

**REPUBLIQUE FRANCAISE
AU NOM DU PEUPLE FRANÇAIS**

COUR D'APPEL DE MONTPELLIER
2° chambre, 24 JANVIER 2012

Numéro d'inscription au répertoire général : 10/06664. Décision déférée à la Cour : Jugement du 30 JUILLET 2010 TRIBUNAL DE GRANDE INSTANCE DE MONTPELLIER
N° RG 08/04201

APPELANTS

Monsieur Mohammad Abdul Hafiz E.
né le 04 Avril 1972 à BEYROUTH (LIBAN)

xxx

34000 MONTPELLIER

Représenté par Me Michel ROUQUETTE, avoué à la Cour assisté de Me Cyrille CAMILLERAPP, avocat au barreau de MONTPELLIER

SARL NEMESIS SOFTWARES, immatriculée au RCS de MONTPELLIER sous le n° 453 569 584, représentée par son représentant légal en exercice domicilié en cette qualité audit siège social sis. 48, Cours Jules Hardouin 34080 MONTPELLIER
Représentée par Me Michel ROUQUETTE, avoué à la Cour assistée de Me Cyrille CAMILLERAPP, avocat au barreau de MONTPELLIER

INTIMES

SARL REALISATIONS INTERNET SIMPLES ET INTUITIVES, immatriculée au RCS de EVREUX sous le n° 480 563 089, prise en la personne de son représentant légal en exercice domicilié ès qualités au siège social 3-5, Rue Michelet - 27000 EVREUX en la personne de Philippe LEBLAY Liquidateur Judiciaire 46 Rampe Beauvoisine 76006 ROUEN
Assignée le 10/01/2011 - A domicile.

Monsieur Bernard L.
né le 30 Novembre 1952 à AMIENS (80000)
de nationalité Française

xxx

27160 CONDE SUR ITON

Représenté par la SCP CAPDEVILA ET VEDEL SALLES, avoués à la Cour

ORDONNANCE DE CLOTURE DU 24 Novembre 2011 REVOQUEE AVANT
OUVERTURE DES DEBATS PAR UNE NOUVELLE ORDONNANCE DE
CLOTURE DU 8 Décembre 2011.

COMPOSITION DE LA COUR :

L'affaire a été débattue le 08 DECEMBRE 2011, en audience publique, Monsieur Jean-Luc PROUZAT, Conseiller, ayant fait le rapport prescrit par l'article 785 du Code de Procédure Civile, devant la Cour composée de :

Monsieur Hervé CHASSERY, Conseiller désigné par ordonnance pour assurer la Présidence
Monsieur Jean-Luc PROUZAT, Conseiller
Madame Brigitte OLIVE, Conseiller qui en ont délibéré.
Greffier, lors des débats : Madame Sylvie SABATON

ARRET :

- réputé contradictoire.
- prononcé publiquement 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 Hervé CHASSERY, Conseiller désigné par ordonnance pour assurer la Présidence, et par Madame Sylvie SABATON, greffier, auquel la minute de la décision a été remise par le magistrat signataire.

FAITS et PROCEDURE - MOYENS et PRETENTIONS DES PARTIES :

Mohammad E. est propriétaire de la marque CYBERSHOP ASP, déposée et enregistrée auprès de l'INPI, et gérant de la SARL Nemesis Softwares, ayant pour activité la commercialisation et le développement de logiciels.

La société Nemesis Softwares commercialise ainsi sous la marque CYBERSHOP ASP un logiciel servant à créer des boutiques en ligne. Au mois d'avril 2008, elle a reçu d'une société Tendance Sensuelle une lettre de réclamation à propos d'un logiciel, qui avait été vendu à cette société sous la marque CYBERSHOP ASP, mais dont elle n'était pas l'éditeur.

Le 3 juin 2008, la société Nemesis Softwares a fait dresser par la SCP d'huissiers de justice Berthézène et Bichat un procès-verbal de constat, faisant apparaître qu'une SARL Réalisations Internet Simples et Intuitives (la société RISI) proposait à la vente sur son site Internet des logiciels revêtus de la marque CYBERSHOP ASP.

