



HAL
open science

Concurrence déloyale, violation d'une obligation contractuelle et action en contrefaçon : clarification de la règle du non-cumul des responsabilités (Cass., com., 5 octobre 2022, 21-15.386, Publié au bulletin)

Marie Cartapanis

► **To cite this version:**

Marie Cartapanis. Concurrence déloyale, violation d'une obligation contractuelle et action en contrefaçon : clarification de la règle du non-cumul des responsabilités (Cass., com., 5 octobre 2022, 21-15.386, Publié au bulletin). Dalloz Actualité, 2022. hal-03893474

HAL Id: hal-03893474

<https://amu.hal.science/hal-03893474>

Submitted on 11 Dec 2022

HAL is a multi-disciplinary open access archive for the deposit and dissemination of scientific research documents, whether they are published or not. The documents may come from teaching and research institutions in France or abroad, or from public or private research centers.

L'archive ouverte pluridisciplinaire **HAL**, est destinée au dépôt et à la diffusion de documents scientifiques de niveau recherche, publiés ou non, émanant des établissements d'enseignement et de recherche français ou étrangers, des laboratoires publics ou privés.

Marie CARTAPANIS

Maître de conférences
Aix-Marseille Université
Centre de droit économique
EA 4224

Dalloz. Act., 8 novembre 2022

Cour de cassation, Chambre commerciale, 5 octobre 2022, 21-15.386, Publié au bulletin

Concurrence déloyale, violation d'une obligation contractuelle et action en contrefaçon : la Cour de cassation confirme sa jurisprudence constante et clarifie la règle du non-cumul des responsabilités.

Le 5 octobre 2022, la Cour de cassation, dans un arrêt publié au bulletin, confirme sa jurisprudence constante en matière de concurrence déloyale et clarifie l'articulation de l'action en contrefaçon, de l'action en responsabilité civile (plus précisément en parasitisme) et de la responsabilité contractuelle. Elle précise que la violation d'un contrat de licence de logiciel doit être considérée comme une contrefaçon.

Si l'économie numérique fait l'objet d'une attention constante au regard du droit de la concurrence, à propos des abus de position de dominante ou du contrôle des concentrations notamment, le droit de la responsabilité civile révèle également toute son utilité et sa pertinence dans ce domaine. Le contentieux relatif à la reproduction du code source d'un logiciel est à cet égard particulièrement riche. En voici une nouvelle illustration.

Le 5 octobre 2022, la Cour de cassation, dans un arrêt publié au bulletin, a clarifié l'articulation de l'action en contrefaçon, de l'action en responsabilité civile (plus précisément en parasitisme) et de la responsabilité contractuelle. Elle confirme ainsi sa jurisprudence constante en matière de concurrence déloyale et précise le domaine d'application du principe de non-cumul des responsabilités.

Les faits qui ont donné lieu à l'affaire sont assez classiques. Une société (la société Entr'ouvert) a mis au point un logiciel dénommé « Lasso » qui permet la mise en place d'un système d'authentification unique qu'elle diffuse sous licence libre GNU GPL (la GNU *General Public License* qui fixe les conditions légales de distribution d'un logiciel libre du projet GNU, créé par Richard Stallman). À la suite d'un appel d'offres de l'État pour la réalisation du portail « mon service public », la société Orange avait proposé une solution informatique de gestion d'identités et de moyens d'interfaces à destination des fournisseurs de services, par le truchement d'une plateforme dénommée IDMP (IDentité Management Platform). Or, cette plateforme intégrait le logiciel Lasso qui y était enchâssé. Orange avait finalement remporté cet appel d'offres.

Mais l'entreprise Entr'ouvert, titulaire des droits de propriété intellectuelle sur le logiciel en question, estimant que la mise à disposition de son logiciel par l'intermédiaire du système IDMP n'était pas conforme aux clauses de la licence libre et constituait un acte de concurrence déloyale, a fait procéder

à une saisie-contrefaçon et a assigné la société Orange en contrefaçon de droits d'auteur et en parasitisme.

