

Garanties et responsabilités dans les logiciels libres

Par Valérie Sédallian
Avocat à la Cour de Paris
<http://www.internet-juridique.net>

email : sedallian@argia.fr

Introduction

L'intérêt grandissant que suscite *Linux*, le système d'exploitation concurrent de *Windows*, a permis de populariser les logiciels libres.

Pourtant, les logiciels libres sont utilisés depuis 25 ans pour bâtir l'Internet : ils ont assuré le développement de son infrastructure logicielle : sites web sous *Apache*, gestion des noms de domaine sous *Bind*, liste de diffusion sous *Majordomo*, messagerie électronique sous *Sendmail*.

Ils sont devenus aujourd'hui un phénomène incontournable, dont la presse se fait l'écho. Historiquement, Richard Stallman est le fondateur du mouvement du logiciel libre. Il est notamment à l'initiative de la création de *Free Software Foundation* (FSF) en 1984 et du projet GNU dont l'objectif initial était de produire les logiciels de base d'un système d'exploitation disponibles sous licence libre. La FSF a joué un rôle déterminant dans le développement de Linux.

Une autre organisation visant à promouvoir le logiciel libre est l'*Open Source Initiative* (OSI). L'OSI est un projet plus récent développé par Bruce Perens et Eric S. Raymond en 1998. L'objectif de l'OSI est de convaincre les entreprises d'utiliser les logiciels libres, en adoptant un discours moins radical et plus pragmatique que celui de la FSF.

Le modèle économique traditionnel du logiciel pourrait être profondément affecté par l'avènement du logiciel libre¹. L'administration elle-même entend participer à ce mouvement de promotion de l'utilisation des logiciels libres².

Malgré cet engouement, les particularités juridiques du logiciel libre restent un thème peu exploré.

Après avoir synthétisé les principes du logiciel libre, nous analyserons la question des garanties et responsabilités.

¹ J.P. Smets, « L'économie du logiciel libre », juin 1998, URL : <<http://www.mmedium.com/dossiers/libre/>>.

² L'ATICA, *Agence pour les Technologies de l'Information et de la Communication dans l'Administration* mène des actions en ce sens. Site web : <<http://www.mtic.pm.gouv.fr/>> ; Voir le rapport Carcenac, « Pour une administration électronique citoyenne », 19 avril 2001, et ses développements relatifs aux logiciels libres, URL : <<http://www.internet.gouv.fr/francais/textesref/rapcarcenac/sommaire.htm>>.

I. Analyse du principe des logiciels libres

A. Caractéristiques générales des logiciels libres

Selon la définition de la *Free Software Fondation* (FSF), un logiciel libre répond à 4 critères :

- liberté d'exécuter le programme, pour tous les usages ;
- liberté d'étudier le fonctionnement du programme et de l'adapter à ses besoins ;
- liberté de le diffuser ;
- liberté de modifier le programme et de publier ces modifications.

L'exercice des libertés d'effectuer des modifications et de publier des versions améliorées nécessite l'accessibilité du code source³.

Pour la FSF, le système des logiciels libres a pour finalité la protection de la liberté en matière informatique. Il faut éviter toute appropriation abusive du logiciel après ouverture de son code source à la communauté.

L'*Open Source Initiative*⁴ précise que l'Open Source implique plus que la simple diffusion du code source. La licence d'un programme de logiciel libre doit correspondre aux critères suivants pour pouvoir être reconnue officiellement par l'OSI comme licence libre⁵ :

- libre redistribution ;
- disponibilité du code source ;
- autorisation d'effectuer des travaux dérivés ;
- intégrité du code source de l'auteur : l'auteur ne peut pas empêcher les modifications, mais peut en encadrer les modalités de diffusion en imposant la redistribution du code source modifié sous forme de fichiers « patch » ;
- absence de discrimination entre les personnes ou les groupes ;
- pas de limitation à l'utilisation dans certains domaines (entreprises, recherche) ;
- distribution de la licence : pas de conditions ou de licences supplémentaires, ou d'accord de non divulgation ;
- la licence ne doit pas être spécifique à un produit : on peut extraire le programme et le distribuer séparément ;
- la licence ne doit pas contaminer d'autres logiciels : la licence ne doit pas apposer de restrictions sur d'autres logiciels distribués avec le programme qu'elle couvre.

Quelque soit la définition à laquelle on se réfère, un logiciel libre est un logiciel disponible sous forme de code source, et librement distribuable et modifiable.

Ces caractéristiques le distinguent des logiciels « traditionnels » que nous désignerons dans la suite de l'article par le terme de « propriétaires » qui sont distribués généralement en version exécutable ou binaire uniquement.

On confond souvent logiciel libre et logiciel gratuit (*freeware*) parce que les logiciels libres sont généralement diffusés gratuitement : un logiciel gratuit (par exemple *Acrobat Reader*) n'est pas nécessairement libre. Inversement un logiciel libre n'est pas forcément gratuit (Par exemple, les sociétés *Mandrake Soft*, *RedHat*, *Caldera*, *SuSE* distribuent des versions de *Linux* accompagnées de services à valeur ajoutée).

³ Le code source désigne une suite d'instructions formulées dans un langage de programmation compréhensible par les informaticiens qui connaissent le langage utilisé. L'exécutable désigne la version du logiciel lisible uniquement par l'ordinateur. La traduction du code source en code binaire ou exécutable s'effectue grâce à une opération appelée « compilation ». Certains informaticiens font l'analogie entre code source/exécutable et partition musicale/version enregistrée ou recette de cuisine/plat cuisiné.

⁴ L'*Open Source* n'est pas une licence de logiciel, mais plutôt une marque de certification qui indique si un logiciel est libre ou s'il est propriétaire. Les auteurs de l'*Open Source* ont étudié les différentes licences qui existent dans le monde des logiciels libres et en ont tiré un ensemble de caractéristiques communes qui permettent de définir si on est ou non en présence d'un tel logiciel.

⁵ Pour la définition complète, voir : <<http://www.opensource.org/docs/osd-francais.php>>.

La philosophie du logiciel libre est fondé sur le partage et l'échange des connaissances. Il fonctionne sur un modèle coopératif⁶ : lorsqu'un logiciel libre commence à avoir du succès, une communauté d'utilisateurs peut prendre le relais pour assurer sa maintenance et son développement.

B. Les différents types de licences de logiciels libres

Il existe différents types de licences de logiciels libres. Selon les licences, l'application des différentes libertés octroyées aux utilisateurs ne se fait pas de la même manière. Les contrats de licence définissent un certain nombre de droits et d'obligations pour les utilisateurs du logiciel. Toutes les licences de logiciels libres comportent une clause de non garantie, et des clauses relatives au respect du droit moral de l'auteur.

On peut distinguer deux grandes familles de licences libres, dont nous présenterons les caractéristiques générales⁷ :

1. Les licences copyleftées

Le principe d'une licence copyleft (que l'on traduit en français par « gauche d'auteur ») est que tout le monde peut utiliser le logiciel, le copier, le modifier et distribuer des versions modifiées. Cette licence requiert en outre que les œuvres dérivées du logiciel initial soient également diffusées sous la même licence.

La licence copyleftée la plus connue est la GNU *General Public License*⁸, dite GNU GPL ou GPL. Il s'agit de la licence créée par la FSF pour le projet GNU.

