

République Française
Au nom du Peuple Français
COUR D'APPEL DE DOUAI
CHAMBRE 1 SECTION 2
ARRÊT DU 26/11/2015

N° MINUTE :

N° RG : 14/03562

Jugement (N° 12/08822)

rendu le 27 Mai 2014

par le Tribunal de Grande Instance de LILLE

REF : MC/VC

APPELANTS

Monsieur Jean-Paul SMETS SOLANES

Demeurant

59 Rue Erlanger

75016 PARIS

SA NEXEDI prise en la personne de ses représentants légaux

Ayant son siège social

270 Boulevard Clémenceau

59700 MARCQ EN BAROEUL

Représentés par Me Dominique LEVASSEUR, membre de la SCP DOMINIQUE LEVASSEUR-VIRGINIE LEVASSEUR, avocat au barreau de DOUAI constitué aux lieu et place de Me Virginie LEVASSEUR, avocat au barreau de DOUAI,

Assistés de Me Sandrine MINNE, avocat au barreau de LILLE

INTIMÉE

SA SMILE agissant poursuites et diligences de ses représentants légaux

Ayant son siège social

48 Rue de Villiers

92300 LEVALLOIS PERRET

Représentée par Me Roger CONGOS, membre de la SCP CONGOS-VANDENDAELE avocat au barreau de DOUAI

Assistée de Me Alexandre FIEVEE du cabinet DERRIENNIC, avocat au barreau de PARIS

COMPOSITION DE LA COUR LORS DES DÉBATS ET DU DÉLIBÉRÉ

Jean-Loup CARRIERE, Président de chambre

Myriam CHAPEAUX, Conseiller

Sara LAMOTTE, Conseiller

GREFFIER LORS DES DÉBATS : Claudine POPEK

DÉBATS à l'audience publique du 28 Septembre 2015

Les parties ont été avisées à l'issue des débats que l'arrêt serait prononcé par sa mise à disposition au greffe.

ARRÊT CONTRADICTOIRE prononcé publiquement par mise à disposition au greffe le 26 Novembre 2015 (date indiquée à l'issue des débats) et signé par Monsieur Jean-Loup CARRIERE, Président, et Claudine POPEK, Greffier, auquel la minute de la décision a été remise par le magistrat signataire.

ORDONNANCE DE CLÔTURE DU : 5 juin 2015

FAITS & PROCÉDURE

La société Nexedi (Nexedi) édite une solution logicielle open source appelée ERP5. Il s'agit d'un logiciel de gestion destiné aux entreprises, aux banques ou encore aux administrations et qui intègre la comptabilité, la gestion de la relation client (CRM), des achats, des ventes, des stocks, des données produits (PDM), de la production (SCM), de la logistique et des ressources humaines.

M. Smets Solanes, président directeur général de Nexedi, a déposé le 1er février 2002 la marque française complexe ERP5 (n°3145331) pour les classes 9, 35, 38, 41 et 42 de la classification de Nice et les produits et services visés sont les suivants : appareils et instruments scientifiques, photographiques, vidéo, cinématographiques et d'enseignement ; appareils pour l'enregistrement, la transmission, la reproduction du son ou des images ; supports d'enregistrement numériques ; caisses enregistreuses, imprimantes, équipement pour le traitement de l'information, les télécommunications et les ordinateurs ; publicité. conseils, informations ou renseignements d'affaires ; reproduction de documents ; gestion de fichiers informatiques ; organisation d'expositions à buts commerciaux ou de publicité ; installation d'appareils informatiques, d'appareils de télécommunication et de meubles de bureau ; télécommunications. agences de presse et d'informations ; communications par terminaux d'ordinateurs ; éducation ; formation ; divertissement ; activités culturelles ; édition de livres, de revues ; agences pour artistes ; location de films, d'enregistrements phonographiques, d'appareils de

projection de cinéma ; montage de bandes vidéo ; organisation de concours en matière d'éducation ou de divertissement ; organisation et conduite de colloques, conférences, congrès ; organisation d'expositions à buts culturels ou éducatifs ; recherche et développement de nouveaux produits pour des tiers ; études de projets techniques ; conception de logiciels ; programmation pour ordinateur ; création et entretien de sites web pour des tiers ; consultation en matière d'ordinateurs ; conversion de données et de programmes informatiques ; conversion de documents d'un support physique vers un support électronique ; hébergement de sites informatiques.

