

Les logiciels libres connaissent un succès indéniable auprès des administrations, ce qui participe à la propagation de la pratique contractuelle des contrats de licence qui y est associée. Si la validité juridique de ces licences peut paraître incertaine, il semble que l'affirmation explicite de leur plein effet par l'Administration française accrédite la thèse de la reconnaissance d'une pratique *contra legem* disposant d'une valeur normative particulière. Les antinomies entre les dispositions juridiques habituelles des marchés publics et les licences copyleft impliquent nécessairement des adaptations de la part de chacun de ces cadres contractuels.

Les logiciels libres, l'administration et les marchés publics

Des principes juridiques à la pratique (et inversement)



Par Franck MACREZ

Équipe de Recherche
Créations immatérielles
et droit (ERCIM)



Par Raphaël RIVIÈRE

Juriste
Société Atos Origin

1. Les libertés du logiciel. – « *La liberté des hommes, au travers de leur histoire, est la prise de conscience progressive de leur aspiration sans cesse plus vaste qui les pousse à ouvrir des voies toujours nouvelles pour acquérir et développer la connaissance de leurs propres structures, de leurs potentialités, de leur imaginaire et de leur combinatoire, suscitant ainsi des idées nouvelles suivies de projets et d'actions (...)* ». Cette définition de la « liberté » selon Nicolas Schöffer, pionnier de l'art cybernétique, nous paraît bien correspondre à l'esprit dans lequel se réalise la création de logiciels selon le modèle dit « libre ». Plus précisément, l'expression « logiciel libre », souvent perçue comme synonyme d'« open source » fait référence à quatre libertés (1) considérées comme fondamentales par ses partisans : liberté d'exécuter tous les programmes, pour tous les usages ; liberté d'étudier le fonctionnement du pro-

gramme, et de l'adapter à ses propres besoins ; liberté de redistribuer des copies ; liberté d'améliorer le programme et de publier ses améliorations, pour en faire profiter toute la communauté. Concrètement, ces principes impliquent nécessairement une liberté d'accès au code source (2) du logiciel, et seront garantis par une licence accompagnant chacun de ces logiciels. De nombreuses licences de ce type existent, la plus populaire étant sans aucun doute la licence publique générale GNU ou « GNU General Public License » (GNU GPL) (3). Le principe directeur est celui du « copyleft », jeu de mots intraduisible mais francisé en « gauche d'auteur », en vertu duquel toute reproduction ou utilisation du logiciel est laissée libre par l'auteur à condition de conserver la même licence sur les modifications subséquentes. Deux précisions méritent ici d'être apportées. D'une part, les licences libres ne constituent pas une négation du droit d'auteur mais procèdent d'une utilisation, originale et paradoxale (4), de celui-ci : le logiciel libre « ne s'oppose aucunement au droit d'auteur : il s'appuie sur lui » (5). D'autre part, si l'on peut trouver gratuitement ces logiciels sur Internet, la gratuité n'a jamais été un principe fondateur de ce modèle de développement particulier (6). Au contraire, une stipulation d'« usage non-commercial » est considérée comme une entrave au principe de liberté de distribuer le logiciel. Il s'agit d'un modèle économique et de développement particulier dont le marché est aujourd'hui en expansion.

2. Intérêt des logiciels libres pour l'Administration. – Les raisons de l'intérêt que porte l'administration aux logiciels libres sont d'ordres divers. Il s'agit, sans doute, avant tout d'un choix technique, car « *ce mode de développement est très performant pour éliminer les erreurs, tâche qui constitue fréquemment la majeure partie de l'activité de conception d'un logiciel* » (7). Cela tient à l'approche collaborative qui gouverne l'organisation de leur création : « *la plus-value du logiciel libre, c'est de travailler ensemble* » (8), résume le directeur de l'Association des Développeurs et des Utilisateurs de Logiciels Libres pour l'Administration et les Collectivités Territoriales (AduLLact) (9). Côté pouvoirs publics, l'Agence des Technologies de l'Information et de la Communication dans l'Administration (ATICA) exprimait bien les raisons de l'intérêt de l'État à promouvoir et développer le logiciel libre au sein de ses ministères et de ses collectivités locales : « *l'émergence des logiciels libres repose sur un phénomène simple : la volonté de mutualiser les logiciels [...]. La mutualisation de leur développement est une approche naturelle pour réduire les coûts ou améliorer la qualité d'un logiciel en accroissant son caractère générique, sa souplesse, sa richesse fonctionnelle et sa modularité* » (10). L'agence gouvernementale présentait et justifiait le choix des logiciels libres en sept points : coût d'investissement, coût de fonctionnement, qualité et performance, sécurité, ouverture et interopérabilité, pérennité et indépendance (11). De plus, des

prestations de transferts de compétences étant généralement prévues dans les marchés publics, la personne publique sera apte à reprendre la maintenance des logiciels libres modifiés, et faire elle-même les modifications qu'elle souhaite apporter auxdits logiciels (12). Cet engouement implique que l'administration se trouve confrontée aux nombreuses difficultés juridiques que présentent les licences de logiciels libres.

3. Les difficultés juridiques.— Nous admettons l'hypothèse que c'est la loi française qui est applicable (13). Le professeur Caron rappelle à raison que « *les contrats qui encadrent ces drôles de logiciels ne peuvent pas s'affranchir des règles de droit qui s'imposent à tous* » (14). Les difficultés posées concernent tant le droit commun que le droit d'auteur. Du point de vue du droit commun, les problèmes concernent la réalité du consentement (15), la langue du contrat (16), les clauses d'exclusion de garantie (17) et de responsabilité (18). Les difficultés sont encore plus épineuses s'agissant du droit d'auteur (19) : ne semblent pas respectées des règles impératives telles que le formalisme des cessions (20) et le droit moral de l'auteur (21). L'exemple de l'utilisation de ces licences dans l'administration et les marchés publics fournit un terrain d'observation particulièrement intéressant (22) pour l'analyse juridique des licences de logiciels libres. Il faudra en particulier analyser la manière dont l'administration envisage les difficultés que nous venons d'évoquer. Cela est possible en constatant la véritable reconnaissance des logiciels libres par l'administration (I) et en examinant leur intégration au sein des marchés publics (II).

