

Propriété intellectuelle et licences logicielles

**F. Lemaître
Septembre 2016**

1.	INTRODUCTION	3
2.	PROTECTION D'UN LOGICIEL	4
3.	L'EXPLOITATION DES LOGICIELS : LES LICENCES	6
	TYPES DE LICENCES	6
	MÉTHODE D'AGRÉMENT DU CONTRAT.....	7
	CONTRAT DE LICENCE UTILISATEUR FINAL	7
	GESTION DES LICENCES.....	8
4.	LA MAGNIFIQUE HISTOIRE DES LICENCES OEM	10
5.	LICENCE DE LOGICIEL LIBRE	11
	DÉFINITION	11
	COPYLEFT	11
	AVANTAGES ET INCONVÉNIENTS DES LOGICIELS LIBRES	11
	GPL (<i>GENERAL PUBLIC LICENCE</i>).....	12

1. Introduction

La propriété intellectuelle est le terme attribué à l'ensemble des droits exclusifs portant sur des créations intellectuelles. Elle se divise en deux parties :

- la **propriété littéraire et artistique**, qui s'applique aux œuvres de l'esprit, et correspond aux droits d'auteur et aux droits voisins.
- la **propriété industrielle** (brevets, certificats d'obtention végétale, marque commerciale, nom de domaine, appellation d'origine etc.).

Nous nous intéresserons exclusivement ici à la propriété littéraire et artistique, dont relèvent les logiciels depuis la loi du 3 juillet 1985. Cette propriété littéraire et artistique recouvre elle-même deux séries de droits très différents :

- Un **droit moral** attaché à la personne de l'auteur de l'œuvre qui est **perpétuel, inaliénable et imprescriptible**, y compris après la mort de l'auteur ou le passage de l'œuvre dans le domaine public (soit maintenant 70 ans après la mort de l'auteur).
- Un **droit patrimonial** de diffusion/édition/représentation/traduction/adaptation qui peut être librement cédé à un tiers selon un contrat dont les termes sont (en partie) fixés par la loi, qui peut être limité dans le temps ou non, exclusif ou non, etc.

Pour mieux comprendre ces deux droits, prenons un exemple simple :

- **Droit moral** : l'auteur a droit au respect de son œuvre et de son nom. Lorsque vous employez l'œuvre de quelqu'un, vous devez respecter son nom en le citant d'une façon ou d'une autre. Par exemple, dans un rapport, avec des références citant vos sources. De même, toute exploitation doit voir figurer le nom de l'auteur.
- **Droit patrimonial** : sont autorisées librement, selon les termes des paragraphes 2 et 3 de l'article L. 122-5, les « copies ou reproductions strictement réservées à l'usage privé du copiste et non destinées à une utilisation collective », et d'autre part, sous réserve de mention des noms de l'auteur et de la source, les « analyses et les courtes citations justifiées par le caractère critique, polémique, pédagogique, scientifique ou d'information ». Mais toute autre représentation ou reproduction intégrale ou partielle, faite sans le consentement de l'auteur ou de ses ayants droit est illicite (article L. 122-4) et constituerait une contrefaçon sanctionnée par les articles L. 335-2 et suivants du Code de la propriété intellectuelle. Avant d'employer une œuvre, vous devez donc vous demander si elle est libre de droits. Sinon, vous devez disposer de l'autorisation de l'auteur ou de ses ayants-droit, ce qu'ils vous accordent généralement volontiers moyennant une certaine somme.

Les logiciels diffèrent légèrement des autres œuvres. Par exemple, par exception au droit commun du droit d'auteur, la rémunération due à un créateur de logiciel peut être forfaitaire, alors que le principe est normalement celui d'une rémunération proportionnelle en fonction des revenus tirés de l'exploitation de l'œuvre. De même, la copie privée (parfois nommée copie de sauvegarde) n'est pas autorisée, sauf lorsqu'elle est nécessaire au bon fonctionnement du produit ou simplement est explicitement autorisée.