M. Smets Solanes a donné en licence la marque ERP5 à la société Nexedi (Nexedi), laquelle offre une large gamme de services (développement spécifiques et maintenance de ses logiciels) autour de ce produit, dont elle assure elle-même l'intégration.

La société Smile (Smile) est une société de services informatiques spécialisée dans l'intégration de solutions « open source », qui n'est pas par ailleurs éditeur. Elle n'intègre donc pas ses propres produits mais les principaux outils du marché du logiciel open source. Smile assure les missions classiques d'une société de services informatiques (analyse de besoin, choix des solutions, programmations, paramétrages, formation, accompagnement).

Smile publie par ailleurs des synthèses portant sur les logiciels open source, appelés « livres blancs ». Elle a notamment publié au mois de mai 2008 sur son site internet un livre blanc intitulé « ERP Open Source », dans lequel elle procédait à une analyse des logiciels OpenERP et se proposait de faire découvrir les concepts de l'ERP, une sélection des meilleures solutions offertes par l'open source, leurs domaines d'applications, leurs forces tant fonctionnelles que techniques .

Estimant que les appréciations portées sur les produits et les activités de la société Nexedi dans ce document, conçues selon elle dans le seul intérêt de promouvoir les propres services de Smile, étaient constitutives d'actes de dénigrement et de parasitisme, le conseil de Nexedi a adressé en juin 2009 un courrier recommandé à Smile, la mettant en demeure de retirer ce document.

Une nouvelle version du livre blanc était mise en ligne en juillet 2009, après que certains points ont été modifiés.

Ultérieurement, afin d'assurer la promotion de ses livres blancs, et en particulier de celui consacré aux solutions ERP Open Source, Smile a souscrit un abonnement auprès de Google pour référencer dans le programme Adwords l'ensemble des noms des logiciels cités dans son étude .

Le 29 août 2012, Nexedi faisait constater par huissier de justice que Smile avait acquis dans le Adwords le terme ERP5.

Nexedi et son président, M. Smets Solanes, ont assigné Smile par acte du 15 octobre 2012 afin de faire cesser ses agissements et de la voir condamnée à la réparation du préjudice subi, aux motifs que Smile se serait livrée dans son livre blanc à un dénigrement du logiciel ERP5, ce dénigrement poursuivant l'objectif de promouvoir des produits concurrents, et qu'elle aurait par ailleurs durant l'été 2012 abusivement utilisé le terme ERP5 dans le cadre d'une campagne « Google Adwords », cet abus étant constitutif d'une contrefaçon de marque au préjudice de M. Smets Solanes et de concurrence déloyale au préjudice de Nexedi.

Par jugement du 27 mai 2014, le Tribunal grande instance de Lille a :

- dit que la marque ERP5 est descriptive et dépourvue de caractère distinctif ;
- débouté, en conséquence, la société Nexedi et M. Smets Solanes de leur action en contrefaçon de marque et de leurs demandes subséquentes ;
- prononcé la nullité de la marque la marque française figurative ERP5 déposée sous le n° 3145331 le 1 février 2002 ;

- débouté la société Nexedi et Smets Solanes de leur action en concurrence déloyale ;
- condamné la société Nexedi à verser à la société Smile la somme de 4.000 € sur le fondement de l'article 700 du code de procédure civile ;
- condamné la société Nexedi au paiement des frais et dépens de l'instance ;
- dit n'y avoir lieu à ordonner l'exécution provisoire du jugement.

La société Nexedi a interjeté appel de cette décision le 6 juin 2014.

L'ordonnance de clôture a été rendue le 5 juin 2015.

