

# Chronique

## DROIT DES NOUVELLES TECHNOLOGIES

### COMPRÉHENSION ET RECONNAISSANCE DU MODÈLE OPEN SOURCE PAR LES TRIBUNAUX FRANÇAIS

PAR HENRI ALTERMAN\*, FABRICE PERBOST\*\*  
ET ALAN WALTER\*\*\*

Relégués pendant plusieurs années dans une niche du marché de l'informatique, les logiciels libres auront dû attendre le milieu des années 2000 avant de pouvoir démontrer leur intérêt technique et économique au monde de l'entreprise.

En France, ils ont dans un premier temps été adoptés par les administrations, pour aujourd'hui devenir une réalité incontournable en entreprise, particulièrement en cette période d'essor du SOA<sup>(1)</sup> et du *Cloud Computing*.

Alors qu'il semble arrivé à maturité, le logiciel libre devient générateur de contentieux comme l'ont démontré très récemment les actions intentées à l'encontre de quatorze fabricants d'électronique (notamment Best Buy, JVC, Samsung et Westinghouse Digital Electronics) par Erik Anderson (éditeur de la suite logiciel BusyBox), représenté par la Software Freedom Conservancy<sup>(2)</sup>.

En 2009, le logiciel libre continue de s'imposer tant en France qu'au niveau européen.

La France est le premier marché européen pour le logiciel libre, évalué à 1 470 millions d'euros. La croissance du secteur s'est poursuivie malgré la crise, en atteignant 33% en 2009<sup>(3)</sup>. Avec 30 % de croissance prévue pour l'année 2010, l'élan du logiciel libre ne semble pas prêt de s'essouffler.

À l'échelle européenne, les estimations voient le secteur du logiciel libre s'accroître également avec un chiffre d'affaires qui devrait passer le cap des

---

\* Henri Alterman est avocat honoraire et président d'honneur de l'Asfdit.

\*\* Fabrice Perbost est avocat associé au cabinet Kahn et Associés.

\*\*\* Alan Walter est avocat au cabinet Kahn et Associés.

7 milliards d'euros en 2010, pour atteindre 9 milliards d'euros en 2011 et 12 milliards d'euros en 2012.

Cette utilisation de plus en plus large a nécessité une étude plus approfondie des mécanismes juridiques liés au modèle *Open Source*, tant par les professionnels de l'informatique que par les professionnels du droit.

## **I - Une meilleure compréhension des problématiques inhérentes au logiciel libre**

Progressivement, les idées préconçues selon lesquelles les logiciels libres ne seraient pas juridiquement protégés, créant ainsi une zone de « non-droit », ont disparu.

En dépit du fait que leur code source peut être librement exécuté et modifié par la communauté des utilisateurs, ils restent néanmoins protégés par le droit d'auteur. Selon le type de licence mise en place par l'auteur originel du logiciel (notamment *Copyleft* ou non), les utilisateurs successifs auront plus ou moins de droits et d'obligations.

En effet, l'originalité des licences libres réside dans le fait que l'auteur ne se contente pas de divulguer son œuvre, mais organise également les usages qui vont pouvoir en être faits.

Dans cette optique, une licence de logiciel libre constitue bien un contrat qui organise les conditions de copie, transmission et modification du logiciel. Dès lors, tout manquement aux stipulations de ce contrat sera considéré comme un usage non autorisé du logiciel et sera qualifié d'acte de contrefaçon.

Toute personne qui accepte la licence (par exemple en installant ou utilisant le logiciel) est liée contractuellement à l'auteur, en ce compris les utilisateurs des modifications successives réalisées sur le logiciel.

## **II - L'appréhension de la chaîne des droits entre utilisateurs et développeurs successifs**

Chacun des licenciés qui modifie le logiciel en application de l'autorisation conférée par l'auteur initial se voit également reconnaître des droits d'auteur sur ses apports originaux. Ces droits se combinent alors avec les conditions de la licence applicable au logiciel original.

Dans ce cadre, certaines licences imposent que le logiciel modifié soit divulgué sous la même licence. Ces licences sont dites « *Copyleft* ». Les utilisateurs du logiciel modifié se trouvent ainsi liés par un contrat non seulement avec l'auteur initial, au titre de la licence originelle, mais également avec les auteurs des modifications apportées à celle-ci, en vertu des droits de ces derniers sur leurs apports successifs au logiciel.

