

Mécalog / Engineering Systems International (ESI), Engineering Systems International Gmbh (ESI-Gmbh), Citroën, Sogedac, PSA-Citroën, Etude et Recherche et l'Agence pour la Protection des Programmes

Cour d'appel de Paris, 4ème Ch., Sect. B
10 novembre 1994

Voir commentaire de Xavier Linant de Bellefonds, p. 27

La société Engineering Systems International (ci-après ESI) a pour activité l'étude, la mise au point et la commercialisation de logiciels d'informatique scientifique en mécanique appliquée ainsi que l'assistance technique en ce domaine ; elle a créé et développé depuis 1974 un logiciel de simulation numérique de problèmes de mécanique appliquée où le matériau peut subir de grands déplacements ; ce logiciel, nommé Ephyd, comporte une version spécialisée, dénommée Ephyd Pam Crash, destinée à simuler et calculer la déformation au choc frontal d'une caisse de véhicule automobile ; ce logiciel était en 1985 mis au point dans sa phase de commercialisation et, en conséquence, utilisé dans le monde industriel de la fabrication de véhicules automobiles en France, et notamment en Allemagne par la société Engineering Systems International Gmbh (ci-après ESI Gmbh), dans laquelle travaillait M. C. ;

M. A., ingénieur principal chez ESI depuis le 9 avril 1979 après y avoir exercé les fonctions de chef du service "Hydrodynamique - Sécurité" puis chef du département "Mécanique avancée", avait sous ses ordres MM. W. et P., respectivement ingénieur d'études et ingénieur analyste ; il a démissionné par lettre recommandée avec avis de réception du 28 décembre 1985 et a quitté l'entreprise le 31 mars 1986 ; il a créé en avril/mai 1986 la société Mécalog puis, après avoir également donné leur démission et quitté ESI respectivement le 23 juillet 1986 et le 28 février 1987, MM. W. et P. ont rejoint Mécalog ;

Mécalog a mis en place un logiciel de même type, dénommé Radioss, et l'a commercialisé auprès d'un client d'ESI, la société PSA, alors qu'elle-même procédait chez ce client aux calculs nécessaires à l'adaptation du logiciel Pam Crash aux caractéristiques du véhicule BX ;

C'est dans ces circonstances qu'ESI a assigné devant le tribunal de commerce de Paris Mécalog et trois sociétés clientes de Mécalog, les sociétés Sogedac, Citroën et PSA-Citroën, en concurrence déloyale, procédure dans laquelle est intervenue volontairement la société allemande-ESI Gmbh ; parallèlement, elle a obtenu, par ordonnance de référé du 19 février 1988, la désignation d'un expert pour procéder à une analyse des logiciels en cause ; après dépôt du rapport de cet expert, ESI et l'Agence pour la Protection des Programmes (ci-après APP) ont assigné devant le tribunal de commerce de Paris Mécalog pour voir constater les actes de contrefaçon de logiciel ; dans le cadre de cette procédure, MM. A. et Z. étaient également assignés en leur qualité d'associés initiaux de

Mécalog pour que soit prononcée la nullité du pacte social de Mécalog ;

La jonction de ces procédures a été demandée mais n'a pas été accordée par le tribunal de commerce de Paris qui, statuant par un seul jugement le 16 mars 1990 :

- a dit partiellement bien fondée ESI dans sa demande en concurrence déloyale, a condamné Mécalog au paiement de 6 millions de francs à titre de dommages-intérêts et de 20 000 F sur le fondement de l'article 700 ;

- a dit ESI Gmbh recevable et bien fondée en son intervention volontaire et a condamné Mécalog au paiement de 1 F à titre de dommages-intérêts et de 15 000 F au titre de l'article 700 ;

ces dispositions étaient assorties de l'exécution provisoire ;

- a débouté les requérantes des demandes formées à l'encontre de Sogedac et de PSA-Citroën ;

- sur l'action en contrefaçon, a rejeté la demande en nullité d'expertise et a désigné un collège d'experts pour procéder à l'analyse des logiciels en cause ;

Mécalog a interjeté appel de ce jugement en ce qui concerne l'action en concurrence déloyale et a formé une demande en suspension d'exécution provisoire, ce qui a été partiellement accordé, sous réserve de la constitution d'une garantie bancaire ;