La licence couvre la duplication, la distribution et la modification du logiciel. L'idée est de garantir la liberté des utilisateurs et d'assurer la pérennité du système du logiciel libre : toutes les versions améliorées diffusées seront du logiciel libre.

L'utilisateur du logiciel se voit accorder une licence aux termes de laquelle il peut dupliquer et distribuer le code source du programme, à condition de faire apparaître sur chaque exemplaire une mention relative au copyright, à l'application de la GPL et la clause de non garantie. Un exemplaire de la licence doit être transmis en même temps que le logiciel.

Le concessionnaire peut modifier le logiciel aux conditions suivantes :

- les fichiers modifiés doivent porter un avis indiquant la modification et sa date ;
- tout programme comportant en totalité ou partie le logiciel sous licence GNU GPL doit être diffusé sous licence GNU GPL. L'incorporation du logiciel sous licence GPL dans un logiciel destiné à être commercialisé sous forme propriétaire n'est pas possible. Il est possible en revanche de l'incorporer à un logiciel spécifique propriétaire destiné à une utilisation interne à l'entreprise. Cette exigence s'applique au programme modifié « pris en bloc », indivisible. Ces dispositions ne s'appliquent pas aux éléments indépendants qui peuvent être distribués sous forme de programmes distincts.

Le système d'exploitation *Linux* est diffusé sous licence GNU GPL.

Pour permettre l'utilisation d'une bibliothèque⁹ sous licence GNU GPL par un programme sous une autre licence non libre, il est possible d'utiliser la GNU LGPL (GNU *Lesser General Public License*).

⁶ Le modèle coopératif de développement des logiciels libres a notamment été décrit dans un texte célèbre de Eric S. Raymond, « The Cathedral and the Bazaar », <<http://www.tuxedo.org/~esr/writings/cathedral-bazaar/>>. Une traduction de ce texte a été réalisée par Sébastien Blondeel, « La cathédrale et le Bazar », <<http://www.linux-france.org/article/these/cathedrale-bazar/cathedrale-bazar.html>>.

⁷ Pour une étude des différents types de licence, voir : Eric Di Filippo, « Les logiciels Libres », mémoire de DEA, 1999, Université de Nice-Sophia Antipolis, p. 50 et suivants, *Juriscom.net*, <<http://www.juriscom.net/uni/mem/10/presentation.htm>>. Le site de l'OSI publie le texte de plus d'une trentaine de licences <<http://www.opensource.org/licenses>>.

⁸ La licence GPL a été étudiée en détail par Mélanie Clément-Fontaine, « La Licence Publique Générale GNU », mémoire de DEA, 1999, Université de Montpellier I, *Juriscom.net*, <<http://www.juriscom.net/uni/mem/08/presentation.htm>>.

La LGPL protège le code de la bibliothèque car elle interdit d'y ajouter des modifications propriétaires, mais elle autorise l'utilisation de la bibliothèque par un logiciel propriétaire.

Afin de combiner des programmes dans un produit plus important, il est nécessaire que les licences des deux programmes le permettent, en d'autres termes qu'elles soient compatibles. Toutes les licences de logiciels libres ne sont pas nécessairement considérées comme compatibles avec la licence GPL. Si les licences sont compatibles, il est possible de combiner du code publié sous l'autre licence avec du code publié sous la GNU GPL dans un programme plus large, qui devra lui-même être distribué sous GNU GPL.

2. Les licences non copyleftées

Une licence non copyleftée garantit la liberté de copier le logiciel, de le diffuser et de le modifier, et de publier ces modifications, mais autorise l'ajout de restrictions au logiciel. Il est possible à n'importe qui d'apporter des modifications au logiciel et de rendre la version modifiée propriétaire. Elle permet le développement d'un logiciel propriétaire à partir de composants libres.

On peut citer comme exemples de licences de ce type :

- la BSD (*Bekery Software Distribution*) : les redistributions et l'utilisation du logiciel sous forme de code source ou en version exécutable, avec ou sans modifications, sont autorisées. L'auteur demande que les diffusions du code source reprennent la mention de son copyright et la clause de non garantie. Son nom ne peut pas être utilisé pour promouvoir des produits dérivés sans autorisation écrite préalable. Cette licence est considérée comme compatible avec la licence GNU GPL. Le système d'exploitation *FreeBSD* est diffusé sous cette licence.
- La licence *Apache* version 1.1 : même conditions que la licence BSD. En outre, la documentation utilisateur doit comporter une mention dite de publicité rappelant que le produit inclut un logiciel développé par l'auteur, par exemple : « *This product includes software developed by the Apache Software Foundation (<http://www.apache.org/>)* ». La FSF considère que ce type de clause de publicité est incompatible avec la licence GNU GPL : cela pose des problèmes pratiques au fur et à mesure que de nouveaux développements sont réalisés, car la liste de la clause de publicité s'allonge.

C. Différences générales entre les logiciels libres et les logiciels propriétaires du point de vue de l'organisation des droits d'auteur

1. Le libre usage du logiciel

Le logiciel, qu'il soit libre ou propriétaire, est une œuvre de l'esprit protégée par les règles du droit d'auteur (article L 112-2° du Code de la propriété intellectuelle, ci-après CPI), dès lors qu'il présente un caractère original.

L'auteur du logiciel est investi de droits exclusifs sur son œuvre, et schématiquement, le système des logiciels propriétaires repose sur le principe que tout ce qui n'est pas autorisé est interdit, sous réserve des exceptions légales strictement définies (articles L 122-6 et L 122-6-1 du CPI). La licence d'exploitation fixera donc les règles d'utilisation du logiciel concédé.

Dans un système de commercialisation de logiciels propriétaires, l'auteur du logiciel a intérêt à limiter le nombre de copies, à se réserver le droit de modifier le logiciel et d'en corriger les défauts, et à restreindre le droit de diffusion. La mise à disposition du code source, nécessaire à l'évolution du logiciel, peut être aménagée contractuellement, mais n'est pas un droit de l'utilisateur¹⁰. La cession des droits d'auteur est possible, mais obéit à des règles précises. Chacun des droits cédés doit faire l'objet d'une mention distincte dans l'acte de cession, et le domaine d'exploitation des droits cédés doit être délimité quant à son étendue, sa destination, son lieu et sa durée (article L 131-3 du CPI). Une décision récente vient ainsi de rappeler qu'une simple commande de développement de logiciel

⁹ Les bibliothèques regroupent un ensemble de fonctions de base utilisées par de nombreux programmes.

¹⁰ Hervé Croze et Franck Saunier, « Logiciels : retour aux sources », JCP G, 1996, I, n°3909 ; Philippe Challine, « L'informatique et le régime des sources », *Dalloz* 1997, p. 162.

n'entraîne aucun transfert de droits et refuse par conséquent de faire droit à la demande remise des sources présentée par le client¹¹.

Le système des logiciels libres est fondé sur un processus inverse : l'auteur du logiciel autorise le libre usage du logiciel. Les règles du droit d'auteur, dans cette hypothèse, servent à organiser la libre évolution du logiciel. Les licences dites de logiciels libres ont en effet toutes pour point commun d'accorder la liberté de copier le logiciel, de le diffuser, de le modifier, et de publier ces modifications.

La licence organise les droits de l'utilisateur d'une manière radicalement différente de celle des logiciels propriétaires, mais parfaitement valable du point de vue du droit d'auteur.

