

**AU NOM DU PEUPLE FRANÇAIS
RÉPUBLIQUE FRANÇAISE**

COUR D'APPEL DE PARIS
Pôle 5 – Chambre 2
ARRET DU 28 JUIN 2019

Numéro d'inscription au répertoire général : n° RG 17/01776 – n° Portalis 35L7-V-B7B-B2PYC

Décision déferée à la Cour : jugement du 18 novembre 2016 – Tribunal de grande instance de PARIS
- 3e chambre 2e section – RG n°13/11351

APPELANTE AU PRINCIPAL et INTIMEE INCIDENTE

S.A.S. XAGA NETWORK, agissant en la personne de son représentant légal domicilié en cette qualité au siège social situé

[...]

94106 SAINT-MAUR-DES-FOSSES

Immatriculée au rcs de Créteil sous le numéro B 483 279 477

Représentée par Me T GRAPPOTTE-BENETREAU de la SCP GRAPPOTTE- BENETREAU, avocat au barreau de PARIS, toque K 111

Assistée de Me U FABREGAT plaidant pour l'AARPI NOESIS AVOCATS, avocat au barreau de PARIS, toque C 1001

INTERVENANT VOLONTAIRE EN REPRISE D'INSTANCE et comme tel APPELANT AU PRINCIPAL et INTIME INCIDENT

Me M B, agissant en sa qualité de mandataire judiciaire à la liquidation judiciaire de la S.A.S. XAGA GROUP

[...]

[...]

Représenté par Me T GRAPPOTTE-BENETREAU de la SCP GRAPPOTTE- BENETREAU, avocat au barreau de PARIS, toque K 111

Assisté de Me U FABREGAT plaidant pour l'AARPI NOESIS AVOCATS, avocat au barreau de PARIS, toque C 1001

INTIMES AU PRINCIPAL et APPELANTS INCIDENTS

M. E X

Né le [...] à [...]

De nationalité française

Exerçant la profession de directeur

Demeurant 6, rue du Four – 94100 SAINT-MAUR-DES-FOSSES

M. G Z

Né le [...] à [...]

De nationalité française

Exerçant la profession de président directeur général

Demeurant [...] – Lot n°2 – 78590 NOISY-LE-ROI

M. I Y

De nationalité française

Exerçant la profession d'ingénieur

[...]

S.A.S.U. L, prise en la personne de ses représentants légaux domiciliés en cette qualité au siège social situé

[...]

Lot n°2

78590 NOISY-LE-ROI

Immatriculée au rcs de Versailles sous le numéro 752 854 331

Représentés par Me I ROUX de l'AARPI TESLA, avocat au barreau de PARIS, toque C 210

INTIMEE

S.E.L.A.R.L. DE BOIS – HERBAUT, prise en sa qualité de mandataire judiciaire à la liquidation judiciaire des sociétés EGEYS et EGEYS SOFTWARE

[...]

92200 NEULLY-SUR-SEINE

Assignée par remise de l'acte à l'étude de l'huissier de justice et n'ayant pas constitué avocat

COMPOSITION DE LA COUR :

En application des dispositions des articles 786 et 907 du code de procédure civile, l'affaire a été débattue le 10 avril 2019, en audience publique, les avocats ne s'y étant pas opposés, devant Mme T-U V, Présidente, chargée d'instruire l'affaire, laquelle a préalablement été entendue en son rapport, en présence de Mme Laurence LEHMANN, Conseillère

Mmes T-U V et Laurence LEHMANN ont rendu compte des plaidoiries dans le délibéré de la Cour, composée de :

Mme T-U V, Présidente

Mme Laurence LEHMANN, Conseillère

M. François THOMAS, Conseiller, désignée en remplacement de Mme Françoise BARUTEL, Conseillère, empêchée

Greffière lors des débats : Mme Carole TREJAUT

ARRET :

Par défaut

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 Mme T-U V, Présidente, et par Mme Carole TREJAUT, Greffière, à laquelle la minute du présent arrêt a été remise par la magistrate signataire.

Vu le jugement contradictoire du 18 Novembre 2016 rendu par le tribunal de grande instance de Paris,

Vu l'appel interjeté le 21 janvier 2017 par les sociétés Xaga Network et Xaga Group,

Vu la non constitution de la société De Bois-Herbaut, intimée, prise en sa qualité de mandataire judiciaire des sociétés Egeys et Egeys Software,

Vu les extraits Kbis du 4 mars 2019 des sociétés Egeys Software et Egeys, portant mention de leur radiation, respectivement les 26 janvier et 20 juillet 2017 ensuite des jugements du tribunal de commerce de Nanterre ayant prononcé la clôture de leur liquidation judiciaire pour insuffisance d'actif,

Vu la non régularisation de la procédure d'appel à leur rencontre,

Vu l'ordonnance du 14 mars 2019 de désistement partiel accepté, de la société Xaga Network et de M. M B désigné en qualité de mandataire liquidateur de la société Xaga Group par le tribunal de commerce de Créteil le 5 décembre 2018, à l'égard de M. I N et de la société Interfaces Nouvelles (Wind), autres intimés,

Vu les dernières conclusions (n°7) remises au greffe, et notifiées, par voie électronique, le 27 mars 2019, de la société Xaga Network, appelante, et de M. B à qualités, intervenant volontaire et comme tel appelant (dits ensemble les appelants),

Vu les dernières conclusions (n°8) remises au greffe, et notifiées, par voie électronique, le 25 mars 2019, de la société L et de MM. E X, I Y et G Z, intimés et incidemment appelants,

Vu l'ordonnance de clôture du 28 mars 2019,

Vu la note d'audience du 10 avril 2019,

SUR CE, LA COUR,

Il est expressément renvoyé, pour un exposé complet des faits de la cause et de la procédure, à la décision entreprise et aux écritures précédemment visées des parties, ainsi qu'à la note contradictoire d'audience aux termes de laquelle le conseil des appelants a précisé que c'est par suite d'une erreur purement matérielle qu'apparaît le nom de M. N, à l'égard duquel ses clients se sont désistés, au titre de la concurrence déloyale et parasitaire.