Sur l'action en contrefaçon, à l'issue des opérations expertales, le tribunal de commerce a été de nouveau saisi ; par jugement du 22 novembre 1993, il a été fait droit à cette demande en retenant une contrefaçon résiduelle et Mécalog a été condamnée à payer la somme de 2 millions de francs à ESI à titre de dommages-intérêts et celle de 1 F à l'APP en dommages-intérêts ainsi qu'à 20 000 F au titre de l'article 700 ; ESI a été déboutée de sa demande en nullité du pacte social de Mécalog ;

Mécalog a interjeté appel de cette décision ;

Ces deux procédures ont été jointes au cours de la procédure de mise en état ;

ESI avait interjeté appel à l'encontre de MM. A. et Z. sur la nullité du pacte social, dans une procédure distincte dont elle s'est désistée ;

Enfin, ESI, qui avait également formé appel à l'encontre de PSA-Citroën, Citroën et Sogedac, s'est désistée par écritures du 31 juillet 1991, désistement accepté par ces sociétés le 9 septembre 1991 ;

Compte tenu de ce désistement d'appel, la procédure oppose en définitive Mécalog à ESI, ESI Gmbh et l'APP ;

Les demandes des parties telles qu'exposées dans leurs conclusions récapitulatives peuvent se résumer de cette sorte :

Mécalog prie la cour d'infirmer les deux décisions rendues par le tribunal de commerce de Paris, soutenant n'avoir commis aucune manœuvre déloyale et aucune contrefaçon de logiciel ; elle conclut à la nullité du rapport de l'expert Zhaty du 23 juillet 1988 pour défaut de respect du contradictoire, demande de constater qu'il contient de nombreuses erreurs ; elle conclut au débouté d'ESI et de l'APP de toutes leurs demandes et prie, en conséquence, la cour de condamner ESI à restituer la somme de 4 millions de francs versée en suite de la condamnation des premiers juges ; à titre reconventionnel, soutenant que ces procédures lui causent un préjudice considérable, elle sollicite paiement de la somme de 3 millions de francs à titre de dommages-intérêts et celle de 1 million de francs au titre de l'article 700 ;

Les moyens par elle développés pour répliquer à la demande en nullité du pacte social sont devenus sans objet en raison du désistement ci-dessus exposé ;

Les sociétés intimées s'opposent à toutes ces demandes ; sollicitent sur le principe la confirmation des décisions frappées d'appel mais demande l'élévation des dommages-intérêts alloués en réparation du préjudice résultant des actes de concurrence déloyale et de contrefaçon et que Mécalog soit ainsi condamnée à payer à ESI :

- au titre de son investissement la somme de 13 857 000 F ou, de

manière subsidiaire, la somme de 6 millions de francs allouée par les premiers juges ;

- au titre des redevances de licences des logiciels Pam Crash et Ephyd dont elle a été privée, la somme de 104 800 000 F ;

- au titre des prestations de services et d'études dont elle a été privée, la somme de 19 400 000 F ;

- au titre des frais d'expertise, celle de 2 500 000 F ;

- au titre de son préjudice moral, celle de 1 million de francs, avec intérêts au taux légal à compter de l'exploit introductif d'instance ;

elle sollicite encore des mesures d'interdiction sous astreinte, de publication et paiement de la somme de 200 000 F au titre de l'article 700 ;

- à ESI Gmbh, pour les actes de concurrence déloyale, paiement de la somme de 18 880 000 DM ou son équivalent en francs français au jour du paiement, subsidiairement la désignation d'un expert pour déterminer le préjudice réellement subi et, dans ce cas, une provision de 35 millions de francs et paiement de 20 000 F au titre de l'article 700 ;

- à l'APP, pour la contrefaçon, la somme de 100 000 F à titre de dommages-intérêts et celle de 20 000 F au titre des frais, non compris dans les dépens ;

Dans des dernières écritures du 18 mai 1994, Mécalog demande de déclarer ESI Gmbh irrecevable dans son action à raison de la procédure engagée par ESI Gmbh en Allemagne et toujours pendante devant les juridictions de Francfort sur un même litige ;

Les intimées concluent à l'irrecevabilité de cette exception de litispendance soulevée tardivement.