I. — LA RECONNAISSANCE DES LOGICIELS LIBRES PAR L'ADMINISTRATION

4. La Direction Générale de la Modernisation de l'État (DGME) a pour mission la coordination de l'ensemble des projets destinés à améliorer la diffusion des technologies de l'information dans l'administration (23). Ces projets portent notamment sur la mutualisation des moyens entre les différentes administrations (24). La question du logiciel libre est déterminante, en ce sens qu'il apparaît depuis quelques temps déjà (25) comme un rouage essentiel à cette volonté de partage et d'interopérabilité entre les différents systèmes d'informations des autorités de l'État. On peut ainsi constater une expansion des logiciels libres au sein

de l'administration (A), ce qui n'est sans doute pas sans conséquence sur la manière d'appréhender les difficultés juridiques des licences de logiciels libres (B).

A. — L'expansion des logiciels libres

5. L'étude de la méthode adoptée (1) précédera la constatation du résultat de l'expansion des logiciels libres (2).

1. La méthode adoptée : contrainte ou incitation ?

6. La contrainte.— L'intérêt des pouvoirs publics a pu conduire certains à se demander s'il fallait « *contraindre les pouvoirs publics à utiliser des logiciels libres* » (26). Ainsi en Belgique, des débats ont eu lieu face à des propositions de loi, de décret ou d'ordonnance visant à imposer ce type de logiciels aux administrations (27). La Norvège impose, de son côté, le logiciel libre dans l'ensemble du secteur public : « *Avant la fin 2006, toutes les administrations et les entreprises publiques devront avoir opté pour des systèmes Open Source* » (28). En France, la question d'une imposition par la voie législative s'est également posée, option rejetée par le rapport *Carcenac* (29), qui réaffirmait cependant la nécessité pour les organes de l'État d'utiliser des standards ouverts. Il était possible de se poser la question de l'opportunité économique d'une telle méthode. Pour l'ADAE, s'il est bien vrai que le logiciel libre peut gêner l'activité des éditeurs, il augmente en contrepartie celle des sociétés de services, et a donc à ce titre un impact positif sur l'économie (30). On pouvait de plus se demander si le financement public des logiciels libres ne porterait pas atteinte à la libre concurrence (31). Pourtant, l'intérêt de ce mode de développement est tel que le gouvernement, sans rien imposer, tend vers l'incitation au développement des solutions informatiques libres.

7. L'incitation.— L'encouragement à l'adoption de systèmes libres se constate dans plusieurs pays européens. Ainsi en Angleterre, la création d'une *Open Source Academy* a révélé la volonté du gouvernement britannique de promouvoir les logiciels libres (32), et les collectivités locales suivent ces recommandations en s'équipant de logiciels libres tels que Linux. Cette institution a pour objectif d'encourager l'ensemble des autorités locales, en fournissant l'ensemble des informations nécessaires à la prise de connaissance et à l'utilisation de ces technologies (33). En France, le décret portant création de l'agence des technologies de l'information et de la communication dans l'administration faisait explicitement

référence aux logiciels libres : l'agence « *encourage les administrations à utiliser des logiciels libres et des standards ouverts* » (34). La solution des logiciels libres est vraisemblablement promise à un bel avenir au sein des diverses entités publiques européennes. En France, le résultat de cette politique est que les administrations deviennent productrices de logiciels libres en plus d'en être utilisatrices.

2. Le résultat obtenu : de l'utilisation à la production de logiciels libres

8. L'utilisation de logiciels libres.— En 2002, l'ATICA constatait que « *les ministères aussi bien que les collectivités territoriales sont maintenant des utilisateurs significatifs des logiciels libres mais aussi des producteurs de logiciels libres* » (35). Une enquête réalisée à la fin de l'année 2004 par l'Apronet et la Mission Ecocter (36) sur l'utilisation des logiciels libres dans les collectivités territoriales, révèle que 74 % des collectivités (37) utilisaient des logiciels libres. Par exemple, les systèmes d'exploitations seraient à 91 % des systèmes libres (38), et la suite bureautique *Open Office* est retenue par 75 % des utilisateurs (39). Du côté de l'administration étatique, on a pu remarquer l'important contrat passé par le ministère de l'économie et des finances en février 2006, dans la continuation d'une politique menée depuis plusieurs années (40). Cela a été l'occasion pour le directeur du système d'information fiscal de rappeler qu'« *il ne reste guère plus qu'une vingtaine de logiciels propriétaires dans le parc déployé au ministère* », le millier de serveurs gérant l'impôt sur le revenu ayant basculé sous Linux à la fin de l'année 2000. Mais l'Administration n'est pas seulement « *cliente* » ou utilisatrice, elle est aussi productrice de logiciels libres.

9. La production de logiciels libres.— L'« *enquête sur l'utilisation des logiciels libres dans les collectivités territoriales* » montre que plus de la moitié des collectivités y ayant répondu ont fait développer des logiciels « *maison* » (41). Le « *reversement* » des développements effectués semble assez faible (42), ce qui n'est pas interdit par la licence libre. En effet, celle-ci impose seulement de conserver le code source ouvert sous les mêmes termes contractuels en cas de redistribution (43) : l'usage interne (44) n'implique pas un « *reversement* » qui n'est nulle part mentionné. On se rend compte que la position de créateur de logiciel implique pour l'administration qu'elle soit plus directe-

ment confrontée à l'analyse juridique des licences qui régissent les logiciels libres. Mais cela est vrai également en tant qu'utilisateur, et dans ces deux rôles il semble que les difficultés juridiques que posent les licences libres soient assez largement ignorées.

B. – L'ignorance des difficultés juridiques des licences libres

10. Un cadre juridique cohérent et sûr ? – Le « *Guide de choix et d'usage des licences de logiciels libres pour les administrations* » de l'agence gouvernementale affirme que la « *multiplication des projets ainsi que la nouveauté de l'approche en matière de licences de logiciels impliquent que l'administration progresse dans la construction d'un cadre, notamment administratif et juridique, cohérent et sûr* » (45). Pourtant, les recommandations faites aux administrations ignorent, volontairement ou non, les difficultés juridiques que les licences recèlent (1), consacrant ainsi une pratique *contra legem* (2).