Par ailleurs, se pose toujours la question de la validité des licences de logiciels libres et en particulier de la licence GPL qui est la licence de logiciel libre la plus utilisée. D'inspiration américaine, ces licences posent des difficultés tant au regard du droit de la propriété intellectuelle<sup>60</sup> que du droit commun des contrats<sup>61</sup> et du droit de la consommation<sup>62</sup>.

Or, force est de constater que les « clients » du logiciel libre (entreprises privées et personnes publiques) comme les tribunaux n'ont pas toujours été familiers de ces problématiques spécifiques.

Si les logiciels libres ont initialement généré peu de contentieux, les développeurs n'hésitent plus aujourd'hui à poursuivre les utilisateurs qui ne respecteraient pas les conditions des licences applicables, multipliant les litiges.

Quelques contentieux à l'étranger ont ouvert la voie à une reconnaissance juridique des licences libres : en Allemagne en 2004 (relatif à l'utilisation du logiciel netfilter/iptables dans un logiciel tiers sans en faire mention)<sup>63</sup>, puis aux Etats-Unis depuis 2007 (sur la question de la titularité des droits de propriété intellectuelle et l'intégration de portions de code d'UNIX dans le noyau Linux)<sup>64</sup>.

### III - Le caractère contaminant des licences *copyleft* reconnu par les tribunaux

La première décision française marquante concerne le CNRS, assigné par la société Educafix<sup>65</sup>.

Cette dernière avait conclu avec plusieurs établissements d'enseignement supérieur et le CNRS un contrat de cession de logiciel. Or, il s'est avéré que le logiciel objet de la cession ne pouvait fonctionner que sur la base d'un autre logiciel : le logiciel JATLite, développé par l'université de Stanford et soumis à la licence GPL.

La société Educafix demandait la nullité du contrat de cession conclu avec le CNRS pour dol, arguant de ce que le CNRS lui aurait caché la présence du logiciel JATLite dans l'ensemble logiciel objet de la cession, alors même que cela aurait nécessité l'autorisation du titulaire des droits, en l'occurrence l'université de Stanford. Subsidiairement, la société Educafix sollicitait du tribunal la résolution du contrat aux torts exclusifs du CNRS au motif que l'exploitation du logiciel cédé impliquait nécessairement la commission d'un acte de contrefaçon du logiciel libre.

Le tribunal de grande instance de Paris a estimé que « ce programme [JATLite] a la particularité de dépendre de la licence GNU qui permet une utilisation libre du logiciel, mais requiert une licence si le travail basé sur le programme ne peut être identifié comme raisonnablement indépendant et doit être considéré comme dérivé du programme JATLite ».

Cette décision constitue en réalité une application stricte des stipulations de la licence GPL, en particulier de son article 2, sans pour autant s'y référer expressément.

En effet, cet article définit les modalités de redistribution d'un logiciel sous licence GPL et impose un certain nombre d'obligations aux distributeurs successifs. Il est ainsi expressément indiqué que « 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 »<sup>100</sup>.

En l'espèce, la GPL ne fait que peu de distinction entre, d'une part, l'inclusion stricto sensu d'un logiciel libre dans un autre programme informatique afin de créer une œuvre dérivée et, d'autre part, l'interdépendance entre deux logiciels, quand bien même le résultat ne constituerait pas une œuvre dérivée.

Dès lors, peu importe que le logiciel JATLite soit inclus dans un ensemble logiciel plus complexe, sa simple interconnexion avec d'autres composants logiciels entraîne l'application de la licence GPL à la totalité de l'ensemble logiciel.

Par cette décision, les juges reconnaissent le caractère contaminant du programme dérivé sans pour autant se prononcer sur la conformité au droit français de la licence GPL. Pour ce faire, il aurait été nécessaire que le titulaire des droits (i.e. : l'université de Stanford ou son concessionnaire) agisse sur le fondement de la contrefaçon, ce qui aurait obligé le tribunal à se prononcer sur la titularité des droits et l'applicabilité de la licence GPL.

