

L'ASBL



<http://www.droit-technologie.org>

présente :

LA PROTECTION JURIDIQUE DES LOGICIELS LIBRES

Yannick BAILLY

Email : yannickbailly@caramail.com

Note de recherche
sous la direction de Maître Théo HASSLER

Université Robert SCHUMAN
Faculté de Droit, de Sciences Politiques et de Gestion
Centre d'Etudes Internationales de la Propriété
industrielle

TABLE DES MATIÈRES

INTRODUCTION

I - LES LOGICIELS LIBRES SAISIS PAR LE DROIT

A) DROIT D'AUTEUR ET LOGICIELS LIBRES

B) LA BREVETABILITE DES LOGICIELS : UN RISQUE POUR LES LOGICIELS LIBRES

1) La non brevetabilité des logiciels : un acquis précaire

2) Le livre vert de la Commission Européenne : une menace pour les logiciels libres ?

II - LE POLYMORPHISME JURIDIQUE DES LOGICIELS LIBRES

A) LES LICENCES LIBRES STRICTES

1) Descriptif : l'exemple de la "Licence Publique Générale GNU"

2) Le "Copyleft "

B) LICENCES DE DOMAINE PUBLIC ET LICENCES SEMI-LIBRES

1) Licences de domaine public : l'exemple de la "Berkeley Software Design"licence

2) Licences semi-libres : l'exemple de la "Netscape Public Licence"

et de la "Mozilla Public Licence"

CONCLUSION

ANNEXE : Livre vert de la Commission Européenne et Licence Publique GNU.

GLOSSAIRE

APPLICATION : Programme ou logiciel dédié à une activité spécifique (jeu, traitement de texte, dessin...)

CODE SOURCE : Totalité des lignes de code composant un programme, ainsi que les informations nécessaires à sa maintenance.

LINUX : Système d'exploitation pour PC dérivé de la famille Unix. Créé par un Finlandais Linus TORVALDS en 1991, c'est le représentant le plus emblématique des logiciels libres (son logo est un pingouin).

SOFTWARE (LOGICIEL) : ensemble des informations et créations intellectuelles ne relevant pas du "matériel"(hardware).

UNIX : Système d'exploitation multitâche et multi-utilisateur développé initialement par BELL LABS en 1969. Il existe de nombreuses familles d'UNIX commerciaux ou libres.

INTRODUCTION

Avec le développement d'Internet une nouvelle révolution industrielle est en train de chambouler notre vision de la diffusion de l'information et plus largement de la communication.

Ces modifications se retrouvent également au niveau de la création. En effet grâce au réseau des réseaux, il est désormais beaucoup plus facile pour des personnes physiquement éloignées de développer un logiciel en commun. Cette collaboration globale, conséquence directe de la diffusion d'Internet, est à l'origine du développement massif de ce que l'on nomme les "logiciels libres".

Qu'est-ce qu'un logiciel libre ? D'après les statuts de l'Association Francophone des Utilisateurs de Linux et des Logiciels Libres (AFUL), "sont considérés comme libres les logiciels disponibles sous forme de code source", c'est-à-dire un logiciel dont l'architecture interne est partagée et diffusée librement, toute personne pouvant participer à l'élaboration du produit en proposant ses propres améliorations.

Il n'y a donc aucune référence à une quelconque valeur économique du logiciel, en effet libre n'est pas gratuit, l'ambiguïté résultant de l'expression d'origine "free software", "free" signifiant en anglais "libre" et "gratuit". Ainsi que le souligne un auteur "ces freeware, nés aux Etats-Unis, témoignent de la culture libertaire des premiers usagers des réseaux, et de la tradition universitaire de libre circulation des idées et des techniques".

Ce qui différencie un logiciel libre d'un logiciel commercial réside dans la diffusion ou non du code source du produit. En effet un logiciel commercial est livré seulement sous la forme de code exécutable (uniquement compréhensible par l'ordinateur) alors que les logiciels libres sont fournis avec leur code source.