1. Les recommandations faites aux administrations

11. Rappel du principe. – Il est rappelé aux administrations que « *d'un point de vue juridique, un logiciel libre est avant tout un logiciel protégé par le droit d'auteur et soumis à une licence qui le régit et en délimite les droits et obligations afférents* » (46) et qu'« *un logiciel libre est donc bien soumis au droit d'auteur et au Code de la propriété intellectuelle* » (47). L'affirmation est bienvenue, mais alors que l'agence recommande l'utilisation des logiciels soumis aux licences libres, il n'est nulle part fait mention des problèmes de validité de ces licences en droit français, en particulier vis-à-vis du Code de la propriété intellectuelle. L'omission est étonnante. Les questions de droit d'auteur ont pu être omises car la matière est technique et peut laisser une large place à l'interprétation. Mais on imagine mal une agence gouvernementale ignorer, alors qu'elle affirme sa préférence pour une licence en langue anglaise, que la « *loi Toubon* » impose sans ambiguïté à l'administration de contracter en français. Toutefois, la recommandation ne s'arrête pas là.

12. La soumission aux licences de logiciels libres. – En réalité, les administrations sont invitées à adapter leurs propres documents contractuels aux caractéristiques des licences libres (48), dont on sait que certaines posent problème : « *Les administrations doivent rédiger un CCAP [Cahier des Clauses Administrati-*

ves Particulières] qui soit compatible avec les aspects juridiques des licences de logiciel libre (tels que la langue du contrat, la loi applicable, la limitation de garantie et de responsabilité, l'étendue des droits conférés, etc.) » (49). L'affirmation est étrange en ce qu'on pourrait en déduire que l'administration devrait produire un CCAP en anglais, ou reconnaître que la loi applicable est la loi californienne ou norvégienne ! Nous verrons qu'il n'en est évidemment pas question en pratique, à propos des marchés publics (50). Retenons simplement que dans l'esprit des administrations la licence doit pleinement jouer. Elles ont donc la volonté de s'adapter à un système contractuel dont la validité n'est pas remise en cause, jouissant d'une force contraignante certaine dans l'esprit de ses acteurs.

L'incidence de la reconnaissance de l'usage comme créateur de droit est le plus remarquable s'agissant du droit d'auteur

2. Une pratique *contra legem*

13. Existence. – Sans entrer dans les débats théoriques sur la juridicité possible des usages (51), rappelons que la doctrine traditionnelle accorde à la pratique le caractère de règle de droit (52) à condition d'être constituée d'un élément matériel de généralité et de durée ainsi que d'un élément psychologique, croyance au caractère obligatoire de l'usage (*opinio juris seu necessitatis*) (53). Le fait que les administrations se conforment aux règles imposées par les licences libres implique bien qu'elles les considèrent comme obligatoires (54). La généralité de la pratique contractuelle a également pu être constatée. En d'autres termes, la pérennité de la pratique des licences de logiciels libres est incontestable, et deux types d'explications viennent conforter le constat. D'une part, les règles posées par les licences libres sont acceptées de manière unanime. D'autre part, quand bien même voudrait-on remettre en cause la validité d'une licence, la pratique judiciaire montrerait que les hypothèses sont très réduites et se heurtent à une impossibilité logique (55). La reconnaissance d'un tel usage ne peut à notre avis rester sans conséquence sur l'analyse juridique des licences libres.

14. Conséquences. – L'incidence de la reconnaissance de l'usage comme créateur de droit (56) est le plus remarquable s'agissant du droit d'auteur (57). Les usages concernant les droits de propriété intellectuelle n'ont fait l'objet d'études spécifiques qu'à une période récente (58). Il s'agit, pourtant, d'une « *source importante du droit d'auteur, source souvent méconnue en raison de son manque de lisibilité* » (59). De prime abord, envisager l'hypothèse d'une pratique contractuelle pouvant valablement combattre les règles impératives protectrices de l'auteur peut surprendre. Mais s'agissant du logiciel, ces règles n'ont pas le caractère absolu qu'on leur prête s'agissant d'œuvres « *classiques* ». Ainsi, les deux attributs du droit moral auxquels les licences libres portent atteinte du fait du principe de *copyleft* sont généralement perçus comme peu adaptés au contexte de la création logicielle. En effet, puisque le droit de divulgation constitue « *une absurdité économique dans le contexte qui est celui de la création logicielle* » (60), il faut bien reconnaître qu'il « *ne cadre pas avec l'esprit des dispositions légales gouvernant la matière* » (61). Concernant le droit au respect, il est limité par la loi à l'atteinte à l'honneur et à la réputation de l'auteur du logiciel (62), et « *il semble bien théorique que [les modifications] puissent finalement porter atteinte à l'honneur ou à la réputation de l'auteur* » (63) ce qui conduit à se demander s'il ne s'agit pas d'« *une prérogative toute symbolique* » (64). En conséquence, il nous semble que les règles du droit d'auteur ne sont pas, s'agissant du logiciel (65), d'une rigidité telle qu'un juge choisirait de les faire prévaloir sur une pratique contractuelle largement acceptée et respectée. C'est sans doute un facteur qui a joué un rôle important dans la décision d'un tribunal allemand de faire jouer pleinement les droits et obligations issus de la licence GNU GPL (66). L'analyse permet de relativiser et de limiter les problèmes posés en allant dans le sens d'une application souple et raisonnable de la règle de droit. Mais certains obstacles demeurent (67). Il est donc intéressant d'examiner dans le détail de quelle manière les licences de logiciels libres sont intégrées dans les procédures de marchés publics.

II. – L'INTÉGRATION DES LOGICIELS LIBRES DANS LES MARCHÉS PUBLICS

15. Le marché public. – Les marchés publics, « *contrats conclus à titre onéreux avec des personnes publiques ou privées*

par les personnes morales de droit public (...) pour répondre à leurs besoins en matière de travaux, de fournitures ou de services » ont pour caractères principaux « les principes de liberté d'accès à la commande publique, d'égalité de traitement des candidats et de transparence des procédures » (68). En ce sens, le droit des marchés publics peut se présenter comme un droit de la concurrence pour la distribution de la commande publique. Une collectivité publique définit son besoin dans un ensemble de documents, qu'elle transmet à plusieurs soumissionnaires et selon une procédure d'appel d'offres destinée à « éclairer le libre choix du cocontractant auquel procède l'administration » (69). En terme de régime applicable, le marché public informatique ne diffère pas du régime appliqué à tout autre marché public. Il est en effet régi par trois sortes de réglementation : une réglementation classique constituée par les lois, décrets ou arrêtés ; deuxièmement, par des textes types comme les cahiers des clauses administratives et techniques ; troisièmement, par des recommandations, conseils et avis divers (70).

