soutient que le contrat recevait application lors de la diffusion de l'appel d'offre en cause. L'ATITA déclare qu'elle ne possédait pas le code source du logiciel de sorte qu'elle n'a pu le dévoiler, et que le contrat de licence a pris fin le 31 décembre 2013 l'appel d'offre diffusé après ne pouvait constituer une violation du contrat.

Elle estime qu'il lui était nécessaire d'insérer les captures d'écran pour décrire les fonctionnalités existant et expliquer ses attentes, relève que l'appelante diffuse elle-même sur son site des captures d'écran similaires à celles annexées à son appel d'offres. Enfin, elle conteste toute violation du devoir de confidentialité du contrat

Sur ce

L'article 7 du contrat de mise à disposition locative du logiciel, conclu entre la société Komerko et l'ATITA, prévoit que les parties 's'engagent à tenir pour strictement confidentielles toutes les informations échangées au cours de différentes réunions ou reportées sur divers documents'. Au début de l'année 2014, l'ATITA a lancé une consultation auprès de prestataires afin d'adapter un nouveau logiciel à la gestion de ses bases de données, et a dans ce cadre diffusé un 'cahier des besoins informatiques des bases' contenant une annexe 'migration des données' qui reproduit un ensemble de captures d'écran du logiciel komerko, ce que ne conteste pas l'ATITA.

Cependant, la société Komerko ne peut pas reprocher à l'ATITA d'avoir reproduit le 'back-office' de son logiciel sans justifier que l'ATITA, bénéficiaire d'un contrat de location dudit logiciel, était en possession de ce 'back-office', ce d'autant que la société Komerko indique dans ses écritures que l'utilisateur de son logiciel n'y a pas accès. L'article 3 du contrat précise qu'il commence le 1er juillet 2011 et se termine le 31 décembre 2012, est renouvelable par tacite reconduction pour une durée d'un an, chaque partie pouvant y mettre un terme trois mois avant son terme par lettre recommandée avec accusé de réception.

Un avenant a été conclu le 1er octobre 2013 entre les parties, modifiant les articles 3 et 4j du contrat et les annulant et remplaçant par de nouvelles dispositions dont, au titre de l'article 3 'le contrat est renouvelable par tacite reconduction pour une durée d'un an. Chaque partie peut

mettre fin à ce contrat à tout moment avec un préavis de trois mois, par lettre recommandée avec demande d'avis de réception'. Cela étant, l'ATITA ne peut déduire de la conclusion de cet avenant que le contrat a pris fin définitivement le 31 décembre 2013 et qu'elle n'était donc pas tenue par le contrat lorsqu'elle a diffusé son appel d'offres au mois de mars 2014, ce d'autant qu'elle n'avait pas résilié le contrat. Néanmoins, l'ATITA souligne que les captures d'écran ont été réalisées par elle-même au vu de son usage du logiciel et qu'il ne s'agit pas d'informations échangées au cours de différentes réunions ou reportées sur divers documents' au sens de l'article 7 du contrat, contrat dont l'objet est la mise à disposition locative du logiciel, de sorte que la société Komerko et l'ATITA étaient dans un rapport de fournisseur / client.

Surtout le constat d'huissier dressé le 1er décembre 2015 établit que la société Komerko communique de nombreuses informations sur son logiciel, accessibles sur son site internet, notamment en recourant à l'aide en ligne qui y est proposée. Ce constat révèle en effet que la société Komerko y présente des informations sur l'organisation et la structure des données dans son logiciel, la gestion de leur mise à jour, les principes de gestion des catalogues de produits, et d'une manière générale des données relatives au fonctionnement et à l'architecture de son logiciel constituant des révélations beaucoup plus importantes que celles figurant dans le document 'migration des données' joint à l'appel d'offres diffusé par l'ATITA.