PRÉTENTIONS & MOYENS

Dans leurs conclusions récapitulatives reçues le 31 décembre 2014, M. Smets Solanes et Nexedi demandent à la cour d'appel au visa de l'article L.713-2 du code de la propriété intellectuelle et de l'article 1382 du code civil :

- d'infirmier le jugement dont appel ;
- de déclarer la demande de M. Smets Solanes et Nexedi, recevable et bien fondée, et en conséquence de dire que la marque figurative n°3145331 déposée le 1er février 2002 est distinctive et débouter Smile de sa demande de nullité ;
- dire que la réservation du signe ERP5 constitue la contrefaçon par reproduction de la marque figurative n°3145331 déposée le 1er février 2002 ;
- dire que Smile a commis des actes de concurrence déloyale ;
- d'interdire à Smile la réservation du signe ERP5 dans le programme Adwords et plus généralement l'usage de l'expression ERP5 sur son site internet www.Smile.fr à compter de la signification du jugement et sous astreinte de 1.000 € par jour de retard à compter de la signification du jugement, le Juge se réservant la liquidation de l'astreinte ;
- Condamner Smile à payer 50.000 € à Monsieur Smets pour atteinte à la marque , 100.000 € à Nexedi en réparation des actes de concurrence déloyale et 360.000 € à Nexedi en réparation de la perte de marge ;
- faire injonction à Smile d'avoir à produire les statistiques sous forme d'attestation régulière en la forme émanant de Google du terme ERP5 dans le cadre du programme adwords depuis sa réservation sous astreinte de 1.000 € par jour de retard à compter de la signification du jugement, le juge se réservant la liquidation de l'astreinte ;
- autoriser Monsieur Smets et Nexedi à publier le jugement à intervenir en totalité ou par extrait dans cinq journaux ou revues français à caractère professionnel aux frais de Smile pour un montant maximum de 5 000 € HT pour chacune des publications ;
- faire injonction à Smile d'avoir à publier des extraits du jugement au-dessus de la ligne de flottaison sur la page d'accueil du site www.Smile.fr pendant deux mois à compter de la signification du jugement et sous astreinte de 1.000 € par jour de retard à compter de la signification du jugement, le juge se réservant la liquidation de l'astreinte ;
- condamner Smile à payer la somme de 10 000 € en application de l'article 700 du code de procédure civile;
- condamner Smile aux entiers dépens et dire que, conformément aux dispositions de l'article 699 du Code de procédure civile, la SCP Levasseur pourra recouvrer directement les frais dont elle a fait l'avance sans en avoir reçu provision.

Au soutien de ses prétentions, M. Smets Solanes et Nexedi font valoir que la marque ERP5 est une marque figurative distinctive, ce caractère devant s'apprécier à la date du dépôt de la marque, et que Smile se rend auteur à l'encontre de M. Smets Solanes d'une contrefaçon caractérisée par l'atteinte portée à la fonction d'investissement de la marque, en ayant sans son consentement référencé sur internet un mot clef identique à sa marque, lui permettant de diriger les internautes vers un document présentant de façon dénigrante les produits de ladite marque. Elle soutient par ailleurs que la concurrence déloyale à l'égard de Nexedi est bien établie dès lors que le mot clef réservé renvoie

directement vers un document contenant des informations dénigrantes, ce qui est constitutif d'une faute.

Dans ses conclusions reçues le 21 janvier 2015, Smile demande à la cour d'appel au visa des articles L.711-1 et 2, L. 713-2 et L. 714-3 du code de la propriété intellectuelle, de l'article 1382 du Code civil, des articles 699 et 700 du Code de procédure civile :

- à titre principal sur la contrefaçon, confirmer le jugement du tribunal de grande instance de Lille, de dire que la marque ERP5 est descriptive et dépourvue de tout caractère distinctif, de prononcer en conséquence la nullité de la marque ERP5 et dire que la société Smile n'a pu commettre aucun acte de contrefaçon ;
- à titre subsidiaire sur la contrefaçon, de dire qu'il n'existe en l'espèce aucun risque de confusion, et de dire en conséquence que la société Smile n'a commis aucun acte de contrefaçon ;
- sur le dénigrement, de dire que la société Smile n'a commis aucun acte de dénigrement et/ou de concurrence déloyale ;
- de dire que les préjudices tant de la société Nexedi que de M. Smets ne sont pas justifiés ;
- en conséquence, de débouter la société Nexedi de l'intégralité de ses demandes, fins et conclusions ;
- de recevoir la société Smile en l'ensemble de ses demandes ;
- condamner la société Nexedi à verser à la société Smile la somme de 8.000 € sur le fondement de l'article 700 du CPC ;
- condamner la société Nexedi aux entiers dépens.