LA DISCUSSION

Sur ce, la cour qui pour plus ample exposé se réfère aux décisions critiquées et aux écritures d'appel ;

Considérant qu'en préliminaire, il convient de donner acte à ESI de son désistement d'appel à l'encontre des sociétés PSA, Citroën et Sogedac et de le déclarer parfait ;

Considérant que, dès lors que la société ESI s'est désistée, dans le cadre d'une autre procédure, de l'appel qu'elle avait interjeté de la décision de rejet de sa demande en nullité du pacte social de Mécalog, demande qui d'ailleurs avait été formée à l'encontre des associés fondateurs, les moyens et prétentions sur cette demande sont sans objet ;

- Sur l'exception d'irrecevabilité de la demande formée par ESI Gmbh

Considérant que l'appelante soutient qu'ESI Gmbh ne saurait agir en France alors qu'elle a diligenté en Allemagne une procédure à l'encontre de la société Siam Gmbh, dirigée par M. C. et qui commercialise les logiciels Radioss ; que, selon elle, le seul préjudice dont puisse se plaindre ESI Gmbh résulte de la commercialisation en Allemagne d'un logiciel concurrent ; que poursuivre en France la société qui a inventé et diffuse le matériel notamment en Allemagne, c'est entreprendre deux fois la même procédure, puisqu'il est également réclamé réparation du préjudice résultant des actes de commercialisation effectués en Allemagne ;

Considérant qu'il est répliqué que ce moyen d'irrecevabilité est soulevé tardivement ;

Considérant que l'exception de litispendance, même internationale, doit être soulevée avant toute défense au fond ; qu'en l'espèce, ce moyen d'irrecevabilité tiré de l'identité de litige n'a été soulevé qu'après argumentation sur le fond ; qu'il est donc tardif ; qu'en outre, il n'est pas fondé ; qu'en effet, il n'y a pas identité de litige puisque les parties en cause dans la procédure dont est saisie la présente cour et celle en cours en Allemagne sont différentes et que le préjudice éventuellement causé à ESI Gmbh sera déterminé en fonction des dommages causés par chacune des sociétés poursui-

vies, l'une en France, concepteur du logiciel, et l'autre en Allemagne (Isam Gmbh), le commercialisant ;

Considérant que, s'il existe entre les deux demandes portées en France et en Allemagne un lien de connexité, ESI Gmbh justifie toutefois d'un intérêt à ce que sa prétention à l'égard de Mécalog ne soit pas distraite des autres demandes soumises à la présente cour de telle sorte qu'il soit permis au juge français de porter une appréciation d'ensemble ;

Qu'il échet, en conséquence, de rejeter l'exception présente ;

- Sur la demande en nullité du rapport de l'expert en date du 23 juillet 1988

Considérant qu'il est fait grief à l'expert d'avoir été partial et de ne pas avoir respecté la règle du contradictoire ; qu'il lui est encore reproché d'avoir commis des erreurs ;

Considérant que ces derniers griefs tenant à une critique technique sont sans intérêt sur l'examen de la nullité de l'expertise, de telles inexactitudes ou erreurs n'étant pas une cause de nullité ;

Considérant que, selon Mécalog, l'expert Znaty a été partisan dans la mesure où, entré en qualité d'ingénieur commercial en 1971 à la SIA reprise par Cisi en décembre 1974, société actionnaire à 40 % d'ESI, il n'a quitté cette société qu'en 1983 et que, compte tenu de ses relations avec ce groupe, il a "servi les intérêts d'ESI" ;

Considérant toutefois que rien dans le dossier ne permet de conclure que l'expert, qui n'a jamais été salarié d'ESI, ait servi les intérêts de cette société ; que, d'ailleurs, Mécalog aurait pu demander au cours des opérations expertales la récusation de l'expert, ce qu'elle n'a pas fait ; qu'il s'ensuit que ce moyen de nullité pour partialité sera rejeté ;

Considérant que Mécalog invoque encore le défaut du respect du contradictoire, soutenant que l'expert a, en ce qui concerne le calcul de l'investissement, pris connaissance de documents communiqués par ESI, sans les transmettre à l'autre partie ;

Considérant que, cependant, comme le montre l'examen du rapport critiqué et comme le fait valoir ESI, cet argument n'est pas pertinent dans la mesure où pour calculer le montant de l'investissement d'ESI pour son logiciel, l'expert s'est référé non pas à des documents comptables d'ESI mais à un calcul "théorique" qui prend en compte différents éléments : nombre d'instructions de programme, coût du temps ingénieur, coût du temps machine déterminés selon les critères habituels en matière de logiciel ;

Que les documents ainsi transmis sans être discutés par Mécalog n'ayant pas été utilisés par l'expert pour déterminer le préjudice subi par ESI, le moyen de nullité sera également rejeté ;