Cette libre diffusion par la société Komerko révèle que ces informations n'étaient pas couvertes par un caractère de confidentialité, les autres acteurs du marché y ayant libre accès. Au vu de ce qui précède, il apparaît que l'ATITA n'a pas violé la clause de confidentialité figurant au contrat, ni le devoir de loyauté auquel elle était tenue à l'égard de la société Komerko et le jugement sera confirmé de ce chef. Sur la sous-licence non autorisée du logiciel

La société Komerko déclare avoir participé aux négociations avec Sycabel en vue de la signature d'un avenant avec l'ATITA et développé un module supplémentaire adapté, mais que le partenariat prévu avec ATITA n'a jamais abouti et qu'elle ne l'a jamais autorisé à sous-licencier le progiciel et à en percevoir des dividendes, comme l'a fait l'ATITA avec la société Sycabel Elle ajoute que l'ATITA a profité du travail de développement d'un module adapté aux besoins de Sycabel, et qu'elle-même ne lui a pas cédé même tacitement ses droits d'exploitation.

Elle conteste avoir donné la moindre autorisation d'exploitation à l'ATITA. L'ATITA relève qu'aucune clause du contrat n'interdisait de sous-licencier le logiciel, que la société Komerko était associée aux négociations du contrat de sous-licence et y a donné son accord, ce que révèlent les mails échangés, étant informé du caractère payant de ce contrat de sous-licence.

Sur ce

Le contrat de mise à disposition locative d'un progiciel, conclu entre la société Komerko et l'ATITA, ne prévoit pas de clause autorisant ou interdisant la conclusion d'une sous licence par le licencié. Il résulte des échanges de courriels intervenus entre la société Komerko et l'ATITA que l'appelante était informée des négociations engagées par l'ATITA avec Sycabel, et de leur évolution régulière. Ainsi, sur un papier à en-tête de la société Komerko son président indique que 'le site 'câblesbases' développé par ATITA pour le compte des industriels membres du syndicat Sycabel a été mis en service en février 2012'.

Si ce document n'est pas daté, il établit que la société Komerko était informé des relations entre la société Komerko et Sycabel.

Les échanges de courriels entre la société Komerko et l'ATITA entre les mois de mars et mai 2012 confirment aussi que le président de la société Komerko a été rendu destinataire du projet de contrat entre l'ATITA et Sycabel et de ses versions successives.

La société Komerko était au courant dès la réception du projet de contrat en mars 2012 qu'il contenait des dispositions portant sur le prix réglé par Sycabel à l'ATITA ; la société Komerko a notamment été consultée par l'ATITA, a pu apporter ses observations sur ce futur contrat et suggéré les modifications qui devaient y être apportées, ou les apporter elle-même (ainsi, le courriel reçu le 4 avril 2012), tout au long de la préparation de ce contrat. Outre cette collaboration entre la société Komerko et l'ATITA sur la rédaction et l'élaboration du contrat, les courriels échangés révèlent que la société Komerko a participé à une réunion avec l'ATITA et Sycabel le 6 décembre 2012, et a ultérieurement avancé des propositions quant aux dispositions de fixation du prix pouvant être appliquées à Sycabel.

Pour autant, la société Komerko ne démontre pas avoir manifesté son intention de percevoir une rémunération du fait de la mise à disposition de la base de données 'câbles et produits associés' par l'ATITA au profit de Sycabel, et cela ne ressort pas des courriels échangés. Elle ne justifie pas qu'était discuté entre les parties un projet de partenariat pour reconnaître à l'ATITA la possibilité de sous-licencier en échange d'une rémunération qui lui aurait été versée.

En conséquence, la société Komerko ne démontre pas que la perception par l'ATITA d'une rémunération de Sycabel en application de la mise à disposition à son profit de la base de données 'câbles et produits associés', dont elle était informée, engage sa responsabilité contractuelle.