Smile indique en premier lieu que la marque ERP5 ne peut être considérée comme distinctive et demande dès lors que sa nullité soit prononcée. Elle fait valoir qu'en tout état de cause, la contrefaçon n'est pas constituée, puisqu' aucune atteinte n'est portée à la fonction d'origine de la marque ni à sa fonction d'investissement. Elle conteste tout acte de dénigrement à l'égard de Nexedi issu de la diffusion de son livre blanc et partant, tout acte de concurrence déloyale.

SUR CE,

Sur la validité de la marque

En application de l'article L.711-1 du code de la propriété intellectuelle, la marque de fabrique, de commerce ou de service est un signe susceptible de représentation graphique servant à distinguer les produits ou services d'une personne physique ou morale. Elle doit garantir au consommateur l'origine du produit ou service.

L'article L.711-2 du code de la propriété intellectuelle indique que le caractère distinctif d'un signe de nature à constituer une marque s'apprécie à l'égard des produits ou services désignés. Il précise que sont dépourvus de caractère distinctif notamment :

- a) Les signes ou dénominations qui, dans le langage courant ou professionnel, sont exclusivement la désignation nécessaire, générique ou usuelle du produit ou du service ;
- b) Les signes ou dénominations pouvant servir à désigner une caractéristique du produit ou du service, et notamment l'espèce, la qualité, la quantité, la destination, la valeur, la provenance géographique, l'époque de la production du bien ou de la prestation de service ;

M. Smets Solanes conteste la décision rendue par les premiers juges en ce qu'elle a dénaturé les textes en se plaçant à la date à laquelle a commencé l'usage contrefaisant pour apprécier le caractère distinctif de la marque, alors que celui-ci doit s'apprécier à la date du dépôt.

Elle soutient également le caractère distinctif de la marque ERP5 et conclut en conséquence à l'annulation de la décision déférée. Elle soutient qu'au moment du dépôt de la marque, il n'était pas d'usage de désigner les logiciels de gestion d'entreprise par leur abréviation et que pour le public concerné, soit des entreprises non spécialisées en informatique, la marque ne renvoyait pas de façon certaine à la désignation d'un logiciel de gestion, de production, de gestion commercial, logistiques et de ressources humaines.

Cependant, il n'est pas contestable, ainsi que l'on relevé les premiers juges que d'une part, le sigle ERP est dans le langage au moins professionnel ainsi que le prévoit l'article L. 711-2, a, la désignation usuelle du produit, et d'autre part, qu'il désigne l'espèce du produit concerné, et ce, au moment même de la date du dépôt, ainsi que le montre l'enregistrement antérieur d'autres marques contenant le même sigle pour des classes de produits identiques (en particulier 35). Ce sigle reprend en effet les initiales du syntagme de langue anglaise (langue habituellement utilisée par les professionnels de l'informatique) Entreprise Ressource Planning. C'est précisément la raison pour laquelle il a été choisi comme signe.

Concernant le chiffre 5 qui lui est accolé, il y a lieu de déterminer d'une part s'il désigne une caractéristique du produit et d'autre part, s'il confère au signe dans son ensemble un caractère distinctif de nature à garantir au consommateur l'origine du produit.

Pour écarter ce caractère distinctif, Smile soutient que le chiffre 5 indiquant une caractéristique du produit, il ne saurait être considéré comme ayant un caractère arbitraire permettant à l'ensemble d'être distinctif.

M. Smets Solanes fait valoir qu'il a choisi l'expression ERP5 pour désigner ses produits car il s'agit du seul système de gestion conçu autour d'un modèle général d'architecture à cinq classes, sans développer plus avant en quoi ce modèle consiste.

Ce faisant, M. Smets Solanes reconnaît implicitement le caractère descriptif d'une qualité essentielle du produit du chiffre 5, dont il ne démontre pas en quoi il conférerait au signe un caractère arbitraire et distinctif au regard du produit proposé lui permettant de remplir sa fonction de garantie d'origine du produit à l'égard du consommateur pertinent qui ne le percevra pas en soi et d'emblée comme l'indication d'une origine commerciale mais bien plutôt comme une indication technique (en particulier, numéro de version du logiciel).