2. Protection d'un logiciel

L'auteur d'un **logiciel** est celui qui a pris l'initiative de le créer et de le réaliser.

L'appartenance des droits dépend donc des conditions de réalisation du logiciel :

- lorsque le logiciel est créé par un seul auteur, il appartient à celui-ci ;
- lorsque le logiciel a plusieurs auteurs personnes physiques, il constitue une œuvre de collaboration appartenant à ces différents coauteurs ;
- lorsque le logiciel est réalisé par une équipe coordonnée par une personne physique ou morale qui a pris l'initiative de la création et qui édite et diffuse le produit, il constitue une œuvre collective et le logiciel appartient à cette personne ;

Lorsque les logiciels sont développés dans l'entreprise, les **droits patrimoniaux** sont dévolus à l'employeur (art.L.113-9 du CPI : « sauf dispositions statutaires ou stipulations contraires, les droits patrimoniaux sur les logiciels et leur documentation créés par un ou plusieurs employés dans l'exercice de leurs fonctions ou d'après les instructions de leur employeur sont dévolus à l'employeur qui est seul habilité à les exercer »). Les **droits moraux** restent quant à eux acquis à l'auteur - salarié. Il en est de même pour les logiciels créés par les agents de l'Etat, de collectivités publiques et des établissements de caractère administratif, sauf stipulations statutaires contraires.

On pourra toutefois établir une distinction selon qu'un logiciel a été créé dans ou hors de l'entreprise, sur ordre ou de l'initiative propre du salarié, en employant ou non le matériel de l'entreprise. Parfois (et c'est préférable) ces éléments seront explicités dans le contrat de travail.

Ici comme ailleurs, toute clause contraire à la loi est réputée nulle et non avenue : vous pouvez signer sans crainte un contrat qui stipule simplement que « toute création appartiendra de plein droit à l'entreprise ». Si vous en êtes l'auteur, vous en gardez la propriété morale. L'entreprise ne dispose **au mieux** que des droits patrimoniaux.

Remarquez toutefois que seuls les logiciels présentant un caractère original sont protégés par le droit d'auteur. D'après la jurisprudence PACHOT (Cass, Assemblée plénière, 7 mars 1986) « l'originalité d'un logiciel consiste dans un effort personnalisé allant au-delà de la simple mise en œuvre d'une logique automatique et contraignante ». Cela ramène la notion d'originalité à la « marque d'un apport intellectuel ». La protection du logiciel ne s'étend pas aux idées qui sont à la base du logiciel. Seule la mise en forme de ces idées peuvent faire l'objet d'une protection par le droit d'auteur.

Les logiciels à effet audiovisuel important, comme les jeux vidéo, qui mettent en œuvre de riches contenus graphiques et artistiques, se distinguent des autres en ce qu'ils font appel au droit d'auteur spécifique aux œuvres audiovisuelles, voire au droit des dessins et modèles et des marques.

Les éléments du logiciel non protégés

- les fonctionnalités
- les algorithmes
- les interfaces
- les langages de programmation

Tous ces éléments sont en effet considérés comme des éléments informatiques à l'origine de la conception du logiciel et ne présentant pas en tant que tels une forme définie. Ils appartiennent au domaine de l'idée.

Les éléments protégés

- l'architecture des programmes
- le code source
- le code objet (résultat de la compilation du code source)
- les différentes versions
- les écrans et modalités d'interactivité s'ils sont originaux
- le matériel de conception préparatoire (Art. L.122-2 du CPI) : les ébauches, les maquettes, les dossiers d'analyses fonctionnelles, la documentation de conception intégrée au logiciel, les prototypes.

La documentation d'utilisation du logiciel (sur papier ou externe) n'est pas protégée **avec** le logiciel, mais en tant qu'œuvre distincte par le droit d'auteur traditionnel.