Le jugement de première instance, en date du 21 juin 2019, avait déclaré la société Entr'Ouvert irrecevable à agir sur le fondement de la contrefaçon et avait rejeté sa demande au titre du parasitisme. Par un arrêt en date du 19 mars 2021, la Cour d'appel de Paris avait quant à elle condamné le concessionnaire (la société Orange) à payer 150 000 euros de dommages et intérêts pour parasitisme, mais avait rejeté l'action en contrefaçon.

Un pourvoi en cassation a été formé par le concédant, accompagné d'un pourvoi incident du concessionnaire. C'est donc à une double question que la Cour de cassation devait en l'espèce répondre. D'abord, s'agissant de la qualification des faits distincts, condition de l'action cumulative en concurrence déloyale et en contrefaçon ; et, ensuite, s'agissant du cumul des responsabilités délictuelles et contractuelles.

L'avantage de pouvoir répondre à un appel d'offre s'apparente en un fait distinct de l'acte de contrefaçon d'un logiciel libre

C'est d'abord le moyen du pourvoi incident qui attire l'attention.

Rappelons que les titulaires de droits de propriété intellectuelle considéraient que la société Orange avait violé les articles 4 et 10 de la licence GNU GPL 2 en incorporant une partie du programme informatique Lasso dans un autre programme, et ce, sans autorisation du titulaire des droits. C'est toutefois sur le fondement des agissements parasitaires, et donc de l'article 1240 du code civil, que les juges d'appel ont condamné Orange à des dommages et intérêts.

Il était reproché au juge du fond d'avoir dénaturé les conclusions des parties en condamnant la société à des dommages et intérêts sur le fondement de la responsabilité délictuelle, pour des faits qui auraient dû être tirés de la violation des clauses du contrat de licence. En somme, se posait la question suivante : l'acte de parasitisme, consistant dans l'intégration du logiciel du concédant dans le logiciel du concessionnaire, constitue-t-il un fait distinct de la violation du contrat de licence, emportant la recevabilité de l'action cumulative ?

Car, en filigrane, c'est dans l'épineuse question des « faits distincts » que le premier enseignement de l'arrêt s'insère. L'on sait en effet que l'action en concurrence déloyale peut être exercée cumulativement avec l'action en contrefaçon à condition toutefois que chaque action repose sur des faits distincts (V. par exemple, Civ. 1^{re} 20 mars 2007, nos 06-11.522 et 06-11.657, D. 2008. 253, obs. Y. Auguet).

La Cour de cassation répond par l'affirmative et rejette ce premier argument, en considérant que c'est à bon droit que la Cour d'appel a pu considérer que le parasitisme invoqué constitue un fait distinct de la violation du contrat de licence.

L'arrêt demeure toutefois assez sommaire quant aux critères de qualification des faits distincts. L'on peut penser qu'en l'espèce, le contexte a été décisif. D'abord, à l'occasion de leurs relations d'affaires,

la société Orange avait sollicité divers renseignements, formations et prestations sur le logiciel. Ensuite, et surtout, le logiciel Lasso, tel que modifié et incorporé dans la solution proposée par la société Orange, avait été préalablement identifié comme « permettant d'apporter la brique technique et fonctionnelle à la version IDMP ». La solution IDMP présentée était donc totalement dépendante de la présence du logiciel, et il était impossible, sauf au prix d'une refonte conséquente des codes sources, d'intégrer un autre composant logiciel qui rendrait le même service que Lasso. Autrement dit, l'intégration avait permis à Orange, non seulement de répondre à l'appel d'offres de l'État en respectant les prérequis demandés mais également de le remporter. Mais en affirmant que le fait de parasitisme, distinct de la contrefaçon « s'apparente à l'obtention d'un avantage, à savoir celui de pouvoir répondre à un appel d'offre de l'État », l'arrêt laisse subsister des interrogations. La Cour de cassation vise-t-elle ici, par exemple, le seul dépassement du contrat de licence ? Le fait de soumissionner à un appel d'offres, voire, de le remporter ? Le fait d'incorporer le code source d'un logiciel sous licence libre dans un second logiciel non couvert par une telle licence ? La licence GNU GPL, dite « libre », a-t-elle d'ailleurs une importance ?

