

Extrait des minutes du Secrétariat-Greffe
de la Cour d'Appel de Paris

Grosses délivrées
aux parties le :

**RÉPUBLIQUE FRANÇAISE
AU NOM DU PEUPLE FRANÇAIS**

COUR D'APPEL DE PARIS

14ème Chambre - Section A

ARRÊT DU 20 FÉVRIER 2008

(n° *M6* , 14 pages)

Numéro d'inscription au répertoire général : **07/17085**

Décision déferée à la Cour : Ordonnance du 26 Septembre 2007 - Tribunal de Commerce
de PARIS - RG n° 2007051904 - Monsieur RENAULT-SABLONIERE, Président -

APPELANTE

DREAMNEX

ayant pour nom commercial SEXY AVENUE

SA

agissant poursuites et diligences de son Directeur Général.

Ayant son siège social au 496 avenue Francis Perrin
13790 ROUSSET

représentée par la SCP BAUFUME - GALLAND - VIGNES, avoués à la Cour
assistée de Me Cyril FABRE, avocat au barreau de PARIS, toque : K.37

INTIMEES

LA SOCIÉTÉ FINCREAM INC

ayant son siège social au PO BOX 3175

Road Town TORTOLA

ILES VIERGES BRITANNIQUES

représentée par Me Louis-Charles HUYGHÉ, avoué à la Cour
assistée de Me Julie RODRIGUE (Association LEPEK TRICOT RODRIGUE THONON
AYACHE HERCOT SEDALLIAN LALOU), avocat au barreau de PARIS, toque : R241

LA SOCIÉTÉ CARPE DIEM BELGIQUE

ayant son siège social au 21 Avenue de la Toison d'Or
1050 BRUXELLES BELGIQUE

représentée par Me François TEYTAUD, avoué à la Cour
assistée de Me Eric BARBRY (Alain BENSOUSSAN SELAS), avocat au barreau de
PARIS, toque : E241

COMPOSITION DE LA COUR :

L'affaire a été débattue le 23 Janvier 2008, en audience publique, devant la Cour
composée de :

Monsieur Marcel FOULON, Président
Madame Marie-José PERCHERON, Conseiller
Monsieur Renaud BLANQUART, Conseiller

qui en ont délibéré

A A

Greffier, lors des débats : Melle Emmanuelle TURGNE

ARRET :

- Contradictoire
- prononcé publiquement par Monsieur Marcel FOULON, Président
- signé par Monsieur Marcel FOULON, président et par Melle Delphine LIEVEN, greffier présent lors du prononcé.

*

La société FINCREAM (plus loin "FINCREAM"), société de droit des Iles Vierges britanniques, est l'auteur et le producteur d'un logiciel de messagerie instantanée, permettant de faire des rencontres sur l'internet, baptisé PODIUM LIVE. Elle a autorisé la société SELF TELECOM, devenue DREAMNEX (plus loin "DREAMNEX"), société de droit français ayant pour activité la commercialisation de produits et services dans le domaine de la télécommunication, à exploiter ce programme, sous le nom de DIAL MESSENGER.

Après un début d'exploitation, par DREAMNEX du logiciel de FINCREAM, les relations entre ces deux sociétés se sont interrompues au mois d'avril 2007

Le 2 avril 2007, en effet, DREAMNEX a été avisée du fait qu'un contrat de licence exclusive d'exploitation et de distribution du logiciel de FINCREAM avait été conclu entre cette dernière et la société de droit belge CARPE DIEM (plus loin "CARPE DIEM"), ayant pour activité la publication de logiciels, la vente et l'exploitation de logiciels, le dit logiciel étant, alors, appelé YES MESSENGER.

DREAMNEX s'est vue reprocher de poursuivre l'exploitation du logiciel de FINCREAM, sous les noms successifs de "DIAL MESSENGER", puis de "WEFLIRT", d'avoir procédé, en outre, à la désinstallation du logiciel YES MESSENGER de la société CARPE DIEM et d'avoir limité les accès de FINCREAM à son logiciel.

FINCREAM et CARPE DIEM ont, chacune, fait assigner DREAMNEX devant le juge des référés du Tribunal de Commerce,

- la première demandant à ce qu'il soit fait interdiction à DREAMNEX d'utiliser le logiciel DIAL MESSENGER et à ce que soit désigné un expert aux fins d'évaluation de son préjudice,
- la seconde, demandant, pour l'essentiel, que la même interdiction soit ordonnée et que lui soit versée une provision de 720.000 €.

Par ordonnance du 26 septembre 2007, le juge des référés du tribunal de commerce de Paris :

- a joint les causes,
- a condamné DREAMNEX à cesser la mise à disposition du logiciel DIAL MESSENGER, sous astreinte de 3.000 € par jour de retard à compter du lendemain de la signification de cette décision,
- a condamné DREAMNEX à restituer à FINCREAM tous les éléments relatifs au logiciel DIAL MESSENGER, sous astreinte de 3.000 € par jour de retard à compter du lendemain

de la signification de cette décision,

- ne s'est pas réservé la liquidation des dites astreintes,
- a désigné Monsieur ZNATI aux fins d'expertise, afin que ce dernier détermine les ressemblances entre les versions successives du logiciel DIAL MESSENGER fournies par FINCREAM à DREAMNEX et le logiciel YES MESSENGER concédé par FINCREAM à CARPE DIEM, et donne son avis sur la réalité des dommages allégués et les conséquences dommageables des faits litigieux,
- a dit n'y avoir lieu à référé sur le surplus des demandes plus amples ou contraires,
- a condamné DREAMNEX à payer à CARPE DIEM la somme de 5.000 € au titre de l'article 700 du CPC, déboutant pour le surplus,
- a laissé les dépens à la charge de DREAMNEX, dont ceux à recouvrer par le Greffe, qui ont été liquidés.

Le 9 octobre 2007, DREAMNEX a interjeté appel de cette décision.

CARPE DIEM a, ultérieurement, saisi à nouveau le juge des référés du tribunal de commerce de Paris, se plaignant de la poursuite, par DREAMNEX, de l'exploitation du logiciel de FINCREAM sous la nouvelle appellation de WEFLIRT. FINCREAM est intervenue volontairement à cette nouvelle instance, pour la même raison.