- Sur la contrefaçon de logiciel

Sur l'originalité

Considérant que, comme le soutient Mécalog dans ses écritures récapitulatives, il ne saurait y avoir contrefaçon sans oeuvre originale préexistante ; que, selon elle, sans cependant le dire de manière explicite, les logiciels Ephyd 3D et Pam Crash, qui lui sont opposés par ESI, ne sont pas des oeuvres originales ; qu'elle soutient en effet que, comme cela résulte des rapports des experts, même si par ailleurs ces rapports sont critiquables, ceux programmés ne sont que des compilations des logiciels américains préexistants, Dyna 3D et Wham 3 ;

Considérant qu'ESI, tout en ne contestant pas être partie des logiciels américains, conclut à l'originalité de ses logiciels qui, à partir d'éléments scientifiques du domaine public et à partir de fonctionnalités algorithmiques dites "élémentaires", contiennent des fonctionnalités nouvelles obtenues par un assemblage des fonctionnalités élémentaires initiales qui ont été nécessaires pour traiter l'application industrielle des données scientifiques connues ; que cet assemblage particulier qui se manifeste dans le langage informatique par des instructions disposées selon une architecture spécifique

règle l'effort créatif personnel de l'auteur du logiciel ;

Considérant, cela exposé, que dans toute oeuvre de l'esprit, la reprise d'éléments du domaine public exclut l'originalité de l'oeuvre, si celle-ci ne révèle par ailleurs aucun effort créatif dans son plan, sa structure, sa forme, son langage ou l'enchaînement des situations ;

Qu'en l'espèce, la reprise non contestée d'un langage mathématique préexistant n'est pas en soi suffisant pour conclure au défaut d'originalité ; qu'au contraire, ESI a fait oeuvre créatrice en transformant un langage théorique d'un programme d'étude d'écrasement en un langage permettant une adaptation industrielle pour des études d'écrasement spécifiques relatives à l'industrie automobile ; que cet apport créatif se révèle par ces éléments relevés par les experts :

- l'adjonction au logiciel Dyna 3D d'algorithmes mathématiques complémentaires permettant de traiter des nouveaux matériaux,

- l'introduction des sous-programmes Wham 3 permettant de traiter les structures, coques et poutres,

- l'adjonction des fonctions de "remaillage automatique" et de déletion permettant de pousser jusqu'à leur terme les simulations ;

Qu'ainsi, il y a eu non pas compilation pure et simple des logiciels préexistants mais, en raison des choix opérés, des modifications et des suppressions, un apport intellectuel, manifestation d'un effort créatif personnel de l'auteur ;

Que les logiciels Ephyd et Pam Crash sont donc protégeables au sens de la loi du 3 juillet 1985 (actuellement livre 1 du code de la propriété intellectuelle) ;

- Sur le bien-fondé de la contrefaçon

Considérant que la contrefaçon suppose que l'oeuvre seconde reproduise soit en totalité soit en partie les éléments qui constituent l'originalité de l'oeuvre première ; que la reproduction de caractéristiques qui ne sont que du domaine public ou qui sont des données scientifiques nécessaires ne sauraient constituer une contrefaçon ;

Considérant qu'en l'espèce, reprenant les conclusions des experts, ESI soutient que le choix de Dyna 3D dans sa version 1981 alors que des modifications à ce logiciel ont eu lieu en 1987 et 1988, la reprise de fonctionnalités complexes, notamment la fonction d'identification des éléments coques entrant en contact lors d'un impact, indispensables pour réussir le test de la BX, les mêmes castests utilisés dans la documentation, l'existence d'instructions similaires ou identiques établissent la contrefaçon, ce qui est d'autant plus évident que des éléments inutiles ou des erreurs ont été repris, que la création du logiciel ne pouvait se faire dans un temps aussi limité alors qu'elle-même a élaboré son programme en procédant à des recherches constantes durant 10 ans ; qu'elle critique la décision des premiers juges qui a limité sans la motiver la portée de la contrefaçon ; qu'elle leur fait ainsi grief d'avoir estimé qu'une grande partie des similitudes constatées dans les sous-programmes tiendrait à l'utilisation d'une source commune ouverte au domaine public, le programme américain Dyna 3D, que les identités constatées sont réduites à un petit nombre ; qu'en effet, selon elle, ces emprunts sont essentiels ;

Considérant qu'au contraire, selon Mécalog, les premiers juges se sont contredits en homologuant les conclusions du rapport du collègue d'experts qui retiennent des analogies significatives - sans d'ailleurs avoir répondu aux critiques formées à l'encontre de ce rapport - et en constatant que le logiciel Radioss était d'une conception totalement différente de celle d'ESI ; qu'en effet, selon cette société, il n'est pas démontré que les analogies relevées, essentiellement dans le programme Starter, programme qui incluait la fonction dite Elesea relative à l'identification des éléments coques entrant en contact lors de l'impact, qui par la suite a été supprimée car elle était inutile, avaient été créatrices ;