Par exemple, la licence générale publique GNU n'est pas une renonciation au droit d'auteur. Il s'agit d'un mode particulier d'exploitation du droit d'auteur, bien que contraire à sa logique initiale. Les premières études juridiques menées sur la licence GPL au regard du droit français ont montré que cette licence organise un mode d'exploitation du logiciel fiable au regard du droit des obligations et du droit d'auteur¹².

Logiciel libre ne signifie pas liberté de faire ce que l'on veut ou libre de droits : un logiciel libre est diffusé dans des conditions définies par une licence. L'économie du logiciel libre dépend des termes du contrat de licence. Il convient donc avant toute utilisation d'un logiciel libre de vérifier les droits accordés à l'utilisateur. Les éditeurs de logiciels doivent ainsi être particulièrement attentifs à ce point au cas où leurs développeurs incluraient des logiciels libres dans les produits commercialisés par l'entreprise¹³.

Le non respect de la licence est une utilisation non autorisée et donc une contrefaçon.

2. L'accès au code source

Les différences entre logiciels libres et logiciels propriétaires sont importantes en ce qui concerne l'évolution du logiciel, et la dépendance vis-à-vis de l'éditeur du logiciel.

La législation sur le logiciel définit le régime de propriété du logiciel, mais ne s'attarde pas sur les prérogatives de l'utilisateur. Aucune disposition légale n'oblige le fournisseur à communiquer son code source¹⁴. Or, l'accès aux sources correspond aux besoins de l'utilisateur et est nécessaire à la maîtrise du logiciel. La pratique a imaginé le système du dépôt des programmes sources chez un tiers, mais la sécurité apportée par ces contrats de séquestre est parfois très relative¹⁵.

La modification du logiciel, que ce soit à des fins de corrections des erreurs et de maintenance ou d'évolution, l'analyse du fonctionnement du logiciel, la compréhension des tâches qu'il exécute nécessite de disposer du code source.

Dans une licence portant sur un logiciel propriétaire, le donneur de licence se réserve l'exclusivité de la commercialisation des versions futures du logiciel. En d'autres termes, le titulaire des droits attachés au logiciel contrôle l'évolution de ce dernier. La possession des codes sources par l'utilisateur n'emporte pas à elle seule cession des droits de propriété sur le logiciel, et par conséquent l'autorisation d'en assurer l'évolution.

Au contraire, les logiciels diffusés sous licence libre peuvent connaître un développement qui échappe au contrôle du donneur de licence puisque ce dernier autorise les modifications du code source.

¹¹ TGI Paris, référé, 10 avril 2002, *Legalis.net*, <http://www.legalis.net/legalnet/judiciaire/decisions/auteur/ord_tgi_paris_100402.htm>.

¹² Mélanie Clément-Fontaine, étude préc. note 8 et pour une synthèse : « Bref propos relatif à la valeur juridique de la GNU GPL », revue *Multitudes*, mai 2001, <<http://france.fsfeurope.org/gpl/multitudes-gpl.fr.html>>.

¹³ Isabelle Renard, « Licences « open source » : la fin des redevances ? », *Petites Affiches*, 13 octobre 2000, n° 205, p. 17.

¹⁴ A. Lucas, J. Devèze, J. Frayssinet, « Droit de l'informatique et de l'Internet », *PUF*, collection Thémis Droit privé, n° 756.

¹⁵ Hervé Croze et Franck Saunier, préc. note 10 n° 36 et 37.

D. Les avantages et inconvénients du logiciel libre

Quels sont les avantages et les inconvénients du logiciels libre habituellement mis en avant ?

1. Les avantages des logiciels libres

Les avantages sont principalement la conséquence de la disponibilité du code source qui est à la fois public et susceptible d'être corrigé et amélioré, possibilités que n'offrent pas les logiciels commerciaux :

- l'indépendance vis-à-vis d'un seul fournisseur ;
- la maintenance n'est plus dépendante du fournisseur si celui-ci décide d'arrêter le support ou la commercialisation d'une version ancienne ;
- le système coopératif du logiciel libre permet une détection des erreurs plus efficace et plus rapide ; il en résulte des logiciels de meilleure qualité ;
- solution crédible de pérennisation du système d'information car on évite les difficultés en cas de disparition du fournisseur ou d'arrêt d'exploitation d'un logiciel¹⁶ ;
- les logiciels libres peuvent être adaptés en fonction des besoins alors qu'une telle flexibilité est absente des logiciels commerciaux ;
- une meilleure stabilité et pérennisation des standards¹⁷ (Ce n'est pas parce qu'un format est normalisé qu'il est pérenne, car un format peut être normalisé tout en étant propriétaire) ;
- budgétaires : pas d'investissement en licence, dans un contexte où les grands éditeurs comme *Oracle* ou *Microsoft* cherchent à modifier leur politique de licence dans un sens plus coûteux pour les utilisateurs¹⁸ et où les clauses des licences de logiciels peuvent s'avérer de véritables pièges financiers pour les grands comptes¹⁹ ;
- en matière de sécurité, la disponibilité des sources permet de vérifier (ou de faire vérifier) si sa confiance est bien placée.

2. Les inconvénients

Les inconvénients généralement relevés sont les suivants :

- l'absence de garantie ;
- les doutes sur la fiabilité et la pérennité des solutions basées sur le libre ;
- la dépendance reste : elle se déplace sur la société de service ;
- risque de fragmentation des applications : au fur et à mesure que de nouvelles versions sont publiées, il faut être sûr que les versions publiées sont compatibles ; risque que le logiciel évolue en plusieurs versions ;
- le manque de compétences internes ;
- le manque de références significatives dans les applications de productions lourdes ;
- l'insuffisance du développement des logiciels libres et des formats d'échange dans le domaine de la bureautique.

Indépendamment de ces considérations, il faut tenir compte des craintes et des *a priori* négatifs des responsables des services informatiques.

¹⁶ IBM a ainsi arrêté récemment le développement de nouvelles versions d'OS/2, un système d'exploitation utilisé pour les PC IBM par les grands comptes. De grands utilisateurs comme le *Crédit Lyonnais*, la *SNCF*, *France Télécom* vont devoir renoncer à utiliser OS/2. Voir : Bertrand Lemaire, « Systèmes d'exploitation OS/2 en phase terminale », *Le Monde Informatique*, n° 921, 11 janvier 2002, p. 36.

¹⁷ Bernard Lang, « Logiciels libres et entreprises », septembre 1999, <http://www.terminal.sgdg.org/no_speciaux/80_81/Lang.html>.

¹⁸ Cyril Dhénin, « Licences logicielles, Sortez vos calculettes », *JDN Net Solutions*, Dossier, <<http://solutions.journaldunet.com/dossiers/licences/sommaire.shtml>>.

¹⁹ Dawn Kawamoto and John Borland, « A clause for alarm – How to spot red flags in large contract software », *CNET News.com*, <<http://news.com.com/2009-1017-943258.html?tag=fd-lede>>. Cet article fait état de litiges entre Oracle et l'Etat de Californie et la ville de Toronto, dont les enjeux se chiffrent à des millions de dollars. Ces clients d'Oracle n'auraient pas « acheté » suffisamment de licences au regard de leur utilisation réelle.

Certains inconvénients relevés ne sont pas spécifiques aux logiciels libres, comme la question de la pérennité des solutions, ou susceptibles d'être relativisés avec le temps, comme le manque de compétences, réelles ou supposées.

