

RÉPUBLIQUE FRANÇAISE
AU NOM DU PEUPLE FRANÇAIS

COUR DE CASSATION
CHAMBRE CRIMINELLE
4 AVRIL 2018

Pourvoi n° 17-82189

M. SOULARD président,

LA COUR DE CASSATION, CHAMBRE CRIMINELLE, en son audience publique tenue au Palais de Justice à PARIS, a rendu l'arrêt suivant :

Statuant sur le pourvoi formé par la société Microsoft corporation, partie civile, contre l'arrêt de la cour d'appel de PARIS, chambre 5-12, en date du 15 mars 2017, qui, pour contrefaçon, a condamné M. Marc ... à deux mois d'emprisonnement assortis du sursis, à 5 000 euros d'amende et a prononcé sur les intérêts civils ;

La COUR, statuant après débats en l'audience publique du 13 février 2018 où étaient présents dans la formation prévue à l'article 567-1-1 du code de procédure pénale : M. Soulard, président, Mme Dreifuss-Netter, conseiller rapporteur, M. Pers, conseiller de la chambre ;

Greffier de chambre Mme Bray ;

Sur le rapport de Mme le conseiller DREIFUSS-NETTER, les observations de Me BOUTHORS, avocat en la Cour, et les conclusions de M. l'avocat général QUINTARD ;

Vu le mémoire produit ;

Attendu qu'il résulte de l'arrêt attaqué et des pièces de procédure qu'à la suite d'une offre publicitaire émanant de la société Technico Distribution, dont M. Marc ... était le gérant, de pochettes contenant le matériel et le certificat d'authenticité nécessaires à l'installation, sur des ordinateurs avant leur vente (mode OEM), de logiciels de la société Microsoft, et d'une commande test de deux de ces pochettes, effectuée à l'initiative de cette société, une perquisition a eu lieu dans les locaux de la société Technico Distribution, révélant la présence de 104 certificats d'authenticité porteurs de clés d'activation, afférents à des logiciels de la même marque, et de 66 CD Rom reproduisant divers logiciels de type Windows, obtenus, par "peer to peer", sur Internet ; que M. ... et la société Technico Distribution, à l'issue d'une information, ayant été renvoyés devant le tribunal correctionnel, des chefs de vente de marchandises présentées sous une marque contrefaisante, de contrefaçon de logiciel par édition ou reproduction et contrefaçon de logiciel par diffusion ou représentation, le tribunal les a relaxés du premier de ces chefs et déclarés coupables des deux autres, M. ... étant notamment condamné à une peine de trois mois d'emprisonnement avec sursis et à une amende de 10 000 euros et à payer à la société Microsoft Corporation (la société Microsoft) la somme de 25 574, 16 euros au titre de son préjudice patrimonial et 69 euros au titre de l'atteinte au droit moral ; que les prévenus et le procureur de la République ont interjeté appel, ainsi que la société Microsoft sur les intérêts civils ;

En cet état ;

Sur le premier moyen de cassation, pris de la violation des articles 6 de la Convention européenne des droits de l'homme, 1er du protocole additionnel n 1 à ladite Convention, L. 122-6, L. 122-6-1, L. 335-2, L. 335-3, L. 335-5 et L. 335-7 du code de la propriété intellectuelle, des articles L. 716-10, L. 716-11-1, L. 716-13 et L. 716-14 du même code, des articles 2, 10, 591 et 593 du code de procédure pénale ;

"en ce que la cour a dit que les faits de la poursuite pour contrefaçon portant sur 104 certificats d'authenticité ne constituaient pas une infraction punissable et d'avoir en conséquence rejeté les demandes indemnitaires de la partie civile au titre de ses préjudices patrimoniaux et extra-patrimoniaux ;