Enfin, le caractère distinctif devant faire l'objet d'une appréciation globale du signe, il doit être tenu compte du fait que la marque n° 3145331, telle qu'elle résulte du document produit par M. Smets Solanes issu de la base de l'INPI, est une marque complexe semi-figurative, également composée d'éléments figuratifs non verbaux, le tout constituant un logo. Les éléments verbaux sont inscrits en lettres capitales blanches à l'intérieur d'un rectangle de couleur foncée, entouré d'une bordure tirant sur le gris clair et le tout ayant un aspect pixelisé.

Cependant, ce signe, constitué d'une figure géométrique de base avec dégradés de noir et blanc, est d'une simplicité excessive et n'est pas susceptible, en tant que tel, de transmettre un message dont les consommateurs peuvent se souvenir, de sorte que ces derniers ne le considéreront pas comme une marque mais davantage comme un élément décoratif. Les éléments figuratifs ne donnent pas en conséquence à la marque litigieuse un caractère de fantaisie distinctif que les éléments verbaux ne présentent pas non plus.

Enfin, M. Smets Solanes ne démontre pas que la marque aurait acquis un caractère distinctif par l'usage qui en aurait été fait.

Dès lors et en application de l'article L. 714-3 du code de la propriété intellectuelle, il y a lieu de déclarer nul l'enregistrement de la marque ERP5, qui n'est pas conforme aux dispositions des articles

L. 711-1 à L. 711-4, en rappelant que la décision d'annulation a un effet absolu.

Le jugement déferé doit donc être confirmé de ce chef.

Sur les faits de contrefaçon de marque

L'article L. 713-2 du code de la propriété intellectuelle interdit, sauf autorisation du propriétaire :

- a) La reproduction, l'usage ou l'apposition d'une marque, même avec l'adjonction de mots tels que : 'formule, façon, système, imitation, genre, méthode', ainsi que l'usage d'une marque reproduite, pour des produits ou services identiques à ceux désignés dans l'enregistrement ;
- b) La suppression ou la modification d'une marque régulièrement apposée.

L'article L.716-1 du code de la propriété intellectuelle prévoit que l'atteinte portée au droit du propriétaire de la marque constitue une contrefaçon engageant la responsabilité civile de son auteur. Constitue une atteinte aux droits de la marque la violation des interdictions prévues aux articles L. 713-2, L. 713-3 et L. 713-4.

M. Smets Solanes soutient que la contrefaçon est établie au regard de l'article L. 713-2 du code de la propriété intellectuelle, Smile ayant utilisé le signe ERP5 pour désigner des produits identiques. M. Smets Solanes estime que Smile porte atteinte à la fonction d'investissement de la marque puisqu'il a réservé le signe exploité par l'un de ses concurrents pour diriger vers un site contenant des mentions dénigrantes sur les produits de ce dernier.

Cependant, la marque ERP5 ayant été déclarée nulle, les faits de contrefaçon ne sont pas établis et M. SMETS SOLANES doit être débouté de leur action en contrefaçon et de l'ensemble de ses demandes subséquentes.

Le jugement sera donc confirmé de ce chef.

Sur les faits de concurrence déloyale

Sur la responsabilité

Nexedi, éditeur du logiciel ERP5, estime que le fait, pour un de ses concurrents, de réserver un mot clef renvoyant directement vers un document contenant des informations dénigrantes constitue un acte de concurrence déloyale, Smile profitant des efforts de développement de Nexedi pour réorienter les consommateurs intéressés par ERP5 vers ses propres produits. Nexedi demande l'infirmité du jugement de ce fait et la réparation des dommages subis sur le fondement de l'article 1382 du code civil.

Smile fait valoir en premier lieu qu'il aurait été loisible à Nexedi d'utiliser le droit de réponse institué par l'article 6 IV de la loi pour la confiance dans l'économie numérique du 21 juin 2004. Elle soutient ensuite qu'il n'y a pas eu d'actes de dénigrement dans le livre blanc mis en ligne, Smile ne se livrant pas à des critiques permanentes et systématiques du produit ERP5 et en soulignant même les nombreux aspects positifs.