Nous laisserons les informaticiens argumenter sur ces points.

Il est une question qui mérite plus de réflexion, et qui fera l'objet de la deuxième partie de cette étude : celle de l'absence de garantie.

II. Garanties et responsabilités dans les logiciels libres

Nous avons vu ci-dessus que le logiciel libre est un mode particulier d'exploitation qui est conforme au droit d'auteur. Pour une analyse plus détaillée sur les aspects contractuels des licences libres au regard du droit d'auteur, nous renvoyons le lecteur aux rares études publiées sur le sujet²⁰.

Nous souhaiterions aborder les logiciels libres sous un angle différent : celui de la portée des clauses de non garantie insérées dans les logiciels libres.

Toutes les licences de logiciels libres comportent en effet une clause d'exonération totale de responsabilité.

C'est le licencié qui prend la totalité du risque quant à la qualité et les performances des logiciels (A). Nous examinerons ensuite la question de la garantie d'éviction et du fait des tiers (B).

A. Les clauses de non garantie quant à la qualité et les performances des logiciels

Un logiciel libre est fourni tel que (« as is »), sans garantie. On considère que l'utilisateur qui choisit d'incorporer un logiciel dans son système prend la responsabilité que ce logiciel corresponde à ses besoins et atteigne les performances escomptées. Les risques relatifs aux dommages indirects sont supportés entièrement par l'utilisateur.

1. Validité juridique

Nous allons examiner la clause de non responsabilité de la GPL.

La GPL contient la clause de non responsabilité suivante en caractères majuscules :

« 11. Because the program is licensed free of charge, there is no warranty for the program, to the extent permitted by applicable law. Except when otherwise stated in writing the copyright holders and/or other parties provide the program "as is" without warranty of any kind, either expresses or implied, including, but not limited to, the implied warranties of merchantability and fitness for a particular purpose. The entire risk as to the quality and performance of the program is with you. Should the program prove defective, you assume the cost of all necessary servicing, repair or correction.

12. In no event unless required by applicable law or agreed to in writing will any copyright holder, or any other party who may modify and/or redistribute the program as permitted above, be liable to you for damages, including any general, special, incidental or consequential damages arising out of the use or inability to use the program (including but not limited to loss of data or data being rendered inaccurate or losses sustained by you or third parties or a failure of the program to operate with any other programs), even if such holder or third party has been advised of the possibility of such damages. »

Ce qui peut se traduire²¹ comme suit :

« 11. Comme la licence du programme est concédée à titre gratuit, il n'y aucune garantie s'appliquant au programme, dans la mesure autorisée par la loi en vigueur. Sauf mention contraire écrite, les détenteurs du droit d'auteur et/ou les autres parties mettent le programme à disposition "en l'état", sans aucune garantie de quelque nature que ce soit, expresse ou implicite, y compris, mais sans limitation, les garanties implicites de commercialisation et de l'aptitude à un objet particulier. C'est le

²⁰ Mélanie Clément-Fontaine et Eric Di Filippo, mémoires précités, notes 7 et 8 ; Isabelle Renard, « Licences « open source » : la fin des redevances ? », *Petites Affiches*, 13 octobre 2000, n° 205, p. 17.

²¹ Traduction de Sophie Manoury. « Ceci est une traduction non officielle de la GNU General Public License en français. Elle n'a pas été publiée par la Free Software Foundation, et ne détermine pas les termes de distribution pour les logiciels qui utilisent la GNU GPL--seul le [texte anglais original de la GNU GPL](#) en a le droit. Cependant, nous espérons que cette traduction aidera les francophones à mieux comprendre la GPL.

Cette traduction est sous Copyright 2001 APRIL (<<http://www.april.org>>). La version la plus à jour de ce document est disponible sur <http://www.april.org/gnu/gpl_french.html>.

Il est permis à tout le monde de reproduire et distribuer des copies conformes de cette traduction, mais aucune modification ne doit y être apportée, et la présente notice doit être préservée. »

cessionnaire qui prend la totalité du risque quant à la qualité et aux performances du programme. Si le programme se révélait défectueux, c'est le concessionnaire qui prendrait à sa charge le coût de l'ensemble des opérations nécessaires d'entretien, réparation ou correction.

12. En aucun cas, sauf si la loi en vigueur l'exige ou si une convention écrite existe à ce sujet, aucun détenteur de droits d'auteur, ou aucune partie ayant le pouvoir de modifier et/ou de redistribuer le programme conformément aux autorisations ci-dessus, n'est responsable vis-à-vis du concessionnaire pour ce qui est des dommages, y compris tous dommages généraux, spéciaux, accidentels ou indirects, résultant de l'utilisation ou du programme ou de l'impossibilité d'utiliser le programme (y compris, mais sans limitation, la perte de données, ou le fait que des données sont rendues imprécises, ou encore les pertes éprouvées par le concessionnaire ou par des tiers, ou encore un manquement du programme à fonctionner avec tous autres programmes), même si ce détenteur ou cette autre partie a été avisé de la possibilité de tels dommages. »

Cette clause paraît valable en droit américain. Le *Uniform Commercial Code* (UCC) encadre le recours aux clauses limitatives de responsabilité. L'UCC a été adopté par tous les Etats à l'exception de la Louisiane. Les garanties de « *merchantability* » (qualité marchande) et de « *fitness* » (garantie que le produit sera propre à l'usage auquel on le destine) peuvent être valablement exclues à condition d'être portées à la connaissance de l'acheteur et d'être mises en évidence (d'où le recours aux caractères majuscules dans les clauses limitatives de responsabilité). Le contrat peut contenir une clause qui limite le recours de l'acheteur d'un produit qui se révèle non conforme et/ou qui limitera le mode de réparation (droit au remboursement, à la réparation ou au remplacement du produit)²². Les possibilités de faire échec aux clauses limitatives de responsabilité semblent limitées, spécialement en matière de contrats informatiques. Les lois relatives aux consommateurs prévoient certaines garanties au bénéfice du consommateur, mais il est possible de limiter la garantie implicite dans le temps²³.

Précisons également que la licence GPL a été co-rédigée par l'avocat de la FSF, Eben Moglen²⁴.

Qu'en est-il en droit français ? On peut lire parfois qu'en raison de la clause de non responsabilité qu'elle contient, la GPL n'est pas tout à fait légale en France.

Nous allons examiner maintenant la portée de la clause limitative de responsabilité au regard du droit français applicable.

a) Conditions générales de validité des clauses limitatives de responsabilité

En réalité, en droit français comme en droit américain, les clauses limitatives ou exclusives de responsabilité sont valables. Cependant, certains principes et certains textes limitent l'efficacité des clauses limitatives de responsabilité : en cas de litige, elles seront déclarées inefficaces, inopposables ou « réputées non écrites ».

Ainsi, même si la clause d'exclusion de responsabilité de la GPL était écartée par un juge, cela ne remettrait pas en cause la validité des autres dispositions de la GPL, notamment en ce qui concerne les dispositions relative à l'organisation des droits d'auteur. La clause précise bien d'ailleurs : « *to the extent permitted by applicable law* » (article 11) ou « *unless required by applicable law* » (article 12).

La GPL est parfaitement légale malgré la présence de cette clause exclusive de responsabilité. Seulement, dans certaines hypothèses, cette clause pourrait être déclarée inopposable à l'utilisateur.