#### IV - La conformité de la licence GPL au droit français.

Il aura fallu attendre 2009 et une décision de la cour d'appel de Paris pour que la validité et la conformité de la licence GPL soient pleinement reconnues au regard du droit français<sup>101</sup>.

Dans cette affaire, l'association nationale pour la formation professionnelle des adultes (AFFA) avait lancé un appel d'offres pour la mise en place d'espaces de formation, qui avait été attribué à la société EDU 4. Remettant en cause la sincérité de l'offre déposée par EDU 4, l'AFFA a prononcé la résolution du marché. De son côté, estimant avoir procédé à une livraison conforme, EDU 4 a assigné l'AFFA pour rupture abusive du marché. demandes auxquelles avait fait droit le tribunal de grande instance de Bobigny en 2004.

Devant la cour d'appel, l'AFPA reprochait à la société EDU de ne pas l'avoir clairement informée de l'intégration d'un logiciel libre dans la solution fournie, d'avoir modifié les mentions de propriété intellectuelle liées à ce logiciel et d'avoir supprimé le texte de la licence GPL.

La cour d'appel de Paris a déclaré l'AFPA recevable en sa demande et considéré que EDU 4 n'avait pas respecté les termes de la licence GPL.

Par cette décision, la cour d'appel de Paris confirme la validité de la licence GPL au regard du droit français, en dépit des approximations de cette dernière au regard du droit français<sup>10</sup>. Elle confirme également l'opposabilité de celle-ci et rappelle aux utilisateurs de logiciels que ce choix n'est pas sans conséquences juridiques.

Sur les bases ébauchées par ces premières décisions, nous restons dans l'attente de leur confirmation. Celle-ci pourrait venir du tribunal de grande instance de Paris devant lequel trois développeurs de logiciels libres ont introduit une action à l'encontre du fournisseur d'accès Free en novembre 2008. Les demandeurs reprochent à la société Free de distribuer sa Freebox en y intégrant des composants logiciels soumis à la GPL sans en respecter les termes. Au-delà de l'impact d'une telle action sur l'image de Free et d'une possible condamnation financière, cette décision pourrait constituer un nouvel éclairage sur l'application de la licence GPL en droit français.

Notes :

1- Architecture orientée services (de l'anglais "Service Oriented Architecture") est un modèle d'interaction applicative qui combine des composants logiciels.

2- Ensemble des actes de procédure dans le litige contre Westinghouse Digital Electronics sont disponibles en ligne : [http://www.softwarefreedom.org/resources/2010/2010-06-03-Motion\\_against\\_Westinghouse.pdf](http://www.softwarefreedom.org/resources/2010/2010-06-03-Motion_against_Westinghouse.pdf).

3- Etude menée en 2009 par le cabinet Pierre Audoin Consultant, communiqué de presse du 10 mars 2010.

4- Les mentions obligatoires prescrites par l'article L. 131-3 à peine de nullité n'étant pas présentes dans la licence GPL.

5- L'acceptation des termes de la licence est le plus souvent exprimée de manière tacite. Toutefois, la jurisprudence admet que l'acceptation d'une offre peut résulter de l'exécution du contrat (cf. Cass. com., 25 juin 1991, Bull. civ. IV, n° 234).

6- Si le licencié se trouve être un consommateur ou un non-professionnel, certaines clauses pourraient se révéler abusives, telles que les clauses excluant toute garantie et limitant la responsabilité du développeur (Articles L. 132-1 et suivants et R. 132-1 et suivants du code de la consommation).

7- Tribunal régional de Munich, 2 avril 2004.

8- SCO Group c/ IBM : 10 août 2007, US district court of Utah, puis 24 août 2009, U.S. Court of Appeals for the Tenth Circuit, et SCO Group c/ Novell : 30 mars 2010, US district court of Utah – Central division (jury verdict).

9- TGI Paris, 28 mars 2007. Educassix c/ CNRS, Gaz. Pal., n° 22 22 janvier 2008, p. 35

10- Traduction non officielle de la licence GPL réalisée par la Free Software Foundation France.

11- CA Paris, 16 septembre 2009, RG n° 01/24298, SA EDU 4 c/ Association AFPA.

12- Cf. supra II.