

MANAGEMENT JURIDIQUE DE L'INNOVATION

Citation : Eric A. Caprioli et Noelle Leboeuf, Innovation informatique : les risques juridiques des logiciels open source - <http://www.caprioli-avocats.com>
Date de la mise à jour : octobre 2007

Innovation informatique : les risques juridiques des logiciels open source

Eric A. Caprioli, docteur en droit, avocat à la Cour, spécialiste en droit de la propriété intellectuelle et des Technologies innovantes, **Noelle Leboeuf**, juriste
Caprioli & Associés, société d'avocats (Nice, Paris)
contact@caprioli-avocats.com

Plan

I / CARACTERISTIQUES JURIDIQUES COMMUNES AUX PRINCIPALES LICENCES OPEN SOURCE

- A) L'application du droit étranger
- B) L'emploi de la langue anglaise
- C) L'adhésion à la licence du logiciel dit-libre ou open source

II / EXAMEN DES CLAUSES CONTENUES DANS LES LICENCES DE LOGICIELS OPEN SOURCE

- A) Le droit moral de l'auteur
- B) Les garanties sur le logiciel
- C) La distribution des logiciels de type copyleft

Notes

Dans le cadre de l'innovation dans le domaine de l'informatique et des technologies de l'information, les informaticiens utilisent de plus en plus souvent des logiciels " libres ". Nombreux sont les exemples de développements à partir de sources libres et disponibles en ligne. On peut définir le logiciel libre comme un logiciel disponible sous forme de code source, que l'on peut librement utiliser, modifier et distribuer. Ces logiciels qui sont utilisés aussi bien dans les entreprises que dans les administrations se sont développés pendant près d'un quart de siècle au cours de la construction de l'internet. On les trouve notamment dans les systèmes d'exploitation (Linux), dans les serveurs de messagerie (Sendmail), dans la gestion des noms de domaines (Bind), dans les sites web (Apache), dans les infrastructures de gestion de clés pour les signatures électroniques et le chiffrement (Open source PKI), ... L'idée de permettre à toute personne d'obtenir et de modifier le code source du programme d'ordinateur n'est pas nouvelle. Le pionnier du mouvement du logiciel libre est Richard Stallman, informaticien au laboratoire d'intelligence artificielle du *Massachusetts Institute of Technology*, qui décide en 1985 de créer la *Free Software Fondation* (FSF) autour du projet GNU[1], dont l'objectif était de mettre à disposition d'une communauté d'utilisateurs et de développeurs le code source d'un logiciel et **d'en permettre la libre exploitation sous certaines conditions**. Il est l'auteur de la licence GPL (GNU General Public Licence), licence la plus " *libertaire* " de logiciel libre qui a pour objet principal d'empêcher la réappropriation ultérieure du logiciel libre par un tiers dans une logique propriétaire. Partage et échange caractérisent l'exploitation de ces logiciels dans le but de renverser la logique de protection. La V.2 de la GPL date de juin 1991, mais elle n'a pas de traduction officielle en français. Sa particularité est la mise en œuvre du concept de " *copyleft* " (" *gauche d'auteur* ", jeu de mots par opposition au droit d'auteur) qui utilise les droits d'auteur pour imposer la liberté totale de modifier tout logiciel couvert par la GPL en garantissant l'entière disponibilité du code source pour les utilisateurs. " *Cette garantie comprend l'accessibilité à la totalité du code source de tous les modules composant un programme exécutable, de même que tout fichier de définition d'interface associé, ainsi que les scripts utilisés pour effectuer la compilation et l'installation du programme exécutable dans la version du code source la plus facile à modifier. En contrepartie, les utilisateurs doivent garantir des libertés similaires à celles comprises dans la GPL aux tiers auxquels le logiciel modifié est redistribué* "[2].

Selon, la FSF, le logiciel libre se fonde sur quatre critères (ou libertés fondamentales) :

- la liberté d'exécuter un programme pour tous les usages ;
- la liberté d'étudier le fonctionnement interne d'un programme et de l'adapter à ses besoins ;
- la liberté de diffuser des copies du programme ;
- la liberté de modifier le programme afin de l'améliorer et de redistribuer ensuite la nouvelle version modifiée[3].