Il sera rappelé, ainsi que l'on fait les premiers juges, que l'exercice du droit de réponse évoqué n'est en aucun cas une condition préalable à l'action en responsabilité recherchée sur le fondement de l'article 1382 code civil. Elle est une simple faculté ouverte aux personnes visées.

En vertu des dispositions de l'article 1382 du code civil, tout fait quelconque de l'homme qui cause à autrui un dommage, oblige celui par la faute duquel il est arrivé, à le réparer. Le préjudice doit être

direct, certain et présent. La réparation du préjudice doit être intégrale. Il appartient dès lors à celui qui s'en prévaut d'apporter la preuve d'un préjudice, d'une faute et d'un lien de causalité.

Pour prouver la faute de Smile, Nexedi fait valoir des propos dénigrants du livre blanc publié par Smile relatifs principalement aux champs d'étude suivants: les limites de la base de données ZOBD, la difficulté alléguée d'usage du logiciel ERP5, la solution risquée que constituerait ce logiciel, l'omission systématique des capacités du logiciel en matière de comptabilité. Il soutient que le dénigrement résulterait des propos tenus sur ERP5 mais également de l'omission de mentionner le logiciel concernant certaines fonctionnalités.

Smile soutient ne pas se livrer dans l'ouvrage publié à des critiques permanentes et systématiques du produit ERP5 mais en souligner les nombreux points positifs.

Le dénigrement consiste à jeter publiquement le discrédit sur les produits, l'entreprise ou la personnalité d'un concurrent. Il pourra résulter d'informations malveillantes, de critiques systématiques, ce qui constitue un dénigrement direct. Il est constitué même si les faits révélés par l'auteur du dénigrement sont exacts.

Il n'est pas contesté que Smile et Nexedi ont une clientèle identique compte tenu de leur objet et se trouvent de ce fait dans un rapport de concurrence. Si seule Nexedi est éditeur de logiciel ERP, les deux sociétés en revanche sont intégrateurs, c'est-à-dire qu'ils proposent des services informatiques basés sur l'intégration de logiciels open source, notamment ERP. Smile ne peut dès lors se prévaloir d'une position qui exclurait toute notion de concurrence avec Nexedi comme le suggère l'appellation « livre blanc ». Celle-ci évoque un outil d'aide à la décision par la proposition d'une analyse extérieure à tout rapport de concurrence. Le terme 'livre blanc' suggère en effet auprès des lecteurs (ou internautes) une analyse objective des ERP objet de l'étude, alors qu'en réalité c'est à une analyse subjective que s'est livrée la société Smile.

Il n'est pas non plus contestable que le livre blanc intitulé EPR est un document public, à libre disposition, sous réserve du renseignement d'un formulaire sur internet, comme le démontre les procès-verbaux de constat dressés le 30 avril 2009 et le 29 août 2012 par M. Dussart, huissier de justice.

En introduction du livre blanc (p. 8), il est indiqué que l'étude, après une sélection préalable, portera sur cinq solutions, dont ERP5, retenues comme compétitives, fiables et pérennes. Elle n'est donc pas générique mais porte bien sur des solutions logicielles clairement identifiées, dont ERP5.

Il n'est pas contestable qu'afin d'indiquer son choix des logiciels open source ERP avec lesquels elle a décidé de travailler, Smile expose au cours de son livre blanc les raisons pour lesquelles elle a décidé de ne pas s'engager avec ERP5 (ainsi qu'avec un autre logiciel), « solutions fonctionnelles et techniques honorables mais qui n'offrent pas en l'état d'ouverture suffisante pour l'intégration par de nouvelles tierces parties telles que Smile ».