Il sera simplement rappelé que la société Xaga Network, éditeur, titulaire d'un brevet français n° 2 948 788 délivré le 7 septembre 2011 intitulé 'Systèmes de gestion d'applications', se prévaut notamment de droits d'auteur sur un progiciel Xagaspaces (logiciel Xaga) de type plate-forme ayant vocation à optimiser la performance organisationnelle des entreprises et notamment à fluidifier la circulation d'informations à usage de

non informaticiens, dont la version 7 a été commercialisée en janvier 2010 et a fait l'objet d'un dépôt en mars 2011 à l'Agence pour la protection des programmes (APP).

Ayant relevé l'apparition sur le marché, en 2011 du logiciel MyActivities des sociétés Egeys, puis en 2012 du logiciel Wallaris de la société L, qui seraient, selon elle, une contrefaçon de son progiciel et de son brevet, la société Xaga Network a fait diligenter deux opérations de saisie-contrefaçon, autorisées par ordonnances du 10 juin 2013. Ces opérations se sont déroulées le 27 juin 2013, l'une au siège social de la société L et l'autre au domicile de M. N, ancien salarié de la société Xaga Solutions représentée par son gérant M. X (contrat de travail du 6 février 2003) puis de la société Xaga Network jusqu'à sa démission du poste de développeur JAVA en date du 7 septembre 2011.

La société Xaga Network estimant qu'il existerait une action concertée de MM. Y, X et N, respectivement directeur des opérations, créateur du logiciel et développeur, démissionnaires en 2011, et de M. Z, sous couvert du groupe Egeys puis de la société L, les a fait assigner en contrefaçon de droit d'auteur et de brevet ainsi qu'en concurrence déloyale, le 26 juillet 2013, avec les sociétés L et Wind, cette dernière ayant facturé des interventions à la société Xaga Solutions le 15 juillet 2009.

Selon jugement dont appel, sont intervenus volontairement à l'instance :

— le 4 mai 2015, la société Xaga Group, qui commercialise le logiciel Xaga,

— le 29 juin 2015, le mandataire judiciaire des sociétés Egeys et Egeys Software ainsi que M. A (caution de la société Egeys).

Les premiers juges ont, entre autres dispositons :

— déclaré irrecevable l'intervention volontaire du mandataire judiciaire des sociétés Egeys et Egeys Software ainsi que de M. A,

— déclaré nul le brevet et, en conséquence, irrecevables les sociétés Xaga en leurs demandes sur le fondement de la contrefaçon de ce brevet à l'encontre de la société L, et nuls les procès-verbaux de saisie-contrefaçon du 27 juin 2013,

— dit que les sociétés Xaga n'établissent pas l'originalité du logiciel Xaga, déclarant en conséquence ces sociétés irrecevables à agir en contrefaçon de droits d'auteur,

— débouté les sociétés Xaga de leurs demandes en concurrence déloyale et parasitaire,

— condamné les sociétés Xaga, le mandataire judiciaire des sociétés Egeys et Egeys Software et M. A à payer la somme globale de 30 000 euros à la société L ainsi qu'à MM. X, Y et Z, et celle de 10 000 euros à M. N et à la société Wind au titre de l'article 700 du code de procédure civile.

Il n'a pas été interjeté appel à l'encontre de M. A et la cour est dessaisie de l'appel à l'égard de M. N et de la société Wind du fait du désistement susvisé.

Les appelants demandent, en tenant compte de la rectification d'erreur matérielle précitée faite lors de l'audience, essentiellement de :

— rejeter la demande de M. Y de caducité de la déclaration d'appel,

— dire que le logiciel Xaga est une 'uvre de l'esprit bénéficiant à ce titre de la protection instaurée par le Livre I du Code de la propriété intellectuelle,

— débouter la société L et MM. Z, X et P de leur demande en nullité des procès-verbaux des opérations saisie-contrefaçon, et de rejet des deux procès-verbaux de constat communiqués (pièces n° 53 et 55),

— dire et juger que la société L, et MM. Z, X et P se sont rendus coupables in solidum de contrefaçon de droits d'auteur sur le logiciel Xaga de la société Xaga Network, leur ordonner de cesser, sous astreinte définitive, toute utilisation, reproduction, usage du logiciel Wallaris ou de tous logiciels reprenant les caractéristiques originales du logiciel Xaga, et ordonner, au besoin à titre de dommages et intérêts complémentaires, la confiscation et la destruction de tous supports, sur lesquels serait reproduit le logiciel Wallaris, et des codes sources,

— condamner, en conséquence, in solidum la société L et MM. Z, X et Y à leur verser à titre de dommages et intérêts 1 688 000 euros à parfaire, pour préjudice économique, et à payer à la société Xaga Network 50.000 euros de dommages et intérêts au titre du préjudice moral subi du fait des actes de contrefaçon de droits d'auteur du logiciel Xaga,

— dire que la société L et MM. Z, X et Y se sont rendus coupables d'actes de concurrence déloyale et parasitaire et les condamner in solidum à leur verser de ce chef 600 000 euros à titre de dommages et intérêts,

— ordonner la publication judiciaire de la décision à intervenir dans deux journaux ou périodiques et sur la page d'accueil du site Internet de la société L,

- condamner in solidum la société L et MM. Z, X et Y aux dépens en ce compris les frais des procès-verbaux de saisies-contrefaçons et de constat du 27 juin 2013, d'un procès-verbal du 1er avril 2015 et d'ouverture auprès de l'APP, et à leur verser 40 000 euros au titre de l'article 700 du code de procédure civile.