"aux motifs que, sur la mise en vente de 106 certificats d'authenticité, ont été saisis en l'espèce deux pochettes contenant chacune un manuel "Guide de démarrage rapide "pour "Microsoft Windows XP Professionnel " comportant la mention "commercialisé uniquement avec un nouveau PC ", les pochettes contenant également un cédérom comportant la mention "Système d'exploitation déjà installé sur votre ordinateur" et un "Certificate of authenticity" pour le produit Windows XP Professionnel OEM ; que lors de la perquisition dans les locaux de la société ont été découverts et placés sous saisies : - une feuille comportant des numéros de licences XP, 98 se, 2000 et Power DVD et une feuille portant un numéro de licence W 2000 pro et un carton comportant un numéro de licence Windows 2000, correspondant selon le prévenu à des numéros récupérés sur internet ; - 30 stickers Windows 98 et 67 stickers WIN X PRO décollés, selon le prévenu, d'ordinateurs partant hors Europe et destinés à être recollés sur d'autres ordinateurs qui n'en comportent pas ; qu'il a ainsi été répertoriés 104 certificats d'authenticité d'exemplaires du logiciel Microsoft Windows XP Pro, Microsoft Windows 2000 Pro, Windows Millenium Edition, Microsoft 98 Second ..., pochette avec CD Dell avec stickers OEM Windows XP PRO SP2, Windows XP PRO SP1 et Windows XP Home et stickers HPQ et DELL ; qu'une clé d'activation du produit désigne une suite de 25 caractères alphanumériques alternant chiffres et lettres inscrites sur chaque certificat d'authenticité devant accompagner tout exemplaire de logiciel Microsoft vendu selon le régime OEM ; que cette clé d'activation est utilisée à l'occasion de l'installation et de l'éventuelle réinstallation du programme conformément au processus d'authentification devant être mis en oeuvre ; qu'en l'espèce les 106 clés d'activation visées à la prévention concernent : - 2 clés d'activation figurant sur les certificats d'authenticité vendus par la société Techno Distribution à la société Gigarom ayant fait l'objet du procès-verbal de constat d'huissier et ayant pour origine une commande à la société Concord Remarketing portant sur un stock de 152 clés ; - 1 clé d'activation figurant sur un certificat d'authenticité collé à un emballage de cédérom Dell saisi lors de la perquisition ; - 97 clés figurant sur les certificats d'authenticité ; - 2 clés associées à une pochette avec CD Dell avec sticker OM et une pochette avec CD Fujitsu Siemens, origine non déterminée ; que sur ces 106 clés le rapport d'analyse de la société Microsoft mentionne que seules les deux premières clés d'activation analysées proviennent de l'achat d'un stock de 152 stickers par la société Techno Distribution auprès de la société Concord Remarketing ; que pour les autres les investigations n'ont pas pu déterminer les circonstances exactes des recueils des certificats d'authenticité et clés d'activation hormis par les déclarations de M. Marc ... qui a expliqué les avoir pris d'ordinateurs pour les coller et les remettre sur des pages sans savoir quel usage il allait en faire (D394) ; que s'agissant de la reproduction de numéros sur feuilles volantes leur utilisation n'est pas démontrée ; qu'ainsi il n'a pas été établi que les 104 clés d'activation aient servi, pas plus qu'il n'a pu être déterminé les circonstances dans

lesquelles elles auraient pu être utilisées ; que la seule détention de ces clés ou stickers n'est pas constitutive d'une infraction ; que la cour confirmera en conséquence le jugement entrepris en ce qu'il a relaxé le prévenu des fins de la poursuite concernant les 104 certificats d'authenticité poursuivis sous la qualification de vente, mise en vente de produit sous une marque contrefaite ; que la cour infirmera le jugement entrepris qui a retenu la contrefaçon par diffusion ou représentation d'oeuvre de l'esprit au mépris des droits de l'auteur ; et relaxera le prévenu des faits de contrefaçon pourtant sur ses 104 certificats ;