Cette distinction est explicitée par le Président de l'AFUL ; "un petit détour par une analogie musicale permet d'éclairer ces termes. On peut considérer le code source d'un logiciel comme la partition de celui-ci, et le code exécutable comme sa version enregistrée."

De fait la mise à disposition du code source rend possible la liberté d'adapter et de diffuser le logiciel.

La protection juridique des logiciels libres, dont le but est de préserver ces libertés, renvoie donc à un problème maintes fois rencontré par le droit : comment protéger la liberté, ou comment par des concepts juridiques peut-on garantir la non altération de la finalité même de ces logiciels ?

Pour répondre à ces interrogations, nous envisagerons tout d'abord le cadre juridique général de la protection des logiciels. Car, tout en étant libres, ces créations appartiennent à la catégorie plus large des logiciels. Puis, nous verrons comment les auteurs de logiciels libres ont su se ménager, grâce au mécanisme des licences, une protection adaptée à leur volonté et à leurs besoins.

I) LES LOGICIELS LIBRES SAISIS PAR LE DROIT

Un logiciel libre, avant d'être libre, est un logiciel.

Cette simple constatation transcrite sur un plan juridique pose la question du régime applicable aux logiciels.

A) Droit d'auteur et logiciels libres

Après de longs atermoiements doctrinaux le choix du droit d'auteur comme mode de protection privilégié du logiciel fut une oeuvre prétorienne : tout d'abord les juridictions du fond, puis la Cour de Cassation optèrent clairement pour une protection du logiciel fondée sur le droit d'auteur.

Les lois du 3 juillet 1985 et du 10 mai 1994 (loi de transposition de la Directive communautaire du 14 mai 1991) vinrent donc trancher dans le sens de la jurisprudence dominante.

Le logiciel ainsi que le matériel de conception préparatoire (qui se définit traditionnellement comme l'ensemble des travaux de conception aboutissant au développement d'un programme, à la condition toutefois qu'ils soient de nature à permettre la réalisation d'un programme d'ordinateur à un stade ultérieur) revêtent donc le caractère d'oeuvre de l'esprit et bénéficient à ce titre d'une protection fondée sur le droit d'auteur, à la seule condition qu'ils soient originaux c'est-à-dire qu'ils portent la marque intellectuelle de leur auteur.

De fait l'article L 112-2 du code de la propriété intellectuelle est libellé comme suit " Sont considérés notamment comme oeuvre de l'esprit au sens du présent code ... les logiciels, y compris le matériel de conception préparatoire ".

Cependant il est à noter que le droit moral afférent aux logiciels est un droit moral "amputé" ; en effet pour éviter des conflits entre l'employeur et son salarié créateur du logiciel, il est fait interdiction à ce dernier d'exercer son droit de repentir ou de retrait. De même, dans le cas d'un contrat de travail, le droit de divulgation ne peut être invoqué car il est implicite que l'employé l'exerce par le fait même de l'acceptation, éventuellement tacite, de sa mission.

Le logiciel libre, en tant que logiciel est donc appréhendable par le droit ; les développeurs qui participent collectivement à un tel logiciel n'abandonnent pas leur droit d'auteur. Le logiciel fruit de leur collaboration n'appartient pas au domaine public mais demeure la propriété de ses créateurs. Les auteurs d'un logiciel libre concèdent seulement à chacun le droit d'utiliser leur oeuvre, un droit d'usage, à la condition que toutes améliorations ultérieures soient rendues publiques et que le logiciel ainsi modifié circule librement.

Selon certains auteurs les retombées de cette pratique dépassent largement le cadre de l'informatique, en transformant le consommateur en coacteur du progrès technologique et de la diffusion de l'information, le logiciel libre inaugure, indéniablement sous la poussée des forces productives, une nouvelle forme de rapports de propriété. Le droit, s'il continue à protéger l'auteur qui peut vendre son produit et même en tirer un profit substantiel, protège aussi l'ensemble du public. Ce phénomène contribue à rééquilibrer le rapport propriétaire/producteur/consommateur".