Considérant que comparant les logiciels Dyna 3D dans sa version 1981 et Wham 3 aux logiciels d'ESI, Ephyd 3D et Pam Crash, les

experts ont mis en évidence que :

- certaines des fonctions étaient identiques : la simulation de résistance et les déformations de matériaux en réponse à un événement extérieur ; que, cependant, Ephyd 3D, tout en reprenant les fonctions élémentaires qui étaient partie intégrante de Dyna 3D et Wham 3, y ajoute des algorithmes complémentaires permettant de traiter un plus grand nombre de matériaux et que Pam Crash, qui est une émanation d'Ephyd, y ajoute des fonctions de remaillage automatique et de déletion qui permettent à des simulations de crashes d'être conduits plus rapidement jusqu'à leur terme ;

- l'architecture, c'est-à-dire la manière dont les différentes fonctions sont appelées, est totalement différente dans les logiciels Dyna 3D et Wham 3 et que celle d'Ephyd 3D et de Pam Crash s'appuie très fortement sur celle de Dyna 3D, reprenant cependant 5 programmes de Wham 3 pour le module "Initialisation" ;

qu'ils ont, à partir de l'analyse de l'arborescence respective de Dyna 3D et d'Ephyd, mis en évidence 84 % de similitude pour le module "Entrée de données" (branche Dynai), 50 % de similitude pour le module "Initialisation" (branche Initiz), 75 % sur le module "Redémarrage" (branche Rstart), 50 % pour le module "Solution" ; que cette architecture est identique pour Pam Crash qui part d'Ephyd 3D ;

- sur les 295 sous-programmes d'Ephyd 3D, 191 sont repris de Dyna 3D à l'identique ou en les modifiant et sur les 271 sous-programmes de Pam Crash, 183 sont repris également à l'identique ou modifiés de Dyna 3D ;

qu'ainsi, compte tenu de ces caractéristiques, seul l'apport personnel d'ESI étant protégé, il conviendra, après une analyse des logiciels argués de contrefaçon, de déterminer si les éléments identiques dans ces systèmes sont constitutifs de contrefaçon ;

Considérant que les experts ont mis en évidence que Radioss Crash avait des fonctions nouvelles par rapport à celles de Dyna 3D : la loi de comportement de matériau élastique plastique globale, l'option des petites déformations, la possibilité d'ajouter des interfaces de contact, fonction qui permet d'intervenir au cours du calcul dans la structure du modèle lorsqu'elle est trop déformée, la fonction d'identification des éléments coques entrant en contact (Elesea), la fonction de déletion ; que son architecture n'est pas dérivée de celle de Dyna 3D, contrairement à celle d'Ephyd ; qu'elle se compose de deux sous-programmes : Radioss Starter, qui permet la prise en charge des données du système à modéliser et l'utilisation des variables ainsi que les procédures de redémarrage permettant de reprendre les calculs en appliquant certaines modifications aux résultats intermédiaires du programme de résolution et Radioss Engine, programme de résolution ; et que, dans ses lignes d'instruction, 77 % étaient nouvelles, 6 % reprises à l'identique et 17 % (soit 1 862 instructions) issues de Dyna 3D après modifications ou réécriture ; que c'est dans ces 1 862 instructions que se trouvent les similitudes entre ESI et Mécalog, soit après analyse des experts, 38 instructions personnelles à ESI et 68 instructions réassemblées de la manière à partir de Dyna 3D, représentant 1,11 % de l'ensemble des instructions de Radioss ;

Considérant qu'en définitive, les experts ont souligné que la "tactique de Mécalog a été très différente de celle d'ESI ; qu'en effet, l'architecture du programme de Crash a été entièrement repensée ; que Radioss a donc été écrit suivant un schéma trop différent et mieux adapté que celui de Dyna 3D" ; qu'ils ont néanmoins estimé que l'identité formelle de certaines analogies entre Radioss et Pam Crash (identité de lignes, commentaires à blanc, présentation identique de certaines instructions, emploi des mêmes noms de variables) et l'utilisation de mêmes modifications qu'ils qualifient d'anormales sont révélatrices des emprunts faits au logiciel d'ESI ;