Le mouvement du logiciel libre s'est surtout développé à partir de 1991 lorsque Linus Torvalds publia sous licence GPL le système Linux, clone libre du système Unix. Une seconde mouvance plus pragmatique cherche à concilier les idéaux du libre avec les intérêts économiques et industriels. En 1997, les membres de la communauté des logiciels libres ont créé une association, l'*Open Source Initiative* (OSI) qui a pour objectif la création de normes et d'une définition destinées à être utilisées dans un processus de certification de logiciel en tant que *Open Source Software*. L'*Open Source Initiative* n'a pas rédigé de contrat de licence type et a simplement défini des principes généraux^[4] auxquels les licences doivent se conformer afin de bénéficier du label *Open Source*.

Le logiciel open source est souvent présenté comme une solution peut coûteuse. Cependant, il ne faut pas oublier qu'en général, si le libre n'engendre pas de coûts importants à l'acquisition (la plupart des logiciels sont en effet gratuits), le service qu'il nécessite à moyen ou à long terme s'avère onéreux tant d'un point de vue humain que stratégique et fonctionnel (développement, migration, intégration, formation et maintenance). Au final, la rémunération traditionnellement accordée à l'éditeur de logiciels propriétaires se trouve notamment transférée vers les prestataires de services dans le cadre de l'utilisation des logiciels libres. Cet aspect économique et technique n'est pas neutre, bien au contraire. Avec l'Open source, on change de modèle économique, la valeur est transférée de la propriété incorporelle vers le service. Plusieurs grandes entreprises informatiques ont modifié leur stratégie en ce sens (ex : Sun, IBM, ...).

D'une façon générale, l'approche du " *libre* " présente l'avantage de rechercher les anomalies et les bogues éventuels, d'améliorer et d'adapter le logiciel. Le logiciel libre peut être librement exécuté, copié, distribué, étudié, modifié et amélioré, sous réserve de respecter le plus souvent une condition essentielle : la redistribution du code source, modifié ou non, doit elle-même être libre, afin de protéger les travaux effectués par l'ensemble des programmeurs contre toute appropriation privative. Si cette condition n'est pas respectée, on considère qu'il y a contrefaçon du fait du non respect de la licence d'origine. Le logiciel " dit-libre " présente aussi des inconvénients qui sont souvent la contrepartie du système coopératif de développement : qui est l'auteur de quoi ? De plus, on reste circonspect quant à la question de savoir comment être conforme aux exigences légales du code de la propriété intellectuelle en matière de cession, spécialement lorsqu'il y a des auteurs/contributeurs successifs. D'autres risques existent pour les personnes publiques^[5].

A ce jour, il n'y a pas encore d'étude juridique approfondie sur le régime juridique de ces licences. De même, les tribunaux français ne se sont pas encore prononcés sur la validité de ces licences d'un autre type mais soumises à un même droit.

Les licences de logiciels libres présentent certaines caractéristiques juridiques communes aux principales licences open source qu'il importe d'analyser (I). De plus, l'examen de clauses contenues dans des licences permet de souligner des risques juridiques qu'il convient d'identifier avant d'utiliser certains de ces programmes (II).

I / CARACTERISTIQUES JURIDIQUES COMMUNES AUX PRINCIPALES LICENCES OPEN SOURCE

La plupart des licences open source présentes sur le marché sont d'origine anglo-saxonne. De ce fait, sauf exception (les licences Cecill), la majorité des licences ne sont pas soumises au droit français mais à aucun droit ou à un droit étranger (souvent d'un Etat des Etats-Unis d'Amérique) (A). Ces licences ont pour la plupart été rédigées conformément au droit américain et au copyright (concept qui n'existe pas dans les droits latins). De plus, elles sont pour la plupart rédigées en langue anglaise (B). Enfin, ces licences peuvent être qualifiées de contrat d'adhésion (C).

A) L'application du droit étranger

La majorité des licences de logiciels dits-libres ne comportent aucune mention de la loi applicable ou se réfèrent à des concepts de droit étranger (par exemple le copyright). D'autres licences mentionnent " *This license shall be governed by California law provisions (except to the extent applicable law, if any, provides otherwise), excluding its conflict-of-law provision* " (voir les articles 11 de Netscape Public License, V. 1 et Mozilla Public License, V.1) Cela est facteur d'insécurité juridique pour le licencié dans la mesure où celui-ci ne connaît pas les règles qui lui seront opposées en cas de litiges éventuels.