Selon une jurisprudence constante, les clauses limitatives ou exclusives de responsabilité sont jugées en principe valables, sauf en cas de faute lourde ou de dol de la partie qui invoque le bénéfice de la clause. Les clauses limitatives de responsabilité limitant l'indemnisation à un montant dérisoire sont assimilées à des clauses exclusives de responsabilité.

²² Article 2-719 du UCC.

²³ Voir sur la législation américaine, Sabine Lipovetski, « Les clauses limitatives de responsabilité et de garantie dans les contrats informatiques – Approche comparative France/Etats-Unis », *Expertises*, mai 2000 p. 143, <http://www.kahnlaw.com/usa/newsjob/publications/clauses_limitatives_sl.htm>.

²⁴ Site web : <<http://moglen.law.columbia.edu>>.

Une jurisprudence plus récente, dite jurisprudence « *Chronopost* »²⁵, sanctionne également les clauses qui en raison du manquement du débiteur à une obligation essentielle du contrat ont pour effet de contredire la portée de l'engagement pris.

Ces limitations à la validité des clauses exclusives de responsabilité sont applicables à un logiciel fourni sous licence GPL, comme à un logiciel propriétaire.

Lorsque le logiciel est fourni à un consommateur, il faut également tenir compte des dispositions relatives aux clauses abusives.

Selon l'article L 132-1 du Code de la consommation, « *Dans les contrats conclus entre professionnels et non-professionnels ou consommateurs, sont abusives les clauses qui ont pour objet ou pour effet de créer, au détriment du non-professionnel ou du consommateur, un déséquilibre significatif entre les droits et obligations des parties au contrat.* » Ces clauses abusives sont réputées non écrites. Les dispositions de la loi française sur les clauses abusives sont une transposition d'une directive européenne 95/13 relative aux clauses abusives. Une recommandation de la Commission des clauses abusives²⁶ vise spécifiquement les contrats proposés par les éditeurs ou distributeurs de logiciels ou progiciels destinés à l'utilisation sur micro-ordinateurs²⁷. Au regard de cette législation, une clause limitative de responsabilité imposée par le professionnel au consommateur ou au non professionnel sera sans doute reconnue abusive. Ce principe vaut également pour la GPL.

Cependant, un logiciel libre peut être diffusé par un non-professionnel, hypothèse que ne vise pas la législation. A notre avis, dans ce cas, la législation sur les clauses abusives ne s'applique pas.

Elle s'applique en revanche dans le cas de la diffusion d'un logiciel par un professionnel (exemple : distribution de Linux par une société) à un consommateur. Certains considèrent que les programmes distribués sous licence GPL sont pour la plupart des produits à destination de programmeurs, c'est-à-dire à destination d'un public d'informaticiens avertis et non de simples consommateurs²⁸. Il faudrait donc insérer une clause en ce sens dans la licence accompagnant le logiciel. Il reste qu'un informaticien peut être un consommateur au sens de la législation sur les clauses abusives, tout en étant un utilisateur averti, en ce sens qu'il peut tout à fait télécharger le logiciel pour ses besoins personnels et non pour ses besoins professionnels.

Enfin, la jurisprudence exclut aujourd'hui de la protection relative aux clauses abusives les contrats qui ont un rapport direct avec l'activité professionnelle exercée par le co-contractant, même en dehors de sa sphère de compétence. Elle a ainsi été exclue pour l'acquisition d'un logiciel ayant pour objet la gestion d'un fichier de clientèle²⁹. Les contrats d'informatique professionnelle ne devraient donc pas bénéficier du système mis en place pour les consommateurs³⁰.

La clause relative à la responsabilité de la licence GPL incluse dans un logiciel distribué par un éditeur professionnel auprès de consommateurs pourraient être remaniée afin de l'aménager de manière conforme à la législation sur les clauses abusives, ce qu'autorise la GPL³¹. Par exemple, on pourrait envisager de remplacer la clause de non responsabilité par un montant maximal d'indemnisation, comme le prix du CD-ROM.

²⁵ Com. 22 octobre 1996, Bul. Civ. II, n° 261 et sur renvoi : CA Caen 5 janvier 1999, JCP G, 1999, IV, 2974. Dans cette décision, la Cour de cassation retient que viole l'article 1131 du Code civil la Cour d'appel qui fait application d'une clause limitative de responsabilité, alors qu'en raison du manquement du débiteur à l'obligation essentielle de fiabilité et de célérité de son service de messagerie rapide, cette stipulation qui contredit la portée de l'engagement pris devait être réputée non écrite.

²⁶ Elle rend des avis et prononce des recommandations sur les modèles de contrats habituellement proposés aux consommateurs.

²⁷ Recommandation n° 95-02, BOCC 25 août 1995.

²⁸ C. Feral-Schul, propos recueillis par B. Faucon, *Le Monde informatique*, 8 janvier 1999.

²⁹ Cass. 1^{ère} civ. 30 janvier 1996, JCP G 96, II, n° 225653.

³⁰ En ce sens, Lamy informatique et réseaux, 2002, n° 957.

³¹ article 11 : "Except when otherwise stated in writing"; article 12 : "In no event unless required by applicable law or agreed to in writing".

b) La responsabilité du fait des produits défectueux

Une directive du 25 juillet 1985 sur la responsabilité du fait des produits défectueux prévoit une protection du consommateur contre les produits défectueux. Elle prévoit le principe d'un régime de responsabilité sans faute des fabricants et distributeurs dès lors qu'un produit fini cause des dommages corporels ou matériels du fait d'un défaut. Cette directive a été transposée par une loi du 19 mai 1998 dans les articles 13686-1 à 1386-18 du Code civil. Un produit est défectueux lorsqu'il n'offre pas la sécurité à laquelle on peut légitimement s'attendre. Dans ce régime, les clauses limitatives de responsabilité sont réputées non écrites, sauf si elles sont stipulées entre professionnels et ne concernent que des dommages causés aux biens qui ne sont pas utilisés principalement pour la consommation privée.

La Commission européenne a déclaré que la directive s'appliquait au logiciel³².

Mais les cas d'application à des logiciels devraient être exceptionnels.

Ainsi, en réponse à une question parlementaire, la Ministre de la Justice a répondu que « *les seuls dommages dont ladite loi assure la réparation sont les atteintes physiques à la personne et les dommages matériels causés aux biens. L'application de ce texte aux logiciels ne vise donc que les situations où ceux-ci seraient à l'origine directe d'une atteinte à la sécurité des personnes ou des biens, hypothèses pour le moins résiduelles.* »³³

Il est vrai que le simple fait d'exécuter un logiciel sur un ordinateur ne devrait pas faire exploser l'ordinateur.... Au pire, le programme ne pourra pas s'exécuter ou perturbera le fonctionnement des autres applications. Il est toutefois des situations où un logiciel s'intègre dans un système qui concerne directement la sécurité des personnes : pilotage d'une centrale nucléaire, d'un appareil médical, d'un avion...