Par acte du 17 juillet 2008, M. E. et la société Nemesis Softwares ont fait assigner en contrefaçon de marque et concurrence déloyale la société RISI devant le tribunal de grande instance de Montpellier.

La société RISI a assigné à son tour, le 11 août 2009, en intervention forcée, Bernard L. , ancien propriétaire des parts sociales de la SARL, qu'il avait cédées le 29 février 2008 à un certain Antoine Francin, l'acte de cession prévoyant, à l'article 7 de l'annexe 5, une clause de garantie de passif. Après jonction des instances connexes, le tribunal, par jugement du 30 juillet 2010, a notamment débouté M. E. et la société Nemesis Softwares de l'ensemble de leurs prétentions, les a condamnés in solidum à payer à la société RISI la somme de 1200,00 euros sur le fondement de l'article 700 du code de procédure civile et a condamné la société RISI à payer à M. L. la somme de 600,00 euros sur le même fondement.

Par déclaration reçue le 6 août 2010, M. E. et la société Nemesis Softwares ont régulièrement relevé appel de ce jugement.

En cours d'instance, la société RISI, qui se trouvait en redressement judiciaire depuis le 31 mai 2010, a fait l'objet d'une procédure de liquidation judiciaire, M. Leblay étant désigné comme liquidateur.

M. E. et la société Nemesis Softwares demandent à la cour d'infirmer le jugement et, en conséquence, de :

Vu la liquidation prononcée contre la société RISI et la clôture de la procédure pour insuffisance d'actif,

-leur donner acte de leur désistement à l'égard de la société RISI et de M. Leblay ès qualités de liquidateur à la liquidation judiciaire de la société,

Vu les articles L. 713-2, L. 713-3 et suivants du code de la propriété intellectuelle,

Vu les articles L. 716-1 et suivants du code de la propriété intellectuelle,

-condamner M. L. à payer à M. E. la somme de 1000,00 euros et à la société Nemesis Softwares la somme de 10 000,00 euros,

-dire et juger que la décision à intervenir sera publiée dans trois journaux laissés au choix de la société Nemesis Softwares,

-condamner solidairement M. L. à rembourser à la société Nemesis Softwares les frais de cette publication,

Vu les articles L. 122-6 et suivants, L. 335-3 et suivants du même code,

-condamner M. L. à payer à la société Nemesis Softwares la somme de 5000,00 euros pour contrefaçon du logiciel,

Vu les articles 1382 et suivants du code civil,

-juger coupable M. L. d'actes de concurrence déloyale et de parasitisme,

-condamner M. L. à payer, en réparation de ces actes, la somme de 10 000,00 euros à la société Nemesis Softwares,

-le condamner à payer à M. E. et à la société Nemesis Softwares la somme de 7000,00 euros, chacun, sur le fondement de l'article 700 du code de procédure civile.

Au soutien de leur appel, ils font essentiellement valoir que :

-la société RISI, dont M. L. était le gérant et détenait la totalité des parts sociales, a utilisé la marque CYBERSHOP ASP pour vendre, sans l'autorisation du propriétaire, à la société Tendance Sensuelle un logiciel, qui ne pouvait être revêtu de cette marque et qui était, en fait, un logiciel VP ASP,

-elle n'a pas, en effet, justifié de l'achat d'un logiciel CYBERSHOP ASP destiné à la société Tendance Sensuelle, ni d'un contrat de licence pour le site de cette société, alors que les

produits vendus sous la marque CYBERSHOP ASP sont des logiciels mono sites, mono serveurs, chaque logiciel devant, lors de sa commande, être rattaché à un site déterminé,

-en outre, la société RISI a utilisé la marque CYBERSHOP ASP comme marque d'appel, grâce au lien créé vers son site, alors qu'elle ne dispose d'aucune licence de logiciels, ni d'aucun produit de la marque CYBERSHOP ASP régulièrement mis en vente sur le marché, -une fois les clients entrés en contact avec elle par le biais du lien vers son site, elle va leur vendre des logiciels en installant au départ une version de démonstration de CYBERSHOP ASP contrefaite, qu'elle remplace ensuite par une version VP ASP,