B) La brevetabilité des logiciels : un risque pour les logiciels libres

Comme nous venons de le voir les logiciels libres en tant qu'œuvre de l'esprit bénéficient de la protection par le droit d'auteur.

L'exclusion de la brevetabilité éventuelle des programmes d'ordinateurs semble donc bien tranchée et ce depuis la loi du 2 janvier 1968 dont l'article 7 alinéa 2 dispose " Ne constituent pas, en particulier, des inventions industrielles (...) Les programmes ou séries d'instruction pour le déroulement des opérations d'une machine calculatrice ".

Cependant, depuis 1998 et plus précisément depuis la diffusion par la Commission Européenne de son livre vert intitulé "promouvoir l'innovation par les brevets" cette certitude semble battue en brèche.

1) La non-brevetabilité des logiciels : un acquis précaire.

Le principe de la non-brevetabilité du logiciel en tant que tel a été réaffirmé depuis 1968 dans notre droit national et par le biais de la convention de Munich du 5 octobre 1973 sur la délivrance de brevets européens (dite convention sur le brevet européen) qui, dans son article 52 §2 c), exclut de la brevetabilité " les programmes d'ordinateurs " rapprochés en l'occurrence des plans, principes et méthodes dans l'exercice d'activités intellectuelles.

Cette exclusion est fondée sur le fait que "le programme n'est tout simplement pas une invention".

Effectivement, la création d'un logiciel passe par l'analyse d'un problème donné (idée insusceptible de protection) puis par l'élaboration d'un algorithme pour décomposer en étapes opératoires les différentes phases qui vont du problème à sa solution.

L'algorithme étant une formule mathématique, le logiciel apparaît donc comme la mise en œuvre d'un raisonnement ou comme l'expression d'une idée.

Procédé intellectuel, le logiciel ne constitue donc pas une invention parce que l'algorithme en tant que méthode mathématique n'a pas d'effet technique, or l'invention se caractérise par la production d'un effet technique.

2) Le livre vert de la Commission Européenne : une menace pour les logiciels libres ?

La non-brevetabilité des logiciels semble donc, comme nous venons de le voir, une solution juridique satisfaisante. Cependant dans le train de mesures destinées à rationaliser le système des brevets qui est actuellement éclaté entre les différents pays de l'Union Européenne figure un point particulièrement étonnant : les logiciels pourraient rejoindre la catégorie des inventions protégeables par brevets

Effectivement dans son livre vert sur le brevet communautaire (qui vient d'être adopté par la Commission Européenne à l'initiative de Mario MONTI, commissaire au Marché Intérieur, et en accord avec Edith CRESSON, commissaire à la recherche, l'éducation et la formation) la Commission Européenne demande au Parlement Européen et au Conseil de se prononcer sur la possible suppression de l'article 52 §2 c) de la convention de Munich et sur l'application simultanée du droit d'auteur et du droit des brevets pour la même création / invention.

Ce qui signifie clairement, si le Parlement Européen et le Conseil suivent la Commission dans cette voie, une possible brevetabilité des logiciels ainsi que le cumul de la législation sur le droit d'auteur et celle concernant les brevets d'invention.

Or, outre les problèmes "classiques" posés par la brevetabilité des logiciels : application des critères de nouveauté et d'activité inventive, rapide obsolescence des logiciels couplée à la lenteur de la procédure d'obtention du brevet. Cette suppression de l'article 52 §2 c) de la convention de Munich constitue une véritable menace concernant le développement des logiciels libres. Ainsi, comme le souligne certains "L'arme ultime contre les logiciels libres, se sont les lois sur les brevets qui permettent aux Etats-Unis et au Japon, pendant 20 ans, aux inventeurs d'un procédé d'en conserver le contrôle".