Un logiciel original est protégé par le droit d'auteur du seul fait de sa création, mais mieux vaut toutefois le déposer afin de pouvoir établir l'antériorité. Il existe plusieurs mécanismes/possibilités.

3. L'exploitation des logiciels : les licences

Le titulaire des droits patrimoniaux d'un logiciel a la possibilité d'en concéder l'exercice à un tiers. Cela s'effectue à l'aide d'un document contractuel nommé « licence » qui spécifie l'étendue des droits concédés au licencié. Cette licence peut aller de la simple concession du droit d'usage du logiciel sur un seul ordinateur et pour une durée limitée à des fins d'évaluation, à une licence très large permettant à celui qui en bénéficie de reproduire le logiciel et de le distribuer librement dans le commerce. Toutes les restrictions sont possibles sous réserve des dispositions de l'article L.122-6 -1 du CPI et notamment du droit pour le licencié de réaliser une copie de sauvegarde du logiciel.

Les droits patrimoniaux accordant aux propriétaires d'une œuvre des droits d'exploitation exclusifs, ces droits ne sont limités que par l'accord des parties à l'accepter et à leur validité dans le droit national. Elles visent à protéger avant tout la propriété intellectuelle du détenteur. La plupart du temps cela correspond à interdire la rétro-ingénierie, à demander un paiement en échange de l'utilisation du logiciel et à interdire sa copie. Dans la quasi-totalité des cas, le client achète non pas un logiciel, mais un droit limité d'utilisation de celui-ci.

Types de licences

Il existe en matière de logiciels un grand nombre de types de licences différentes :

- **Licence fixe** : elle est conçue pour un logiciel installé et utilisé sur un ordinateur spécifique, à partir de n'importe quelle session. Elle peut utiliser une caractéristique spécifique à cet ordinateur, comme par exemple son adresse MAC (*Media Access Control*) pour vérifier et contraindre la conformité de l'usage de la licence. Si vous installez un logiciel avec une licence fixe sur plusieurs ordinateurs, vous êtes hors-la-loi.
- **Licence nominative** : elle est attribuée à un utilisateur particulier, qui peut l'installer sur plusieurs ordinateurs, mais est le seul utilisateur autorisé à l'utiliser.
- **Licence flottante** : elle fonctionne avec un ordinateur serveur de licence(s). Celui-ci décompte le nombre de licences utilisées à un instant T sur le réseau. Tant qu'au moins une licence reste disponible, tout ordinateur du réseau réclamant une licence se la verra affecter temporairement durant le temps d'utilisation du logiciel concerné.
- **Licence de groupe** : la plupart des éditeurs ont mis en place des licences en groupe ou en volume soit par accord global entre l'éditeur et l'entreprise, soit selon un tarif dégressif en fonction des quantités achetées ;
- **Licence OEM** : la plupart des constructeurs vendent avec leur machine les systèmes d'exploitation (Microsoft Windows) et les logiciels bureautiques (Microsoft Office) en licences OEM (*Original Equipment Manufacturer*). Une telle licence est en principe limitée à une seule machine. Nous reviendrons plus largement sur ce type de licence ;

- **Shareware** : elle attribue un droit temporaire et/ou avec des fonctionnalités limitées d'utilisation. Après cette période d'essai ou si l'utilisateur souhaite avoir accès à l'intégralité des fonctions, l'achat d'une licence (fixe, nominatif ou flottante) est souvent obligatoire ;
- **Licences libres** : permet d'utiliser, d'étudier, modifier, dupliquer et diffuser un logiciel (techniquement et légalement). Une licence libre ne veut pas forcément dire licence gratuite, même si c'est souvent le cas. Attention en entreprise : un logiciel gratuit sous licence libre peut ne pas l'être lorsqu'il est utilisé à but lucratif. Ceci se vérifie sur le site du développeur. Nous y reviendrons plus en détail.