Par ordonnance du 28 novembre 2007, le juge des référés du tribunal de commerce de Paris :

- a condamné DREAMNEX à cesser, quelle que soit la version ou la dénomination sous laquelle elle exploite le logiciel de messagerie développé par FINCREAM, de reproduire, représenter, utiliser, et mettre à disposition du public le logiciel de messagerie développé par la société FINCREAM sous astreinte de 30.000 € par jour de retard à compter du lendemain de la signification de cette décision,
- ne s'est pas réservé la liquidation de cette astreinte,
- a étendu la mission de l'expert désigné dans le cadre de l'ordonnance du 26 septembre 2007, entreprise, lui demandant de :
 - se faire remettre tous éléments de nature technique, comptable et commerciale, relatifs à l'exploitation réalisée par DREAMNEX du logiciel WEFLIRT dans sa version originelle ou dérivée,
 - déterminer le nombre d'abonnements à compter de sa mise à disposition auprès des abonnés,
- a débouté les parties de leurs autres demandes.

Cette décision n'a pas fait l'objet de recours.

Dans ses dernières conclusions en date du 23 janvier 2008, auxquelles il convient de se référer, DREAMNEX fait valoir qu'elle avait le droit d'exploiter le logiciel DIAL MESSENGER de FINCREAM, qu'elle désigne sous le nom de "DIAL MESSENGER V1" ; qu'elle a, ensuite, fait développer un logiciel distinct de celui de FINCREAM, toujours appelé DIAL MESSENGER, qu'elle désigne sous le nom de "DIAL MESSENGER V2" ; qu'elle a, enfin, "lancé" un nouveau logiciel, toujours distinct, dénommé WEFLIRT ; que l'ordonnance du 28 novembre 2007 ne lui fait interdiction que d'exploiter "DIAL MESSENGER V1" ; que le procès-verbal de constat établi par Maître SARAGOUSSI à la demande de FINCREAM et le rapport d'expertise amiable de Monsieur BITAN sont irrecevables ; qu'ayant co-développé le logiciel DIAL MESSENGER V1, elle en est co-proprétaire ; que le contrat qu'elle a conclu avec FINCREAM a été exécuté ; qu'elle produit la copie d'un exemplaire de ce contrat signé par les deux parties ; que FINCREAM ayant suspendu unilatéralement ses prestations à son profit, c'est corrélativement qu'elle a, pour sa part, suspendu l'accès, par FINCREAM, à ses serveurs informatiques, à l'exception d'un accès oublié ; qu'elle avait un droit légitime de correction ou adaptation du logiciel de FINCREAM ; que le logiciel DIAL MESSENGER V2 qu'elle a fait développer par la société SUCCUBUS INTERACTIVE est distinct de DIAL MESSENGER V1 et de YES MESSENGER, concédé par FINCREAM à CARPE DIEM et ne constitue pas leur

contrefaçon ; que la demande d'interdiction d'exploitation du logiciel WEFLIRT constitue une demande nouvelle ; que cette demande est "frappée de la chose jugée", ayant été "rejetée" par ordonnance du 28 novembre 2007 ; qu'"aucune circonstance nouvelle ne justifie que cette demande soit accueillie par la Cour" ; que le constat qu'elle a fait dresser par Maître ALBOU ne constitue pas un "constat internet" ; que les rapports d'expertises amiables de Monsieur BIGOT sont recevables ; que CARPE DIEM a commis des actes de détournement de son réseau de distribution et de sa clientèle ; que c'est pour pallier un risque d'incompatibilité technique entre son nouveau logiciel et YES MESSENGER qu'elle a procédé à la désinstallation de ce dernier ; que CARPE DIEM ne peut se plaindre d'un trouble manifestement illicite, d'un dommage imminent ou d'une appropriation sans droit de son logiciel YES MESSENGER ; qu'il y a lieu d'écarter des débats des pièces non probantes ; que CARPE DIEM ne justifie pas du préjudice qu'elle invoque ; subsidiairement, que, dans l'hypothèse où il lui serait fait interdiction d'exploiter le logiciel DIAL MESSENGER, FINCREAM devrait être condamnée à lui verser une provision d'1.500.000 € et de la relever de toute condamnation, puisqu'elle devait lui garantir la jouissance paisible du logiciel DIAL MESSENGER,

Elle demande à la cour :

- d'écarter des débats le procès-verbal de constat établi par Maître SARAGOUSSI, le rapport d'expertise privée établi par Monsieur BITAN, les documents intitulés "évaluation du manque à gagner de CARPE DIEM...", et l'attestation de Monsieur DELBARY, "pour absence de force probante",

- d'infirmer l'ordonnance entreprise,

- de débouter CARPE DIEM et FINCREAM de leurs demandes,

- de déclarer irrecevable la demande tendant à lui faire interdiction d'exploiter le logiciel WEFLIRT,

- de compléter la mission d'expertise confiée à Monsieur ZNATI, en ce qu'il devra procéder à la comparaison des logiciels DIAL MESSENGER, YES MESSENGER, DIAL MESSENGER développé par la société SUCCUBUS INTERACTIVE et elle et WEFLIRT,

- de condamner FINCREAM à lui verser la somme de 1.500.000 € de dommages et intérêts à titre provisionnel,

- de dire que FINCREAM la relèvera de toute condamnation, y compris, à titre provisionnel, à intervenir au bénéfice de CARPE DIEM,

En tout état de cause,

- de condamner in solidum CARPE DIEM et FINCREAM à lui verser la somme de 30.000€ au titre de l'article 700 du CPC,

- de condamner in solidum CARPE DIEM et FINCREAM aux dépens, dont distraction au profit de la SCP BAUFUME GALLAND VIGNES, Avoué, conformément aux dispositions de l'article 699 du CPC.