"et aux motifs éventuellement adoptés du TGI que le 7 juin 2006, Microsoft Corporation déposait plainte auprès du procureur de la République de Bobigny s'estimant victime de contrefaçons imputables à la société Techno Distribution, gérée par M. ... ; que Mme ..., juriste de la société Microsoft France, expliquait en septembre, avoir été averti par un client de la vente de logiciels Windows XP Professional à des prix ne pouvant résulter que de contrefaçon ; qu'un achat, contrôlé par huissier, fait par l'intermédiaire d'une société ad hoc avait permis de constater que les certificats d'authenticité accompagnant les livrets Dell et les cédéroms proposés à la vente, correspondaient à des produits Windows Pro 2000 devant être installés sur des ordinateurs Hitachi ; qu'une perquisition menée dans les locaux de la société le 7 février 2007, permettait d'y découvrir notamment 66 CD gravés supportant le nom de divers produits Microsoft, téléchargés en peer to peer sur internet selon M. ..., trois licences Dell identiques à celles de la procédure initiale, de même qu'" une facture d'achat et sept factures de vente correspondant à 144 des 152 logiciels contrefaisant décrits dans la plainte ", saisies auxquelles s'ajoutaient 67 stickers Win XP Pro décollés, d'après M. ..., sur des portables Compaq pour être " recollés sur des machines qui n'en comportent pas pour pouvoir les revendre " ; que M. ... confirmait devant le juge d'instruction les 66 gravures des logiciels Microsoft, utilisées par la société pour installer ou formater des ordinateurs revendus mais considérait qu'il achetait la licence correspondante en achetant un ordinateur muni d'un sticker; que le droit d'exploitation appartenant à l'auteur d'un logiciel qui comprend le droit d'effectuer et d'autoriser la reproduction permanente ou provisoire d'un logiciel en tout ou partie par tout moyen et sous toute forme est attaché à chaque exemplaire, la justification avancée par M. ... ne saurait être retenue, faute de lien entre le sticker récupéré et le logiciel téléchargé, pour disculper les prévenus ; que la qualité de professionnel de M. ... suffit à caractériser son intention délictuelle, l'interdiction de copie autre que de sauvegarde étant présente sur tous les CD originaux et sur tous les manuels ; que constitue par ailleurs un délit de contrefaçon, la mise sur le marché d'un logiciel sans l'autorisation de l'auteur ; que la société Techno Distribution a mis sur le marché au prix de 70 euros HT, selon sa publicité présente au dossier, des logiciels Windows XP Professional, définis par la présence d'un manuel, d'un CD et d'un sticker ; qu'elle ne possédait à cette époque aucune autorisation directe de Microsoft ; que la réunion des trois éléments, manuel, CD et sticker, acquis séparément par Techno Distribution, qui composent chez cet éditeur, lorsqu'ils sont commercialisés coordonnés la licence d'utilisation isolée, ne saurait constituer une autorisation licite de mise sur le marché ; que la " labellisation" par Dell alléguée dans l'offre de vente des livres et des CD, qui ne peut être qu'en OEM, s'oppose ainsi à toute autorisation par Microsoft d'une commercialisation sur un ordinateur autre que Dell, de surcroît avec une clé d'activation qui n'a pas été concédée à cette société, ce que M. ... ne peut prétendre avoir ignoré puisque des mentions en font foi sur le CD et le guide de démarrage qu'il commercialisait ; que M. ... ne proposait pas à la vente d'ordinateur de ce constructeur ; que la qualité de professionnel de M. ... suffit à caractériser son intention délictuelle ; que les prévenus seront donc déclarés coupables de l'infraction qui leur est reprochée à cet égard, limitée cependant à la capacité prouvée de commercialisation définie par les seuls 67 stickers Win XP Pro découverts en perquisition et les deux présents dans la commande contrôlée par

l'huissier ; que faute d'apporter la preuve que les stickers en eux-mêmes contrefont une marque régulièrement enregistrée, la relaxe sera prononcée pour l'infraction visée ;

"1) alors que le délit d'offre ou de vente de marchandises présentées sous une marque contrefaisante au sens de l'article L. 716-10 du code de la propriété intellectuelle, n'exige pas la démonstration par la victime de la contrefaçon d'une vente effective d'un produit illicite auprès d'un tiers identifié ; que pareil délit est en effet consommé à partir du moment où une offre illicite est formalisée ; qu'en l'état des propres déclarations du prévenu reconnaissant avoir pris sur d'autres ordinateurs des certificats d'authenticité destinés à être collés sur les ordinateurs qu'il se proposait d'offrir à la vente et de l'existence effective d'une offre correspondant à pareil montage par voie d'annonce auprès du public, la cour n'a pu méconnaître le caractère fautif de l'ensemble des faits de la prévention sans ignorer les textes et principes cités au moyen ;

"2) alors que la simple détention d'ouvrages contrefaisants est incriminée par l'article L. 335-2 du code de la propriété intellectuelle; qu'après avoir constaté la détention par le prévenu de 106 certificats détachés de la chose qu'ils authentifiaient, la cour n'a pu derechef méconnaître le caractère fautif de l'ensemble de la prévention sans ignorer les textes et principes cités au moyen" ;

Attendu que, pour confirmer le jugement en ce qu'il a relaxé le prévenu, concernant les 104 certificats d'authenticité saisis lors de la perquisition, du chef de vente ou mise en vente de produit sous une marque contrefaite, l'arrêt énonce que les investigations n'ont pas pu déterminer les circonstances exactes du recueil de ces certificats, hormis par les déclarations de M. ... qui a expliqué les avoir pris d'ordinateurs pour les coller et les remettre sur des pages sans savoir quel usage il allait en faire, qu'ainsi il n'a pas été établi que les 104 clés d'activation aient servi, pas plus qu'il n'a pu être déterminé les circonstances dans lesquelles elles auraient pu être utilisées ; que les juges ajoutent que la seule détention de ces clés ou stickers n'est pas constitutive d'une infraction ;