De ce point de vue, certaines licences comme les licences CECILL rédigées par des organismes français (Commissariat à l'Energie Atomique, Centre National de Recherche Scientifique et Institut National de Recherche en Informatique et en Automatique) ou les licences Art-Libre font exception à la règle puisqu'elles comportent une clause relative à la loi applicable et désignent comme loi applicable la loi française. Cela constitue une avancée en la matière et offre à un licencié français certaines garanties, notamment en matière de droits de propriété intellectuelle.

Au-delà du fait de savoir quelle loi est applicable, il est intéressant de s'interroger, dans l'hypothèse où la loi française est expressément désignée par le contrat, sur la conformité des dispositions contenues dans les licences libres au droit français. Cette question n'est pas aisée et soulève de nombreuses difficultés quant au formalisme et à la régularité des cessions des droits mais aussi quant aux garanties et responsabilités prévues dans le cadre de ces licences.

B) L'emploi de la langue anglaise

Comme la majorité des licences open source sont d'origine anglo-saxonnes, elles sont souvent rédigées en anglais. Pour celles qui sont traduites, ce qui n'est pas le cas de toutes, loin s'en faut (par exemple, les licences Apache, Mozilla Public License n'ont pas été traduites), il est toujours spécifié en préambule qu'il s'agit " d'une adaptation non officielle de la licence " et que " son contenu n'a aucune portée légale car seule la version anglaise de ce document détaille le mode de distribution ... " (GNU/GPL et GNU/LGPL). Dans ce contexte, un non anglophone sera donc contraint de se fier à la traduction, si elle existe, ou devra se contenter d'approximation a fortiori s'il n'est pas juriste.

De plus, dès lors que le licencié est de nationalité française, cette spécificité du logiciel libre peut aller à l'encontre de la législation française. A titre de rappel, l'article 2 de la loi Toubon du 4 août 1994 relative à l'emploi de la langue française énonce que : " Dans la désignation, l'offre, la présentation, le mode d'emploi ou d'utilisation, la description de l'étendue et des conditions de garantie d'un bien, d'un produit ou d'un service, ainsi que dans les factures et quittances, l'emploi de la langue française est obligatoire ". Pour les personnes de droit public à l'exception de celles qui gèrent un service public à caractère industriel et commercial, la loi est également très précise puisque l'article 5 dispose : " Quels qu'en soient l'objet et les formes, les contrats auxquels une personne morale de droit public ou une personne privée exécutant une mission de service public sont parties sont rédigés en langue française. Ils ne peuvent contenir ni expression ni terme étrangers lorsqu'il existe une expression ou un terme français de même sens approuvés dans les conditions prévues par les dispositions réglementaires relatives à l'enrichissement de la langue française. ". En cas de non respect de ces dispositions, outre la nullité du contrat ainsi conclu, la sanction encourue est une contravention de quatrième classe, soit 750 euros par infraction constatée pour les personnes physiques et 3.750 euros pour les personnes morales (article 1er du décret du 3 mars 1995). Ainsi, aux termes de cette loi et d'une circulaire du 19 mars 1996 (J.O. du 20 mars 1996, p.4258), les distributeurs de logiciels libres seraient tenus d'employer la langue française, a minima lorsqu'ils contractent avec un consommateur français ou une administration française.

C) L'adhésion à la licence de logiciel dit-libre ou open source

Lorsqu'on télécharge une licence de logiciel libre, l'utilisateur se trouve en réalité dans le cadre d'un contrat d'adhésion, c'est-à-dire dans la même situation que quand il achète un logiciel propriétaire (par exemple, les " shrink wrap license " où l'acheteur du produit est lié par les clauses de la licence par le simple fait de déchirer l'emballage). Les clauses de la licence sont imposées par l'auteur et ne sont pas négociables. Pour illustration, il suffit de se reporter à l'article 5 de la licence Apache V. 2.0 de janvier 2004 (non traduite en français) qui stipule : "*Submission of Contributions. Unless You explicitly state otherwise, any Contribution intentionally submitted for inclusion in the Work by You to the Licensor **shall be under the terms and conditions of this License, without any additional terms or conditions.*** *Notwithstanding the above, nothing herein shall supersede or modify the terms of any separate license agreement you may have executed with Licensor regarding such Contributions*".