Dans ses dernières conclusions en date du 22 janvier 2008, auxquelles il convient de se référer, FINCREAM fait valoir que l'ordonnance du 28 novembre 2007, dont DREAMNEX n'a pas fait appel, fait interdiction à cette dernière d'exploiter toute version dérivée du logiciel qu'elle a développé ; que l'appel ici examiné est, donc, sans objet, ce qui justifie la confirmation de l'ordonnance du 26 septembre 2007, entreprise ; que DREAMNEX n'a jamais voulu signer de contrat ; que le contrat dont se prévaut cette dernière prévoyait un versement mensuel de 4.000 € par elle, qui n'a jamais été exécuté ; que ce contrat ne prévoyait aucune autorisation de modification des codes sources au profit de l'appelante ; que la copie d'un contrat signé par SELF TELECOM, devenue DREAMNEX, et elle n'a aucune force probante ; que DREAMNEX a assigné CARPE DIEM et elle devant le Tribunal de Commerce D'AIX EN PROVENCE pour que soit constatée la validité du contrat FINCREAM/DREAMNEX dont elle se prévaut ; que la demande de garantie formée par DREAMNEX est entachée, pour le moins, d'une contestation sérieuse ; que DREAMNEX lui ayant fourni des clés privées lui permettant d'accéder à son logiciel, ce logiciel était à sa disposition, ce qui a permis à un huissier de procéder régulièrement à des constatations ; que le logiciel que DREAMNEX a fait réaliser par SUCCUBUS INTERACTIVE n'est que le résultat d'une duplication permanente des données de son propre logiciel DIAL MESSENGER ; que si elle a autorisé DREAMNEX

a apporter des modifications à son logiciel jusqu'au mois de mars 2007, les modifications apportées par l'appelante après le 3 avril 2007 ne sont fondées sur aucune autorisation ; qu'elle est, pour sa part, toujours détentrice du droit moral sur son oeuvre, dont CARPE DIEM détient les droits patrimoniaux ; que les modifications et adaptations réalisées par DREAMNEX constituent une atteinte au droit au respect de son oeuvre ; que la modification des codes sources d'un logiciel constitue un acte de contrefaçon ; que, condamnée à restituer tous les éléments de DIAL MESSENGER, DREAMNEX s'obstine à conserver tous les éléments en ne lui adressant qu'un CD-ROM pour le prétendu bon déroulement de l'expertise à laquelle elle fait parallèlement obstacle, exploite une version dérivée sans autorisation, en en confiant la sous-traitance à la société Succubus Interactive, pas plus autorisée et change la dénomination de DIAL MESSENGER en WEFLIRT pour tenter de priver d'efficacité l'ordonnance entreprise ; qu'il n'y a lieu de compléter la mission de l'expert.

Elle demande à la cour :

- de confirmer l'ordonnance entreprise,
- Y ajoutant,*
- d'ordonner à DREAMNEX de lui restituer tous les éléments relatifs au logiciel DIAL MESSENGER, sous astreinte de 100.000 € par jour de retard à compter du prononcé "de l'ordonnance",
 - de condamner DREAMNEX à lui verser la somme de 10.000 € au titre de l'article 700 du CPC,
 - de condamner DREAMNEX aux dépens, dont distraction au profit de Maître HUYGHE, Avoué, conformément aux dispositions de l'article 699 du CPC et à lui rembourser les frais des procès-verbal établis par Maître SARAGOUSSI et les rapports établis par Monsieur BITAN.

Dans ses dernières conclusions en date du 22 janvier 2008, auxquelles il convient de se référer, CARPE DIEM fait valoir que la version du logiciel DIAL MESSENGER développée par la société SUCCUBUS INTERACTIVE et le logiciel WEFLIRT ne sont que des mises à jour du logiciel DIAL MESSENGER de FINCREAM ; qu'aucun contrat n'a été signé entre FINCREAM et DREAMNEX ; que les copies de contrat signées de ces deux parties que produit l'appelante sont irrecevables ; que ce contrat ne comporte aucune clause de cession et en particulier d'un droit de modification du logiciel de FINCREAM ; que la désinstallation, par DREAMNEX, du logiciel YES MESSENGER qu'elle exploite est fautive ; que DIAL MESSENGER et YES MESSENGER ne sont nullement incompatibles ; qu'elle n'a commis, pour sa part, aucune faute ; qu'il a été porté atteinte à son image et à la loyauté de la concurrence ; qu'elle a subi une perte d'investissements du fait de DREAMNEX ; qu'elle a été victime d'un manque à gagner du fait de la désinstallation de son logiciel, de la concurrence déloyale et de l'atteinte à son image ; qu'elle a subi une perte d'abonnements, ses utilisateurs ayant également subi un préjudice ; que DREAMNEX n'a jamais interdit à FINCREAM d'accéder à ses serveurs, ce qui a permis à cette dernière d'obtenir des constatations d'huissier ; que FINCREAM n'avait pas d'autorisation à obtenir pour accéder à son propre logiciel ; qu'à l'inverse, le procès-verbal de constat qu'a fait réaliser DREAMNEX ne respecte aucune règle de l'art et ne peut être tenu pour régulier ; que Monsieur BIGOT, expert mandaté par DREAMNEX, n'est pas habilité à établir des constatations matérielles, ni à contester les constatations d'un huissier, ni à donner un avis juridique ; que les rapports de cet expert n'apportent aucune précision, ni aucune garantie concernant les logiciels analysés, qu'ils comportent des contradictions entre eux et contredisent les pièces communiquées par DREAMNEX.

Elle demande à la Cour, outre des constatations et déclarations,

- de confirmer l'ordonnance entreprise en ce qu'elle a débouté DREAMNEX de sa demande tendant à ce que soient déclarés irrecevables le procès-verbal de constat dressé par Maître SARAGOUSSI et le rapport d'expertise rédigé par Monsieur BITAN,
- de rejeter des débats le procès-verbal de constat dressé par Maître ALBOU, le 28 septembre 2007,
- de rejeter des débats les 5 rapports d'expertise communiqués par DREAMNEX,