Considérant que Mécalog critique ce dernier rapport en ce que pourcentage de chevauchements n'est pas exact et que, de plus, l'identité des modifications s'explique par les formules algorithmes

nécessaires ; qu'en outre, les experts ne se sont pas penchés sur le contenu de ces analogies et sur leur caractère essentiel ou non ; qu'en effet, une instruction insérée dans un endroit non stratégique ne peut être retenue comme une contrefaçon dès lors que les experts ont mis en évidence la différence totale de construction ;

Considérant que la discussion sur ce que représentent les chevauchements n'est pas en l'espèce essentielle dès lors que les experts s'accordent également à dire que les lignes d'instructions nouvelles reprises à l'identique ou de manière analogue et celles reprises de Dyna 3D de manière modifiée sont minimales sur l'ensemble du programme ;

Considérant, de même, que la critique selon laquelle les reprises reprochées l'ont été dans un sous-programme, le programme Radioss Starter, programme de services qui n'avait pas de caractère essentiel, instructions d'ailleurs par la suite supprimées en raison de leur inutilité, est inopérant dans la mesure où la contrefaçon ne s'apprécie pas en fonction de l'utilité réelle de la reprise mais en fonction d'une simple reproduction si du moins cette reproduction concerne des éléments protégeables ; que, sur ce point, il est certain que les experts n'apportent pas de précisions suffisantes sur les qualités intrinsèques de ces modifications et, en conséquence, sur leur originalité, soutenant seulement sans le démontrer que les analogies constatées dans la fonction Elsea relative à la fonction d'identification des éléments coques entrant en contact lors d'un impact et faisant partie du programme Starter - dont il n'est pas contesté qu'il s'agit du programme de mise en route et non pas du programme "intelligent" - sont essentielles pour déterminer la suite du programme et que "toute erreur dans la préparation des informations nécessaires au Crash peut rendre celui-ci inefficace ; toute modification de l'un des sous-programmes du Starter nécessite donc à chaque fois l'analyse de ses conséquences sur l'ensemble", qu'ils en concluent qu'un "gain de temps a été obtenu grâce à ces analogies" ; qu'il n'est cependant pas démontré en quoi les instructions incluses dans cette même fonctionnalité procèdent d'une activité créatrice ;

Que les autres reprises relevées par les experts se trouvent dans le sous-programme relatif à la fonction de déléction qui, selon les experts, n'est que l'emprunt d'une idée que, par là même, elles ne présentent pas d'originalité ;

Considérant qu'il résulte, en conséquence, de cet examen, sans qu'il soit nécessaire d'analyser les autres critiques formées à l'encontre de ce rapport, que le logiciel Radioss a certes été élaboré en prenant connaissance des logiciels préexistants mais en construisant tout un nouveau "langage", s'exprimant dans une composition et des instructions nouvelles ne présentant que de manière résiduelle des analogies avec les logiciels contestés, analogies dont il n'est pas démontré qu'elles portent sur des éléments originaux ; que la méthode des "indices" de contrefaçon appliquée par ESI telle une reprise d'erreur n'est significative que si elle porte sur des caractères originaux ; qu'il s'ensuit que la décision des premiers juges sera infirmée en ce que Mécalog a été condamnée pour contrefaçon ; qu'ESI ainsi que l'APP seront déboutées de leurs demandes de ce chef ;

Qu'en outre, la critique selon laquelle les experts n'ont pas tenu compte de ce que les salariés seraient eux-mêmes auteurs des modifications est sans incidence, dès lors qu'il n'existe aucune revendication par les auteurs concernés de certaines lignes du logiciel, qui d'ailleurs depuis l'entrée en vigueur de la loi du 31 juillet 1986 est la propriété de la société ;

- Sur la concurrence déloyale

Considérant que Mécalog ne saurait reprocher à ESI de la poursuivre en concurrence déloyale sans se fonder sur des actes distincts de ceux précédemment invoqués au titre de la contrefaçon ; qu'en effet, lui sont reprochés au titre de la concurrence déloyale,

non pas la reproduction d'éléments originaux protégeables, mais l'utilisation d'un savoir acquis dans les services d'ESI par le gérant de Mécalog pour mettre sur le marché un produit concurrent en employant d'ailleurs deux autres salariés de la même équipe dont l'un avait signé à son départ une clause de confidentialité, le gérant étant lui-même tenu par la convention collective à une telle clause, et le fait d'avoir démarché la clientèle d'ESI ; qu'ainsi, sont bien invoqués des actes distincts de la contrefaçon ;