Au final, soit le licencié accepte la licence et peut faire ce qui y est mentionné, soit il ne peut pas bénéficier de toutes les libertés inhérentes aux logiciels libres (modification et distribution). De plus, à partir du moment où l'acquisition du logiciel est gratuite (ce qui n'est pas l'hypothèse générale, mais la plus fréquente), la personne est moins vigilante. En effet, le plus souvent, elle ne prendra pas la peine de lire la licence et encore moins de conserver la version du contrat (électronique ou imprimée) applicable au moment du téléchargement.

Ainsi, le simple fait de télécharger ou d'utiliser le programme implique l'adhésion aux conditions sans en avoir pour autant pris connaissance. Cette façon de procéder est typiquement anglo-saxonne et ne se soucie en aucune façon des droits du licencié (consommateur, entreprise ou collectivité publique). A titre d'exemple, la licence Red Hat Linux dans sa version 1.1 indique dans son préambule : " **VEUILLEZ LIRE LE PRÉSENT CONTRAT AVANT TOUT ACHAT OU UTILISATION DE PRODUITS OU PRESTATIONS RED HAT. L'UTILISATION OU L'ACHAT DE PRODUITS OU PRESTATIONS RED HAT VALENT CONSENTEMENT AUX CONDITIONS GÉNÉRALES DE CE CONTRAT. SI VOUS AGISSEZ AU NOM D'UNE PERSONNE MORALE, ALORS VOUS DÉCLAREZ AVOIR L'AUTORITÉ POUR CONCLURE CE CONTRAT AU NOM DE LADITE PERSONNE MORALE. SI LE CLIENT N'ACCEPTE PAS LES CONDITIONS GÉNÉRALES DU CONTRAT, ALORS IL NE DOIT PAS ACHETER NI UTILISER LES PRODUITS ET PRESTATIONS RED HAT.** ". Dans certains cas, il arrive cependant que l'acceptation de la licence soit liée au simple clic sur une case à cocher mais cela n'est pas le cas de toutes les licences open source.

A cet égard, la licence GNU GPL présente une certaine particularité car il est précisé que l'utilisation du programme sous licence GPL n'implique pas nécessairement l'acceptation des clauses de la licence. En revanche, dès lors que le licencié procède à des modifications ou à une redistribution du logiciel, il est supposé avoir implicitement accepté les conditions de la licence. En effet, l'article 5 de la GPL mentionne clairement : " *Ne l'ayant pas signée, Vous n'êtes pas obligé d'accepter cette Licence. Cependant, rien d'autre ne Vous autorise à modifier ou distribuer le Programme ou quelques travaux dérivés : la loi l'interdit tant que Vous n'acceptez pas les termes de cette Licence. En conséquence, **en modifiant ou en distribuant le Programme (ou tout travail basé sur lui), Vous acceptez implicitement tous les termes et conditions de la Licence.*** " (Adaptation française non officielle de la GPL). L'article 9 de la LGPL (V.2.1 de février 1999) reprend une formulation quasiment identique à propos des bibliothèques logicielles. On voit donc bien que cette logique est

particulièrement source d'insécurité juridique car finalement le licencié peut se trouver lié par les termes de la licence sans en avoir pris connaissance (utilisation libre et acceptation implicite en cas de modification ou de distribution du logiciel). En conséquence, une telle acceptation présente le risque de voir engagée une action en contrefaçon en cas de non respect des termes de la licence, l'autorisation initialement libérale étant retirée de facto.

En outre, on observera que les termes contractuels de ces licences GPL interdisent expressément toute modification des termes mêmes de la licence, en disposant : "*La copie et la distribution de copies exactes de ce document sont autorisées, mais aucune modification n'est permise.*". De ce fait, la liberté initiale, ainsi que ses contraintes et obligations, se diffuse par le biais d'une adhésion virale.