Cependant, dans ces situations, le logiciel n'est qu'un des éléments du système général, un de ses composants. L'application sera le résultat de l'assemblage de composants matériels et logiciels d'origine multiple. Le projet informatique devrait être développé selon une démarche qualité et faire l'objet de tests rigoureux par son concepteur³⁴. Il serait donc possible d'invoquer l'article 1386-11 dernier alinéa qui prévoit que « *le producteur de la partie composante n'est pas non plus responsable s'il établit que le défaut est imputable à la conception du produit dans lequel cette partie a été incorporée ou aux instructions données par le producteur de ce produit.* »

c) Vices cachés

En matière de vente, cette garantie correspond à un vice inhérent à la chose, antérieur au contrat, et rendant la chose impropre à l'usage auquel elle est destinée³⁵. Il faut un défaut intrinsèque du produit, l'empêchant de remplir sa fonction. Le défaut doit être caché, c'est-à-dire que l'utilisateur ne doit pas avoir été mis en mesure de le déceler lors de la délivrance.

Les clauses limitatives de responsabilité ne sont valables en matière de vente qu'entre professionnels de la même spécialité, cette notion étant entendue strictement et l'action en garantie des vices cachés doit être engagée à bref délai.

La question de savoir si une licence d'utilisation d'un logiciel peut être qualifiée de vente a suscité certaines controverses, notamment au sujet des progiciels. En réalité, le régime spécifique de la garantie des vices cachés dans le contrat de vente ne paraît pas applicable au contrat de fourniture de logiciel³⁶. A fortiori, la garantie des vices cachés en matière de vente ne s'applique pas à la licence GPL.

³² Rép. Min. 15 novembre 1988, JOCE 8 mai 1989, C 144 p. 42.

³³ Rép. Min. n° 15677, JOANQ 24 août 1998, <<http://www.questions.assemblee-nationale.fr/>>.

³⁴ Valérie Sédallian, « Les engagements des prestataires informatiques », *Cahiers Lamy droit de l'informatique et des réseaux*, octobre 2001, n° 140, p. 11 ; *Juriscom.net* : <<http://www.juriscom.net/pro/2/cta20011002.htm>>.

³⁵ Article 1641 du Code civil.

³⁶ A. Lucas, J. Devèze, J. Frayssinet, ouvrage préc. note 14, n° 746.

d) Une situation similaire dans les logiciels propriétaires

En réalité, la discussion juridique sur la validité des clauses limitatives ou exclusives de responsabilité n'est pas spécifique aux logiciels libres. Les licences des logiciels « propriétaires » comportent généralement des clauses de ce type. L'absence d'engagement sur la qualité des produits est quasiment une clause de style.

Par exemple, la clause suivante figure dans les conditions générales accompagnant la mise à disposition de machines d'un grand constructeur informatique : « *Nous fournissons le logiciel sans aucune garantie de quelque nature que ce soit* ».

La licence d'utilisateur final de *Microsoft Windows 2000* garantit que le fonctionnement du logiciel sera conforme « *pour l'essentiel* », à la description qui figure dans la documentation écrite, pendant une durée limitée à 90 jours, la responsabilité étant limitée au prix payé pour le logiciel.

La licence n'accorde donc qu'un engagement de conformité partiel (terme « pour l'essentiel »), limitée dans le temps et dans son montant. Elle exclut toute garantie de qualité ou d'adéquation à un usage particulier, et toute responsabilité en matière de dommages indirects (pertes de bénéfices, interruptions d'activité, pertes d'informations commerciales, ou de toute autre perte pécuniaire). Cette clause est d'ailleurs manifestement rédigée en fonction des dispositions de l'UCC. Les clauses relatives à l'exclusion de toute autre garantie et l'exclusion de responsabilité pour les dommages indirects sont similaires à celles de la GPL.

Indépendamment de ces clauses, il est difficile d'engager la responsabilité d'un fournisseur de logiciel. Certes, le fournisseur doit remettre à son client un logiciel conforme à ce qui a été convenu, mais il est difficile d'apprécier la conformité sur des bases objectives en l'absence de cahier des charges. En matière de fourniture de logiciels spécifiques, la jurisprudence considère que c'est au client d'établir la réalité de dysfonctionnements trouvant leur origine dans le logiciel, et le fournisseur sera exonéré s'il n'a pas été averti de la destination envisagée ou si son partenaire a été informé des possibilités et limites du logiciel³⁷.

En droit américain, une loi dite *Uniform Computer Information Transactions Act*³⁸, adoptée en décembre 2000 par la NCCUSL (*National Conference of Commissioners on Uniform State Laws*) va même encore plus loin. Le texte prévoit que les éditeurs de logiciels peuvent commercialiser des logiciels contenant des bogues puisque la présence de bogues en tant que telle ne rend pas le logiciel « *unmerchantable* ». Les commentaires officiels de l'UCITA précisent : « *It is often literally impossible or commercially unreasonable to guarantee that software of any complexity contains no errors that might cause unexpected behavior or intermittent malfunctions, so-called "bugs".* » Seuls deux Etats, le Maryland et la Virginie, l'auraient adoptée à ce jour.

2. L'absence de responsable clairement identifié

Une des raisons avancées par les entreprises comme frein à l'utilisation des logiciels libres est qu'il serait difficile d'identifier l'auteur du programme défaillant et fût-il identifiable, un recours s'avèrerait illusoire en raison de la faible surface financière du donneur de licence.

Or, nous venons de voir qu'il n'existe généralement pas davantage d'engagement dans les logiciels propriétaires sur la qualité des produits. S'il existe de nombreux contentieux concernant la mise en place de solutions informatiques, ces contentieux ne concernent pas à notre connaissance la qualité même des logiciels standards distribués à de nombreux utilisateurs.

L'objectif des éditeurs commerciaux n'est pas de produire de la qualité, mais d'entretenir la demande en lançant de nouvelles versions, qui sont généralement insuffisamment testées. Il n'est pas rentable de faire du logiciel fiable et il n'existe aucune pression légale en ce sens³⁹.

³⁷ Voir jurisprudence citée par A. Lucas, J. Devèze, J. Frayssinet, ouvrage préc. note 14, n° 758.

³⁸ Ce texte est disponible à l'URL suivante : <<http://www.law.upenn.edu/bl/ulc/ucita/ucita1200.htm>>.

³⁹ Voir en ce sens : Bruce Schneier, « Secrets et mensonges – Sécurité numérique dans un monde en réseau », éditions *Vuibert Informatique*, p. 374 ; Maryse Gros et Claire Heitz, « La croisade des CIO pour la qualité des progiciels », *Le Monde Informatique*, n° 923, 25 janvier 2002, p. 32.

En réalité, dans le cas des éditeurs, plus que les garanties effectives, ce qui importe, c'est l'existence d'un interlocuteur juridiquement défini.

Le témoignage suivant résume parfaitement la problématique :

« Un dernier point, enfin, mérite d'être signalé parmi les cas de rejet d'un produit libre. Il s'agit de l'absence de partenaire commercial responsable envers l'utilisateur. Bien que le contenu des contrats de licence, étudié avant tout pour protéger les éditeurs commerciaux contre les exigences de leurs clients, n'aille pas franchement dans le sens des intérêts de l'utilisateur, et que les voies de recours légales contre les éditeurs soient incertaines et inexplorées, l'existence d'un lien commercial procure au décideur une sorte de parapluie psychologique. C'est d'ailleurs pour cela que, en cas d'adoption de Linux, l'entreprise porte plus volontiers son choix sur une solution commerciale (telle que Red Hat ou Mandrake) permettant de s'adresser à un vendeur (responsable de la distribution sinon du contenu), que vers une offre coopérative comme Debian qui n'est supportée par aucune entité juridiquement définie. »⁴⁰

Cependant, ce rôle de partenaire commercial ou d'interlocuteur juridique peut tout à fait être rempli par une autre personne que l'éditeur du logiciel : SSII assurant la maîtrise d'œuvre de l'implémentation d'un projet informatique, société ayant conseillé l'utilisation du logiciel libre, distributeur de la solution, prestataire ayant développé une application spécifique sur la base de composants libres, société vendant des services connexes à du logiciel libre.