En effet en protégeant par des brevets des techniques parfois pourtant anodines (par exemple la corbeille pour effacer les fichiers ou le curseur qui clignote) mais souvent nécessaire, les grands éditeurs de logiciels se dotent d'un arsenal anti-concurrentiel terriblement efficace. Car il semble inévitable pour un programmeur d'utiliser même sans le savoir l'un des cinquante mille brevets logiciels déposés chaque année aux Etats-Unis et au Japon.

De fait, les créateurs de logiciels libres deviendraient la proie facile de kyrielles d'avocats aux services des grands éditeurs de logiciel.

Effectivement si un auteur de logiciels libres utilisait ne serait-ce qu'une fonctionnalité précédemment brevetée pour l'améliorer ou l'intégrer à un module plus vaste, il deviendrait la cible d'une attaque juridique et serait perdant économiquement même si l'attaque en contrefaçon était injustifiée.

L'innovation liée aux procédés d'élaboration des logiciels libres marquerait un coup d'arrêt, car si les brevets peuvent servir à stimuler l'innovation dans un marché ouvert, le marché des logiciels est lui dominé par une oligarchie d'éditeurs en position quasi-monopolistique.

Par ailleurs, si l'on prend en compte l'exemple américain, on constate que les brevets sont désormais appliqués à des protocoles de communication ainsi qu'à certains formats de données, ce qui interdit le développement de logiciels libres compatibles.

La proposition par la Commission Européenne de supprimer l'article 52 §2 c) est donc une menace réelle pour les créateurs de logiciels libres qui seraient enserrés dans le carcan juridique de procédures inadaptées à l'inventivité et à la réactivité de la matière (comme en témoigne d'ailleurs l'étude de la pratique des offices américaines et japonaises des brevets qui acceptent des dépôts sur des inventions triviales dans le domaine des logiciels sans même procéder à la moindre recherche d'antériorité).

II - LE POLYMORPHISME JURIDIQUE DES LOGICIELS LIBRES

Après avoir vu le régime juridique des logiciels libres qui découle du droit commun applicable aux logiciels, nous allons maintenant étudier les particularismes juridiques de ces logiciels libres.

Ces spécificités sont en grande partie dues au système des licences qui régissent la concession, par le créateur du logiciel aux utilisateurs, d'un droit d'usage.

Ces licences témoignent de l'inventivité des auteurs qui ont su adapter pour chaque type d'utilisation une protection juridique adéquate en superposant au droit d'auteur "traditionnel" le mécanisme des licences qui impose par voie conventionnelle - la loi des parties - le respect des principales caractéristiques des logiciels libres.

Trois grandes catégories de licences régissent actuellement les logiciels libres ; les licences libres strictes, les licences de type domaine public et les licences semi-libres.

A travers l'analyse de ces différentes licences, nous verrons se dessiner les divers degrés de protection juridique que les auteurs ont voulu allouer au droit de copier et d'adapter librement les logiciels libres : droits qui sont le ciment même de la philosophie des logiciels libres.

A) LES LICENCES LIBRES STRICTES

1) Descriptif

La plus célèbre est la licence publique générale GNU (GPL), créée en 1984 par Richard STALLMAN (fondateur de la "FREE SOFTWARE FONDATION) et procédant du projet GNU. Projet dont l'objectif est la création d'une chaîne complète de logiciels totalement libres, en commençant par les utilitaires (compilateurs, éditeurs de textes,...).

Cette licence régit aujourd'hui la grande majorité des programmes à code source ouvert dont LINUX.

"La licence publique générale GNU est destinée à garantir la liberté de partager et de modifier les logiciels librement accessibles, et ainsi de s'assurer que ces programmes sont réellement accessibles sans frais pour tous leurs utilisateurs".

Cependant la liberté de redistribution n'implique pas la gratuité, en effet le texte de la licence dispose "vous pouvez demander une rétribution financière pour la réalisation de la copie et demeurez libres de proposer une garantie assurée par vos soins, moyennant finances". Cette rétribution concerne les services assurés (prise en charge des frais de copie et services de garantie) et non pas le produit en tant que tel.