Elle sera déboutée de sa demande à ce titre et le jugement sera confirmé de ce chef. Sur les agissements parasitaires La société Komerko dénonce la reprise quasi-servile et illicite de ses documents décrivant son logiciel, au mot le mot, s'agissant tant des rubriques, de leur enchaînement et de leur disposition, ce qui révèle que l'ATITA a entendu se placer dans son sillage, quand bien même les éléments repris ne sont l'objet d'aucun droit privatif.

Elle soutient que le libre accès à un document ne peut lui ôter toute valeur économique, et fait état du profit des intimes tiré sans contrepartie de ses investissements et de son travail. L'ATITA soutient que l'exploitation d'un document non protégé ne peut être considérée en soi comme une faute, que le document qu'elle a diffusé liste des fonctionnalités d'un logiciel qui ne sont pas protégeables.

Elle ajoute que la reprise des éléments décrivant les fonctionnalités était nécessaire afin de décrire la solution existante, et relève qu'ils sont en libre accès sur le site internet de la société Komerko Elle déclare n'avoir bénéficié d'aucun avantage économique du fait de l'exploitation de ces données, et relève que la société Komerko ne démontre pas que les investissements dont elle fait état ont été engagés pour le développement du logiciel en cause. Elle conteste toute violation d'une obligation de confidentialité, et crée un risque de confusion.

Sur ce

Le parasitisme s'apprécie indépendamment du risque de confusion et est le fait de, sans bourse délier, tirer indûment profit du savoir-faire et des efforts humains et financiers produisant une valeur économique consentis par une entreprise.

La société Komerko reproche en l'espèce à l'ATITA d'avoir repris, dans le 'cahier informatique des bases' qui constitue son cahier des charges diffusé le 20 mars 2014, un tableau synthétisant les fonctionnalités de son logiciel.

Cependant, le rapport spécial du commissaire aux comptes indiquant que la société Komerko a engagé la somme de 177.791 euros au titre des frais de recherche et développement en 2012, de 167.648 euros en 2011 et de 167.022 euros en 2010, ne saurait à lui seul justifier des investissements de l'appelante sur le développement du logiciel 'komerko e-commerce', en ce qu'il ne précise pas la part de cette somme affectée à la conception et au développement de ce logiciel, ni au développement de ses fonctionnalités dont la présentation sous forme de tableau ou graphique est reprochée et révélerait l'acte de parasitisme. La société Komerko ne peut se limiter à soutenir que le catalogue en cause 'constitue quasiment l'entière activité de Komerko', sans en justifier, et alors qu'il ressort des pièces versées que ses employés travaillaient également sur d'autres logiciels.

Aussi, faute de justifier de manière suffisante des investissements engagés pour le développement du logiciel 'komerko e-catalogue', la société Komerko sera déboutée de sa demande présentée au titre du parasitisme et le jugement sera confirmé de ce chef. Sur les autres demandes Il ne sera pas fait droit aux demandes indemnitaires présentées par la société Komerko ni à sa demande d'interdiction sous astreinte ou de publication.

L'accès au juge étant un droit fondamental et un principe général garantissant le respect du droit, ce n'est que dans des circonstances tout à fait exceptionnelles que le fait d'exercer une voie de recours en justice légalement ouverte, est susceptible de constituer un abus. En l'espèce, l'ATITA ne démontre pas que l'appel interjeté par la société Komerko ait été abusif. Elle sera donc déboutée de sa demande à ce titre. La société Komerko sera condamnée au paiement des dépens. Chaque partie supportera la charge de ses dépens.

PAR CES MOTIFS,

LA COUR,

Confirme le jugement en toutes ses dispositions, sauf à préciser que, contrairement à ce qu'a retenu le tribunal, l'originalité est une condition de fond et non de recevabilité de l'action en contrefaçon du droit d'auteur,

Y ajoutant,

Déboute les parties de l'ensemble de leurs demandes,

Condamne la société Komerko aux dépens d'appel.

LE PRÉSIDENT

LE GREFFIER