II / EXAMEN DES CLAUSES CONTENUES DANS LES LICENCES DE LOGICIELS OPEN SOURCE

Certaines clauses contenues dans les licences peuvent apparaître comme des inconvénients à l'utilisation de logiciels libres : le droit moral de l'auteur est protégé de façon inégale selon les licences (A), l'absence de garanties des applications développées sur le libre (B) et les spécificités liées à la distribution de logiciels de type copyleft.

A) Le droit moral de l'auteur

Les licences de logiciels open source ne remettent pas en cause le droit moral de l'auteur dans la mesure où elles n'interdisent pas et ne sauraient interdire d'indiquer le nom des auteurs. L'auteur conserve donc son droit de paternité sur les développements qu'il effectue. Pour autant, la protection de ce droit moral est inégale dans la mesure où certaines licences prévoient que l'auteur peut indiquer son nom sur ses développements alors que d'autres organisent l'exercice de ce droit afin que les modifications du logiciel apportées par les licenciés ne puissent être attribuées à d'autres.

Ainsi la licence GPL n'impose que la mention des modifications effectuées par l'auteur et de la date de chaque changement (article 2). Le nom de l'auteur n'est pas forcément exigé même s'il peut décider de l'indiquer lui-même. Il en est de même pour la licence Netscape Public License puisque l'article 3.5 stipule " [...] *If You created one or more Modification (s), **You may add your name as a Contributor** to the notice described in Exhibit A [...]*".

A l'inverse, les licences qui font référence au droit français protègent le droit à la paternité de l'œuvre. Par exemple, les licences de logiciels open source CeCILL B (version du 5 septembre 2006) précisent à l'article 5.2 "*Droit d'apporter des contributions* " : "*Le droit d'apporter des Contributions comporte le droit de traduire, d'adapter, d'arranger ou d'apporter toute autre modification au Logiciel et le droit de reproduire le logiciel en résultant.*

Le Licencié est autorisé à apporter toute Contribution au Logiciel **sous réserve de mentionner, de façon explicite, son nom en tant qu'auteur de cette Contribution** et la date de création de celle-ci. "

C'est pourquoi, **il est capital de procéder à une analyse minutieuse du contenu de la ou des licence(s) utilisée(s)**, avant de réaliser des développements informatiques à partir d'un logiciel libre.

B) Les garanties sur le logiciel

L'autre inconvénient de l'utilisation des logiciels dits-libres, et pas des moindres, réside dans l'absence de garantie sur le logiciel. En cela, les logiciels open source se distinguent nettement des logiciels propriétaires qui prévoient souvent des limitations de garantie mais contiennent dans la majorité des cas des garanties minimales. Cela tient probablement au fait que le licencié est censé être à même de modifier et d'adapter le logiciel dit libre. Les articles 11 et 12 de la GNU GPL constituent un parfait exemple de l'absence de garantie attachée aux logiciels dits-libres : " 11. *Comme la licence du programme est concédée à titre gratuit, aucune garantie ne s'applique au programme dans les limites autorisées par la loi applicable. Sauf mention contraire écrite, les titulaires du droit d'auteur et/ou les autres parties fournissent le programme " en l'état ", **sans aucune garantie de quelque nature que ce soit, expresse ou implicite, y compris, mais sans y être limité, les garanties implicites de commercialité et de la conformité à une utilisation particulière.** Vous assumez la totalité des risques liés à la qualité et aux performances du programme. **Si le programme se révélait défectueux, le coût de l'entretien, des réparations ou des corrections nécessaires vous incombe intégralement.***

12. *En aucun cas, sauf lorsque la loi applicable ou une convention écrite l'exige, un titulaire de droit d'auteur quel qu'il soit, ou toute partie qui pourrait modifier et/ou redistribuer le programme comme permis ci-dessus, ne pourrait être tenu pour responsable à votre égard des dommages, incluant les dommages génériques spécifiques secondaires ou consécutifs, résultant de l'utilisation ou de l'incapacité d'utiliser le programme (y compris, mais sans y être limité, la perte de données, ou le fait que des données soient rendues imprécises, ou les pertes éprouvées par vous ou par des tiers, ou le fait que le programme échoue à interopérer avec un autre programme quel qu'il soit) même si le dit titulaire du droit d'auteur ou la partie concernée a été averti de l'éventualité de tels dommages. "* Ces articles illustrent également le changement de modèle économique par rapport aux logiciels propriétaires dans la mesure où il est explicitement indiqué que le coût de la maintenance de ces logiciels incombe au licencié.