Pour éviter leur appropriation par des tiers, les logiciels libres régis par cette licence ne sont pas dans le domaine public mais sont protégés par une forme particulière de copyright : le copyleft : "notre but est de donner à tous les utilisateurs la liberté de redistribuer et de modifier les logiciels GNU. Si des revendeurs pouvaient enlever cette liberté, nous aurions beaucoup d'utilisateurs, mais ils n'auraient aucune liberté."

2) Le copyleft

Pour protéger les logiciels libres par cette réserve de propriété, la "Free Software Fondation" dépose sur tous ses logiciels un copyright ordinaire mais qui est assorti d'une licence d'exploitation particulière donnant à tout utilisateur des droits illimités de recopie, de distribution et d'accès au code source ; ces droits étant automatiquement transmis aux utilisateurs futurs et étendus aux versions ultérieurement modifiées qui utilisent tout ou partie d'un logiciel "GNU". Ce dispositif novateur rappelle qu'outre les normes juridiques émises par les pouvoirs publics (la protection par le droit d'auteur), d'autres actes juridiques peuvent être source de droit tels que les clauses contractuelles que sont les licences d'exploitation.

Ainsi comme le précise un auteur, "tout programme, à l'intérieur duquel il est spécifié qu'il est régi par la GNU Public Licence, peut donc être copié, distribué et modifié librement, à condition de préciser son origine et de le maintenir sous GPL. Un logiciel développé à partir d'un programme sous GNU Public Licence devra donc être lui-même placé sous GPL, même s'il intègre des éléments nouveaux qui ne seraient pas régis par une licence libre".

De fait, une personne qui transmet un logiciel libre placé sous licence libre stricte devra également transmettre intégralement tous les droits afférents au logiciel. Cette licence garantit que les programmes restent toujours librement disponibles ce qui assure la pérennité du système.

Pour conclure l'étude de ce type de licence il convient de noter que la "GNU Public Licence" pourrait

être considéré comme illégale dans l'Union Européenne ; en effet la conception et la distribution d'un logiciel sous licence libre stricte n'implique pas l'obligation de fournir une garantie, en outre l'auteur n'est pas tenu pour responsable des dommages liés aux dysfonctionnements de son logiciel. En excluant toute responsabilité de l'auteur du logiciel libre sans pour autant préciser que le logiciel diffusé s'adresse à un public averti cette licence contrevient aux dispositions de la Directive du 25 juillet 1985 sur "la protection du consommateur contre les logiciels défectueux" et à la recommandation de la Commission

des clauses abusives du 7 avril 1995 concernant "les clauses abusives dans les contrats conclus avec les consommateurs".

Toutefois ces difficultés pourraient aisément être dépassé, en remplaçant la clause d'exonération de responsabilité par une clause indiquant un montant d'indemnisation maximal

et en indiquant clairement sur les sites de téléchargement que certains logiciels sont destinés à un public de professionnels ou de développeurs chevronnés et ne peuvent être utilisés par un consommateur sans expérience.

B) LES LICENCES DE DOMAINE PUBLIC

ET LES LICENCES SEMI-LIBRES

1) Les licences de domaine public

Ce modèle de licence a été conçu à l'origine par l'Université de Berkeley (Californie) pour Berkeley Software Design (BSD) la famille des UNIX libres.

Elle autorise la publication du code source de même que la copie gratuite tout en exigeant la mention des auteurs du logiciel libre, qu'il s'agisse d'une version d'origine ou modifiée. Cependant la publication du code source des développements ultérieurs n'est pas obligatoire, ce type de licence n'obligeant pas (à la différence des licences libres strictes) les utilisateurs à reverser les modifications qu'ils auront effectuées à la communauté.

La licence de domaine public n'interdit donc pas le développement d'un logiciel propriétaire à partir d'une base de composants libres ; après avoir effectué une modification, même minime, sur un logiciel libre protégé par cette licence, un auteur peut déposer un copyright traditionnel sur l'ensemble, ce qui aura pour conséquence le développement de variante propriétaire à partir d'une version libre.