Attendu qu'en statuant ainsi, par des motifs d'où il résulte que les faits constatés ne constituaient ni une vente, ni une offre de vente de produits présentés sous une marque contrefaisante au sens de l'article L. 716-10 du code de la propriété intellectuelle et dès lors que, si la simple détention de produits contrefaisants est incriminée, au titre de la contrefaçon, par l'article L. 335-2 du même code, c'est à la condition, s'agissant de logiciels, qu'il ait été porté atteinte, par l'un des moyens prévus à l'article L. 122-6 dudit code, aux droits d'exploitation de l'auteur, notamment par reproduction ou mise sur le marché de ces logiciels ;

D'où il suit que le moyen ne saurait être accueilli ;

Sur le second moyen de cassation, pris de la violation des articles 6 de la Convention européenne des droits de l'homme, 1er du protocole additionnel n 1 à ladite Convention, L. 335-2, L. 335-3, L. 335-5 et L. 335-7 du code de la propriété intellectuelle, des articles L. 716-10, L. 716-11-1, L. 716-13 et L. 716-14 du même code, des articles 2, 10, 591 et 593 du code de procédure pénale ;

"en ce que la cour a reconnu la culpabilité du prévenu pour avoir procédé à 66 copies illicites de logiciels et fixé le prix moyen du logiciel au vu des éléments produits à la somme de 100 euros, l'ensemble formant 6 600 euros, déboutant ainsi la partie civile du surplus de ses demandes indemnitaires relatives à son préjudice patrimonial, moral et à l'avilissement de sa

marque ;

"aux motifs que sur la contrefaçon des 66 logiciels, la cour confirmera le jugement entrepris qui a déclaré le prévenu coupable de contrefaçon de ces logiciels par reproduction sans autorisation de la société Microsoft Corporation (...) ; que la cour trouve dans les circonstances de l'espèce des éléments suffisants pour fixer le prix moyen du logiciel au vu des éléments produits à la somme de 100 euros ; que la partie civile est en droit d'obtenir réparation de son préjudice matériel que la cour fixera en conséquence à la somme de 6 600 euros que M. ... devra payer à la partie civile ;

"1) alors qu'en cas de contrefaçon, le préjudice patrimonial de la partie civile s'entend des conséquences économiques négatives de la contrefaçon dont le manque à gagner, la perte subie et les bénéfices réalisés par le contrefacteur, outre le préjudice moral subi par la victime; qu'en l'état des demandes argumentées de Microsoft, la cour a limité l'indemnisation de son préjudice patrimonial à hauteur de 100 euros correspondant au prix moyen des 66 logiciels ayant fait l'objet d'une copie illicite ; qu'en se déterminant de la sorte, la cour ne s'est pas conformée aux règles spécifiques gouvernant l'indemnisation d'une contrefaçon ;

"2) alors qu'une société est fondée à se prévaloir d'un préjudice moral dès lors qu'elle est reconnue victime d'une contrefaçon ; qu'en écartant sans le moindre motif les demandes indemnitaires de la société au titre de ses préjudices extrapatrimoniaux, la cour a derechef méconnu les dispositions de l'article L. 716-14 du CPI, ensemble le principe de réparation intégrale et l'article 1er du protocole additionnel n 1 à la Convention européenne des droits de l'homme" ;

Attendu que, pour condamner le prévenu, après l'avoir déclaré coupable de contrefaçon par reproduction sans autorisation sur 66 CD Roms de plusieurs types de logiciels Windows, à verser à la partie civile la somme de 6 600 euros au titre de son préjudice matériel, et rejeter ses autres demandes, l'arrêt retient que l'on trouve dans les circonstances de l'espèce les éléments suffisants pour fixer le prix moyen du logiciel, au vu des éléments produits, à la somme de 100 euros, et que le préjudice moral que la société Microsoft aurait subi du fait des infractions poursuivies n'est pas démontré ;

Attendu qu'en se déterminant ainsi, la cour d'appel n'a fait qu'user de son pouvoir d'apprécier souverainement, dans la limite des conclusions des parties et sur la base des documents soumis au débat contradictoire, l'indemnité propre à réparer les dommages nés de l'infraction ;

D'où il suit que le moyen doit être écarté ;

Et attendu que l'arrêt est régulier en la forme ;

REJETTE le pourvoi ;

Ainsi fait et jugé par la Cour de cassation, chambre criminelle, et prononcé par le président le quatre avril deux mille dix-huit ;

En foi de quoi le présent arrêt a été signé par le président, le rapporteur et le greffier de chambre.