Si on cherche une garantie, il faut chercher une personne qui acceptera d'offrir ces garanties. Ces garanties pourront être aménagées contractuellement pour en définir la portée. On revient alors à un problème plus classique de prise de risque. Qui accepte de prendre le risque ? Ce risque est-il assurable ?

Cette solution est parfaitement compatible avec la GPL qui prévoit expressément que : « *you may at your option offer warranty protection in exchange for a fee*⁴¹. »

En conclusion, les clauses de non responsabilité incluses dans les logiciels libres ne devraient pas être considérées en soi comme un obstacle à un déploiement plus large des logiciels libres par les entreprises.

3. Contradiction avec les objectifs poursuivis par les promoteurs du logiciel libre

Un mouvement commence à dénoncer le fait que l'industrie informatique n'est pas soumise aux mêmes standards de qualité que les autres industries et qu'elle ne prend pas suffisamment en compte la fiabilité de ses produits⁴². Les fournisseurs informatiques ne semblent encourir aucune responsabilité lorsque leurs produits sont défectueux. On ironise sur le fait que les programmes « tombent en marche », et on regrette que les éditeurs lancent sur le marché des logiciels qui n'ont pas été suffisamment testés.

On semble considérer aujourd'hui comme une fatalité que les systèmes informatiques comportent une part irréductible d'erreurs, des « bugs », qui peuvent engendrer des anomalies dans les traitements effectués.

Les logiciels libres permettraient de produire des logiciels de meilleure qualité grâce aux deux facteurs suivants :

⁴⁰ Jean-Marie Gouarné, directeur technique de Genicorp, réaction lecteur sur le thème : « Le manque de compétences Linux est plus un mythe qu'une réalité », *JDN Solutions* : <http://solutions.journaldunet.com/0201/020121_reacleeteur_libre.shtml>.

⁴¹ Article 1 alinéa 2 de la GPL.

⁴² Voir références citées note 39 et aussi : Elinor Mills Abreu, « Le logiciel est-il un produit ou un service ? », *Reuters*, 16 juin 2002 ; Jean-Pierre Corniou, « La complexité créée par les éditeurs détruit de la valeur », *Le Monde Informatique* n° 927, 22 février 2002 ; Russ Cooper, « Les éditeurs devraient davantage assumer la responsabilité de leurs failles », propos recueillis par François Morel, *JDN*, 16 novembre 2001, <http://solutions.journaldunet.com/itws/011116_it_ntbugtraq_cooper.shtml>.

- correction plus rapide des erreurs grâce à la possibilité d'analyse et de correction du code source sans être dépendant d'un support technique ;
- réactivité du modèle de développement coopératif supérieure à celle du modèle propriétaire.

Le logiciel libre accorde des droits aux utilisateurs supérieurs à ceux accordés par les éditeurs de logiciels propriétaires, sauf en matière de garantie et de responsabilité. N'est ce pas contradictoire avec les objectifs annoncés par les promoteurs du logiciel libre ?

Il faut reconnaître que les logiciels sont amenés à s'intégrer dans des environnements de plus en plus sophistiqués. Les logiciels sont des systèmes complexes, qui interagissent les uns avec les autres pour former des systèmes encore plus vastes. Un logiciel n'est pas implémenté de façon isolée.

Personne ne s'engage et personne ne peut s'engager parce que personne ne possède la maîtrise de l'ensemble du système. Il devient alors effectivement difficile de déterminer les responsabilités, car il est difficile d'identifier l'origine de la défaillance. Les logiciels ne sont pas conçus pour signaler les déficiences rencontrées.

Qu'apporte le logiciel libre à cette problématique de la détermination des défaillances et des responsabilités en matière informatique ?

La maîtrise du code source apporte une garantie de fait que n'offrent pas les logiciels propriétaires.

L'accès au code source n'est évidemment pas la solution miracle à cette problématique. Ce n'est pas parce qu'un code source est disponible qu'il va être analysé et corrigé.

Cependant, potentiellement, cela permet à plus de gens d'analyser le fonctionnement ou dysfonctionnement du logiciel. L'analyse du code source est un facteur de transparence.

A titre d'exemple, le directeur chargé du projet a justifié comme suit la publication sous licence GNU GPL du logiciel EDF de simulation de vieillissement de structures mécaniques Code_Aster :

« Le passage en Open Source a pour premier objectif d'accroître la détection des anomalies en ayant recours à la critique externe. Cette dernière nous permet également de mieux comparer notre logiciel avec la quarantaine d'autres produits existants sur le marché...La validation des nouvelles fonctions de Code_Aster, avec le niveau exigé dans le secteur du nucléaire, est difficile avec le seul usage interne du logiciel. »⁴³

Cette thèse est également développée par Bruce Schneier, un spécialiste de la sécurité informatique⁴⁴. Il explique que seul le témoignage d'experts permet de dire si une solution est sécurisée. La publication des codes sources permet de bénéficier de l'expertise de la communauté. Il précise qu'un logiciel n'est pas automatiquement sûr parce qu'il est libre, mais qu'il s'agit d'un bon point de départ pour éprouver la sécurité.

B. La garantie d'éviction et du fait des tiers

Le garantie d'éviction, c'est la garantie que l'auteur n'a pas accordé un droit déjà cédé.

La garantie du fait des tiers, c'est la garantie selon laquelle l'auteur doit garantir l'éditeur contre l'action en contrefaçon pouvant être intentée par un tiers.

Cette garantie, prévue en matière de vente aux articles 1626 et suivants du Code civil, a valeur de principe général⁴⁵. En matière de droits d'auteur, elle est prévue à l'article L 132-8 du Code de la propriété intellectuelle : *« L'auteur doit garantir à l'éditeur l'exercice paisible et, sauf convention*

⁴³ Propos cités par Bertrand Lemaire, « Jouer l'ouverture des codes sources », *Le Monde Informatique*, n° 924, 1^{er} février 2002, p. 33.

⁴⁴ Bruce Schneier, ouv. préc., note 39.

⁴⁵ Cass. 1^{ère} civ. 7 avril 1998, JCP G, 1998, n° 18 p. 676.

contraire, exclusif du droit cédé. Il est tenu de faire respecter ce droit et de le défendre contre toutes atteintes qui lui seraient portées. »

L'idée est que le client doit pouvoir compter sur la garantie du fournisseur au cas où la prétention d'un tiers vient compromettre l'utilisation paisible du logiciel.

Cette garantie est une garantie légale, toute clause la limitant serait déclarée nulle, et une clause générale, visant l'œuvre dans son ensemble, serait de nature à rendre l'ensemble du contrat sans objet. Dans le cas d'une œuvre complexe comportant des dizaines d'éléments distincts ainsi que dans le cas d'une œuvre préexistante, la clause limitant la garantie de l'auteur sur certains éléments serait valable⁴⁶.

Contrairement à ce que l'on pense parfois, la licence GNU GPL ne paraît pas exclure cette garantie, puisque la rédaction de la clause d'exonération ne vise expressément que la qualité et les performances du programme et les dommages qu'il pourrait provoquer.