- de rejeter des débats les pièces N°1 et 1.1 communiquées par DREAMNEX,
- de dire que les déclarations de DREAMNEX portant sur la désinstallation du logiciel YES MESSENGER constituent un aveu judiciaire,
- de confirmer l'ordonnance entreprise en ce qu'elle a dit qu'elle détenait les droits sur le logiciel de FINCREAM et que la version de DIAL MESSENGER exploitée par DREAMNEX était le résultat des évolutions par des mises à jour successives du logiciel de FINCREAM,
- de confirmer l'ordonnance entreprise en ce qu'elle a condamné DREAMNEX à cesser l'exploitation du logiciel développé par FINCREAM,
- de condamner, sous astreinte de 100.000 € par jour de retard à compter de la signification de l'arrêt à intervenir, DREAMNEX :
 - à cesser, quelle que soit la version ou la dénomination, d'exploiter le logiciel développé par FINCREAM, en ce compris les versions dénommées DIAL MESSENGER et WEFLIRT,
 - à cesser d'exploiter toute version ou tout logiciel, quelle que soit sa dénomination, développé à partir du logiciel de messagerie développé par FINCREAM et exploité par elle, sous la dénomination de YES MESSENGER,
- de dire que la désinstallation du logiciel YES MESSENGER, l'appropriation de ce logiciel et le détournement de sa clientèle par DREAMNEX constituent un trouble manifestement illicite,
- de confirmer l'ordonnance entreprise en ce qu'elle a décidé que DREAMNEX lui avait retiré la possibilité de bénéficier des effets du contrat conclu le 2 avril 2007 avec FINCREAM,
- d'infirmer l'ordonnance entreprise et d'ordonner à DREAMNEX, sous astreinte de 100.000 € par jour de retard à compter de la signification de l'arrêt à intervenir, de lui verser une provision sur dommages et intérêts de 720.000 €,
- de dire que cette provision sera productrice d'intérêts, au taux légal, à compter de la décision à intervenir,
- d'ordonner la capitalisation de ces intérêts,
- d'infirmer l'ordonnance entreprise et ordonner à DREAMNEX de la garantir contre toutes actions d'utilisateurs du logiciel YES MESSENGER liées à la désinstallation de ce logiciel,
- d'infirmer l'ordonnance entreprise et condamner DREAMNEX à la publication de tout ou partie du dispositif de l'arrêt à intervenir, au choix de la Cour, sur la page d'accueil des sites de l'internet www.dialmessenger.com et www.weflirt.com, de sorte que le dispositif, mis en forme avec une police times new roman de taille 12, apparaisse clairement pendant 1 mois à compter de sa mise en ligne, sous astreinte de 150 € par jour de retard à compter du prononcé de la décision à intervenir,
- de condamner DREAMNEX à lui verser la somme de 30.000 € au titre de l'article 700 du Code de procédure civile,
- de condamner DREAMNEX aux dépens, dont distraction au profit de Maître TEYTAUD, Avoué, conformément aux dispositions de l'article 699 du CPC.

SUR QUOI LA COUR

Sur le rejet de pièces des débats

Considérant qu'en vertu des dispositions des articles 15 et 16 du CPC, le juge ne peut écarter des pièces des débats que si les parties n'ont pas été à même d'en débattre contradictoirement ;

Qu'il n'y a lieu, en conséquence, d'écarter des débats, comme le demande DREAMNEX, des pièces pour "absence de force probante", ni d'en "rejeter" d'autres, comme le demande CARPE DIEM, en ce qu'elles seraient irrégulières ou contradictoires, dès lors que les parties en ont débattu contradictoirement ;

Sur la portée de l'ordonnance du 28 novembre 2007 du juge des référés du Tribunal de Commerce de Paris

Considérant que les parties conviennent du fait que l'ordonnance du 28 novembre 2007 du juge des référés du tribunal de commerce de Paris a force de chose jugée, l'appelante faisant valoir, en outre, expressément qu'aucun élément nouveau n'est intervenu depuis son prononcé ;

Que cette décision se fonde, contrairement à ce que soutient l'appelante, sur l'incapacité de cette dernière à démontrer que le logiciel WEFLIRT est distinct du logiciel DIAL MESSENGER et qu'il fait appel à des éléments distincts de ce dernier, développé par FINCREAM ; que cette décision se fonde également sur l'existence du présent litige et sur la nécessaire préservation des droits de chacun ; qu'elle condamne DREAMNEX à cesser, quelle que soit la version ou la dénomination sous laquelle elle exploite le logiciel de messagerie développé par FINCREAM, de reproduire, de représenter, d'utiliser et de mettre à disposition du public ce logiciel, sous astreinte et étendre la mission de l'expert désigné dans le cadre de l'ordonnance entreprise, lui demandant de se faire remettre tous éléments de nature technique, comptable et commerciale, relatifs à l'exploitation réalisée par DREAMNEX du logiciel WEFLIRT dans sa version originelle ou dérivée et de déterminer le nombre d'abonnements à compter de sa mise à disposition auprès des abonnés, déboutant les parties de leurs autres demandes ;

Que la seule conséquence de droit que tirent les parties du prononcé de cette décision est, pour l'appelante, qu'il n'a pas été statué sur le logiciel WEFLIRT, ce qui est faux et, pour FINCREAM que l'ordonnance entreprise doit être "confirmée", alors que le caractère provisoire de la décision du 28 novembre 2007 ne peut avoir un tel effet ;

Qu'il y a lieu, en conséquence, pour la Cour, de statuer sur les demandes qui lui sont soumises ;

Considérant qu'en vertu des dispositions de l'article 809 alinéa 1 du NCPC, le juge des référés peut toujours, même en présence d'une contestation sérieuse, prescrire en référé les mesures conservatoires ou de remise en état qui s'imposent, soit pour prévenir un dommage imminent, soit pour faire cesser un trouble manifestement illicite ;

Que l'exploitation, par une société, d'un logiciel conçu et produit par une société distincte, ayant concédé le droit de l'exploiter à un tiers, est constitutive d'un trouble manifestement illicite ; que la modification d'un tel logiciel sans autorisation est également constitutive d'un trouble manifestement illicite ;

Sur le contrat invoqué par DREAMNEX

Considérant que le seul exemplaire original du contrat invoqué par DREAMNEX n'est signé que par FINCREAM ; que devant le premier juge, l'appelante a confirmé que ni SELF TELECOM, ni elle, ne l'avaient signé ;

Que la copie de ce contrat, signée par FINCREAM et SELF TELECOM, invoquée pour la première fois en cause d'appel par DREAMNEX et dont la validité est contestée par les intimées, ne saurait fonder la présente décision ;