-la société RISI et M. L. ont également dénigré leurs produits et tenté de profiter de la notoriété de la marque CYBERSHOP ASP dans son référencement sur Internet,

-n'ayant acquis régulièrement que deux licences, l'une pour le site « sea.of life » (la mer vivante), l'autre pour son propre site « startonweb », la société RISI s'est livrée à une contrefaçon du logiciel CYBERSHOP ASP, qu'elle indique avoir testé pour le site de la société Tendance Sensuelle. M. L. conclut, pour sa part, à la confirmation du jugement ; il demande, par ailleurs, à la cour de débouter la société RISI de son appel en garantie et, subsidiairement, de dire que la garantie du passif se trouve limitée à la somme de 6222,42 euros maximum, déduction faite des sommes éventuellement payées à la société RISI au titre de ladite garantie ; enfin, il sollicite l'allocation de la somme de 2000,00 euros en remboursement de ses frais irrépétibles.

Il soutient en substance que :

-la société RISI, qui commercialise et installe des logiciels destinés à la création de sites Internet, a entretenu des liens commerciaux avec la société Nemesis Softwares, dont elle était le revendeur, et ne faisait que présenter sur son site les trois solutions e-commerce, permettant la création de boutiques en ligne, dont l'installation de la version francisée de VP ASP et l'installation et le paramétrage de la solution CYBERSHOP ASP,

-la société Nemesis Softwares n'ignorait pas que le logiciel de démonstration, acquis fin 2006, était destiné à être revendu à la société Tendance Sensuelle,

-elle a d'ailleurs bénéficié, pour l'achat de ce logiciel, du prix d'achat réservé à un revendeur, qualité conditionnée à la seule immatriculation au registre du commerce et des sociétés sous une activité reliée ou provenant du secteur NTIC/WEB,

-il ne peut dès lors lui être reproché une utilisation frauduleuse ou détournée de la marque CYBERSHOP ASP détenue par la société Nemesis Softwares, ni l'existence d'actes de concurrence déloyale ou de parasitisme, la société RISI s'étant bornée, en effet, à mentionner sur son site, qu'elle était en mesure de fournir à ses clients des logiciels de la marque CYBERSHOP ASP,

-contrairement à ce qui est affirmé, la société RISI n'a pas reproduit le logiciel CYBERSHOP ASP pour tester ce logiciel sur le site de la société Tendance Sensuelle. M. Leblay, pris en sa qualité de liquidateur à la liquidation judiciaire de la société RISI, n'a pas constitué avoué, bien qu'ayant été assigné à domicile par acte d'huissier de justice du 10 janvier 2011.

La clôture de l'instruction a été prononcée en cet état le 8 décembre 2011, préalablement à l'ouverture des débats, après révocation de l'ordonnance de clôture intervenue initialement le 24 novembre 2011.

MOTIFS DE LA DECISION :

Il convient de donner acte à M. E. et à la société Nemesis Softwares de ce qu'ils se désistent de leurs demandes à l'égard de la société RISI et de M. Leblay ès qualités, étant observé qu'aucune déclaration de créance n'a été faite à la procédure collective de la société RISI, mise en redressement judiciaire par un jugement du tribunal de commerce de Rouen en date du 31 mai 2010, converti en liquidation judiciaire le 21 juillet 2010, et que la procédure collective a fait l'objet d'une clôture pour insuffisance d'actif, prononcée, le 4 février 2011.

* * *

Il résulte de l'article L. 713-2 du code de la propriété intellectuelle que sont interdits, sauf autorisation du propriétaire, 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 ; ainsi que l'indique le premier juge, l'attribution de marque à des produits de même nature, ne provenant pas du titulaire de la marque, constitue une contrefaçon.