La société L et MM. X, Y et Z, incidemment appelants, demandent entre autres de :

— prononcer la caducité de la déclaration d'appel concernant M. Y,

— écarter des débats les pièces des appelantes n° 46 à 49, 50,51, 53, 55, 86, et 115 à 120 ainsi que 'les conclusions n°3 signifiées le 20 septembre 2018",

— condamner solidairement le mandataire liquidateur de la société Xaga Group et la société Xaga

Network à leur payer à chacun 80 000 euros au titre de la procédure abusive, et à payer à MM. X, Y et Z, à chacun, 100 000 euros en indemnisation de leur préjudice moral,

— déclarer nulles les opérations de saisie-contrefaçon,

— déclarer le mandataire liquidateur de la société Xaga Group et la société Network irrecevables à agir en contrefaçon de droit d'auteur, les débouter de toutes leurs demandes et les condamner solidairement à leur payer à chacun 25 000 euros en application de l'article 700 du code de procédure civile au titre de la procédure d'appel,

— ordonner la publication, sur la page d'accueil des sites Internet des sociétés Xaga, en cas de débouter de ces dernières.

Il convient de déclarer recevable l'intervention volontaire en cause d'appel de M. B ès qualités de liquidateur à la liquidation judiciaire de la société Xaga Group et de constater qu'il n'est plus formulé aucune prétention à l'encontre de la société De Bois-Herbaut désignée en qualité de liquidateur des sociétés Egeys et Egeys Software, ni à l'encontre des dites sociétés à l'égard desquelles la procédure d'appel n'a pas été régularisée ensuite de leur radiation au registre du commerce et des sociétés.

Il sera par ailleurs relevé que les sociétés Xaga indiquent expressément abandonner le fondement juridique tiré du brevet précité (page 24/90 de leurs écritures) et si elles demandent d'infirmier le jugement elles ne développent aucun élément à l'encontre de l'annulation du dit brevet prononcée par les premiers juges. Le jugement dont appel sera donc confirmé de ces chefs.

Il sera également confirmé des chefs non contestés en cause d'appel.

Sur la caducité de l'appel

M. Y, intimé domicilié en Belgique, oppose la caducité de l'appel le concernant faute de signification valable de la déclaration d'appel dans les délais, faisant valoir qu'il a constaté sur les significations adressées à MM. X, Z et à la société L que son nom était mal orthographié et qu'il a reçu la signification le 24 mai 2017.

Il n'est pas contesté que le greffe a adressé le 8 mars 2017 un avis aux fins de signification aux intimés non constitués de la déclaration d'appel.

Il ressort cependant des pièces produites que l'huissier de justice a accompli dans le délai imparti, soit le 5 avril 2017 les formalités de l'article 4 du règlement CE n° 1393-2007 du Parlement européen et du Conseil nécessaires à la signification de la déclaration d'appel à 'M. P I'.

Certes le patronyme de l'intéressé y est orthographié 'P' au lieu de 'Y', mais l'attestation d'accomplissement de la signification mentionne bien que l'acte a été délivré sous le nom de 'Y' au destinataire lui-même le 24 mai 2017, lequel a clairement mentionné ses nom et prénom.

Il ne ressort d'aucun élément qu'un nouvel acte ait été nécessaire pour la délivrance de cette signification ni que l'erreur matérielle résultant en fait de l'inversion du doublement d'une des 3 lettres du nom patronymique de l'intéressé dans la demande d'accomplissement de la signification du 5 avril 2017 n'ait pas permis l'identification du destinataire, dont le prénom et l'adresse étaient exactement reproduits, ni qu'elle ait pu retarder d'une quelconque manière la remise effective de l'acte.

Il n'y a dès lors pas lieu à caducité de la déclaration d'appel à l'égard de M. Y et ce chef de demande sera rejeté.

Sur les conclusions et pièces

La cour ne statue que sur les dernières conclusions déposées avant la clôture, soit en l'espèce sur les conclusions susvisées, n°7 du 27 mars 2019 de la société Xaga Network et du mandataire liquidateur de la société Xaga Group et n°8 du 25 mars 2019 de la société L et de MM. X, Y, et Z.

Dès lors la demande de ces derniers aux fins de rejet de conclusions n°3 des sociétés Xaga du 20 septembre 2018 s'avère sans objet, étant ajouté que la clôture a été prononcée plus de 6 mois après (le 28 mars 2019) ce qui a permis de réaliser en temps utile un échange contradictoire sur les écritures en cause mais également sur les pièces 115 à 120 qui étaient alors communiquées et qui ne sauraient en conséquence être écartées des débats.

De même le fait que la pièce 86 des appelants serait incomplète ne saurait imposer son rejet, mais simplement une appréciation au fond, le cas échéant, de sa portée probatoire telle que produite au débat.