Toutefois, dans ce cas de figure on peut imaginer une action de l'auteur initial pour éviter cette divergence propriétaire fondée sur son droit moral et plus particulièrement sur le droit au respect de son œuvre. En effet même si ce droit est fortement "amoindri" il subsiste au cas où l'adaptation du logiciel est préjudiciable à l'honneur ou la réputation de l'auteur. Or, un spécialiste des logiciels libres, reconnu comme tel par ses pairs, pourrait considérer l'adaptation commerciale de son œuvre comme préjudiciable à sa réputation.

2) Les licences semi-libres

La licence libre stricte comporte un inconvénient majeur ; en effet en intégrant un logiciel libre à un produit commercial, cette licence exige que le code source du produit issu de cette fusion soit également livré. A l'inverse, la permissivité de la licence de domaine public peut rendre possible l'appropriation de tout ou partie d'un logiciel libre.

Les licences semi-libres tentent de trouver un point d'équilibre entre volonté de faire partager et stratégies commerciales s'agissant de la protection des logiciels libres.

C'est la société NETSCAPE qui est à l'origine de ces licences avec la "Netscape Public Licence " (NPL), qui couvre le code source du logiciel de navigation sur Internet "Communicator", et la "Mozilla

Public Licence" (MPL) conçue pour les développeurs souhaitant proposer de nouveaux modules pour le navigateur.

Ces licences imposent la publication de toutes modifications du code source mais n'empêchent pas d'intégrer des modules propriétaires livrés eux sans leur code source.

D'autres sociétés ont repris ce modèle de licence en y intégrant une approche économique ; ainsi la société Norvégienne TROLL demande le paiement de redevances (royalties) pour un usage commercial de ses logiciels et pose le principe d'un usage libre dans le cadre du développement de logiciels libres.

Cette dernière catégorie de licence illustre l'infinité de possibilités offertes aux auteurs de logiciels libres pour assurer la protection de leurs oeuvres. Ici, les obligations des utilisateurs sont réduites à leur plus simple expression. Là, le régime juridique est fonction de l'utilisation faite du logiciel (libre ou commerciale). Nous avons donc dans cette dernière

hypothèse une protection juridique en fonction de la destination du logiciel et non de sa qualification intrinsèque.

CONCLUSION

En évitant l'appropriation des logiciels libres par qui que ce soit, le cadre juridique de la protection permet la fabrication de logiciels que les utilisateurs peuvent maîtriser et faire évoluer selon leurs besoins. Ainsi comme le souligne justement un auteur "Le logiciel libre s'inscrit,(...), dans le concept plus vaste d'une information ouverte, c'est-à-dire qui organise l'interopérabilité des produits entre eux par la publication des interfaces techniques de chacun".

Cette protection juridique est loin d'être superflue, car les logiciels libres attirent la convoitise des grands éditeurs de logiciels qui voient en eux des rivaux de taille. En effet, Linux, qui a déjà conquis quelque huit millions d'utilisateurs, voit sa courbe de progression décoller de cent pour cent par an. Il a servi à la réalisation des effets spéciaux du film "Titanic" et gère le routage du courrier de la poste américaine. De plus les logiciels libres constituent aujourd'hui l'infrastructure de base d'Internet. En les supprimant, on perdrait : la moitié des sites web qui sont sous "Apache", la gestion des noms de domaine réalisé sous "Bind", les listes de diffusion qui sont principalement sous "Majordomo", la messagerie électronique qui fonctionne sous "Send Mail"....

Protéger les logiciels libres est donc essentiel. Or, comme nous venons de le voir, la protection juridique des logiciels libres est conçue sur une base de droit commun (le droit d'auteur) sur laquelle les auteurs ont bâti une architecture juridique conventionnelle sui generis, architecture développée en fonction de la finalité même des logiciels libres qui est de diffuser les connaissances et de les faire partager pour les adapter.