16. Le marché public informatique.

Le cas des marchés publics informatiques, et *a fortiori* des logiciels libres, révèle quelques spécificités, notamment en termes d'expression des besoins. Ainsi, pour un marché public informatique, les demandes de la personne publique en termes de prestations peuvent être de toutes sortes : maintenance des logiciels en place, développements spécifiques et modernisation de certaines applications, mais aussi développement de nouvelles applications basées sur des logiciels libres non encore utilisées chez la personne publique. Le tout est de savoir si la personne publique, quelle qu'elle soit, est en mesure de déterminer avec assez de précision et de pertinence son besoin en matière informatique. Pour ce faire, un certain nombre de procédures de passation des marchés publics existe, afin que la collectivité publique soit en mesure de construire et préciser son besoin, en collaboration avec des prestataires de services. Par exemple, la procédure de dialogue compétitif permet à la collectivité publique de construire son cahier des charges en plusieurs étapes, juridiques et/ou techniques, en rencontrant successivement l'ensemble des soumissionnaires à un appel d'offres.

17. Les documents de référence.

Concernant les marchés publics informatiques, nous nous intéresserons es-

sentiellement aux cahiers des clauses administratives et techniques. Ils sont en effet l'expression de la particularité du marché auquel ils s'appliquent : des cahiers des clauses administratives générales spécifiques à la matière vont régir les relations entre les parties. Il peut s'agir du Cahier des Clauses Administratives Générales Prestations Intellectuelles (CCAG PI), du Cahier des Clauses Administratives Générales Marchés Industriels (CCAG MI), ou encore du Cahier des Clauses Administratives Générales Fournitures Courantes de Services (CCAG FCS) (71). Pour un marché public donné, un seul de ces documents sera applicable. S'agissant du sort des droits de propriété intellectuelle nés des prestations du marché, il est réglé à la fois par les stipulations du cahier des clauses administratives générales (CCAG) applicable, et par les stipulations introduites dans le cahier des clauses administratives particulières (CCAP) dudit marché. En effet, si le CCAG donne les règles génériques appli-

Le cas des marchés publics informatique, et *a fortiori* des logiciels libres, révèle quelques spécificités, notamment en termes d'expression des besoins.

cables au marché, le CCAP en donne les règles spécifiques au contexte. Pour les marchés publics informatiques qui font intervenir des logiciels libres, il faut constater l'opposition entre règles habituelles du marché public et licences libres quant aux droits de propriété intellectuelle (A), alors que ces deux mécanismes contractuels sont complémentaires s'agissant des obligations qui pèsent sur le prestataire de services, titulaire du marché, en termes de responsabilité et de garantie (B).

A. – Droits de propriété intellectuelle : l'opposition

18. Les règles habituellement utilisées dans les marchés publics (1) posent le problème de leur compatibilité avec la licence libre (2).

1. Les règles posées par les marchés publics

19. **Le CCAG PI, un texte à option.** – Parmi les documents qui déterminent le mode d'exécution d'un marché public, plusieurs dispositions règlent le sort des droits de propriété intellectuelle nés de

la réalisation des prestations de ce marché. Le CCAG PI comprend un chapitre qui concerne les droits sur les résultats des prestations, autrement dit le sort des droits de propriété intellectuelle nés de l'exécution du marché. Plusieurs options sont possibles, au choix de la personne publique, avec une gradation dans l'étendue des prérogatives accordées sur les droits de propriété intellectuelle. Nous ne présenterons pas ici le détail de ces options, retenant simplement celle « recommandée » par l'ATICA pour les marchés publics concernant les logiciels libres (72).

20. **L'option A du CCAG PI.** – En vertu de l'option A du CCAG PI, l'Administration dispose de manière exclusive du droit de divulgation ainsi que des droits patrimoniaux de représentation et de reproduction (73). Le titulaire du marché auteur du logiciel dispose, quant à lui, du droit au nom (74). Il ne peut réutiliser commercialement, ou gratuitement, les résultats qu'après autorisation expresse de l'administration, donc ne peut librement redistribuer. L'ATICA précise que cette option « est la plus adéquate, [et qu'] elle doit être complétée par une clause du CCAP (75) stipulant les droits de l'administration à diffuser les résultats comme logiciel libre » (76).

21. La méthode d'inclusion de la licence libre dans le marché.

– En réalité il est même recommandé d'inclure la licence libre dans les documents contractuels : « Il est conseillé de mentionner dans le CCAP que la licence fait partie des pièces contractuelles » (77), écrit l'agence gouvernementale. On peut se demander si, dans la pratique, cette recommandation est suivie par les administrations, qui pourraient légitimement hésiter lorsque la licence libre est en anglais. Ainsi, bien que dans l'hypothèse suggérée par l'ATICA, la licence attachée au logiciel libre objet du marché public fera partie des documents contractuels applicables au marché, un échappatoire sera trouvé en se contentant de préciser dans le CCAP que l'administration respecte la licence libre, sans formellement l'intégrer. Dans les deux cas, la personne publique affirme adhérer et respecter l'intégralité des stipulations de ladite licence. Mais cela amène à vérifier que les différents documents ne sont pas antinomiques.

2. L'incompatibilité avec la licence libre

22. **Le constat d'une incompatibilité.** – Dans l'hypothèse du choix de l'option A du CCAG PI, le prestataire de services ne

peut librement redistribuer les développements réalisés dans le cadre du marché. Or, la licence GNU GPL stipule que « pour protéger vos droits, il nous est nécessaire d'imposer des limitations qui interdisent à quiconque de vous refuser ces droits ou de vous demander d'y renoncer » (78). L'incompatibilité est évidente. L'exemple de la réalisation de développements spécifiques sur des logiciels libres déjà présents dans le parc logiciel du système d'information de l'administration est révélateur du problème que cela pose. En effet, dans cette hypothèse, tous les logiciels libres qui vont faire l'objet de développements complémentaires sont déjà soumis à des licences libres. Concrètement, ces développements, pour les logiciels sous licence *copyleft*, devraient être « contaminés » par ladite licence. Ainsi, le sort des résultats des prestations du marché en terme de droits de propriété intellectuelle devrait être réglé par les stipulations de cette licence. L'ATICA n'évoque pas cette possibilité, s'intéressant simplement au développement d'une partie ou de la totalité d'un logiciel non encore soumis à une licence libre. Pourtant, à vouloir respecter la licence, ce qui est la volonté de l'administration, il faudrait faire abstraction des stipulations du CCAG PI pour que, par exemple, le prestataire de services puisse réutiliser, redistribuer, modifier ou copier librement les développements réalisés par lui. La résolution du conflit doit être cherchée dans le principe de hiérarchie des documents contractuels.