La validité des opérations de saisie contrefaçon étant par ailleurs contestée, il n'y a pas lieu d'écarter des débats les pièces 46 à 49 relatives aux autorisations et procès-verbaux de saisies-contrefaçons qui doivent donc être examinés comme les pièces 50, 51, 86, 115 et 120 qu'il est également demandé d'écarter en conséquence de la nullité des opérations de saisie.

Enfin, il est demandé d'écarter des débats les pièces 53 et 55, lesquelles consistent en deux procès-verbaux de constats, dont il est prétendu que les annexes concerneraient des courriels interceptés au moyen d'investigations déloyales et frauduleuses. Il sera relevé qu'il n'est pas demandé la nullité de ces procès-verbaux et il convient d'apprécier, s'il y a lieu, la force probante des annexes litigieuses ce qui exclut de les écarter des débats.

Sur les saisies-contrefaçons

La société L et MM. X, Y et Z (dits ensemble les intimés), soutiennent que les deux opérations de saisies-contrefaçons du 27 juin 2013 sont nulles comme reposant sur un brevet nul.

Toutefois, ainsi que justement relevé par les appelants, les ordonnances autorisant ces deux saisies-contrefaçons visent aussi l'article L. 332-1 du code de la propriété intellectuelle concernant la preuve de la matérialité d'infractions au droit d'auteur. Il sera ajouté que les motifs de chacune des deux requêtes aux fins de saisie (page 3 de celle sollicitant l'autorisation de procéder à la saisie au domicile de M. N, et page 4 de celle autorisant la

saisie-contrefaçon au siège de la société L), support des deux ordonnances d'autorisation de saisie 10 juin 2013, font expressément état en sus de la titularité d'un brevet, qui protégerait les caractéristiques du logiciel Xaga, de la protection de ce logiciel 'également' au titre du droit d'auteur.

Il ne saurait en conséquence être considéré que les saisies-contrefaçons n'ont été autorisées que sur le fondement du brevet.

Les intimés soutiennent cependant que l'assignation sur le fondement du droit d'auteur est tardive. Il sera observé que si ce moyen n'a été opposé qu'en dernier lieu il n'en est pas moins recevable.

L'annulation du brevet entraînant la nullité des saisies-contrefaçons en ce qu'elles sont réalisées au visa de ce titre de propriété, il convient d'apprécier leur validité au regard des règles applicables en matière de contrefaçon de logiciel. Or il n'est pas discuté que selon les dispositions alors applicables en matière de logiciels, la saisie-contrefaçon exécutée en vertu d'une ordonnance rendue sur requête par le président du tribunal de grande instance est nulle à défaut d'assignation ou de citation dans un délai de vingt jours ouvrables ou de trente et un jours civils si ce délai est plus long, à compter de la date de l'ordonnance.

En l'espèce les assignations ayant été délivrées aux intimés le 26 juillet 2013, l'ont manifestement été plus de 31 jours civils après l'obtention le 10 juin 2013 des ordonnances autorisant les saisies-contrefaçons dont s'agit.

Il convient dès lors de faire droit à ce moyen de nullité, sans qu'il y ait lieu d'examiner les autres chefs de nullité invoqués, et de confirmer le jugement entrepris en ce qu'il a déclaré nuls les procès verbaux de saisies-contrefaçons des 27 juin 2013. Il s'en infère que la cour ne peut apprécier la valeur probatoire de ces procès-verbaux, ni des pièces appréhendées lors des dites saisies, ni des analyses de ces pièces.

Sur le droit d'auteur

La société Xaga Network revendique des droits d'auteur sur le logiciel Xaga imaginé, selon elle, par son président, M. Q C. Les pièces versées au débat suffisent à établir qu'elle exploitait ce logiciel sous son nom antérieurement aux faits reprochés. Ces actes d'exploitation font présumer à l'égard des tiers recherchés pour contrefaçon, en l'absence de revendication de la personne physique qui s'en prétendrait l'auteur, qu'elle est titulaire sur le logiciel invoqué, des droits patrimoniaux de l'auteur.

Dans le dispositif de leurs écritures les appelants, quoique n'invoquant que la titularité des droits de la société Network, sollicitent des dommages et intérêts à ce titre également au profit du mandataire liquidateur de la société Xaga Group. Il convient de déclarer cette demande irrecevable faute par cette société de justifier d'actes lui permettant de bénéficier d'une présomption de titularité de droits d'auteur sur le logiciel Xaga.

Les appelants indiquent que ce logiciel se compose de quatre parties principales : le noyau collaboratif, le générateur d'applications, le gestionnaire d'espaces collaboratifs (ou domaines) ainsi que le connecteur, qu'il s'adapte à toutes les fonctions requises par une entreprise, et qu'il est le résultat d'un condensé de progiciel, de logiciel spécifique et de ERP (Enterprise Ressource Planning). Ils précisent que le logiciel permet de mettre au point des fonctionnalités consistant à partir d'un cahier des charges spécifique, à le transposer à un niveau suffisant d'abstraction pour obtenir le niveau de généricité souhaité pour que le résultat intègre en totalité l'atelier de génie progiciel, et que la solution au cahier des charges initial est alors obtenue par du paramétrage pouvant être effectué par de non informaticiens, cette solution étant spécifique 'tout en étant progiciel'.

