

PROTECTIONS DIVERSES, CONCURRENCE DÉLOYALE, PARASITISME



Jacques LARRIEU,
professeur, université Toulouse 1 Capitole-CDA



Nicolas BOUCHE,
maître de conférences à l'université Jean Moulin - Lyon 3,
avocat au barreau de Lyon, cabinet Bret Bremens

CONCURRENCE DÉLOYALE

66 Atteinte au modèle économique d'un éditeur de logiciel *open source*

Solution.— La valorisation d'un logiciel *open source* par son éditeur consiste dans une offre de services d'assistance technique fondée sur le savoir-faire particulier acquis en développant le logiciel. Est logiquement sanctionné au titre de la concurrence déloyale et parasitaire le débauchage par un concurrent des salariés constituant l'équipe détentrice de l'expertise relative à ce logiciel libre.

La caractérisation d'actes de concurrence déloyale et parasitaire ne suffit pas pour obtenir réparation du préjudice qu'ils causent, encore faut-il apporter les éléments de preuve suffisants pour chiffrer les pertes subies.

Impact.— L'intérêt de l'affaire est de mettre en exergue les particularités du *business model* des éditeurs de logiciels *open source*.

TJ Bordeaux, ch. civ. 1, 21 juill. 2020, n° 13/03461, SA Linagora Grand Sud Ouest, SA Linagora c/ SAS Blue Mind, SAS E-DEAL, T.C

[...]

La société anonyme Linagora est une société française créée en 2000, qui a pour activité l'édition de logiciels et la fourniture de services informatiques, dans le domaine du logiciel libre ou Open Source. La société Aliacom a été créée en 1997 par M. P. B. rejoint par la suite par M. P. C.. En 2006, la société Aliacom a changé de nom pour devenir Aliasource.... Cette société a également pour principale activité la prestation de services informatiques ; elle est spécialisée dans les logiciels libres ainsi que dans le développement et l'intégration de logiciels depuis 1997. En 2007,... la totalité des actions de la société Aliasource a été cédée à la société Linagora... Suite à cette cession, M. B. a été engagé par la société Linagora GSO en qualité de directeur des opérations et M. C. l'a été en qualité de directeur des opérations adjoint. La société Linagora GSO a également embauché une grande partie des salariés d'Aliasource et notamment les développeurs informatiques... M. C. et M. B. sont devenus actionnaires de la société Linagora et ont adhéré à son pacte d'actionnaires...

Dans le cadre de ses activités, la société Aliasource avait développé un logiciel de messagerie collaborative intitulé logiciel OBM (pour Open Business Management), solution de messagerie et de travail collaboratif, aussi appelé groupware, intégrant des modules sous licences libres... Parmi ces modules figurent les modules OBM-SYNC et O-PUSH qui sont des logiciels libres ou Open source. Le logiciel OBM était inclus dans les droits de propriété intellectuelle cédés à la société Linagora...

Le 22 avril 2010, M. C. a informé la direction de Linagora de son intention de quitter la société Linagora GSO,... et le 10 mai 2010, M. B. a également informé la direction de Linagora de son intention de quitter cette société... M. B. a créé la SAS Blue Mind le 1^{er} septembre 2010. La SAS Blue Mind a exploité à partir de l'année 2012 un logiciel libre de messagerie collaborative dénommé logiciel Blue Mind, comprenant deux modules, BM Core et EAS...

Sur l'action en contrefaçon de droits d'auteur.

... La preuve de l'originalité des modules OBM-SYNC et O-PUSH n'étant pas rapportée, ceux-ci ne sont pas protégeables au titre du droit d'auteur. Il n'y a donc pas lieu d'examiner la demande au titre de la contrefaçon qui est sans objet.

Sur la concurrence déloyale et parasitaire.

Les sociétés Linagora invoquent à l'appui de leur demande divers actes constitutifs selon elles de concurrence déloyale et de parasitisme, exposant que, avant même la rupture du contrat de travail qui les liait à Linagora et alors qu'ils étaient soumis à une double obligation de non-concurrence tirée de leurs contrats de travail et du pacte d'actionnaires, les dirigeants fondateurs de la société Blue Mind MM. B. et C., ont entrepris de les concurrencer, cette concurrence s'étant immédiatement révélée déloyale puisque la société Blue Mind s'est constituée avec pour objectif notamment : – de proposer une solution logicielle, comportant des modules contrefaisant des modules du logiciel OBM, – de débaucher massivement l'ensemble des membres de l'équipe OBM de Linagora de manière à capter le savoir-faire de Linagora, tout en la désorganisant totalement,...