Considérant, au surplus, que le contrat considéré est un "contrat de partenariat pour la co-édition du programme DIAL MESSENGER", daté du 1^{er} avril 2006 par FINCREAM et prenant effet à compter de cette date, qui consiste en une mise en commun de moyens pour éditer ce logiciel ; qu'il fait obligation à SELF TELECOM, devenue DREAMNEX, de fournir des serveurs et leur assistance technique, de rétribuer FINCREAM, de gérer les contrats avec les webmasters et d'assurer leur rétribution ; qu'il fait obligation à FINCREAM de fournir l'assistance technique du programme DIAL MESSENGER, d'assurer la modération du site, d'effectuer les mises à jour et d'assurer

A D

une animation/surveillance ;

Que ce contrat stipule expressément que les sources du programme DIAL MESSENGER sont la propriété de FINCREAM et que la base de données d'inscrits et la base client restent la propriété de SELF TELECOM, devenue DREAMNEX ;

Que le contrat invoqué par DREAMNEX n'a, donc, prévu ni le transfert d'un quelconque droit à SELF TELECOM ou elle, ni l'autorisation donnée à ces dernières de modifier le logiciel DIAL MESSENGER ;

Que le dit contrat stipule également que SELF TELECOM versera chaque mois à FINCREAM une somme fixe de 4.000 € HT et une commission variable correspondant à 5% du montant HT des transactions encaissées sur le service DIAL MESSENGER ;

Que les parties conviennent de ce que des relations commerciales se sont nouées de façon informelle entre elles, qui ont donné lieu à production de factures adressées à SELF TELECOM par FINCREAM jusqu'à qu'intervienne leur rupture, au mois d'avril 2007 ;

Que de telles factures, que FINCREAM verse aux débats, établies jusqu'au mois de mars 2007, ont pour objet des "commissions pour la co-édition du service dial-messenger.com", ne font pas apparaître la facturation d'une somme fixe de 4.000 € HT et sont, pour plusieurs mois, d'un montant inférieur à cette somme ;

Que les relations informelles nouées entre FINCREAM et SELF TELECOM jusqu'au mois de mars 2007, incluant, y compris, des modifications, par SELF TELECOM, du logiciel DIAL MESSENGER admises par FINCREAM sous son contrôle, n'ont, donc, pas consisté en l'exécution du dit contrat ;

Que DREAMNEX ne conteste pas que les relations existant entre FINCREAM et elle ont pris fin au début du mois d'avril 2007 ;

Que l'appelante ne peut, donc, se prévaloir ni du contrat qu'elle invoque, ni de la persistance de relations informelles avec FINCREAM, pour affirmer qu'elle est copropriétaire du logiciel DIAL MESSENGER, titulaire d'un quelconque droit de correction ou d'adaptation de ce logiciel ;

Que DREAMNEX produit une copie du BOPI selon laquelle elle aurait, le 21 mars 2007, déposé la marque "DIAL MESSENGER", sans autre précision ; que cette circonstance ne lui confère pas de droits sur le logiciel du même nom ;

Sur les droits de CARPE DIEM

Considérant qu'en vertu des dispositions d'un "contrat d'exploitation exclusive" conclu le 2 avril 2007 entre FINCREAM et CARPE DIEM, la première, ayant conçu et produit le logiciel YES MESSENGER, a concédé à la seconde un droit d'exploitation exclusif de ce produit, sans lui transmettre de droits de propriété sur le dit logiciel ;

Que DREAMNEX ne conteste pas la validité ou la teneur de ce contrat ; qu'elle ne conteste pas, non plus, le fait que YES MESSENGER est une évolution de DIAL MESSENGER conçu et produit par FINCREAM, qu'elle appelle désormais "DIAL MESSENGER V1" ;

Qu'à compter du 2 avril 2007, DREAMNEX ne pouvait, donc, exploiter le logiciel DIAL MESSENGER conçu et produit par FINCREAM, sous l'appellation DIAL MESSENGER ou YES MESSENGER ;

Sur la nature du logiciel DIAL MESSENGER, après l'intervention de la société SUCCUBUS INTERACTIVE

Considérant que DREAMNEX soutient, tout à la fois, qu'elle dispose de droits sur le logiciel DIAL MESSENGER, ce qu'elle ne démontre pas, et que le logiciel DIAL MESSENGER qu'elle a exploité après intervention d'une société SUCCUBUS INTERACTIVE et qu'elle désigne sous l'appellation "DIAL MESSENGER V2" est un produit distinct du logiciel DIAL MESSENGER de FINCREAM ;

Qu'il y a lieu d'examiner cette hypothèse, en dépit du fait que sur son propre site de l'internet, DREAMNEX, commentant les décisions de justice susvisées, expose avoir des droits sur le logiciel qu'elle a co-développé avec FINCREAM, puis avoir développé un logiciel distinct nommé WEFLIRT, sans faire référence à un logiciel intermédiaire distinct, qui serait "DIAL MESSENGER V2" ;

Que l'appelante justifie du fait que, le 16 avril 2007, la société SUCCUBUS INTERACTIVE lui a adressé une proposition répondant à un cahier des charges, mais ne produit pas ce cahier des charges ;

Que la proposition de la société SUCCUBUS INTERACTIVE évoque le logiciel "DIAL MESSENGER", son "évolution" possible, sa "modification", la "réimplantation d'un même protocole de dialogue", une "rétrocompatibilité avec les anciens clients", la faculté de "laisser progressivement le système actuel tomber en désuétude" ;

Que DREAMNEX verse aux débats un courriel du 16 mai 2007 de la société SUCCUBUS INTERACTIVE, annonçant, sous l'objet "nouvelle version" et avec pour pièce jointe "dialmessenger.zip", la "dernière version du messenger", en précisant que "tout ce qui (pouvait) être fait sans les web services (était) fait" ;

Qu'un procès-verbal de saisie contrefaçon a été réalisé le 14 janvier 2008 à la demande de FINCREAM et CARPE DIEM, qui fait apparaître diverses factures établies par la société SUCCUBUS INTERACTIVE, mentionnant "conception du client de messagerie DIAL MESSENGER", fonctionnalités supplémentaires pour le client de messagerie DIAL MESSENGER", "programme de désinstallation pour le client de messagerie DIAL MESSENGER", "livraison de la version 2.13 du client de messagerie DIAL MESSENGER", renommage en urgence en WEFLIRT" ;