Le principe de la protection d'une oeuvre, sans formalité, du seul fait de la création d'une forme originale n'est pas discuté. Il incombe toutefois, à celui qui entend se prévaloir des droits de l'auteur, non seulement de rapporter la preuve d'une création déterminée à une date certaine mais encore de caractériser l'originalité de cette création, l'action en contrefaçon imposant que la création, objet de cette action, soit une oeuvre de l'esprit protégeable au sens de la loi, c'est-à-dire originale.

Les premiers juges ont estimé que les sociétés Xaga échouaient à prouver l'originalité du logiciel Xaga relevant que les éléments relatifs à ses fonctionnalités et avantages ne sont pas de nature à caractériser les choix arbitraires révélant un effort intellectuel en terme de composition du logiciel et exprimés en langage

informatique et qu'il n'était pas démontré en quoi l'architecture fonctionnelle de la base de données porte trace d'un effort créatif empreint de la personnalité de l'auteur ni en quoi la reprise de chaque référentiel et leur interopérabilité résulteraient de choix optionnels de l'auteur.

Devant la cour, les appelants invoquent, pour conclure à l'originalité du progiciel, le rapport non contradictoire de M. R S, expert informatique, du 21 avril 2017, lequel estime que l'analyse du code source, de la documentation technique et de l'approche conceptuelle de Xaga lui permet de conclure qu'il y a une spécificité propre à ce progiciel tant sur le plan de son architecture, que de sa programmation et de l'écriture de son code.

Les intimés soutiennent que cette consultation est dénuée de toute valeur probante dès lors qu'aucune analyse de code n'a été effectuée et que les constats sur une partie infime du progiciel ne sont pas suffisants pour caractériser l'originalité du progiciel.

Il sera rappelé que l'existence de l'originalité est de l'appréciation des juges du fond et que le demandeur à l'action doit identifier les éléments originaux de la création de l'oeuvre revendiquée.

A cet égard le rapport d'expertise précité indique que l'assemblage des programmes et des fichiers, l'interaction des différents programmes et le langage retenu pour chacun des modules est particulier, et que l'architecture du logiciel qui comprend 7 axes contenant chacun 3 principaux types de programmes est spécifique.

Si cette consultation, produite en pièce 86, qui décrit le progiciel Xaga v.7, est accompagnée de ses 5 annexes, elle n'est pas contradictoire alors même que les intimés avaient indiqué dès le 27 juillet 2015 (pièce 28) accepter 'avec les protestations et réserves d'usage' une expertise judiciaire qui serait sollicitée par la société Xaga Network à ses frais avancés.

Cette consultation n'est par ailleurs basée que sur la documentation fournie par le conseil des sociétés Xaga, listée en annexe 2 du rapport, et sur les réunions avec les conseils de ces sociétés et M. C, ce qui en limite encore la portée probatoire.

Celle-ci est d'autant plus limitée, qu'ainsi que relevé par les intimés n'ont été visionnés par l'expert que des modules du code source JSP (Le Java Server Pages) , lequel est, selon le rapport (page 5 et 6) une technique basée sur Java, qui est un langage de programmation informatique présenté officiellement en 1995 et donc préexistant à l'élaboration du logiciel en cause.

Ce rapport mentionne, qu'au vu de la documentation d'architecture et de spécification fournie par les appelants, la réalisation du logiciel a nécessité 8 ans de réflexion, de développement et de conception avec en moyenne 6 personnes qui ont codé, et que des choix ont été opérés :

— choix d'un navigateur de type Explorer qui était selon l'expert une gageure pour l'époque, et entre plusieurs possibilités de développement, choix d'utiliser une même table pour des besoins différents, ce qui aurait été à l'encontre des usages et recommandations de l'état de l'art,

— choix de logique d'affichage plutôt que d'afficher un écran prédéfini de disposer non seulement d'un système de configuration et de paramétrage par défaut dans le code source du logiciel mais encore de deux niveaux de personnalisation utilisables par le consultant,

— approche ayant consisté à intégrer un système de gestion de processus innovant pour l'époque et d'utiliser 3 axes en relation hiérarchique alors que toutes les options sont possibles en nombre de hiérarchie,

— choix de combinaison multiples de présentation dans l'affichage des arbres préféré à une solution plus traditionnelle sous la forme d'une liste d'items sur un écran.

Il n'en demeure pas moins que ces constatations réalisées par l'expert dans les conditions précitées, qui en limitent la portée, tendent à montrer qu'ont été réalisés des choix de possibilités, méthodes, fonctionnalités ou outils connus, et non des choix créatifs au sens du droit d'auteur susceptibles de caractériser en particulier de véritables programmes au-delà de la logique informatique ou de la mise en oeuvre de solutions informatiques existantes.

Même s'il n'est pas justifié de l'existence d'un logiciel préexistant combinant l'ensemble de ces choix de techniques précédemment utilisées ou appartenant au domaine public et si l'appréciation de la cour doit s'effectuer de manière globale, il n'est pas établi à suffisance que la combinaison revendiquée, fondée sur les constatations précitées, qui a pu permettre la réalisation d'un logiciel évolutif s'adressant à tout secteur d'activité et tout utilisateur et nécessiter un travail informatique important, voire des dépenses non négligeables selon un document interne des appelants (pièce 6), suffit à caractériser un effort personnalisé permettant de considérer que ce logiciel porte l'empreinte de la personnalité de son auteur, lui permettant d'accéder au bénéfice de la protection instituée au titre du droit d'auteur.