23. La résolution de l'incompatibilité : la hiérarchie des documents contractuels.— Tout marché public est régi par un ensemble de documents contractuels présentés généralement dans le CCAP. Ces documents sont hiérarchisés de telle façon que les stipulations d'un document de rang supérieur priment sur les stipulations d'un document occupant un rang inférieur. Les documents les plus spécifiques vont bien naturellement occuper les rangs les plus importants : ainsi, on trouvera toujours le CCAP dans les documents prioritaires, tout comme le CCTP (79). Vient ensuite le CCAG applicable au marché, puis divers documents comme l'offre commerciale et technique du prestataire de services. La personne publique a seule la maîtrise des documents contractuels régissant le marché, et détermine quels sont les documents qui vont primer sur les autres. Ainsi, même si une licence d'un logiciel libre utilisé dans le cadre d'un marché public fait partie des documents contractuels, rien n'empêche la personne publique de

lui attribuer un rang inférieur aux documents précités. Lorsque le choix du respect de la licence est fait, il y a donc, comme on l'a vu, deux options : soit la licence est intégrée dans les documents contractuels par le CCAP, soit le CCAP ou le CCTP comporte des clauses faisant explicitement référence au respect de cette licence. Dans les deux cas, il nous semble que cela intègre les dispositions de la licence libre au niveau du CCAP (ou du CCTP) et que celles-ci devront primer sur les dispositions plus générales du CCAG PI. Cela est somme toute logique si, comme le préconise l'ATICA, l'administration a l'ambition de respecter les stipulations des licences de logiciels libres (80). L'antinomie que nous avons constatée est un exemple supplémentaire de l'utilisation à rebours que font les licences libres du droit d'auteur. Il n'en est pas de même concernant les questions de garantie et de responsabilité pour lesquelles le marché public va jouer un rôle de complément.

B. – Garantie et responsabilité : le complément

24. L'exonération de toute responsabilité du donneur originel de licence et l'absence de garantie quant au logiciel fourni (1) sont des stipulations omniprésentes dans les licences de logiciels libres (81). Dans le cadre de l'exécution d'un marché public, l'administration fait peser sur le titulaire du marché ces obligations, façonnant ainsi une véritable complémentarité entre logiciel libre, personne publique et prestataire de services (2).

1. L'exclusion dans la licence libre

25. La clause limitative dans la licence libre.— La licence GNU GPL précise que le logiciel est livré « *as is* », en l'état, sans garantie d'aucune sorte (82). Ainsi, il est stipulé que « *sauf lorsque explicitement prévu par la loi ou accepté par écrit, ni le détenteur des droits, ni quiconque autorisé à modifier et/ou redistribuer le programme comme il est permis ci-dessus ne pourra être tenu pour responsable de tout dommage direct, indirect, secondaire ou accessoire* (pertes financières dues au manque à gagner, à l'interruption d'activités ou à la perte de données, etc., découlant de l'utilisation du programme ou de l'impossibilité d'utiliser celui-ci) » (83). C'est la contrepartie de la gratuité du produit, de la « *liberté* » du code source. Le licencié est censé avoir pris seul la décision d'utiliser le logiciel sous licence GPL, il en assume donc les conséquences, la clause d'exclusion de responsabilité prévoyant toutefois les éventuelles exceptions liées aux lois applicables (84).

26. L'acceptation de l'exclusion par l'Administration.— Bien que de telles clauses d'exclusion puissent être parfois contestables, il apparaîtra difficile pour un licencié de mettre en jeu la responsabilité du donneur de licence, ou de demander une quelconque garantie sur le logiciel. Une raison concrète peut être trouvée dans le fait que les contributeurs à un même logiciel sont souvent nombreux et difficilement identifiables. Mais surtout, on a vu que l'administration acceptait pleinement les règles posées par les licences, et n'avait pas l'intention de les remettre en cause juridiquement. Pourtant, le besoin d'obtenir des garanties peut être présent, et le marché public est un bon palliatif à l'insuffisance des licences libres sur ce point.

2. L'inclusion dans le marché public

27. Une responsabilité a priori différente de celle de l'éditeur.— On peut se demander quelle responsabilité doit peser sur le prestataire de services dans le cadre de développements réalisés par lui, pour le compte et sur instructions d'une entité publique, à partir d'un logiciel régi par une licence libre. Autrement dit, la question est de savoir si la responsabilité pesant sur le prestataire sera la même que celle qui pèserait sur un éditeur du logiciel : le prestataire de services doit-il être tenu au même niveau d'exigence que s'il avait eu la qualité d'éditeur du logiciel libre modifié ? La responsabilité qui pèse sur le prestataire dans le cadre d'un marché public est, en général, une responsabilité de droit commun, responsabilité illimitée pour tous les dommages directs subis par la personne publique. Certains marchés publics peuvent apporter quelques modalités à cette responsabilité, qui peut être par exemple limitée au montant du marché. Il peut encore arriver que cette responsabilité soit étendue aux dommages indirects subis par la personne publique. Selon nous, dans le cadre de prestations réalisées à partir de logiciels libres, la responsabilité du prestataire de services devrait être limitée aux développements réalisés par lui. Il pourrait assumer une responsabilité sur l'intégralité des logiciels libres mis à disposition, à partir du moment où le cahier des charges prévoirait une phase de prise de connaissance de l'existant chez la personne publique, précédant la phase d'exécution des prestations du marché. En ce sens, le prestataire n'assumerait aucune responsabilité sur les éventuelles anomalies détectées dans l'existant chez la personne publique, et ne s'engagerait qu'à apporter des correctifs à ces anomalies. Sa responsabilité

>

porterait donc, par exemple, sur le niveau de performance de ces correctifs. Il assumerait évidemment une responsabilité pleine et entière sur les développements qu'il réalise dans le cadre du marché, de par sa qualité de « *professionnel de l'informatique* ».