Que ce procès-verbal met en évidence une conversation entre deux techniciens de SUCCUBUS INTERACTIVE et DREAMNEX, au cours de laquelle, le 28 septembre 2007, l'un d'eux explique "c'est la boîte qui a développé la V1 qui nous cherche des poux"...donc... on va changer le nom du programme pour pas qu'ils pensent qu'on utilise leurs sources..."je t'envoie les modifs.. il restera le logo, on bosse dessus", "mais chuuut c'est secret" ;

Qu'il résulte de ce qui précède que DREAMNEX ne démontre pas avoir mandaté la société SUCCUBUS INTERACTIVE pour créer un produit distinct du logiciel DIAL MESSENGER conçu et développé par FINCREAM ; qu'il est confirmé, au contraire, par la production des pièces susvisées, que l'appelante a mandaté cette société pour modifier le dit logiciel, sous le nom de DIAL MESSENGER, puis sous le nom de WEFLIRT ;

Sur les constatations et expertises amiables

Considérant que FINCREAM a fait constater, le 11 mai 2007, que le logiciel DIAL MESSENGER qu'elle a produit, était exploité par DREAMNEX et avait fait l'objet de révisions ;

A DL

Que DREAMNEX affirme que le résultat de l'intervention de la société SUCCUBUS INTERACTIVE a été mis en ligne à la fin du mois de juin 2007 ;

Que FINCREAM a fait constater, le 2 août suivant, que le logiciel "DIAL MESSENGER" était présenté, sur l'internet, comme "le service de SexyAvenue.com", nom commercial de DREAMNEX ;

Que titulaire de droits sur ce logiciel, ce qui n'était pas le cas de l'appelante, et utilisant une clé d'accès que cette dernière n'avait pas rendue inefficace, FINCREAM pouvait faire procéder aux constatations susvisées régulièrement ;

Qu'il a, en outre, été constaté, à la demande de CARPE DIEM, :

- que l'utilisateur qui installait le logiciel DIAL MESSENGER désinstallait, ce faisant, le logiciel YES MESSENGER,
- que l'utilisateur à qui était proposé d'installer le logiciel DIAL MESSENGER, se voyait proposer une version DIAL MESSENGER V2.13 et, même s'il refusait cette installation, désinstallait YES MESSENGER
- que "DIAL MESSENGER" était associé au site SexyAvenue, nom commercial de DREAMNEX,
- que sur le site SexyAvenue, le terme "rencontres" conduisait au site "DIAL MESSENGER"
- que l'assistant d'installation de "DIAL MESSENGER" renvoyait à l'installation de DIAL MESSENGER "V2.10", puis proposait une "nouvelle version", qualifiée "2.12" ;

Qu'un expert amiable, mandaté par FINCREAM a constaté :

- que, sur la base de constatations du 11 mai 2007, le logiciel exploité par DREAMNEX était un dérivé du logiciel DIAL MESSENGER auquel avaient été apportées des modifications par DREAMNEX,
- que, le 10 et le 11 octobre 2007, après le prononcé de l'ordonnance entreprise, DREAMNEX continuait à exploiter le logiciel serveur et la base de données correspondant aux éléments relatifs au logiciel DIAL MESSENGER et n'avait pas restitué ces éléments,
- que les logiciels clients DIAL MESSENGER et WEFLIRT exploitaient un même gestionnaire de droits d'accès, que le logiciel serveur WEFLIRT reprenait en tout ou partie les éléments relatifs au logiciel serveur DIAL MESSENGER appartenant à FINCREAM,
- que la distinction faite par DREAMNEX entre un logiciel DIAL MESSENGER V1 de FINCREAM et un logiciel DIAL MESSENGER V2 distinct, développé par elle, était artificielle et contraire aux éléments contractuels produits s'agissant de l'intervention de la société SUCCUBUS INTERACTIVE,
- que DREAMNEX avait reconnu, à l'occasion d'investigations techniques, avoir exploité le logiciel serveur de FINCREAM jusqu'au mois de septembre 2007,
- que dans des conclusions antérieures, DREAMNEX n'évoquait que le développement d'une nouvelle version de DIAL MESSENGER, avant que de parler de nouveau logiciel ;

Qu'un expert amiable, mandaté par CARPE DIEM, a conclu,

- que, le 1^{er} août 2007, avant d'être installé, le logiciel DIAL MESSENGER initiait la désinstallation du logiciel YES MESSENGER, préalablement installé, et qu'il existait des ressemblances au plan de l'interface Homme-machine entre ces deux logiciels,
- que ces logiciels n'étaient pas incompatibles, si YES MESSENGER était réinstallé après avoir été désinstallé par DIAL MESSENGER,
- que les fichiers de codes sources de DIAL MESSENGER en sa version du 11 mai 2007 et YES MESSENGER en sa version de juillet 2007, étaient composés dans un langage de programmation identique, regroupés dans des répertoires mentionnant un libelle "DM" identique, évoquant DIAL MESSENGER, que les fichiers de codes sources présentaient des libellés de noms identiques ou très ressemblants, que ces logiciels présentaient un contenu essentiellement ressemblant, les quelques modifications relevées ayant été composées à partir du logiciel DIAL MESSENGER,
- que les logiciels clients DIAL MESSENGER et WE FLIRT exploitaient un même gestionnaire de droits d'accès,

A d

- que le logiciel serveur exploité par DREAMNEX le 18 octobre 2007 interopérait avec le client DIAL MESSENGER et avec les logiciels clients DIAL MESSENGER et WEFLIRT,
- que le logiciel WEFLIRT reprenait tout ou partie des éléments relatifs au logiciel serveur DIAL MESSENGER ;

Que, pour contester ces conclusions, DREAMNEX produit des rapports d'expertise amiable rédigés par Monsieur BIGOT, qui critique les constatations et expertises amiables réalisées à l'initiative des intimées, estime que leur contenu est erroné, affirme que DREAMNEX est titulaire de droits de propriété sur le logiciel DIAL MESSENGER et conclut au caractère distinct des logiciels "DIAL MESSENGER V1", "DIAL MESSENGER V2" et WEFLIRT ;