Dans ce contexte comme dans d'autres, la jurisprudence est absconse et l'identification des « faits distincts » reste assez nébuleuse. Une seule certitude : face à des opérateurs économiques peu scrupuleux, qui utiliseraient à leur profit les codes sources d'un logiciel libre, l'action en parasitisme apparaît particulièrement utile.

L'évaluation du préjudice ou la restitution des profits illicites

La société Orange ajoutait par ailleurs que la Cour d'appel s'était bornée à allouer la somme de 150 000 euros au titre de dommages et intérêts pour parasitisme sans rechercher si la société n'avait pas réglé des prestations de service dans le cadre de leurs relations d'affaires. Il était donc reproché au juge d'avoir présumé un détournement indu et sans dépense (sur ce point, v. N. Fournier de Crouy, Vers de nouveaux motifs de droit « confiscatoires » exprimant la fonction normative de l'action en concurrence déloyale ou parasitaire, RTD Com. 2022. 5) du savoir-faire qui lui avait été régulièrement transmis en se bornant à considérer que la société Orange avait, selon la formule habituelle, « *sans bourse délier, utilisé le savoir-faire, le travail et les investissements de son cocontractant qui aurait dû justifier de la notoriété et du savoir-faire invoqué* ».

La réponse, là encore, n'étonne guère. Les juges du fond bénéficient, en matière de parasitisme, d'une large marge d'appréciation des éléments de fait et de preuve, rappelée ici par les hauts magistrats. C'est donc dans l'exercice souverain de ce pouvoir que la cour d'appel a pu juger que le parasitisme opéré par la société Orange avait causé un préjudice économique et moral évalué à 150 000 euros, alors que celle qui avait investi n'avait reçu, en retour, aucune reconnaissance. En l'espèce, en effet, la somme de 150 000 euros est déduite, non du préjudice directement subi par le titulaire des droits, mais plutôt de l'avantage indu dont a pu bénéficier la société Orange. C'est donc en se fondant sur le fait que celle-ci avait remporté un marché avec l'État que le préjudice économique est constaté et évalué à 150 000 euros. Si une telle analyse étonne du point de vue du principe de réparation intégrale, elle ne surprend pas en matière de concurrence déloyale. Car si les juges n'ont pas à tenir compte de la gravité de la faute pour fixer les dommages et intérêts, la matière présente une particularité en ce qu'elle admet un aspect punitif à la mise en œuvre de la responsabilité civile (V. D. Fasquelle, « La réparation des dommages causés par les pratiques anticoncurrentielles », RTD com., 1998.763). En effet, les

tribunaux allouent parfois des dommages et intérêts correspondant aux bénéfices réalisés par le concurrent déloyal, dépassant par exemple la redevance d'un licencié (V. en ce sens, Paris, 28 mai 1999, *PIBD* 1999. III. 501).

Le pourvoi incident, qui tentait donc, en vain, de remettre en cause des principes bien connus en matière de concurrence déloyale, est rejeté. La solution est dénuée d'ambiguïté : en application de l'article 1014 al. 2 du Code de procédure civile, il n'y a pas lieu de statuer par une décision spécialement motivée sur ce grief qui, en l'espèce, n'est manifestement pas de nature à entraîner la cassation.

De ce point de vue, l'arrêt n'est pas novateur. La jurisprudence de la Cour de cassation en matière de concurrence déloyale demeure, jusqu'à ce jour, relativement stable. D'une part, l'on exigera des faits distincts. Et si les critères de distinction – sujets à interrogations et appréciés au gré des espèces - peuvent poser question, son principe, quant à lui, apparaît bien ancré. Et ce, même en présence d'un contrat de licence GNU GPL. D'autre part, en matière de parasitisme, les juges du fond bénéficient d'une large marge d'appréciation des éléments de fait et de preuve pour fixer le montant des dommages et intérêts et restituer les profits illicites.