Dès lors la décision entreprise sera confirmée sur ce point, sauf à préciser que si les demandes sur ce fondement de la société Xaga Group sont irrecevables, comme précédemment retenu, celles de la société Xaga Group sont recevables mais mal fondées.

Sur la concurrence déloyale et parasitaire

Les appelants critiquent encore le jugement en ce qu'il a estimé que les faits de concurrence déloyale et parasitaire ne sont pas caractérisés.

Ils soutiennent que la société L a développé une activité concurrente en s'appropriant leurs investissements économiques par des moyens déloyaux, qu'elle a tiré indûment profit dès sa création en juillet 2013 des frais de recherche, de développement, promotionnels et commerciaux engagés par la société Xaga Network alors qu'ils ont dus emprunter pour financer leurs travaux. Ils prétendent également que la société L a démarché leurs clients, fait appel au même designer/graphiste et repris les contrats de maintenance et de licence, ce qui a déstabilisé leurs activités.

Il sera relevé que le simple fait de choisir un même graphiste n'est pas fautif et que la reprise de formules spécifiques de contrat n'est pas caractérisée.

Les appelants se prévalent en cause d'appel d'un second rapport de l'expert précité daté du 12 septembre 2018 (pièce 115) faisant valoir que celui-ci établirait une cinématique fonctionnelle similaire des logiciels Wallaris et Xaga, la même architecture fonctionnelle, une très forte similitude des données, les mêmes enchaînements de calcul, la même logique de traitement de navigation dans les écrans, et que, malgré la réécriture du code source, le logiciel Wallaris ne serait qu'une simple transposition (réécriture) du logiciel Xaga. Il soutiennent que cette appropriation de savoir-faire est fautive et qu'il en est résulté un avantage concurrentiel pour la société L.

Toutefois, les intimés remettent justement en cause la portée de ce rapport d'expertise non contradictoire, basé sur les documents mis à sa disposition par les appelants, dès lors qu'il repose, ainsi qu'il ressort de la mission de l'expert, sur les pièces saisies lors des opérations du 27 juin 2013 qui ont été annulées et qui ne saurait donc avoir ainsi que précédemment rappelé une quelconque valeur probante.

Au surplus les intimés produisent une analyse du 23 octobre 2018 (pièce 86), certes aussi non contradictoire, d'un autre expert, M. D, qui contredit formellement le rapport produit par les appelants et qui précise qu'à la différence de celui-ci le fonctionnement réel du logiciel Wallaris a pu être examiné. M. D indique ainsi que le logiciel Wallaris n'a pas les mêmes fonctionnalités que le logiciel Xaga, que leurs architectures applicatives sont différentes, qu'il n'existe aucune similitude entre les dictionnaires de données et leurs modèles de données, sauf quelques champs qui se retrouvent dans d'autres logiciels comptables, et que la charge de travail, comme le délai de 12 mois qu'il a évalué, pour réaliser le logiciel Wallaris sont cohérents par rapport à la réalité technique et à l'enregistrement en compatibilité.

Si l'expert choisi par les appelants a répondu aux remarques de la société L le 12 octobre 2018 puis à l'analyse de M. D le 2 novembre 2018 en maintenant pour l'essentiel sa position il confirme expressément avoir utilisé les documents collectés lors de la saisie du mois de juin 2013 relatifs à Xaga et à Wallaris et se baser sur ces documents, lesquels ne peuvent pas être valablement exploités du fait de l'annulation des opérations de saisie. Dès lors ces éléments s'avèrent également dénués de valeur probatoire.

Les appelants se prévalent encore de l'attestation du 5 septembre 2018 (pièce 116) de M. A, qu'ils n'ont pas attrait en cause d'appel, étant observé que l'intéressé n'a pas plus interjeté appel de la décision de première instance que l'a reconnu partie 'perdante'.

Selon cette attestation M. Z a voulu reprendre à son compte le concept Xaga et a embauché MM. X et Y 'afin de créer un logiciel reprenant les fonctionnalités de Xaga et en utilisant les recherches, notamment sur l'architecture technique, faites par la société Xaga'. M. A indique que la reprise des travaux d'architecture technique a également fait gagner du temps et de l'argent, que les fonctionnalités concernant la gestion budgétaire ont été développées en dehors du logiciel lui-même, pour pouvoir être reprises hors de Xaga, la volonté étant de reprendre ces développements dans le logiciel futur envisagé par M. Z, développé par MM. Y et X. Selon lui, le logiciel de la société L a repris 'mot pour mot l'offre commerciale élaborée' par la société Egeys pour ses prospects dans le cadre de son logiciel, les écrans de restitution des données dans les propositions étaient ceux de cette société qui n'a pu que constater la perte de ses investissements. Il ajoute qu'il était impossible de 'sortir' le site Internet de la société L en septembre 2012 sans avoir repris tout ce qui a été réalisé par la société Egeys et que cette situation serait comparable à ce qu'a mis en place M. Z chez la société Egeys 'vis-à-vis de Xaga, à la différence près que Y. C maîtrisait le logiciel Xaga et a pu ainsi continuer à le commercialiser'.

Il sera relevé que cette attestation se réfère essentiellement à des intentions supposées de se servir du logiciel Xaga pour écrire celui de la société Egeys et au fait que le logiciel Wallaris se serait servi du travail effectué par la société Egeys, étant rappelé que la procédure d'appel n'a pas été régularisée à l'encontre de cette dernière seule habilitée à se prévaloir le cas échéant de faits commis à en encontre, et qu'il est confirmé que la commercialisation du logiciel Xaga a pu perdurer.