Cependant, les risques de contrefaçon existent, dès lors que le logiciel contient des contributions de plusieurs personnes : les risques que l'un des contributeurs au développement du logiciel introduise du code dont il ne serait pas propriétaire augmentent.

Les mêmes problèmes qu'en matière de garantie de performance relativement à l'identification de l'auteur du logiciel et à sa surface financière se posent.

Certains en déduisent que les risques de contrefaçon sont également transférés sur l'utilisateur du logiciel⁴⁷.

La doctrine la plus autorisée considère toutefois que « *le problème ne saurait se poser* » dès lors que « *l'utilisateur légitime d'un logiciel tire de la loi elle-même le droit d'accomplir des actes qui devraient normalement donner prise au droit exclusif. Or, le Client qui a obtenu la mise à disposition d'un logiciel de la part d'un cocontractant qu'il pense être titulaire des droits doit, semble-t-il, être regardé comme un utilisateur légitime. Cela devrait suffire à le mettre à l'abri d'une revendication visant à le priver du droit d'user le logiciel.* »⁴⁸

En effet, l'article L 122-6-1.I du Code de la Propriété Intellectuelle prévoit que : « *Les actes prévus aux 1° et 2° de l'article L. 122-6 ne sont pas soumis à l'autorisation de l'auteur lorsqu'ils sont nécessaires pour permettre l'utilisation du logiciel, conformément à sa destination, par la personne ayant le droit de l'utiliser, y compris pour corriger des erreurs.* »

Les actes visés sont les droits relevant du monopole de l'auteur, à savoir :

- 1° La reproduction permanente ou provisoire d'un logiciel en tout ou partie par tout moyen et sous toute forme ;
- 2° La traduction, l'adaptation, l'arrangement ou toute autre modification d'un logiciel et la reproduction du logiciel en résultant ;
- 3° La mise sur le marché à titre onéreux ou gratuit, y compris la location, du ou des exemplaires d'un logiciel par tout procédé.

Ces dispositions résultent de la transposition de la directive européenne du 14 mai 1991 relative à la protection juridique des programmes d'ordinateurs⁴⁹. Or l'article 5.1 de la directive vise « l'acquéreur légitime ».

Cette thèse risque d'être contestée par les éditeurs de logiciels, mais elle mériterait certainement d'être approfondie.

Que se passerait-il si une entreprise vient à revendiquer des droits sur un logiciel libre déjà largement diffusé ?

⁴⁶ André Bertrand, « Le Droit d'auteur et les droits voisins », *Dalloz*, 2^{ème} édition, 1999, n° 8.231.

⁴⁷ "A report of the software licensing committee of the American Bar Association's Intellectual Property Section", <<http://www.abanet.org/intelprop/opensource.html>>.

⁴⁸ A. Lucas, Jean Devèze, Jean Frayssinet, préc. note 14, n° 760.

⁴⁹ Directive CE n° 91-250.

Il existe des précédents en matière de brevet.

Unisys possède le brevet de l'algorithme de compression LZW⁵⁰ utilisé dans l'élaboration d'images au format GIF. Après avoir indiqué que pour les applications non-commerciales et sans but lucratif basées sur du GIF, elle ne réclamerait pas de redevances, *Unisys* a changé de politique et réclame depuis juillet 1999⁵¹, à une date où ce format s'était déjà largement répandu sur internet, une licence d'un montant de 5 000 dollars par site web. 2000 utilisateurs auraient signé un accord de licence, chiffre qui semble très faible au regard du nombre de sites qui utilisent ce format.

Il faut savoir que la *Free Software Foundation* tente d'être vigilante sur ces questions, car il est évident que si un logiciel libre contient en réalité des composants protégés par un brevet ou un droit d'auteur, cela empêche la redistribution commerciale des logiciels libres. La FSF ne distribue donc pas de logiciels permettant de générer des fichiers GIF⁵². Elle encourage à la place l'utilisation du format PNG (Portable Network Graphics) recommandé par le *World Wide Web Consortium* (W3C)⁵³.

Pour s'assurer que le code apporté aux projets de la FSF est bien libre, la FSF demande aux contributeurs individuels d'obtenir une renonciation aux droits d'auteur écrite par leur employeur (s'il existe), de façon à s'assurer que ce dernier ne puisse prétendre avoir des droits sur les éléments de contribution au projet.

Elle demande également aux contributeurs de lui transférer leurs droits d'auteurs, en vue d'être mieux à même de faire respecter en justice la GPL (bien qu'il ne semble pas y avoir eu encore de procès concernant cette licence). Elle réfléchit également à des projets de fiducie.

Evidemment, toutes ces démarches ne garantissent pas dans l'absolu contre les risques qu'un logiciel contienne des éléments protégés par un droit de propriété intellectuelle ou industrielle. Mais la « validation » d'un logiciel par ce type d'organisations, qui endosse le rôle de « gardien juridique » des logiciels qu'elle diffuse, limite néanmoins les risques effectifs.

Il est possible également qu'en cas de revendication de droits par un tiers, la communauté des utilisateurs soit en mesure de développer une alternative qui serait vraiment libre.

On ne peut donc pas analyser le risque de contrefaçon dans un logiciel diffusé par un programmeur isolé, de la même manière que dans un logiciel adopté par la communauté du logiciel libre et déjà largement diffusé.

Conclusion

Chaque système, celui des logiciels libres et celui des logiciels propriétaires possède ses promoteurs et ses détracteurs. Les logiciels libres ont l'intérêt indéniable d'offrir la possibilité d'analyser le code source et de le modifier. Cette **transparence dans la construction du logiciel** est certainement une piste à explorer, y compris par les éditeurs de logiciels propriétaires, en vue d'améliorer la qualité et la sécurité des logiciels.

V.S.

⁵⁰ Le brevet LZW expirerait en juin 2003, mais il existe d'autres brevets basés sur ce premier brevet.

⁵¹ Voir la page GIF de la Ligue For Programming Freedom, <<http://lpf.ai.mit.edu/Patents/Gif/Gif.html>>.

⁵² « Pourquoi il n'y a pas de fichiers GIF sur le site de GNU », <<http://www.gnu.org/philosophy/gif.fr.html>>.

⁵³ Le W3C (Le *Consortium international World Wide Web*) est un organisme regroupant différentes entreprises et organisations à travers le monde, et dont la mission est de définir les protocoles d'échange sur le web en préservant leur interopérabilité, représenté en Europe par l'INRIA. Site web : <<http://www.w3.org/>>.

En savoir plus sur le logiciel libre

Sites web des associations ayant pour objet la promotion du logiciel libre. De nombreux documents, analyses, rapports, y sont disponibles :

- **AFUL**, *Association Francophone des Utilisateurs de Linux et des Logiciels Libres*
<http://www.aful.org/>
- **APRIL**, *Association Pour la Promotion et la Recherche en Informatique Libre*
<http://www.april.org/>
- **FSF France**, *Chapitre français de la Free Software Foundation Europe*
<http://france.fsfeurope.org/>
- **OSI**, *Open Source Initiative*
<http://www.opensource.org/>
- La licence **GNU GPL**
<http://www.gnu.org/licenses/gpl.html>
- Foire aux questions de la GNU GPL
<http://www.gnu.org/licenses/gpl-faq.fr.html>
- Les licences libres
<http://www.opensource.org/licenses>