Le principe de non-cumul des responsabilités ne s'applique pas à l'action en contrefaçon, ou la difficile articulation des jurisprudences nationales et européennes

En revanche, la jurisprudence était moins claire sur ce qui touchait au moyen principal, à savoir la recevabilité de l'action en contrefaçon. L'arrêt d'appel avait en effet déclaré la société titulaire des droits irrecevable à agir sur le fondement de la contrefaçon en application de la règle de non-cumul des responsabilités contractuelles et délictuelles.

Pour aboutir à cette solution, les juges du fond avaient procédé en deux temps. Premièrement, ils avaient écarté le comportement litigieux du champ d'application de l'article L. 335-3 du Code de la propriété intellectuelle, selon lequel, « *toute reproduction, représentation ou diffusion, par quelque moyen que ce soit, d'une œuvre de l'esprit en violation des droits de l'auteur, tels qu'ils sont définis et réglementés par la loi* » peut être qualifiée de délit de contrefaçon. Deuxièmement, puisque le comportement en cause ne relevait pas de la contrefaçon au sens de l'article précité, mais davantage d'un manquement aux obligations stipulées par les parties au contrat de licence, les juges avaient appliqué le principe de non-cumul des responsabilités contractuelles et délictuelles en estimant que, lorsque le fait générateur d'une atteinte à un droit de propriété intellectuelle résulte d'un manquement contractuel, seule une action en responsabilité contractuelle est recevable.

Le raisonnement était cohérent : lorsque le fait générateur d'une atteinte à un droit de propriété intellectuelle résulte d'un acte de contrefaçon, l'action doit être engagée sur le fondement de la responsabilité quasi délictuelle prévue à l'article L. 335-3 du Code de la propriété intellectuelle. En revanche, lorsque le fait générateur d'une atteinte à un droit de propriété intellectuelle résulte d'un manquement contractuel, le titulaire du droit ayant consenti par contrat à son utilisation, seule une action en responsabilité contractuelle est recevable par application du principe de non-cumul des responsabilités.

Mais si la cohérence ne faisait pas défaut, le raisonnement, qualifié de « simpliste » (J.-M. Bruguière, obs. Paris, pôle 5, ch. 2, 19 mars, n° 19/1749, Propr. intell. 2021, n° 90, p. 95) était faussé à sa racine, à savoir l'exclusion de l'acte de contrefaçon. C'est là le second enseignement qui se dégage de l'arrêt. C'était en effet, d'une part, ne pas tenir compte, de la particularité de l'action en contrefaçon, et, d'autre part, mal interpréter la jurisprudence de la Cour de justice de l'Union européenne qui, dans un arrêt remarqué, avait jugé, sur demande de décision préjudicielle introduite par la Cour d'appel de Paris, que « *la directive 2004/48/CE du Parlement européen et du Conseil, du 29 avril 2004, relative au respect des droits de propriété intellectuelle, et la directive 2009/24/CE du Parlement européen et du Conseil, du 23 avril 2009, concernant la protection juridique des programmes d'ordinateur, doivent être interprétées en ce sens que la violation d'une clause d'un contrat de licence d'un programme d'ordinateur, portant sur des droits de propriété intellectuelle du titulaire des droits d'auteur de ce programme, relève de la notion d'atteinte aux droits de propriété intellectuelle* » (CJUE, 18 décembre 2019, IT Development /Free Mobile, aff. C-666/18 ; obs. J. Larrieu, C. Le Stanc et P. Tréfigny ; AJ contrat 2020. 89 , obs. A. Gendreau Dalloz IP/IT 2020. 490, obs. P. Léger ; RTD com. 2020. 94, obs. F. Pollaud-Dulian ; Paris 19 mars 2021, n° 19/17493). Par conséquent, ledit titulaire doit pouvoir bénéficier des garanties prévues par cette dernière directive, et ce, indépendamment du régime de responsabilité applicable selon le droit national. Il fallait en déduire que la violation d'un contrat de licence de logiciel devait être considérée comme une contrefaçon.