En l'espèce, il n'est pas discuté que M. E. est propriétaire de la marque CYBERSHOP ASP, déposée le 16 février 2005 à l'INPI et enregistrée sous le n° 05 3 343 790 dans les classes 9, 35 et 42, laquelle désigne un logiciel permettant la création de sites Internet de commerce en ligne, distribué par la société Nemesis Softwares.

Par courrier du 3 avril 2008, une société Tendance Sensuelle, ayant pour activité le commerce de lingerie fine sur son site Internet www.tendance-sensuelle.eu, s'est plainte auprès de la société Nemesis Softwares de ce qu'ayant commandé à la société RISI, en octobre 2006, un logiciel CYBERSHOP ASP, payé 1490,00 euros, il lui avait été installé, à la place, un logiciel VP ASP, ne correspondant pas à ses attentes relativement à la gestion des stocks, à l'exécution des commandes clients et au paramétrage des règlements.

Il résulte à cet égard des pièces produites que la société RISI, spécialisée dans la création de sites Internet, a effectivement facturé, le 4 janvier 2007, à la société Tendance Sensuelle un logiciel e-commerce CYBERSHOP ASP standard au prix de 1490,00 euros HT, après avoir obtenu de la société Nemesis Softwares un bon de commande, daté du 31 octobre 2006, pour l'achat d'une tel logiciel, remplacé par un bon de commande (n° 2188) du 2 novembre 2006 portant le prix du logiciel de 1490,00 à 990,00 euros HT ; or, il est constant que le logiciel installé sur le serveur de la société Tendance Sensuelle n'est pas le logiciel CYBERSHOP ASP mais un autre logiciel VP ASP ; dans un email, qu'il a adressé le 9 avril 2008 à cette société, M. L. admet que la facture comporte un libellé erroné (sic), reconnaissant qu'a été installé le logiciel VP ASP d'origine australienne, en tous points semblables à CYBERSHOP ASP, mais plus conforme aux besoins de son client.

Après avoir notamment relevé que le bon de commande du 31 octobre 2006 adressé par la société RISI à la société Tendance Sensuelle et l'accusé de réception de cette commande du 6 novembre 2006, comportaient un libellé identique à celui de la facture du 4 janvier 2007, le

premier juge a considéré que la simple mention erronée de la marque CYBERSHOP ASP sur ladite facture était insuffisante à établir que la société RISI usait de cette marque comme produit d'appel et l'attribuait à des logiciels provenant d'autres fournisseurs.

Pour autant, le fait d'avoir, sur la facture du 4 janvier 2007, désigné sous la marque CYBERSHOP ASP un logiciel de même nature, mais qui ne pouvait prétendre à cette marque, constitue une contrefaçon par usage, peu important que la mention inexacte, portée sur la facture, l'ait été par erreur. En toute hypothèse, même si la société RISI a obtenu l'installation sur son propre serveur, courant octobre 2006, d'un logiciel d'évaluation CYBERSHOP ASP, destiné à servir de démonstration pour la création du site Internet de la société Tendance Sensuelle, elle ne pouvait ignorer que le logiciel n'était pas utilisable à des fins commerciales, sans l'achat d'une licence, valable pour un site déterminé ; en effet, la société RISI était elle-même titulaire d'une licence mono site, mono serveur du logiciel CYBERSHOP ASP, lui ayant été concédée le 30 mai 2005, pour son site www.startonweb.com, les conditions générales de licence lui interdisant d'utiliser le logiciel pour développer plusieurs sites e-commerce, de revendre la licence à un tiers et de céder ou transférer, de quelque manière que ce soit, à un tiers la licence d'utilisation, sans l'autorisation écrite préalable de Nemesis ; elle avait également signé, le 20 juin 2005, le bon de commande d'une licence CYBERSHOP ASP destinée à la création du site www.la-mer-vivante.fr de la société Sea Of Life, qui lui avait été vendu au prix « distributeur » de 790,00 euros HT. M. L. , qui était alors le gérant de la société RISI, a commis personnellement l'acte de contrefaçon allégué, consistant à attribuer, dans la facture du 4 janvier 2007 libellée à l'ordre de la société Tendance Sensuelle, la marque CYBERSHOP ASP à un logiciel ne provenant pas de la société Nemesis Softwares ; dans son email du 9 avril 2008, adressé à la société Tendance Sensuelle, il reconnaît avoir substitué au logiciel CYBERSHOP ASP, dont il avait fait la démonstration à celle-ci et qui devait être utilisé pour la création de son site Internet, un autre logiciel VP ASP présentant les mêmes fonctionnalités, mais sans que son client ait été avisé de la substitution ; de tels agissements, qui ont eu pour effet de tromper la société Tendance Sensuelle sur l'origine du logiciel, caractérisent une faute personnelle de sa part, détachable de ses fonctions de gérant, d'autant que la solution CYBERSHOP ASP était plus onéreuse (1490,00 € hors formation) que celle qualifiée d'intermédiaire, retenue pour le site www.tendance-sensuelle.eu (690,00 € hors formation), ainsi qu'il ressort des énonciations du procès-verbal de constat dressé le 3 juin 2008 par Maître Bichat, huissier de justice.