28. La liberté contractuelle.— L'expression du besoin de la personne publique dans son cahier des charges va venir combler les manques de la licence de logiciel libre par des obligations supplémentaires pesant sur le prestataire. Le cahier des charges fera ainsi peser sur ce dernier les garanties non offertes par la licence de logiciel libre (85). Par exemple, il peut être stipulé que le prestataire assure une maintenance corrective sur le logiciel libre, en corrigeant les anomalies du logiciel, et aussi bien sur les développements réalisés durant l'exécution du marché que sur la version du logiciel précédemment détenue par la personne publique. Mais la personne publique peut aller plus loin, et demander au prestataire d'opérer une véritable veille technologique : ainsi, le prestataire devra proposer à la personne publique les nouvelles versions des logiciels libres dont celle-ci fait usage en assurant l'intégration de ces nouvelles versions de logiciels. La personne publique va par ailleurs pouvoir demander au prestataire une garantie de bon fonctionnement du logiciel, de correction des bogues (86), ou encore un maintien de niveau de performance du logiciel libre. L'obligation de garantie peut aller très loin : ainsi le contrat signé avec le ministère de l'Économie et des Finances

prévoit une garantie de résultat sur la correction des pannes critique (87). Au final, « *les particularités de l'open source peuvent permettre aux acteurs de s'orienter vers un modèle économique proche de l'assurance* » (88).

CONCLUSION

29. La « licence libre de droit français », une solution limitée.— Une solution aux difficultés rencontrées a pu être recherchée avec la création d'une « *licence libre de droit français* » (89). Le Commissariat à l'Énergie Atomique (CEA), le Centre National de la Recherche Scientifique (CNRS) et l'Institut National de Recherche en Informatique et en Automatique (INRIA) se sont ainsi rapprochés pour entreprendre la rédaction de la licence CeCILL (90). Si les avantages en sont indéniables (91), la solution est pourtant doublement limitée. D'une part, la compatibilité avec la licence GNU GPL est « *unidirectionnelle* » (92) : un module logiciel sous licence CeCILL, incorporé dans un logiciel sous licence GNU GPL, sera contaminé par la licence américaine. Le tout sera donc distribué sous licence GNU GPL. En pratique, le problème reste donc entier (93) puisque la licence d'origine américaine garde sa vocation à être la principale licence utilisée. D'autre part, le mécanisme du *copyleft* demeure le principe axial des licences libres. Même avec un contrat rédigé en français, les problèmes de conformité de la licence au droit moral de l'auteur demeurent. D'autres adaptations se révèlent donc nécessaires.

30. Les adaptations nécessaires.— Il a pu être proposé d'« *insérer dans le titre du Code [de la propriété intellectuelle] relatif à l'exploitation des oeuvres un nouveau contrat dit "d'exploitation libre" explicitement adapté à ce mode de diffusion* » (94). Une décision judiciaire mettant en cause le principe de ces licences en risquant d'en paralyser le mécanisme inciterait l'administration à songer à une telle solution. Pourtant, nous ne sommes pas dans une telle situation : la reconnaissance d'une pratique contractuelle *contra legem* nous semble plus vraisemblable et en même temps souhaitable (95). Ainsi, les adaptations nécessaires sont, à notre avis, essentiellement d'ordre contractuel. Pour la pérennité du système, il faudrait imaginer une véritable compatibilité (interopérabilité ?) entre les licences. La question de la « *traduction* » de la licence GNU GPL peut également être soulevée, les arguments avancés par la *Free Software Foundation* emportant modérément notre conviction (96). Mais il est malheureusement peu probable que la FSF s'intéresse à cette question (97). Par ailleurs, l'expansion des marchés publics portant sur des logiciels libres implique une adaptation de la pratique contractuelle de l'administration. La difficulté d'appréhension des licences devrait à notre avis être résolue de manière uniforme, par exemple par une nouvelle option, spécifique au logiciel libre, insérée au sein du CCAG PI (98). De telles adaptations sont souhaitables, afin d'accompagner de manière cohérente cette « *irrésistible ascension* » des logiciels libres... ♦

(1) Sur la distinction entre les expressions « *logiciel libre* » et « *open source* », et la présentation des « quatre libertés », voir par exemple : Benharous C., Berger O. et Sibaud B., FAQ sur le logiciel libre, disponible sur le site de l'Association pour la Promotion et la Recherche en Informatique Libre (APRIL) à l'adresse <<http://www.april.org/articles/faq/#logiciellibre>> (consulté le 5 mai 2006).

(2) « Le code source est un ensemble d'instructions écrites dans un langage de programmation informatique de haut niveau, c'est à dire humainement compréhensible, permettant d'obtenir un programme pour un ordinateur. Les systèmes d'exploitation ne peuvent pas directement exploiter le code source ; ils ne peuvent que lancer des exécutable. Le code source doit donc être transformé en code compréhensible par la machine, la compilation, ou être exécuté tel quel par un interpréteur. Hormis dans le cas des logiciels Open Source, le code source d'un programme n'est généralement pas public » : <http://fr.wikipedia.org/wiki/Code_source> (consultation 31 mars 2006).

(3) GNU est un acronyme récursif qui signifie « *GNU's Not Unix* ». Le texte de la licence GNU GPL est disponible à : <<http://www.gnu.org/copyleft/gpl.html>> ; pour une version en français (non officielle) de la licence : <<http://fsfrance.org/gpl/fr-fr.html>> . Pour une meilleure lisibilité, nous nous référons au texte français.

(4) Il s'agit en effet d'utiliser le droit d'auteur pour aboutir à un résultat inverse au principe d'autorisation régi par le monopole, « dans le but de renverser la logique de protection et d'aboutir à un mode d'exploitation qui favorise le partage et l'échange » (Rojinsky C. et Grynbaum V., Les licences libres et le droit français, Propr. Intell. 2002, 4, p. 28) ; voir également Clément-Fontaine M., La licence publique générale gnu [logiciel libre], mémoire DEA Créations immatérielles et droit, 1999 : « alors que le droit d'auteur a été créé pour permettre la réservation de l'œuvre, la GPL réussit de manière efficace, en utilisant les règles du droit d'auteur, à inverser cette logique ».

(5) Rojinsky C. et Grynbaum V., Les licences libres et le droit français, article précité.

(6) La confusion est entretenue du fait de l'ambivalence de l'expression anglophone « *free software* », où le terme « *free* » peut connaître la double signification « libre » et « gratuit ».