Méthode d'agrément du contrat

Deux modes d'agréments, très couramment utilisés, sont critiqués car souvent considérés comme de la vente forcée :

- Un encart sur l'emballage du logiciel précise que lorsqu'on ôte le cellophane ou un sceau autocollant, on accepte de fait le contrat présent dans la boîte (qui n'a donc pas été lu à ce moment). Elles sont nommées *shrink-wrap licences* en anglais ;
- Dans le cas de logiciels pré-installés ou téléchargés à partir d'Internet, un écran informe de la nécessité d'accepter le contrat de licence utilisateur final (CLUF) avant de pouvoir continuer. Certains logiciels d'installation refusent de poursuivre tant que vous n'avez pas fait défiler le texte jusqu'en bas (équivalent logiciel du « si vous n'avez pas tourné toutes les pages du contrat »). Elles sont nommées *click-through licences* en anglais.

Contrat de licence utilisateur final

Le terme Contrat de Licence Utilisateur Final (CLUF) est une traduction du terme anglais EULA (*End User License Agreement*). Ce contrat lie une personne installant un logiciel affecté par ce type de licence sur un ordinateur et l'éditeur du logiciel. Dans la plupart des cas, le nombre de machines sur lesquelles on peut installer le logiciel est limité, ainsi que le nombre d'utilisateurs qui peuvent utiliser le logiciel, ainsi que d'autres clauses.

Parmi celles-ci, la fréquente clause « *as it is* », qui permet à l'éditeur du logiciel de décliner toute garantie en cas de fonctionnement défectueux et de se réserver le droit de faire payer les correctifs, alors qu'il est impossible de déterminer à la livraison si un logiciel n'est pas bogué. En droit français cette pratique, qui permet théoriquement d'échapper à la notion de vice caché, est parfaitement contradictoire avec la volonté des éditeurs de placer les produits logiciels dans le domaine des œuvres manufacturées : la législation prévoit en effet pour celles-ci pendant une durée illimitée la responsabilité du fabricant en cas de vice caché ayant entraîné un préjudice.

D'autres clauses peuvent être présentes :

- spécifiant que les utilisateurs donnent le droit au propriétaire d'enregistrer des données les concernant ;

- limitant l'utilisation en fonction du pays (par exemple pour se conformer à la législation des États-Unis qui assimilait les logiciels de cryptographie à des armes de guerre) ou du lieu d'utilisation (centrale nucléaire pour certains logiciels grand public) ;
- sur les créations produites avec leurs logiciels : interdiction de créer des contenus avec le logiciel disant du mal de l'éditeur, copyright automatique sur les œuvres créées avec leurs logiciels ou même cession automatique des droits patrimoniaux à l'éditeur pour toute œuvre publiée à l'aide de ce logiciel ;
- possibilité de modifier unilatéralement le contrat sans remise en cause de l'agrément.
- limitation à la société acheteuse (donc juridiquement non cessible en cas de vente d'actifs d'une société à une autre !)

Depuis 2012 toutefois les choses ont sérieusement évolué. L'arrêt de la CJUE du 3 juillet 2012, C-128/11 Usedsoft c/ Oracle, condamne la licence d'utilisation et la théorie classique du droit du logiciel en consacrant l'existence de l'exemplaire logiciel comme chose possédant son propre régime juridique, distinct de celui de l'œuvre logicielle régie par le droit d'auteur. Par voie de conséquence, la Cour consacre la qualification de vente pour toutes licences qui seraient conclues pour une durée illimitée à un prix forfaitaire. L'utilisation du logiciel ne résulte plus d'un pseudo droit d'utilisation concédé sur le fondement du droit d'auteur par le truchement d'une licence d'utilisation, mais de la propriété légitime de l'exemplaire logiciel fondée sur une vente ou d'une location. Disparaissent ainsi tant la notion de licence d'utilisation que celle d'utilisateur final, au profit du terme « utilisateur légitime » : un propriétaire ayant acheté un exemplaire logiciel ou un locataire ayant loué un exemplaire logiciel.