Il ne peut être déduit d'une telle attestation preuve suffisante d'une faute à l'encontre des intimés.

Certes, les appelants soutiennent que des mails, extraits de procès-verbaux de constats, conforteraient l'existence de manoeuvres fautives. Selon les intimés ces mails ont été obtenus en violation du secret des correspondances et de façon déloyale.

Les deux procès-verbaux de constat d'huissier de justice des 4 mars 2013 et 18 mars 2014 invoqués par les appelants (pièces 53 et 55) ont été réalisés à la demande de la société Egeys à l'aide des nom d'utilisateur et mot de passe communiqués par M. A, le premier sur l'adresse électronique professionnelle de M. Z (G.Z@egeyx.fr), et le second sur la messagerie professionnelle de la société Egeys ouverte sous le nom de domaine 'egeys.fr' accédant notamment au compte professionnel de M. Z egeys.fr dépendant de la société Egeys sur gmail.

Même si les recherches peuvent avoir été ciblées elle proviennent d'outils mis à la disposition de la société Egeys sur lesquels il n'est pas établi qu'elle n'ait pas eu de droit d'accès, étant observé que les recherches litigieuses concernent des adresses professionnelles des personnes physiques intimées, et non des messageries personnelles, et que M. A ainsi que la société Egeys, qui ont permis l'établissement des procès-verbaux dont s'agit ne sont plus en cause.

Aucun élément ne permet de considérer que les mails échangés par l'intermédiaire d'outils professionnels mis à disposition pour les besoins de l'activité sociale d'une société, consultés à la demande de cette dernière, perdrait leur caractère professionnel. Il convient en conséquence de les examiner.

Il ressort ainsi des mails plus particulièrement invoqués par les appelants (pièces 118, 119 et 120) que :

— M. X répondait le 20 juillet 2012 être toujours l'interlocuteur Xaga sur une mission chez Alcara tout en demandant à être contacté dorénavant sur son adresse personnelle et ajoutait notamment à l'attention M. Z 'Il y a comme un parfum de déstabilisation!'

— le directeur associé de la société L considérait le 11 janvier 2013 que ce n'était 'plus du Xaga ni du papy Egeys',

— le 19 février 2013 M. X communiquait à ce directeur un guide d'utilisation qu'il avait réalisé en 2010 sur la prise en main de 'Birt avec Xaga'.

Ces mails ne sauraient suffire à retenir une faute personnelle préjudiciable aux appelants de MM. Z et X, étant observé que ces derniers justifient qu'antérieurement, en 2010 et 2011, M. C président de la société Xaga Network avait transmis à M. Z les documents pour permettre la présentation aux clients de la solution Xaga et indiqué avoir demandé à 'E' (M. X) la documentation fonctionnelle ou de formation Xaga sur compétence.

Les appelants soutiennent que la responsabilité personnelle de MM. X et Z mais également de M. Y est néanmoins engagée, faisant valoir que ce dernier est un ancien salarié de la société Xaga Group, laquelle fournit des prestations de développement informatique à la société Xaga Network, que M. X était directeur général des sociétés Xaga et a participé avec M. Y à la conception et à la commercialisation de la solution logicielle auprès de leurs clients et que M. Z a embauché MM. X et Y pour créer un logiciel concurrent.

Ils ajoutent qu'après un passage de quelques mois dans la société Egeys, MM. X, Y et Z ont décidé de créer la société L qui a une activité concurrente de la société Xaga Network et qui a proposé la solution logicielle Wallaris, constituant ainsi une association frauduleuse menée grâce aux investissements de la société Xaga Network.

Cependant si M. X a pu être impliqué dans la commercialisation du logiciel Xaga avant sa démission le 9 mai 2011 de ses fonctions de directeur général des sociétés Xaga et a pu transmettre avant cette démission des documents à MM. Z, Y et X il a été rappelé que M. C avait lui-même transmis ou demandé de tels documents.

Aucun élément ne permet de considérer qu'une position de retrait de certains clients puisse être imputée à faute à MM. X et Y, étant observé que des clients d'une société peuvent normalement s'inquiéter du départ de leurs interlocuteurs et qu'il est admis que les projets ont pu être poursuivis par la société Xaga (page 75/90 des écritures des appelants).

Les premiers juges ont justement pu retenir que seule était établie l'existence d'un client commun et qu'aucun élément ne permettait d'établir l'existence de manoeuvres déloyales de ce chef, que de même il n'était pas démontré que M. X soit à l'origine d'une rupture contractuelle avec un partenaire canadien, le tribunal rappelant exactement que l'interruption de relations commerciales fait partie de la vie des affaires.

Il est encore reproché à M. X d'avoir négocié peu avant sa démission l'embauche de M. Y, lequel a réfléchi à la structure à mettre en place durant son préavis, étant rappelé que dans le cadre de la procédure prud'homale il a été jugé, par cette cour le 13 novembre 2018, que la prise d'acte du 11 mai 2011 de M. Y de rupture de son contrat de travail avec la société Xaga Group produisait les effets d'un licenciement sans cause réelle et sérieuse. Il ne saurait être reproché à un salarié de chercher à retrouver une activité professionnelle en rapport avec ses compétences. Il ne peut pas plus être reproché à M. X un manquement à l'obligation de loyauté, même s'il est demeuré actionnaire des sociétés Xaga, étant rappelé que le principe est celui de la liberté du commerce et que MM. X et Y n'étaient liés par aucun engagement contractuel contraire, et pouvaient dès lors sans faute créer une société concurrente. Les appelants indiquent par ailleurs que la société Egeys Software ainsi créée n'a pu récupérer le logiciel Xaga pour le vendre sous le label 'Myactivités' (page 76/90 de leurs conclusions).