Cet huissier a, par ailleurs, constaté que le fait d'entrer le mot CYBERSHOP dans le moteur de recherche www.google.fr, permettait d'accéder au site Internet www.startonweb.com de la société RISI sur lequel étaient présentées, sous la rubrique e-commerce, trois solutions pour la création de boutiques en ligne : la solution la plus simple, que représente la version E de StartOnweb à 69,00 euros HT par mois, la solution intermédiaire, qui est la version francisée d'une solution anglo-saxonne ayant fait ses preuves auprès de plus de 70 000 sites de e-commerce (sic) pour un coût de 690,00 euros HT hors formation, et la puissante solution Cybershopasp, qui permet en standard de paramétrer les cas les plus complexes pour un coût de 1490,00 euros hors formation ; à la lecture du site, présentant ces trois solutions e-commerce, il ne fait aucun doute, pour un internaute normalement avisé, que l'annonceur n'est pas le titulaire de la marque CYBERSHOP ASP, mais un simple intermédiaire utilisant, dans le cadre de son activité de création de sites de boutiques en ligne, le logiciel de cette marque, parmi les solutions proposées ; la société RISI était ainsi le revendeur de la société Nemesis Softwares, qui lui avait déjà vendu deux licences de son logiciel

CYBERSHOP ASP et l'avait fait bénéficier, lors de la mise en place du site de la société Sea Of Life, du prix « distributeur », soit 790,00 euros au lieu de 1490,00 euros HT.

Il ne peut donc être soutenu que la société RISI a utilisé la marque CYBERSHOP ASP comme marque d'appel, grâce au lien créé vers son site, dans des conditions de nature à caractériser une contrefaçon par usage de la marque. M. E. et la société Nemesis Softwares, qui invoquent aussi une contrefaçon du logiciel au sens de l'article L. 122-6 du code de la propriété intellectuelle, fondent une telle prétention sur les conclusions déposées, le 10 mars 2010, devant le tribunal par la société RISI, dans lesquelles celle-ci indique qu'après avoir envisagé d'installer pour la société Tendance Sensuelle le logiciel CYBERSHOP ASP, elle avait finalement, découvrant que ce logiciel ne pouvait satisfaire au besoin de sa cliente (du fait de l'absence de balises TITTLE différentes à chaque page), installé un autre logiciel plus adapté ; ils en déduisent que M. L. et la société RISI, pour tester ainsi le logiciel, l'ont nécessairement reproduit et adapté ; la contrefaçon alléguée ne se trouve pas cependant établie au plan technique, alors que la société Nemesis Softwares ne conteste pas avoir installé, aux fins de démonstration, sur le serveur de la société RISI un logiciel d'évaluation CYBERSHOP ASP, comme il résulte de l'email, qu'elle a adressé le 18 octobre 2006 à cette société.