Ces éléments font ressortir que la SAS Blue Mind utilise la référence à la solution logicielle OBM-SYNC comme argument commercial, alors que MM. B. et C. ont effectivement participé au développement de ce logiciel par la société Aliasource dont ils étaient porteurs de parts qu'ils ont ensuite vendues à la société Linagora. Un tel comportement est de nature à faire croire à ses clients que le logiciel OBM a été développé par la SAS Blue Mind, créant ainsi un risque de confusion entre les sociétés Linagora et Blue Mind. Ces agissements sont constitutifs de concurrence déloyale...

Il ressort ainsi de ces éléments que la SAS Blue Mind a embauché 7 salariés constituant « l'équipe cœur » du développement du logiciel OBM chez Aliasource puis chez Linagora GSO, lesquels ont tous été embauchés pour développer à partir de 2012 le logiciel Blue Mind, dont le caractère concurrent du logiciel OBM n'est pas contesté, s'agissant de logiciels de messagerie collaborative, le projet étant en germe dès le mois de juin 2010. Les manœuvres déloyales de la SAS Blue Mind dans le débauchage des salariés de la société Linagora GSO sont ainsi établies, celles-ci étant constitutives de concurrence déloyale...

Au vu de l'ensemble des éléments susvisés, il apparaît que la SAS Blue Mind, concurrente des sociétés Linagora, a cherché à se positionner sur le marché de la messagerie collaborative en se présentant comme plus efficiente que les sociétés concurrentes. Si ce comportement n'est pas en soi constitutif de parasitisme, il n'en demeure pas moins qu'associé au débauchage de l'équipe cœur du logiciel OBM qui est à l'origine de son développement initial par la société Aliasource puis par la société Linagora GSO, pour reprendre au sein de la SAS Blue Mind les codes sources des modules OBM-SYNC et O-PUSH dans les modules BM Core et EAS dont les fonctionnalités sont très proches..., BM Core ayant comme paternité OBM-SYNC et EAS ayant comme paternité O-PUSH, alors que le savoir-faire de ces logiciels est le socle de l'activité économique de ces sociétés qui vivent des prestations d'assistance technique sur ces logiciels, un tel comportement est constitutif de parasitisme.... Le fait qu'il s'agisse de logiciels Open source dont les codes sources sont en libre accès sur Internet et peuvent être librement utilisés et modifiés par tout utilisateur sous réserve d'en respecter les contrats de licence, rendait précisément particulièrement important le savoir-faire détenu sur ces logiciels lequel permettait de développer une activité d'assistance technique et l'équipe-cœur du logiciel OBM détenant depuis l'origine ce savoir-faire.

Sur les mesures réparatoires.

... En considération de ces éléments, la demande au titre du préjudice causé par les actes de concurrence déloyale et parasitaire n'est pas justifiée et doit être rejetée... Il est incontestable que le débauchage de l'équipe détenant le savoir-faire du logiciel OBM aux fins de développer un nouveau logiciel dérivé des modules OBM-SYNC et O-PUSH, fussent-ils des logiciels libres, alors que les droits dans la société ALIASOURCE devenue Linagora GSO avaient été cédés en 2007, le logiciel OBM figurant parmi les droits de propriété intellectuelle de la société cédée, a causé un préjudice moral aux demanderesse qu'il convient de réparer par l'allocation d'une somme de 150.000 euros...

NOTE :

1. Commentaire

« Les logiciels open source sont, on le sait, des logiciels diffusés sous licences qui autorisent la copie, la diffusion et la modification de l'œuvre », explique une des meilleures spécialistes du domaine (M. Clément-Fontaine, *L'entreprise et l'open source : stratégie de la valorisation* : RLDI 2014/102, n° 3410 ; JCI. *Propriété littéraire et artistique*, fasc. 1975, *L'œuvre libre*, n° 8 ; on parle d'« œuvre transformative »). Le type de licence open source détermine la liberté accordée à l'utilisateur de l'œuvre (M. Vivant, J.-M. Bruguière, *Droit d'auteur et droits voisins* : Dalloz, 4^e éd., 2019, 876 s.). L'affaire jugée par le tribunal judiciaire de Bordeaux (TJ Bordeaux, ch. civ. 1, 21 juill. 2020, n° 13/03461, *SAS Linagora Grand Sud Ouest, SAS Linagora c/ SAS Blue Mind, SAS E-DEAL, T.C.*) concerne deux modules sous licence GNU Affero General Public License version 3, « une des licences les plus exigeantes en termes de pérennité de la liberté d'utilisation du logiciel » (M. Clément-Fontaine, art. préc. – A. Lucas, A. Lucas-Schloetter, C. Bernault : *Traité de la propriété litt. et artist.*, 5^e éd., 2017, 994). La société Linagora, titulaire des droits sur les deux modules, reproche à la société Blue Mind et à ses dirigeants des actes de contrefaçon et de concurrence déloyale et parasitaire. S'agissant de la contrefaçon, les deux modules étant exploités sous la forme de logiciels open source, elle supposerait une utilisation du logiciel libre dans des conditions non conformes au contrat de licence (CJUE, 5^e ch., 18 déc. 2019, aff. C-666/18, *IT Développement c/ Free Mobile* : *JurisData* n° 2019-023991 ; *Prop. industr.* 2020, repère 3, C. Le Stanc ; *Comm. com. électr.* 2020, comm. 23, C. Caron. – *Comp.* : TGI Paris, 21 juin 2019 : RLDI 2019/162, n° 5888, obs. A. Casanova). Encore faudrait-il que les logiciels en question soient éligibles à une protection par le droit d'auteur, or les magistrats aquitains jugent un peu sévèrement que la preuve de leur originalité n'a pas été suffisamment rapportée par Linagora. Exit donc l'éventualité d'une contrefaçon de droit d'auteur. Il restait à déterminer si les demandes au titre de la concurrence déloyale et du parasitisme étaient justifiées.