Considérant que Mécalog sollicite l'infirmité de la décision soutenant qu'il n'y a eu aucune attitude déloyale des anciens salariés d'ESI à qui il ne peut être demandé de faire abstraction, lorsqu'ils quittent leur employeur, de leur savoir ; que les trois personnes qui ont quitté ESI n'étaient pas tenues par des clauses de non-concurrence ; que, certes, M. W. a lors de son départ signé un engagement de confidentialité relatif à tous les travaux effectués et les informations, programmes de calculs et documents techniques dont il a pu avoir connaissance chez ESI ; mais que cette signature lui a été imposée par son employeur afin que ce dernier accepte son départ ; que l'accusation selon laquelle M. W. serait parti avec tout ou partie des logiciels d'ESI n'est corroborée par aucun élément du dossier ; qu'il ne serait pas davantage établi que les anciens salariés d'ESI, et plus particulièrement M. A., aient cherché à capter la clientèle d'ESI ;

Considérant qu'il est inopérant de rechercher si les anciens salariés d'ESI étaient contractuellement tenus par une clause de confidentialité ; qu'en effet, s'il est légitime, dans tous les cas, qu'un salarié recueille le fruit de l'expérience acquise auprès d'anciens employeurs et qui constitue pour lui un facteur normal de valorisation, cela ne saurait justifier un comportement déloyal pouvant consister notamment à désorganiser l'entreprise sur des départs massifs ou à mettre le savoir-faire, les secrets de fabrication et les résultats techniques ou commerciaux obtenus par un ancien employeur à la disposition d'un nouvel employeur, concurrent direct du précédent et, dès lors, mieux à même du fait de ces agissements illicites d'en capter la clientèle ;

Considérant qu'en l'espèce, il ne peut être fait grief aux trois salariés du département de recherches d'ESI d'avoir désorganisé ce service, contrairement à ce qu'affirme ESI, dès lors que les départs se sont succédés sur une période d'une année ; qu'ESI avait donc toute possibilité d'intégrer dans cette équipe de nouveaux salariés sans que pour autant le service soit perturbé ;

Mais considérant que, lorsque MM. A., P. et W. ont quitté leur employeur pour créer et rejoindre Mécalog, tous savaient qu'ESI était proche de la phase de commercialisation industrielle du logiciel auquel ils avaient travaillé, notamment auprès de PSA ; que Mécalog a certes, comme cela a été mis en évidence ci-dessus, développé son propre logiciel et est parvenue en raison de ses meilleurs rendements à obtenir le marché PSA dès avril 1987 ; que, cependant, comme l'ont relevé les premiers juges et comme l'a établi l'analyse des experts non contestée sur ce point, le logiciel part des mêmes logiciels de base, Dyna 3D dans son ancienne version et Wham 3, utilisés par ESI ; que cette reprise des mêmes données du domaine public sur lesquelles l'appelante a travaillé pour lui donner un rendement meilleur en s'adressant à un client d'ESI alors qu'elle aurait pu faire une démarche auprès d'autres membres de l'industrie automobile qui n'avaient pas encore un projet aussi avancé avec ESI, démontre que l'appelante s'est appropriée par l'intermédiaire des anciens salariés d'ESI partie du travail, du savoir-faire et des investissements déployés depuis de longues années pour la mise en place du logiciel Ephyd afin d'obtenir de manière tout à fait rapide et à peu de frais des clients qui étaient en relation avec leur ancien employeur ; que Mécalog a, par ces agissements déloyaux qui lui ont permis de gagner du temps et de prendre ainsi de manière prématurée la place d'ESI, eu un comportement fautif dont elle doit réparation ;

Considérant que, pour apprécier le préjudice qui en est résulté pour ESI, il convient de préciser que Mécalog était en droit d'utiliser les mêmes données de départ qu'ESI (logiciel Dyna 3D et Wham) qui sont du domaine public ; qu'il ne saurait donc lui être fait interdiction de commercialiser son propre logiciel Radioss Crash qui, de plus, dans sa version actuelle ne reprend aucun des éléments qui avaient été retenus par les premiers juges au titre de la "contrefaçon résiduelle" ; que ne doit être réparé que le préjudice résultant des actes déloyaux, c'est-à-dire le gain de temps qui a privé ESI de revenus qu'elle pouvait espérer obtenir de la commercialisation de son propre logiciel ; que s'il est de principe constant, comme le rappelle ESI, que la réparation d'un dommage consiste à rétablir aussi exactement que possible l'équilibre détruit par le dommage et replacer la victime dans la situation où elle se serait trouvée si le dommage ne s'était pas produit, il est inexact d'affirmer que Mécalog n'aurait jamais pu prendre place sur ce marché de logiciels si elle n'avait agi selon ce comportement fautif ; qu'ESI ne peut donc être suivie dans sa demande de dommages-intérêts portant sur la prise en charge de tous ses investissements alors que, de plus, elle a continué l'exploitation de son logiciel et a d'ailleurs accru son chiffre d'affaires ;