Le modèle français de logiciels libres à savoir CeCILL (version 2) reprend également cette logique d'absence de garantie dans son article 9 intitulé "Garantie" puisqu'il stipule : " 9.1 Le Licencié reconnaît que l'état actuel des connaissances scientifiques et techniques au moment de la mise en circulation du Logiciel ne permet pas d'en tester et d'en vérifier toutes les utilisations ni de détecter l'existence d'éventuels défauts. L'attention du Licencié a été attirée sur ce point sur les risques associés au chargement, à l'utilisation, la modification et/ou au développement et à la reproduction du Logiciel qui sont réservés à des utilisateurs avertis. Il relève de la responsabilité du Licencié de contrôler, par tous moyens, l'adéquation du produit à ses besoins, son bon fonctionnement et de s'assurer qu'il ne causera pas de dommages aux personnes et aux biens. 9.2 Le Concédant déclare de bonne foi être en droit de concéder l'ensemble des droits attachés au Logiciel (comprenant notamment les droits visés à l'article 5). 9.3 **Le Licencié reconnaît que le Logiciel est fourni "en l'état" par le Concédant sans autre garantie, expresse ou tacite, que celle prévue à l'article 9.2** et notamment sans aucune garantie sur sa valeur commerciale, son caractère sécurisé, innovant ou pertinent. En particulier, le Concédant ne garantit pas que le Logiciel est exempt d'erreur, qu'il fonctionnera sans interruption, qu'il sera compatible avec l'équipement du Licencié et sa configuration logicielle ni qu'il remplira les besoins du Licencié. "

Outre l'absence de garantie sur le logiciel lui-même, la majorité des licences de logiciels open source est également exempte de garantie de jouissance paisible du logiciel, contrairement aux conditions d'utilisation de logiciels propriétaires. A titre d'illustration, la licence CeCILL V.2 précise en son article 9.4 : " **Le Concédant ne garantit pas, de manière expresse ou tacite, que le Logiciel ne porte pas atteinte à un quelconque droit de propriété intellectuelle d'un tiers portant sur un brevet, un logiciel ou sur tout autre droit de propriété.** Ainsi, le Concédant exclut toute garantie au profit du Licencié contre les actions en contrefaçon qui pourraient être diligentées au titre de l'utilisation, de la modification, et de la redistribution du Logiciel. Néanmoins, si de telles actions sont exercées contre le Licencié, le Concédant lui apportera son aide technique et juridique pour sa défense. Cette aide technique et juridique est déterminée au cas par cas entre le Concédant concerné et le Licencié dans le cadre d'un protocole d'accord. Le Concédant dégage toute responsabilité quant à l'utilisation de la dénomination du Logiciel par le Licencié. Aucune garantie n'est apportée quant à l'existence de droits antérieurs sur le nom du Logiciel et sur l'existence d'une marque. "

De ce point de vue, il faut reconnaître que le licencié est moins bien protégé que lorsqu'il contracte avec un éditeur de logiciel. Il doit donc prendre à sa charge tous les risques inhérents à l'utilisation du logiciel. Cela relève d'un choix du licencié.

A cet égard, les clauses limitatives ou exclusives de responsabilité sont en principe valables en droit français. Mais il est des cas où ces clauses seront déclarées nulles, inefficaces, inopposables ou réputées non écrites. Il en sera ainsi en vertu de la législation sur les clauses abusives qui protège le consommateur. Le caractère abusif de cette clause à l'égard du consommateur ne fait aucun doute dans la mesure où il est stipulé que le logiciel dit-libre est fourni " sans aucune garantie de quelque nature que ce soit ". La précision aux termes de laquelle l'exclusion totale de garantie vaut " dans la mesure autorisée par la loi en vigueur " sera sans incidence sur la qualification abusive de cette clause. Aussi, cette clause sera écartée, même dans les relations entre professionnels, en application de la jurisprudence *Chronopost* [6] qui sanctionne les clauses qui, en cas de manquement à une obligation essentielle du contrat, ont pour effet de contredire la portée de l'engagement pris. Pour finir, les clauses limitatives ou exclusives de responsabilité seront déclarées nulles en cas de faute lourde ou de dol de celui qui les invoque. Tous ces éléments sont une fois de plus constitutifs d'une certaine incertitude juridique tant pour le concédant que pour le licencié. Il en est de même pour la distribution des logiciels de type copyleft.