- Qu'il est, cependant, aussi mentionné dans ces rapports :
- que "certaines" similitudes de présentation de DIAL MESSENGER et YES MESSENGER sont inexactes, que d'autres ne constituent pas une originalité, que 5 fonctionnalités de YES MESSENGER n'ont pas d'équivalent dans DIAL MESSENGER,
 - que les "programmes exécutables coté client" de YES MESSENGER et DIAL MESSENGER présentent "de grandes différences" de technologie et de conception,
 - que DREAMNEX a mis en place une "duplication permanente des données de l'ancien serveur sur le nouveau", des incitations à la migration et la fermeture de certaines fonctions, permettant à l'internaute de "migrier vers le nouveau logiciel",
 - que le fait que "DIAL MESSENGER V2" soit une oeuvre dérivée de "sa version V1" ne peut être tranchée que une expertise technique,
 - que WEFLIRT est une "évolution de DIAL MESSENGER V2", "nouvelle version" de la messagerie de DREAMNEX,
 - que, parmi les documents annexés au rapport de l'expert amiable, figurent des CD ROM sur lesquels figurent, selon l'expert différentes "versions" du logiciel exploité par DREAMNEX, le plus récent de ces CD ROM ne devant pas être communiqué à FINCREAM et CARPE DIEM, "car il comporte des modifications réalisées par DREAMNEX";
 - que cet expert évoque "la nouvelle version re-développée du logiciel DIAL MESSENGER",

Que la note technique du 15 janvier 2008 de cet expert, mentionne que DREAMNEX a participé au développement du logiciel DIAL MESSENGER du 2 janvier au 4 avril 2007, que des améliorations faites par DREAMNEX ont concerné le coeur de l'application de ce logiciel, que la refonte en résultant et la réécriture de nombreux programmes a donné lieu à une version "V2", "mise en exploitation par une modification des programmes initiaux de DIAL MESSENGER consistant à supprimer une partie de leur contenu et le remplacer par un appel vers le nouveau programme", que DREAMNEX a amélioré les performances de DIAL MESSENGER et créé de nouvelles fonctions, que certaines modifications et certains développements de DIAL MESSENGER sont communs à FINCREAM et DREAMNEX, d'autres n'étant attribuables qu'à l'appelante ;

Qu'ainsi, en dépit des affirmations générales de cet expert amiable, ses analyses techniques ne contredisent pas la thèse des intimées selon laquelle les logiciels baptisés par l'appelante "DIAL MESSENGER V1", "DIAL MESSENGER V2" et "WEFLIRT" constituent des évolutions successives du logiciel conçu par FINCREAM, dénommé DIAL MESSENGER ou YES MESSENGER, l'existence de dissemblances entre ces logiciels ne suffisant pas à remettre en cause ce constat ;

Qu'il y a lieu de confirmer l'ordonnance entreprise en ce qu'elle a condamné DREAMNEX à cesser la mise à disposition du logiciel DIAL MESSENGER et l'a condamnée à restituer à FINCREAM tous les éléments relatifs au logiciel DIAL MESSENGER, en précisant le sens de cette décision en ce qu'il sera dit que les versions successives de DIAL MESSENGER exploitées par DREAMNEX, et le logiciel WEFLIRT sont le résultat des évolutions, par des modifications et mises à jour successives, du

A 2

logiciel de FINCREAM et que DREAMNEX sera condamnée:
- à cesser, quelle que soit la dénomination utilisée pour ce faire, d'exploiter le logiciel conçu et développé par FINCREAM, en ce compris les logiciels dénommés DIAL MESSENGER et WEFLIRT, sous quelque versions que ce soit,
- à cesser d'exploiter tout logiciel, quelle que soit sa dénomination ou sa version, développé à partir du logiciel de messagerie conçu et développé par FINCREAM et exploité par CARPE DIEM, sous la dénomination de YES MESSENGER ;

Que DREAMNEX n'ayant pas exécuté l'ordonnance entreprise, en prétendant à tort ne plus exploiter le logiciel de FINCREAM, et n'ayant restitué à FINCREAM qu'un CD ROM comportant des éléments de logiciel ne constituant pas la restitution ordonnée, il y a lieu de majorer le montant de l'astreinte prononcée par le premier juge dans les termes prévus au dispositif du présent arrêt ;

Sur la mesure d'expertise

Considérant que le principe d'une mesure d'expertise n'est pas remis en cause par les parties ;

Que si la comparaison entre les logiciels en cause a été suffisamment conduite par voie d'expertises amiables pour permettre les constatations figurant au présent arrêt, elle doit être complétée par voie d'expertise judiciaire pour permettre une appréciation plus complète et contradictoire de l'étendue des éléments de ressemblance des logiciels considérés, y compris le logiciel WEFLIRT et, partant, des préjudices résultant du comportement de DREAMNEX, tels qu'ils pourront être appréciés par les juges du fond ;

Qu'il y a lieu, en conséquence, de confirmer l'ordonnance entreprise, sur ce point, en modifiant la mission de l'expert tel qu'indiqué au dispositif du présent arrêt ;

Sur les autres demandes de CARPE DIEM

Considérant qu'en vertu des dispositions de l'article 809 alinéa 2 du NCPC, le juge des référés peut accorder une provision au créancier, dans le cas où l'existence de l'obligation du débiteur n'est pas sérieusement contestable ;

Considérant que c'est à juste titre que CARPE DIEM soutient que l'exploitation, par DREAMNEX, du logiciel conçu et produit par FINCREAM et dont l'exploitation exclusive lui a été concédée le 2 avril 2007 est constitutive d'une concurrence déloyale, source de préjudice ;

Considérant que DREAMNEX ne conteste nullement avoir fait insérer sur le logiciel qu'elle exploite une fonction permettant la désinstallation du logiciel YES MESSENGER préalablement installé par un utilisateur ; qu'il est justifié du fait qu'une telle désinstallation survient même si cet utilisateur refuse d'installer le logiciel exploité par l'appelante ;

Que cette initiative, en ce qu'elle porte atteinte aux droits exclusifs d'exploitation de CARPE DIEM, reconnus dans le contrat qu'elle a conclu le 2 avril 2007, est constitutive d'un trouble manifestement illicite ; qu'elle est à l'origine d'un préjudice incontestable consistant en un détournement de clientèle, une perte d'investissements publicitaires et en un manque à gagner ;

Que de telles circonstances justifient que soit allouée à CARPE DIEM une provision de 500.000 €, sans qu'il y ait lieu d'assortir cette condamnation d'une astreinte ; que l'ordonnance entreprise sera infirmée sur ce point ;