(7) Hom F., L'Économie des logiciels, La Découverte, 2004, p. 96.

(8) Nachury L., Le logiciel libre a-t-il le droit de se faire aider par l'État ? », 16 juin 2005, <www.01net.com>.

(9) Pour une présentation de cette association, voir <<http://www.aduallact.org>>.

(10) ATICA, « Guide de choix et d'usage des licences de logiciels libres pour les administrations », déc. 2002, disponible sur le site <<http://www.adae.gouv.fr/>>, p. 6.

(11) *Ibid.*, p. 10 et s., spéc. p. 13 : « capitaliser les nombreux développements réalisés par et pour l'administration afin de faire bénéficier rapidement l'ensemble des administrations d'un logiciel d'intérêt général développé pour une entité administrative donnée ».

(12) *Ibid.* : « maîtriser les logiciels eux-mêmes et pouvoir s'assurer de leur pérennité ».

(13) La question de la loi applicable n'est pas résolue par le contrat : l'immense majorité des licences de logiciel libre ne comporte pas une telle clause, à l'exception néanmoins de la licence QPL (*Q-tech Public License*, loi norvégienne) et de la licence MPL (*Mozilla Public License*, loi californienne). Les difficultés ne nous paraissent pas insurmontables. En effet, en l'absence de clause déterminant une loi applicable dans une convention, la Convention de Rome du 19 juin 1980 « sur la loi applicable aux obligations contractuelles », entrée en vigueur le 1^{er} avril 1991, imposera de se référer à la « prestation caractéristique » du contrat. Voir sur cette question les développements de Rojinsky C. et Grynbaum V., Les licences libres et le droit français, article précité, spéc. p. 31.

(14) Caron C., Les licences de logiciels dits « libres » à l'épreuve du droit d'auteur français, D. 2003, p. 1556.

(15) Il s'agit en effet de licences « *clickwrap* » et « *browserwrap* » (voir Cool Y., Aspects contractuels des licences de logiciels libres : les obligations de la liberté », in Les logiciels libres face au droit, Cahiers du CRID, Bruylant, 2005, p. 137, n° 273 et s.), posant des problèmes analogues à ceux de « *clickwrap* » (Vivant M. et alii, Lamy droit de l'informatique et des réseaux 2006, n° 852).