C) La distribution des logiciels de type copyleft

Les licences de type copyleft sont des licences qui permettent l'utilisation, la modification et même la redistribution du logiciel, à condition cependant que le logiciel modifié soit redistribué sous la même licence que le logiciel initial. La licence GNU GPL en est une parfaite illustration. Ainsi aux termes de son article 2, il est mentionné : " Vous pouvez modifier votre copie ou des copies du Programme ou n'importe quelle partie de celui-ci, créant ainsi un ouvrage fondé sur le Programme, et copier et distribuer de telles modifications ou ouvrage selon les termes de l'Article 1 ci-dessus, à condition de vous conformer également à chacune des obligations suivantes :

a) Vous devez munir les fichiers modifiés d'avis bien visibles stipulants que vous avez modifié ces fichiers, ainsi que la date de chaque modification ;

b) Vous devez prendre les dispositions nécessaires pour que tout ouvrage que vous distribuez ou publiez, et qui, en totalité ou en partie, contient ou est fondé sur le Programme - ou une partie quelconque de ce dernier - soit concédé comme un tout, à titre gratuit, à n'importe quel tiers, au titre des conditions de la présente Licence.

c) Si le programme modifié lit habituellement des instructions de façon interactive lorsqu'on l'exécute, vous devez, quand il commence son exécution pour ladite utilisation interactive de la manière la plus usuelle, faire en sorte qu'il imprime ou affiche une annonce comprenant un avis de droit d'auteur ad hoc, et un avis stipulant qu'il n'y a pas de garantie (ou bien indiquant que c'est vous qui fournissez la garantie), et que les utilisateurs

peuvent redistribuer le programme en respectant les présentes obligations, et expliquant à l'utilisateur comment voir une copie de la présente Licence.

(Exception : si le Programme est lui-même interactif mais n'imprime pas habituellement une telle annonce, votre ouvrage fondé sur le Programme n'est pas obligé d'imprimer une annonce).

Ces obligations s'appliquent à l'ouvrage modifié pris comme un tout.

Si des éléments identifiables de cet ouvrage ne sont pas fondés sur le Programme et peuvent raisonnablement être considérés comme des ouvrages indépendants distincts en eux mêmes, alors la présente Licence et ses conditions ne s'appliquent pas à ces éléments lorsque vous les distribuez en tant qu'ouvrages distincts.

Mais lorsque vous distribuez ces mêmes éléments comme partie d'un tout, lequel constitue un ouvrage fondé sur le Programme, la distribution de ce tout doit être soumise aux conditions de la présente Licence, et les autorisations qu'elle octroie aux autres concessionnaires s'étendent à l'ensemble de l'ouvrage et par conséquent à chaque et toute partie indifféremment de qui l'a écrite. [C'est d'ailleurs ce que l'on appelle le caractère contaminant des licences de type copyleft].

Par conséquent, l'objet du présent article n'est pas de revendiquer des droits ou de contester vos droits sur un ouvrage entièrement écrit par vous; son objet est plutôt d'exercer le droit de contrôler la distribution d'ouvrages dérivés ou d'ouvrages collectifs fondés sur le Programme.

De plus, la simple proximité du Programme avec un autre ouvrage qui n'est pas fondé sur le Programme (ou un ouvrage fondé sur le Programme) sur une partition d'un espace de stockage ou un support de distribution ne place pas cet autre ouvrage dans le champ d'application de la présente Licence. "

De plus, l'article 4 dispose expressément : " Vous ne pouvez copier, modifier, concéder en sous-licence, ou distribuer le Programme, sauf tel qu'expressément prévu par la présente Licence. **Toute tentative de copier, modifier, concéder en sous-licence, ou distribuer le Programme d'une autre manière est réputée non valable, et met immédiatement fin à vos droits au titre de la présente Licence.** Toutefois, les tiers ayant reçu de vous des copies, ou des droits, au titre de la présente Licence ne verront pas leurs autorisations résiliées aussi longtemps que lesdits tiers se conforment pleinement à elle. "