L'intérêt de l'affaire est de mettre en exergue les particularités du business model des éditeurs de logiciels open source.

2. Les faits

La société Aliasource, qui avait développé un logiciel de messagerie collaborative OBM intégrant des modules sous licence libre, OBM-SYNC et O-PUSH, a été absorbée en 2007 par la société Linagora. Ses deux directeurs ont été embauchés dans l'équipe dirigeante de Linagora et sont devenus actionnaires de la société absorbante. Un ingénieur informatique qui avait développé lesdits modules chez Aliasource a lui aussi été recruté par Linagora à la même époque, ainsi que divers développeurs. En 2010, les trois intéressés démissionnaient, l'ingénieur pour rejoindre sans délai la société E-Deal, les dirigeants pour créer une société Blue Mind étroitement liée à E-Deal. Dans les mois qui suivirent, six salariés quittaient Linagora pour rejoindre Blue Mind. En 2012, cette société lançait l'exploitation d'un logiciel libre de messagerie collaborative dénommé logiciel Blue Mind, comprenant deux modules, BM CORE et EAS. Ce lancement fut perçu comme une déclaration de guerre... et le contentieux entre Linagora et les sociétés Blue Mind et E-DEAL se développa alors tous azimuts : requêtes devant le président du TGI de Bordeaux pour procéder à des saisies-contrefaçons, saisine des prud'hommes de Nanterre pour violation des clauses de non-concurrence des contrats de

travail, assignation devant le tribunal de commerce de Paris pour inexécution des engagements de non-concurrence résultant du pacte d'actionnaires, procès en diffamation à Toulouse (CA Toulouse, ch. 3, 8 janv. 2020, M. X c/ Blue Mind et a. : *legalis.net*), et le présent procès en contrefaçon de droits d'auteur et concurrence déloyale...

3. Le business model

L'open source ouvre la voie à de « nouveaux modèles de valorisation de la production intellectuelle » (M. Clément-Fontaine, art. préc.). Alors que le modèle propriétaire traditionnel fait reposer la valorisation du logiciel sur la réservation de l'exploitation à titre onéreux de celui-ci et de ses nouvelles versions, la valorisation du logiciel libre (autre le gain d'expertise résultant de la collaboration des contributeurs) passe principalement par le service d'accompagnement. « Le modèle d'affaires dit 'de service' repose sur la complémentarité logiciel-services, et la capacité de l'éditeur d'un logiciel open source à proposer à ses clients des services d'installation et d'intégration, de maintenance et de développement de patches, de documentation, de support ou de consulting, sur la base de ses compétences particulières et de sa maîtrise du logiciel en question » (L. Museli, *Les modèles d'affaires des éditeurs de logiciels open source à l'ère du SaaS* : RLDI 2014/102, n° 3411). L'éditeur dispose d'un know-how et d'informations que ne possèdent pas les utilisateurs du logiciel libre. Et dans notre affaire, le juge bordelais souligne que « le savoir-faire de ces logiciels est le socle de l'activité économique de ces sociétés qui vivent des prestations d'assistance technique sur ces logiciels ».