Si M. Y a ensuite quitté la société Egeys en accord avec M. Z pour rejoindre avec M. X la société L, qui a également une activité concurrente des sociétés Xaga, la société L bénéficiant ainsi des compétences professionnelles personnelles des intimés personnes physiques demeurant en cause, il n'est nullement établi qu'elle ait détourné une valeur économique appartenant aux sociétés Xaga déstabilisant ces dernières.

Il n'est en effet pas justifié, ainsi que pertinemment retenu par le tribunal, du caractère fautif de reprises d'éléments, par ailleurs non protégés, du logiciel Xaga, et il n'est pas plus démontré que le logiciel Wallaris de la société L serait similaire à celui-ci ni qu'il pourrait poursuivre la même finalité et s'adresser à la même clientèle.

Il sera relevé que le procès-verbal de constat du 26 février 2013 (pièces 54 et 54 bis) sur le site L ne tend, ainsi qu'admis par les appelants, qu'à prouver la reprise du site Egeys (page 17/90 de leurs conclusions), étant rappelé qu'il n'était pas reproché d'actes de concurrence déloyale ou parasitaire à l'encontre des sociétés Egeys à raison de la présentation de leur site en première instance et que la procédure d'appel n'a pas été régularisée à leur encontre.

Le procès-verbal de constat du 27 juin 2013 (pièce 52) établi à la requête de la société Xaga Network montrant la présentation du produit Wallaris ne permet pas de retenir de faute caractérisée à l'encontre des intimés. Il n'est pas plus démontré que la société L, avec MM. X, Y et Z, n'aurait pu développer son logiciel qu'en se plaçant dans le sillage des appelants, et non en mettant en oeuvre ses propres compétences, connaissances et ressources, dès lors que ce logiciel n'a été 'lancé' selon les appelants (page 12/90) qu'en octobre 2012, soit largement plus de 2 ans après la version 7 du logiciel Xaga en janvier 2010.

Aucun élément ne permet enfin de considérer que la version 8 du logiciel Xaga ne serait intervenue que le 1er juillet 2013 du fait des intimés, étant rappelé que les départs invoqués de MM. Y et X sont intervenus plus de deux ans auparavant (en mai 2011).

Compte tenu de l'ensemble de ces éléments, il ne peut pas être retenu que le logiciel Wallaris a bénéficié ou tiré profit des investissements propres aux appelants tant au plan intellectuel que financier ni que les intimés se seraient placés dans le sillage des sociétés Xaga ni qu'ils auraient frauduleusement captés ses clients ou partenaires commerciaux.

Les appelants ne rapportant pas à suffisance la preuve, qui leur incombe, de l'existence d'une faute ou déloyauté des intimés, l'ensemble de leurs demandes au titre de la concurrence déloyale ou parasitaire ne peut qu'être rejeté et le jugement entrepris sera dès lors confirmé sur ce point.

Sur les demandes des intimés

Les premiers juges ont justement relevé que la preuve d'une intention de nuire ou d'une légèreté blâmable n'était pas prouvée à l'encontre des sociétés Xaga.

Il sera relevé que si les intimés font état d'affirmations mensongères du mandataire des sociétés Egeys et de M. A la procédure d'appel n'a pas été régularisée à l'égard de ces derniers.

Le seul fait que les appelants succombent en leur recours, formé à l'encontre d'une décision non assortie de l'exécution provisoire, ne saurait caractériser un abus de leur droit d'agir en justice.

Il sera ajouté que si les intimés maintiennent que la procédure est abusive à raison de l'attitude procédurale des appelants à l'égard des sociétés Egeys, relevant qu'ils continuent à produire des pièces obtenues grâce à ces sociétés, il ne ressort d'aucune pièce qu'ils auraient fautivement obtenu ces éléments, ni que la non régularisation de la procédure d'appel à l'encontre des dites sociétés, devenues insolubles, présente un caractère fautif.

Il convient dès lors de rejeter la demande pour procédure abusive formée en cause d'appel et de confirmer le jugement entrepris de ce chef.

Il n'est pas plus établi que l'action à l'encontre des personnes physiques intimées serait constitutive d'un harcèlement qui ouvrirait droit à indemnité distincte, pour préjudice moral.

La publication judiciaire de la présente décision ne s'impose pas, pas plus qu'une solidarité au titre de la condamnation des appelants aux frais et dépens.

PAR CES MOTIFS,

Dit n'y avoir lieu à prononcer de caducité de déclaration d'appel ;

Déclare M. B recevable en son intervention volontaire en sa qualité de mandataire liquidateur de la société Xaga Group ;

Confirme la décision entreprise en toutes ses dispositions, sauf à préciser que la société Network est recevable mais mal fondée en son action en contrefaçon de droit d'auteur et à l'en débouter ;

Y ajoutant,

Rejette toutes autres demandes des parties contraires à la motivation ;

Condamne la société Xaga Network et M. B ès qualités de mandataire liquidateur de la société Xaga Group aux dépens, et, vu l'article 700 du code de procédure civile, les condamne à verser à ce titre une somme globale complémentaire de 10 000 euros pour les frais irrépétibles d'appel.

La Greffière La Présidente