Considérant que le préjudice résultant, pour CARPE DIEM, de l'action future d'un utilisateur dirigée contre elle n'étant qu'éventuelle, sa demande de garantie sur ce point, a

A. D.

été pertinemment rejetée ;

Considérant que DREAMNEX publiant sur son site de l'internet divers commentaires des décisions de justice qui la concernent et la présente décision devant être largement portée à la connaissance des utilisateurs de l'internet, avec la certitude que son sens ne sera pas déformé, il y a lieu de faire droit à la demande de publication sollicitée par CARPE DIEM, dans les termes visés au dispositif du présent arrêt ; que l'ordonnance entreprise sera infirmée sur ce point ;

Sur les autres demandes des intimées

Considérant qu'il serait inéquitable de laisser à la charge de FINCREAM et CARPE DIEM les frais irrépétibles qu'elles ont exposés pour la présente instance ;

Que les frais de constats d'huissier, comme les frais d'expertises amiables, ne constituent pas des dépens, mais des frais irrépétibles ;

Que DREAMNEX, qui succombe, devra supporter la charge des dépens d'appel, qui pourront être recouvrés selon les dispositions de l'article 699 du CPC ;

PAR CES MOTIFS

Confirme l'ordonnance du 26 septembre 2007 du juge des référés du tribunal de commerce de Paris :

- en ce qu'elle a condamné la SA DREAMNEX à cesser la mise à disposition du logiciel DIAL MESSENGER,
 - en ce qu'elle a condamné la SA DREAMNEX à restituer à la société FINCREAM INC tous les éléments relatifs au logiciel DIAL MESSENGER ;
 - en ce qu'elle a rejeté la demande de garantie formée par la société CARPE DIEM BELGIQUE contre les actions éventuelles d'utilisateur,
 - en ce qu'elle a ordonné expertise,
- Y ajoutant,

Dit que les versions successives du logiciel DIAL MESSENGER exploitées par la SA DREAMNEX, et le logiciel WEFLIRT sont le résultat des évolutions, par des modifications et mises à jour successives, du logiciel conçu et produit par la société FINCREAM INC,

- Condamne la SA DREAMNEX :
- à cesser, quelle que soit la dénomination utilisée pour ce faire, d'exploiter le logiciel conçu et développé par la société FINCREAM INC, en ce compris les logiciels dénommés DIAL MESSENGER et WEFLIRT, sous quelque versions que ce soit,
 - à cesser d'exploiter tout logiciel, quelle que soit sa dénomination ou sa version, développé à partir du logiciel de messagerie conçu et développé par la société FINCREAM INC et exploité par la société CARPE DIEM BELGIQUE, sous la dénomination de YES MESSENGER,
- le tout dans un délai d'un mois suivant la signification du présent arrêt et, passé ce délai, sous astreinte de 50.000 € par jour de retard,

Complète la mission de l'expert désigné par le premier juge en ce que cet expert devra également :

- se faire remettre tous éléments de nature technique, comptable et commerciale relatifs à l'exploitation réalisée par la SA DREAMNEX du logiciel DIAL MESSENGER, dans sa version originelle et dans ses versions dérivées, y compris sous la dénomination de WEFLIRT,
- déterminer les ressemblances entre, d'une part, les versions successives du logiciel conçu et produit par la société FINCREAM INC, exploitées sous les dénominations de DIAL

MESSENGER et YES MESSENGER, et, d'autre part, les versions successives du logiciel exploité par la SA DREAMNEX, sous les dénominations de DIAL MESSENGER et WEFLIRT,

Condamne la SA DREAMNEX à restituer à la société FINCREAM INC tous les éléments propres au logiciel DIAL MESSENGER, dans un délai d'un mois suivant la signification du présent arrêt et, passé ce délai, sous astreinte de 50.000 € par jour de retard,

Infirmes l'ordonnance entreprise en ce qu'elle a rejeté les demandes formées par la société CARPE DIEM BELGIQUE, tendant à ce que lui soit versée une provision et à ce que soit publiée la présente décision,
Statuant à nouveau sur ces points,

Condamne la SA DREAMNEX à verser à la société CARPE DIEM BELGIQUE la somme provisionnelle de 500.000 €,

Condamne la SA DREAMNEX à publier le dispositif du présent arrêt, précédé de la phrase :

“ Par arrêt du 20 février 2008, la Cour d'appel de Paris, 14^{ème} Chambre A, a rendu la décision suivante :”

sur la page d'accueil des sites de l'internet www.dialmessenger.com et www.weflirt.com, de sorte que le dispositif, mis en forme avec une police times new roman de taille 12, apparaisse clairement pendant 1 mois à compter de sa mise en ligne, sous astreinte de 150€ par jour de retard à compter de la signification du présent arrêt,

Ajoutant à l'ordonnance entreprise,

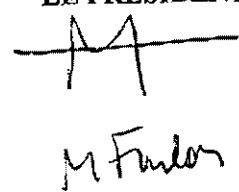
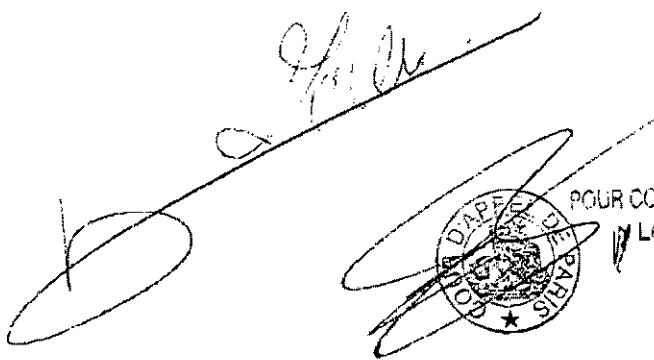
Condamne la SA DREAMNEX à verser :

- à la société FINCREAM INC la somme de 7.500 € au titre de l'article 700 du CPC,
- à la société CARPE DIEM BELGIQUE la somme de 7.500 € au titre de l'article 700 du CPC,

Condamne la SA DREAMNEX aux dépens d'appel, qui pourront être recouvrés conformément aux dispositions de l'article 699 du CPC.

LE GREFFIER

LE PRÉSIDENT



POUR COPIE CERTIFIÉE CONFORME
Le Greffier en Chef