Gestion des licences

Chez un même éditeur les formes de licences sont nombreuses et évoluent rapidement dans le temps. Vu le nombre de logiciels installés sur une machine, provenant très souvent de différents éditeurs, connaître en permanence ses droits sur un parc important relève du casse-tête.

Il est donc primordial de simplifier la situation en définissant des règles communes d'achat de licences pour l'ensemble de l'entreprise et de signer des contrats d'achat cadre avec les fournisseurs.

La preuve de possession d'une licence semble pour le législateur résider dans la facture d'achat (même s'il est exceptionnel qu'une indication formelle, comme le numéro de série, identifie l'exemplaire acheté !) et/ou dans un certificat de licence fourni par l'éditeur. Le CD-Rom original, même s'il faut absolument le conserver soigneusement, ne semble pas avoir beaucoup d'intérêt juridique.

Il est totalement à proscrire l'installation d'un même numéro de série sur plusieurs machines, lorsqu'un numéro de série différent est fourni avec chaque exemplaire, quand bien même vous possédez le nombre correct de licences (ce qui est souvent très difficile à prouver).

Certaines entreprises regroupent tous les logiciels d'une machine (avec licences, documentation, originaux...) dans une belle boîte. Malheureusement, après quelques mois, l'expérience montre inévitablement que la situation s'est dégradée et qu'il est difficile de reconstituer un parc convenable.

La solution la plus économique consiste à numéroter chaque machine et à noter chaque achat de logiciel, avec les clés et numéros de série correspondant et d'archiver factures, licences et CD-Rom originaux en indiquant le numéro de la machine concernée. Une base de données très simple ou même une feuille de calcul peut suffire à cette gestion.

Une solution plus efficace consiste à recourir à un logiciel de gestion de parc, capable d'assurer le recensement des licences logicielles installées. Les frais d'achats, d'installation et de maintenance de ces logiciels ne sont finalement pas très élevés pour deux raisons principales :

- Un grand nombre de logiciels se trouvent illégalement copiés sur les postes, ce qui pose un problème de responsabilité (pénale, donc à terme financière) ;
- Nombre de licences régulièrement achetées ne sont pas employées faute d'un suivi correct.

4. La magnifique histoire des licences OEM

L'Original Equipment Manufacturer désigne ce que l'on appelle couramment équipementiers. C'est un terme qui provient directement de l'industrie, et en particulier de l'automobile et de l'aéronautique : des industriels qui conçoivent et commercialisent des pièces ou des sous-ensembles qui seront intégrés à un produit fini tel qu'une voiture, un avion, etc. Dans l'industrie informatique, les OEM fournissaient initialement aux constructeurs d'ordinateurs les pièces nécessaires (cartes mères, extensions diverses, etc.) à l'assemblage des machines. Mais avec l'apparition d'ordinateurs « prêts à emploi », le principe s'est étendu aux logiciels, eux-mêmes vendus avec l'ordinateur. De nombreuses voix se sont élevées, dénonçant une vente liée, pratique interdite en France, mais jusqu'à présent la jurisprudence n'a pas retenu ce fait, certains distributeurs ayant notamment commercialisé des machines sans logiciel équivalentes en termes de performances matérielles, mais finalement plus chères que leurs homologues équipées. Il reste délicat de trouver un PC sans son Windows OEM...

Le problème est plutôt ailleurs : ces licences ne sont plus valables lorsque la machine est revendue ou lorsque la machine est détruite. Pire, lorsqu'on achète une mise à jour, celle-ci est généralement dite « pleine » (c'est-à-dire indépendante de la machine, mais toujours pas de l'entreprise), alors que le logiciel résultant (original OEM + mise à jour pleine) n'est pas une licence pleine (situation variable suivant l'éditeur). Vous êtes donc incapable d'employer quelque chose que vous avez acquis...