4. Les fautes

A. - Le débauchage

Entre 2009 et 2013, il est rapporté que cinquante-trois salariés ont démissionné de Linagora et que seulement sept d'entre eux ont rejoint Blue Mind. Face à une telle hémorragie de collaborateurs, les sept départs au profit du concurrent direct ne semblent pas pouvoir expliquer à eux seuls la désorganisation dont se plaint Linagora qui s'est « trouvée en difficulté pour servir ses clients et remplir ses missions ». D'autant que le débauchage en soi est libre en vertu de la liberté de la concurrence et de la liberté du travail. Du moins s'il n'est pas accompagné de manœuvres déloyales ou entouré de circonstances particulières. Ainsi, en l'espèce, dans le contexte particulier de l'exploitation d'un logiciel open source reposant sur le savoir-faire exclusif de l'éditeur relatif à ce logiciel, le débauchage des salariés détenteurs de cette expérience est de nature à déstabiliser fortement l'entreprise qui les emploie. Or, les modules logiciels avaient été conçus et développés par une équipe au sein d'une première entreprise qui avait été absorbée par Linagora ; les droits sur ces modules avaient été transférés à Linagora et la même équipe d'informaticiens avait continué à entretenir et améliorer ces logiciels chez leur nouvel employeur ; ces spécialistes avaient ensuite quitté Linagora « de manière concertée » pour reconstituer selon leurs propres termes la « dream team » au sein d'une nouvelle société, concurrente de Linagora, et pour développer un logiciel similaire. Les sept partants composaient « le cœur de l'équipe ayant développé la solution logicielle OBM » et travaillaient quotidiennement sur cette solution. Cette équipe-clé était « détentrice du fait de son ancienneté d'un grand savoir-faire technique et commercial », ce savoir-faire qui constitue le socle de l'activité économique d'un éditeur de logiciel libre comme Linagora, pour reprendre l'expression des magistrats bordelais. Du fait du business model des entreprises rivales, le débauchage de ces quelques salariés prend une coloration de déloyauté. On comprend que le départ concerté de ces quelques collaborateurs essentiels ait pu désorganiser leur employeur. C'est ce que juge le tribunal.

B. - Le parasitisme

L'éditeur du logiciel open source, même s'il reconnaît beaucoup de libertés à l'utilisateur, ne lui transfère pas tout. « Les licences open source ne constituent pas un blanc-seing qui

permet de tout faire sur tout » écrit le professeur Clément-Fontaine (*art. préc.*). En particulier, le savoir-faire relatif au logiciel n'est pas transmis. À ce titre la société Blue Mind a commis deux fautes constitutives de parasitisme.

Dans sa communication commerciale, elle a revendiqué une expertise de la solution logicielle OBM, en rappelant que ses collaborateurs sont à l'origine de son développement dans l'entreprise rachetée par Linagora. Ce faisant elle se plaçait dans le sillage d'un savoir-faire d'entreprise qui fait la réputation de Linagora, et essayait ainsi de capter une part du prestige de cette expertise. Le tribunal sanctionne ce comportement au titre de la création d'un risque de confusion, mais il aurait pu tout aussi bien le faire au nom du parasitisme pour captation indue de la notoriété de la victime.

De plus, en débauchant l'équipe-clé travaillant sur ces modules logiciels, elle a détourné à son profit les investissements consentis par Linagora pour acquérir cette solution logicielle, financer son développement et construire une compétence particulière, fondement d'une activité économique de services d'accompagnement de l'utilisation du logiciel. « Le fait qu'il s'agisse de logiciels Open source dont les codes sources sont en libre accès sur Internet et peuvent être librement utilisés et modifiés par tout utilisateur sous réserve d'en respecter les contrats de licence, rendait précisément particulièrement important le savoir-faire détenu sur ces logiciels lequel permettait de développer une activité d'assistance tech-

nique et l'équipe-cœur du logiciel OBM détenant depuis l'origine ce savoir-faire », note le tribunal.

Blue Mind s'est donc rendue coupable de parasitisme et de concurrence déloyale.

5. L'indemnisation

Si le tribunal retient facilement l'existence d'un préjudice moral en le rattachant curieusement au débauchage de l'équipe détenant le savoir-faire du logiciel, il rejette toute demande d'indemnisation d'un préjudice économique résultant des actes de concurrence déloyale et parasitaire dont il a pourtant reconnu l'existence. Il semble certes que la victime de ces actes n'ait pas apporté suffisamment d'éléments probants pour justifier des pertes directement liées au débauchage incriminé, et le tribunal a peut-être voulu sanctionner la mauvaise volonté mise par celle-ci à communiquer des pièces comptables. Mais s'agissant de parasitisme et de détournement de savoir-faire, ne s'est-on pas trop focalisé sur l'évaluation d'un manque à gagner chez le parasite, alors qu'une jurisprudence récente invite à prendre en considération les gains et économies réalisés par le parasite (*Cass. com.*, 12 févr. 2020, n° 17-31.614 : *JurisData* n° 2020-001762 ; *Propr. industr.* 2020, *comm.* 33, *nos obs.* – *CA Toulouse*, ch. 2, 4 mars 2020, n° 17/01448, *SAS FB Procédés c/ Sarl Biotrade* : *JurisData* n° 2020-003113) ?

Jacques LARRIEU

Mots-Clés : Logiciel libre - Concurrence déloyale