L'arrêt vient donc clore un débat : si le principe de non-cumul des responsabilités contractuelles et délictuelles s'oppose à ce que la réparation des conséquences dommageables d'un même fait fautif soit recherchée simultanément sur le fondement contractuel et sur le fondement délictuel, il ne s'applique pas à l'action en contrefaçon.

Plusieurs arguments plaidaient en ce sens. L'objet de la responsabilité civile n'est pas, en effet, la protection de celui qui ne peut pas se prévaloir d'un droit privatif (Com. 12 juin 2007, JCP 2007. 10181, note Malaurie-Vignal ; JCP 2007. I. 176, obs. Caron ; JCP E 2007. 2303, n° 5, obs. Caron ; D. 2007. Jur. 1723, note Passa ; Propr. intell. 2007, n° 25, p. 496, obs. Passa ; RLDI 2007, juill., n° 948, obs. Costes et Auroux ; PIBD 2007, 858, III, 554 ; CCE 2007, comm. 107, note Caron ; Propr. ind. 2007, comm. 73, note Larrieu ; JurisData no 2007-039494). L'action en contrefaçon présente également des particularités. En plus de son origine pénale, elle ne peut se résumer à une action en indemnisation, en ce qu'elle sanctionne l'atteinte à un droit privatif. Dès lors que le comportement reproché entraine dans le champ d'application de la contrefaçon, la règle du non-cumul pouvait donc être écartée, puisque c'est le cumul, lui-même, qui faisait défaut. En effet, le « principe de non-cumul suppose qu'une unicité de fait générateur entraîne une dualité de qualifications (P. Ancel, Le concours de la responsabilité délictuelle et de la responsabilité contractuelle, RCA 2012, n° 2, p. 38). Or, dans l'arrêt commenté, n'était pas en cause un seul et même fait qui pouvait être qualifié de manière distincte, mais un fait dont la qualification s'opère en deux temps : d'abord le manquement contractuel et, ensuite, l'acte de contrefaçon (tiré lui-même du manquement contractuel). Dit autrement, « la question posée du dépassement du cocontractant ne crée pas un concours de responsabilités, mais une succession temporelle et rationnelle de responsabilités pour un même fait originel » (en ce sens, V. E. Treppoz, Dépassement de contrat et contrefaçon : un difficile dialogue entre le juge européen et le juge national, CJUE, 18 décembre 2019, IT Development /Free Mobile, aff. C-666/18, RTD Eur. 2021 p.996 et plus largement, M. Vivant, La contrefaçon entre contrat et délit - Réflexions sur les catégories juridiques, in Mélanges en l'honneur de Jacques Mestre, LGDJ, 2019, p. 931).

Sans doute faut-il se réjouir de cette clarification puisque les juges du fond divergeaient sur la question (TJ Paris, 6 juill. 2021, n° 18/01602 et CA Paris, 19 mars 2021, n° 19/17493). Si la violation d'un contrat de licence de logiciel doit être considérée comme une contrefaçon, la règle du non-cumul des responsabilités ne s'applique pas. Les éditeurs, sans doute, s'en réjouiront, car lorsque le contrat inexécuté repose sur la mise à disposition d'un bien, et même en présence d'un logiciel libre, s'appuyer sur ses droits réels en faisant valoir son droit de propriété est particulièrement efficace (en ce sens, V. H. Barbier, *Le droit des biens comme instrument de restitution des profits illicites*, obs. Civ. 3^{ème}, 12 sept. 2019, n° 18-20.727, RTD Civ. 2019 p.865).