Sans qu'il n'apparaisse nécessaire de suivre les parties dans le détail de leurs argumentations, il est indéniable qu'afin de justifier son choix de partenaires, et bien que par ailleurs des qualités positives du logiciel ERP5 soient également relevées, Smile dans son livre blanc impute des limites à ce logiciel, de nature à le déprécier au yeux du public et du consommateur, synthétisées en page 60 du livre blanc : « par exemple, pour ERP5, en dépit d'un nombre de critères techniques assez positifs, et sa couverture fonctionnelle qui le place au meilleur niveau, nous avons identifié deux points qui sont des handicaps à nos yeux: sa base de données objet Zope qui a une très faible diffusion en comparaison des bases de données relationnelles, et le réseau très réduit de partenaires susceptibles d'intégrer le produit ». Ces limites sont développées tout au long du livre blanc. Smile mentionne encore dans son livre blanc avoir retenu prioritairement trois autres logiciels nommés comme des solutions compétitives, fiables et pérennes, en ajoutant « un ERP installé aujourd'hui devra encore

répondre présent et s'ouvrir à de nouvelles fonctionnalités à la hauteur de vos exigences dans cinq ans... ». Ayant expressément cantonné son champ d'étude à cinq logiciels nommément désignés, il peut en être déduit que ceux non retenus ne présentent pas ces qualités, ce qui est de nature à décourager un consommateur potentiel.

Par ailleurs, Nexedi invoque le fait que le référencement du terme « ERP5 » par Smile dans Adwords est également constitutif d'un acte de concurrence déloyale, ayant eu pour conséquence un détournement de sa clientèle.

Si le démarchage de la clientèle d'autrui est libre, encore faut-il que ce démarchage ne s'accompagne pas d'un acte déloyal.

L'argument tiré du risque de confusion résultant du référencement par Smile du mot ERP5 et de ses dérivés dans Adwords doit être écarté, le constat dressé par M. Dussart, huissier de justice, en date du 29 août 2012 montrant que lorsque le mot ERP5 est entré dans le moteur de recherche Google, le premier titre qui apparaît est appelé « ERP open source », qu'il lui est juxtaposé sur la même ligne le terme « annonces », que le lien qui apparaît sur la ligne suivante renvoie expressément au site de Smile, l'annonceur étant ainsi clairement identifié, et qu'au total, le terme « ERP5 » n'apparaît jamais dans cette annonce. Dès lors, il apparaît clairement que les produits ou services visés par ces annonces ne proviennent pas de Nexedi ou d'une entreprise qui lui est liée économiquement mais, au contraire, d'un tiers.

En revanche, le fait pour Smile de réserver le mot clef ERP5, nom du logiciel édité par Nexedi, pour renvoyer à son propre site et au livre blanc est constitutif d'un acte de concurrence déloyale en ce que, conduisant vers les informations dénigrantes contenues dans le livre blanc sur le logiciel ERP5 pour mettre en avant le bien-fondé de ses propres choix de partenariats excluant ce logiciel, il est de nature à détourner la clientèle de son concurrent vers ses propres produits et services.

La faute commise par Smile est ainsi caractérisée, en dépit des aspects positifs d'ERP5 également soulignés, de la modération et de la relativisation des critiques portées, l'expression « notre analyse » notamment étant maintes fois utilisée.

Il a par ailleurs été jugé qu'un trouble commercial s'infère nécessairement d'un acte de concurrence déloyale.

Dès lors, il y a lieu de retenir la responsabilité de Smile pour des faits de concurrence déloyale.

Le jugement déféré sera infirmé de ce chef.

Sur la réparation des dommages

Sur les demandes pécuniaires

Les demandes fondées sur les faits de contrefaçon, non établis, seront rejetées.

Nexedi allègue que la réservation du terme ERP5 dans Adwords a été génératrice d'un préjudice consistant en un détournement de clientèle, un empêchement de son développement en France et des pertes de marché.

Elle demande une indemnité provisionnelle de 100.000 € concernant un préjudice de détournement de clientèle au moyen de la réservation du terme ERP5. Elle n'indique pas comment cette somme est évaluée et ne produit aucune pièce à l'appui de cette demande.

Pour évaluer le dommage qualifié d'empêchement au développement de Nexedi en France, elle

compare l'évolution de son chiffre d'affaire hors de France à celui réalisé en France entre 2007 et 2011, et estime que si l'évolution de ce dernier avait suivi celle du chiffre d'affaire hors de France, il aurait dû être supérieur de 365.000 €.

Par ailleurs, elle estime avoir perdu des marchés suite au téléchargement du livre blanc pour un montant qu'elle chiffre à 2.000.000 d'€.