A la lecture de ces dispositions contractuelles, plusieurs risques juridiques liés à l'utilisation de ces licences peuvent être identifiés : la résolution de la licence (article 4 de la licence GPL) et l'action en contrefaçon. En effet, selon le professeur Pierre-Yves Gautier, " la condition de la renonciation est que l'usager qui adaptera le programme laisse à son tour librement les tiers se servir de l'œuvre dérivée tirée de celui-ci. C'est une sorte de condition résolutoire à l'acte juridique, en général énoncée dans la licence gratuite. Si l'adaptateur tente de s'approprier en exclusivité son amélioration, la licence sera résolue de plein droit à ses torts, sans préjudice d'un éventuel grief de contrefaçon formulé par l'auteur original. Tel est l'esprit du logiciel libre. " [7]. Qui plus est, le licencié qui ne sera pas conformé aux dispositions de la licence pourra se voir condamné comme contrefacteur. A titre d'exemple, on citera l'affaire de la société Free à propos de sa FreeBox, assignée par la FSF à la fois pour contrefaçon de la licence et pour faire reconnaître la validité de la licence GNU/GPL en droit français dont la branche française de la FSF est dépositaire. On attend le résultat de ce litige.

Ainsi l'utilisation des logiciels open source peut présenter des avantages mais il ne faut pas pour autant occulter les incertitudes juridiques qui en découlent. Aussi, une lecture attentive des licences et un archivage de celles-ci au moment de leur téléchargement sont fortement recommandées.

Au final, il est important de rappeler que ce sont les besoins de l'organisation (économique et technique) et sa politique informatique qui doivent déterminer ses choix et non une vision idéologique exclusive de l'autre. En ce sens, dès lors que l'on entend utiliser des logiciels open source, il faut suivre une méthodologie qui a pour but d'établir le choix le plus objectif possible. En ce sens, avant d'acquérir un logiciel, une série de questions doit être examinée :

- Les besoins en terme de fonctionnalités du logiciel
- Les coûts directs et indirects (intégration, maintenance et formation)
- L'interopérabilité avec les autres applications des SI de l'entité
- La nature juridique de la licence du logiciel et les conditions d'utilisation du logiciel
- Les "suites" juridiques et économiques (développement, migration, intégration, maintenance, vente et distribution commerciale, ...).

Ainsi, contrairement à une idée reçue, les logiciels open source ne doivent pas être opposés aux logiciels propriétaires, car les deux modèles sont complémentaires et doivent être combinés. Aucun modèle de développement n'est adapté à tous les utilisateurs, à tous les clients. Mais l'analyse des risques et des conséquences juridiques qui est souvent faite dans le cadre des logiciels propriétaires, ne peut être occultée lors de l'acquisition d'un logiciel open source.

Notes

[1] Le projet GNU (acronyme " récursif " de GNU's Not Unix) visait l'institution d'un équivalent libre du système d'exploitation Unix créé en 1970.

[2] Keelaghant., " LINUX ", logiciels libres et licences, Comm. Com. Electr., Février 2002, p. 18-19.

[3] La redistribution sous la même licence est obligatoire pour les licences dites " copyleft ".

[4] Les principes généraux sont au nombre de 9 et portent sur : libre redistribution, code source, travaux dérivés, l'intégrité du code source de l'auteur, pas de discrimination entre les personnes et les groupes, entre les domaines d'application, distribution de la licence, la licence ne doit pas être spécifique à un produit et ne doit pas contaminer d'autres logiciels.

[5] V. sur le sujet, Eric Caprioli et Anne Cantéro, Les incertitudes juridiques du logiciel libre, Gazette des communes, des départements et des régions, 12 juin 2006, p.60 et s.

[6] Cass. com. 22 octobre 1996, mais aussi, Cass. com 13 février 2007 (à propos de la livraison de systèmes informatiques).

[7] P.-Y. Gautier, Propriété littéraire et artistique, Paris, P.U.F., 5ème éd., 2004, v. n°291, p. 572. V. égal. n°422, note n°3.