Le préjudice subi par M. E. et la société Nemesis Softwares, du fait de la contrefaçon par usage de la marque CYBERSHOP ASP sur la facture du 4 janvier 2007, correspond au gain manqué sur la vente d'une licence du logiciel à la société Tendance Sensuelle ; il n'est pas justifié d'un préjudice distinct de ce gain manqué, ni d'une dégradation de l'image de la marque auprès de la clientèle potentielle, qu'aurait entraîné la seule installation du logiciel commandé par la société Tendance Sensuelle ; il convient en conséquence de condamner M. L. à payer à M. E. la somme de 500,00 euros et à la société Nemesis Softwares, celle de 1000,00 euros, à titre de dommages et intérêts compensatoires du préjudice subi.

Rien ne permet d'affirmer que M. L. exerce aujourd'hui une activité concurrente ou complémentaire de celle de la société Nemesis Softwares ; quant à la société RISI, elle a fait l'objet d'une liquidation judiciaire, clôturée en février 2011 pour insuffisance d'actif ; la mesure de publication du présente arrêt dans trois journaux au choix de la société Nemesis Softwares n'apparaît pas dès lors utile à la réparation du préjudice consécutif à la contrefaçon.

Dans son email du 9 avril 2008, adressé à la société Tendance Sensuelle, M. L. indique que contrairement à CYBERSHOP ASP qui ne gère qu'un titre par famille, ce qui est catastrophique au niveau des résultats de référencement, VP ASP gère un « TITTLE » par produit, ce qui est absolument essentiel ; le fait de critiquer de la sorte le logiciel CYBERSHOP ASP en expliquant au client, pour justifier le choix d'un autre logiciel, que ses performances en matière de gestion des produits à présenter sur le site de commerce en ligne étaient catastrophiques, doit être regardé, de la part de l'intéressé, comme un acte de concurrence déloyale par dénigrement, de nature à engager sa responsabilité sur le fondement des articles 1382 et 1383 du code civil, peu important le bien fondé de la critique ; le préjudice, qui en est résulté pour la société Nemesis Softwares, n'est pas constitué par un détournement de clientèle, mais par une dévalorisation de la marque aux yeux du client concerné ; il peut être réparé par l'allocation de la somme de 500,00 euros à titre de dommages et intérêts.

Il a déjà été indiqué que l'utilisation du lien CYBERSHOP ASP pour l'accès au site Internet de la société RISI, revendeur du logiciel, n'avait créé aucune confusion dans l'esprit du public

quant au propriétaire de la marque ; il ne peut donc être soutenu que M. L. a commis des actes de parasitisme.

* * *

Au regard de la solution apportée au règlement du litige, M. L. doit être condamné aux dépens de première instance et d'appel, ainsi qu'à payer à M. E. et à la société Nemesis Softwares la somme de 1500,00 euros au titre des frais exposés et non compris dans les dépens, sur le fondement de l'article 700 du code de procédure civile.

PAR CES MOTIFS :

LA COUR

Infirmes le jugement entrepris et statuant à nouveau,

Donne acte à M. E. et à la société Nemesis Softwares de ce qu'ils se désistent de leurs demandes à l'égard de la société RISI et de M. Leblay ès qualités,

Condamne Bernard L. à payer à Mohammad E. la somme de 500,00 euros et à la société Nemesis Softwares la somme de 1000,00 euros à titre de dommages et intérêts compensatoires du préjudice subi du fait de la contrefaçon par usage de la marque CYBERSHOP ASP,

Condamne M. L. à payer à la société Nemesis Softwares la somme de 500,00 euros à titre de dommages et intérêts en réparation de son préjudice consécutif à la concurrence déloyale par dénigrement de la marque,

Rejette toutes autres demandes,

Condamne M. L. aux dépens de première instance et d'appel, ainsi qu'à payer à M. E. et à la société Nemesis Softwares la somme de 1500,00 euros sur le fondement de l'article 700 du code de procédure civile,

Dit que les dépens d'appel seront recouverts conformément aux dispositions de l'article 699 du même code.

LE GREFFIER
LE PRESIDENT