Considérant que le gain de temps préjudiciable à ESI a été justement fixé à 18 mois par les experts ; qu'en effet, compte tenu de l'expérience des salariés de Mécalog, sans ces procédés déloyaux, il leur aurait été possible de réaliser un produit concurrent de celui d'ESI dans ce délai ; qu'ainsi, Mécalog, qui a profité de son avance technologique pour capter un client d'ESI, se doit de prendre à sa charge la part d'investissement effectuée en pure perte par ESI qui mettrait également au point avec PSA son logiciel pour l'adapter au véhicule BX, soit au regard des conclusions des experts la somme de 2 000 000 F à laquelle il convient d'ajouter, pour réparer le préjudice subi par ESI du fait de la perte du marché PSA calculé selon les formules préconisées par les experts et au titre de son préjudice moral résultant de la perte de son rôle de leader en raison des procédés déloyaux de Mécalog, la somme supplémentaire de 4 000 000 F ;

Considérant que les mesures d'interdiction et de publication sollicitées ne sont pas nécessaires dès lors que le logiciel exploité par Mécalog n'est pas la contrefaçon de ceux exploités par ESI et que le préjudice subi par ESI est réparé par les dommages-intérêts ci-dessus alloués ;

Considérant qu'à l'égard d'ESI Gmbh, Mécalog a en cause d'appel conclu à l'irrecevabilité de cette demande, moyen qui a été ci-dessus rejeté, mais n'a pas discuté sur le fond la décision des premiers juges ; que la décision sera sur ce point confirmée, les premiers juges ayant à juste titre estimé que M. C., qui travaillait encore pour le compte d'ESI Gmbh, avait démarché des clients au bénéfice de la société Mécalog ; que cette dernière ne pouvait ignorer la situation de M. C. compte tenu des relations ayant existé entre les créateurs et salariés de Mécalog, anciens salariés d'ESI France, et la société ESI Gmbh, société implantée en Allemagne pour commercialiser les logiciels d'ESI ;

Que la décision sera également confirmée sur le montant des dommages-intérêts dans la mesure où ESI Gmbh ne rapporte pas en l'état des documents produits la preuve d'un préjudice résultant du comportement de M. C. lorsqu'il était encore au service d'ESI Gmbh, seuls actes déloyaux, objet du jugement frappé d'appel ; que ne peuvent en effet être pris en considération des actes déloyaux autres commis par une société Isam, société chargée de commercialiser le matériel Radioss, créée en Allemagne avec la complicité de M. C., ancien salarié d'ESI Gmbh ; qu'en effet, ces actes de concurrence déloyale différents de ceux invoqués dans la présente procédure font l'objet d'une procédure en Allemagne ;

Considérant que Mécalog étant condamnée pour ses agissements fautifs, sa demande de dommages-intérêts pour procédure abusive

sera rejetée ;

Considérant que l'équité commande de laisser à la charge de chacune des parties les frais non compris dans les dépens ;

Considérant que, succombant partiellement dans son appel, Mécalog supportera les entiers dépens de l'instance qui comprendront les frais d'expertise judiciaire ; que la demande en paiement d'autres frais d'expertise formée par les intimées sera rejetée.

LA DECISION

La cour, par ces motifs, et ceux non contraires des premiers juges, statuant dans la limite des appels,

Donne acte aux sociétés ESI France et ESI Gmbh de leurs désistements ; les déclare parfaits ;

Dit irrecevable l'exception de litispendance soulevée par Mécalog ;

Confirme la décision du 16 mars 1990 en toutes ses dispositions ;

Infirme la décision du 22 novembre 1993 en toutes ses dispositions ;

Statuant de nouveau sur ce dernier chef,

Déboute ESI France et l'Agence pour la protection des programmes de leur action en contrefaçon.

La cour : M. Gerrini (président), MM. Ancel et Regniez (conseillers).

Avocats : Mes Alain Bensoussan, Paul Charmant et Sylvie Moreau.