La question n'est donc pas tant la présence de tel ou tel logiciel dans une machine mais de s'interroger sur la possibilité de réutilisation de ce logiciel –ou simplement de réinstallation en cas de problème. L'absence des supports physiques externes (CD-Rom d'installation, documentation, etc.) peut entraîner l'impossibilité d'utiliser le logiciel sur une autre machine, voire sur la même. Si le support n'est pas inclus dans le pack, il faut s'assurer de la possibilité d'obtenir gratuitement une copie du logiciel sur CD auprès de l'éditeur. Dans certains cas, c'est à vous de créer un CD ou DVD de sauvegarde...

Enfin, lors de l'achat, il convient également de s'assurer que la version des logiciels est bien identique aux versions boîtes et qu'il ne s'agit pas d'une version "allégée".

5. Licence de logiciel libre

Définition



Un logiciel est libre selon la *Free Software Foundation* (Fondation pour le logiciel libre) s'il confère à son utilisateur quatre libertés :

- exécuter le programme comme vous voulez, pour n'importe quel usage (liberté 0) ;
- étudier le fonctionnement du programme, et le modifier pour qu'il effectue vos tâches informatiques comme vous le souhaitez (liberté 1) ; l'accès au code source est une condition nécessaire ;
- redistribuer des copies, donc d'aider votre voisin (liberté 2) ;
- distribuer aux autres des copies de vos versions modifiées (liberté 3) ; en faisant cela, vous donnez à toute la communauté une possibilité de profiter de vos changements ; l'accès au code source est une condition nécessaire.

Le créateur d'un tel logiciel n'abandonne donc pas ses droits d'auteur mais concède à chacun le droit d'utiliser son œuvre à condition que toutes les améliorations soient rendues publiques et que le logiciel ainsi modifié circule librement. Un logiciel libre peut être un logiciel commercial. S'il s'oppose au logiciel propriétaire, il ne doit donc pas être confondu avec :

- le logiciel placé dans le domaine public et sur lequel l'auteur a renoncé à tous ses droits ;
- le *freeware*, ou graticiel, gratuit mais pas nécessairement libre ;
- le *shareware* ou partagiciel.

Il existe un certain nombre de modèles de licence adaptés aux logiciels libres, l'une des plus utilisée par la communauté scientifique étant la licence GNU GPL (*General Public Licence*).

Copyleft



Le Copyleft est l'accord qui régit la distribution des logiciels libres afin que les programmes, ainsi que tous les travaux dérivés, soient distribués avec le code source. Le copyleft répond à la logique du logiciel libre. Des systèmes ont été créés sur ce principe tel que Linux, système créé par des milliers de développeurs de par le monde.

Avantages et inconvénients des logiciels libres

1. Les logiciels propriétaires sont soumis au CLUF (Contrat de Licence Utilisateur Final) qui restreint l'utilisateur à n'utiliser que la liberté 0.

2. Le code source du logiciel libre étant divulgué, cela permet de réparer les failles du logiciel très rapidement et ainsi permettre de mieux l'utiliser.
3. Les logiciels propriétaires offrent une version de démonstration sans les fonctionnalités recherchées, elles ne seront disponibles qu'avec la version payante du logiciel.
4. La redistribution de logiciels libres est autorisée (liberté n°3). Celle-ci peut être gratuite ou payante.
5. Le logiciel libre est quasiment gratuit. Le logiciel propriétaire est lui de faiblement à très onéreux.

GPL (GENERAL PUBLIC LICENCE)

La GPL est la licence libre la plus utilisée car elle vous donne la liberté de :

1. Distribuer à sa guise des copies de logiciels libres.
2. Facturer ses copies s'il le souhaite.
3. Recevoir le code source (si demande il y a eu).
4. Modifier le logiciel libre ou extraire ses éléments dans de nouveaux logiciels libres.