Smile fait quant à elle valoir le faible nombre d'utilisation du mot-clef réservé pendant la période de sa campagne et le très faible nombre de téléchargement du livre blanc. Il résulte des pièces produites que pour la période s'écoulant du 1er janvier 2009 au 31 décembre 2012, les recherches sur le terme « ERP5 » en majuscules et minuscules a donné lieu à 204 clics. Smile indique également que parmi les 56 clics dénombrés en 2012 à partir de recherche sur les termes « ERP5 », « erp5 » et « erp 5 », seuls 5 ont donné lieu à téléchargement du livre blanc. Selon les documents produits à l'appui de cette affirmation, ce chiffre ne concerne cependant que le terme « ERP5 ». En tout état de cause, les documents concernés ne mentionnent pas de période de référence.

A l'appui de ses demandes, Nexedi ne produit aucune pièce comptable ou concernant les marchés évoqués.

Dès lors, il n'est établi ni la réalité de la baisse du chiffre d'affaire ni celle de la perte de marché, et a fortiori, leur lien avec les actes de concurrence déloyale reprochés à Smile.

Les demandes pécuniaires visant à indemniser le préjudice subi au titre de la concurrence déloyale n'étant aucunement justifiées, elles seront rejetées.

Sur l'interdiction de l'utilisation du terme ERP5 et les publications

Nexedi demande à ce que soit interdit sous astreinte à Smile l'usage de l'expression ERP5 sur son site internet ainsi que la réservation du terme « ERP5 » dans Adwords.

La marque ayant été déclarée nulle et le risque de confusion susceptible de porter atteinte à la fonction d'indication d'origine de la marque tiré du référencement du terme « ERP5 » dans Adwords par Smile ayant été écarté, cette demande est sans fondement.

La demande tendant à ce qu'il soit enjoint sous astreinte à Smile d'avoir à produire les statistiques sous forme d'attestations régulières en la forme émanant de Google du terme ERP5 dans le cadre du programme ERP5 n'est pas de nature à assurer la réparation du dommage et sera rejetée.

La demande tendant à autoriser la publication par Nexedi de la totalité ou d'extrait de l'arrêt à intervenir dans cinq journaux ou revues français à caractère professionnel aux frais de Smile pour un montant maximum de 5.000 € hors taxe apparaît en revanche de nature à réparer le trouble commercial subit. Nexedi sera donc autorisée à publier le dispositif du présent arrêt dans cinq journaux ou revues professionnels français, aux frais de Smile, sans que le coût de chaque publication n'excède la somme de 3.000 € hors taxes.

De même, il sera enjoint à Smile d'avoir à publier le dispositif du présent arrêt en partie supérieure de son site internet pour une durée de 2 mois.

Sur les dépens et les frais irrépétibles

Le sens du présent arrêt conduit à infirmer le jugement sur les dépens et l'application de l'article 700 du code de procédure civile .

Chacune des parties gardera à sa charge les dépens par elle exposés.

Il n'y a pas lieu à faire application des dispositions de l'article 700 du code de procédure civile.

PAR CES MOTIFS,

La cour,

Statuant par arrêt contradictoire, par mise à disposition au greffe,

Confirme le jugement déferé **sauf** en ce qu'il a débouté Nexedi de son action en concurrence déloyale et de ses demandes de publication, ainsi que sur les dépens et les frais irrépétibles ;

Statuant à nouveau,

Dit que Smile a commis des actes de concurrence déloyale à l'égard de Nexedi en tenant des propos de nature à porter le discrédit sur ses produits et services dans son livre blanc intitulé « ERP open source » ;

Y ajoutant,

Autorise la publication du dispositif du présent arrêt dans cinq journaux ou revues professionnels français, au choix de Nexedi et aux frais de Smile, sans que le coût de chaque publication n'excède la somme de 3.000 € hors taxes ;

Ordonne la publication du dispositif du présent arrêt en partie supérieure du site internet de Smile (<http://www.smile.fr/>) pour une durée de 2 mois ;

Dit n'y avoir lieu à application de l'article 700 du code de procédure civile ;

Dit que chaque partie conservera la charge des dépens par elle exposés ;

Rejette toute autre demande.

Le Greffier Le Président,

C. POPEK J.L. CARRIERE