- (16) Loi n° 94-665 du 4 août 1994 relative à l'emploi de la langue française, dite « loi Toubon », JO 5 août 1994, art. 2 : « dans la désignation, l'offre, la présentation, le mode d'emploi ou d'utilisation, la description de l'étendue et des conditions de garantie d'un bien, d'un produit ou d'un service, ainsi que dans les factures et quittances, l'emploi de la langue française est obligatoire. » L'administration est spécialement obligée par cette loi : « Quels qu'en soient l'objet et les formes, les contrats auxquels une personne morale de droit public ou une personne privée exécutant une mission de service public sont parties sont rédigés en langue française » (art. 5, al. 1^{er}).
- (17) Sont concernées la garantie des vices cachés, et la garantie d'éviction. Sur ces questions, voir Sédallian V., Garanties et responsabilités dans les logiciels libres, Juriscom.net, 1^{er} sept. 2002, <www.juriscom.net>, p. 11.
- (18) On retiendra que les clauses exclusives de responsabilité sont en principe valables, sauf faute lourde. La clause peut être reconnue abusive à l'égard d'un consommateur, ce qui, s'agissant de l'administration, est à exclure. La responsabilité du fait des produits défectueux, bien que constituant une hypothèse rare, aura vocation à s'appliquer.
- (19) En effet, les problèmes de validité eu égard au droit commun ne sont peut-être pas insurmontables. Ils dépendent, pour les clauses d'exclusion de garantie, de la qualification que l'on donne au contrat. La question est discutée, s'agissant de la « fourniture de logiciel » (pour une présentation des thèses en présence, voir A. Lucas et H.-J. Lucas, *Traité de la propriété littéraire et artistique*, Litec, 2001, n° 685 et s.). La difficulté de qualification est telle que l'hypothèse d'un contrat *sui generis* n'est pas à exclure, analyse a fortiori valable pour ce contrat très particulier qu'est la licence libre (voir en ce sens, à propos de la licence d'utilisation en général : Collart-Dutilleul F. et Delebecque P., *Contrats civils et commerciaux*, D. 2004, p. 331 ; à propos des licences de logiciels : Le Tourneau P., *Droit de la responsabilité et des contrats*, D. 2005. Et sur les licences libres : Cool Y., *Aspects contractuels des licences de logiciels libres : les obligations de la liberté*, in *Les logiciels libres face au droit*, précité, p. 137, n° 231 p. 149 ; Lemyre P.-P., *Les logiciels libres sous l'angle de la responsabilité civile*, *op. cit.*, n° 72, p. 28).
- (20) La délimitation des droits cédés (C. propr. intell., art. L. 131-3) et la question de la cession d'une œuvre future (C. propr. intell., art. L. 131-1) sont concernées.
- (21) Le principe de *copyleft* entre en contradiction avec le droit de (non-) divulgation. L'autorisation *a priori* des modifications heurte le droit au respect de l'œuvre.
- (22) En effet, les consignes et circulaires de l'Administration sont généralement rendues publiques et par écrit. Nous nous référons ainsi particulièrement au « Guide de choix et d'usage des licences de logiciels libres pour les administrations » de l'ATICA, précité.
- (23) Avant la DGME, plusieurs organisations avaient vu le jour, ayant des missions similaires : l'Agence pour le Développement de l'Administration Électronique (l'ADAE, fondue dans la DGME avec d'autres délégations), créée en février 2003 (D. n° 2003-141, 21 févr. 2003 portant création de services interministériels pour la réforme de l'État, JO 22 févr. 2003, p. 3231), qui avait elle-même succédé à l'Agence pour les Technologies de l'Information et de la Communication dans l'Administration (ATICA).
- (24) Voir Circulaire du 12 sept. 2003 relative au développement de l'administration électronique, JO 18 sept. 2003, p. 16006.
- (25) On se souvient qu'en 1998 un accord-cadre avait été trouvé entre l'Association Francophone des Utilisateurs de Linux et des Logiciels Libres (AFUL) et le ministère de l'éducation nationale. Plus largement, en décembre 2002, l'ATICA, dans son « guide de choix... » (précité), avait pour objectif de montrer tous les avantages du choix des logiciels libres aux différentes administrations de l'État quant à la gestion de leur systèmes d'information.
- (26) De Roy D., *L'irruption du logiciel libre dans le secteur public. À la découverte d'une actualité fort ancienne*, in *Les logiciels libres face au droit*, *op. cit.*, p. 191 et s., spéc. p. 194.
- (27) Notamment à la Commission du Budget de l'Assemblée de la Commission communautaire française (33 et 35 (2002-2003) n° 2, p. 5-8 ; sur ces propositions, voir De Roy D., *L'utilisation des logiciels libres par les pouvoirs publics*, <<http://www.droit-technologie.org>>, 16 nov. 2004.
- (28) DGME, Une « *Open Source Academy* » en Grande-Bretagne, <<http://www.adae.gouv.fr/>>.
- (29) Carcenac T., *Pour une Administration électronique citoyenne – Méthodes et moyens*, Rapport au Premier Ministre, avr. 2001.
- (30) Nachury L., *Le logiciel libre a-t-il le droit de se faire aider par l'Etat ?*, 16 juin 2005, 01net.com.
- (31) Bien que le directeur de l'Adae ait annoncé que son agence allait « poser la question au Conseil de la concurrence ou au Conseil d'État quant à la mise à disposition des briques que l'État fait développer » (cité par Nachury L., *ibid.*), aucun avis n'a, à notre connaissance, été rendu.
- (32) V. Collet, « Tony Blair part en guerre contre Microsoft », *Le Figaro*, 10 mai 2005.
- (33) « *Our aim is to encourage the use of Open Source Software by local authorities through knowledge sharing and practical advice* » : <<http://www.opensourceacademy.gov.uk/>>.
- (34) D. 21 févr. 2003, article 3, précité.
- (35) ATICA, « Guide de choix... », précité.
- (36) « Enquête sur l'utilisation des logiciels libres dans les collectivités territoriales », par l'Apronet (Association des professionnels Internet des collectivités publiques locales) et la Mission Ecoter, réalisée entre le 4 novembre et le 31 décembre 2004, disponible sur le site : <<http://www.adullact.org/>>.
- (37) *ibid.*, p. 9. Pourcentage établi à partir des collectivités ayant répondu à l'enquête, soit 215 communes, représentant 33 départements répartis dans 8 régions.
- (38) *ibid.*, p. 10. Cela inclut les serveurs et les postes de travail.
- (39) *ibid.*, p. 15.
- (40) Voir Rognetta J., *Logiciels libres : Bercy signe un contrat de 39 millions d'euros*, *Les Échos*, 1^{er} févr. 2006, p. 25. Il s'agit d'un contrat de support et de maintenance pour les quatre directions de Bercy : la direction générale des impôts, la Comptabilité publique, les Douanes et la Direction du personnel et de la modernisation de l'administration (DPMA).
- (41) Enquête précité, p. 31.
- (42) 27 % seulement des enquêtés ayant répondu à la question reconnaissent avoir envisagé de partager leurs développements.
- (43) *Contra*, estimant de manière étonnante que « la propriété revient à la communauté » : Egret B. et Kaplun Y., *La nécessaire interprétation des licences relatives aux logiciels libres*, RLDI 2006/12, n° 265, p. 51.
- (44) « Usage interne : l'entreprise peut intégrer du code GPL dans son code propriétaire sans se heurter au principe du copyleft, c'est-à-dire sans avoir à le rendre disponible au public, à partir du moment où le logiciel ainsi constitué n'est pas distribué à des tiers et reste au sein de l'entreprise » (*ibid.*).
- (45) ATICA, « Guide de choix... », précité, p. 3.
- (46) *ibid.*, p. 4.
- (47) *ibid.*
- (48) Dans le contexte de cette étude, l'expression « licence libre » renvoie exclusivement aux licences portant sur des logiciels.
- (49) ATICA, « Guide de choix... », précité, p. 22. On peut lire par ailleurs qu'il est recommandé que le « CCAP devra s'efforcer de ne pas aller à l'encontre des dispositions juridiques impératives de la licence » (nous soulignons).
- (50) *Infra* II.
- (51) Pour une présentation synthétique, voir Oppetit B., *La survie de la coutume et du droit spontané*, in *Droit et Modernité*, PUF, 1998, p. 41 et s. (publiées également sous le titre « Sur la coutume en droit privé » dans la revue *Droits*, 1986 n° 3, p. 39).
- (52) Gény F., *Méthode d'interprétation et sources en droit privé positif*, t. 1, LGDJ Paris 1954, spéc. n° 109 et s.
- (53) Gény F., *ibid.*, n° 119 : « que les actes composant cet usage n'ont d'effet, pour la création du droit, que s'ils ont lieu dans la pensée d'une sanction sociale effective. » ; voir Terré F., *Introduction générale au droit*, Dalloz, 2003, n° 309 et s.
- (54) Il est d'ailleurs révélateur que les juristes praticiens ayant écrit sur le sujet considèrent qu'il s'agit d'« une réalité valide » (Dietrich Y., *Logiciels opensource : une réalité juridique au sein des entreprises*, RLDI 2005/4, n° 119, p. 28) et que « la validité de la GNU GPL n'[est] plus à remettre en cause » (Egret B. et Kaplun Y., *La nécessaire interprétation des licences relatives aux logiciels libres*, article précité, p. 51).
- (55) Pour résumer, « il est clair que dès lors que l'on arguerait de l'invalidité d'une telle licence ou de l'absence d'un lien contractuel, on s'exposerait à être purement et simplement reconnu contrefacteur et à défaut de licence d'être privé de tout droit d'utiliser ou de distribuer sur le logiciel placé sous une telle licence » (Dietrich Y., *Logiciels opensource : une réalité juridique au sein des entreprises*, article précité, p. 28). On peut néanmoins envisager des situations qui seront justement sanctionnées : Voir les hypothèses envisagées par le professeur Caron, spécialement dans le cadre d'une relation salarié/employeur, ou de l'exercice de droit de (non-divulgation) : Caron C., *Les licences de logiciels dits « libres »...*, article précité, n° 9. Mais selon nous cela ne remet pas en cause le principe même des licences libres et, dans le cas des logiciels, aura vraisemblablement une faible incidence pratique : le manque créé par l'interdiction serait rapidement comblé par la communauté des programmeurs.
- (56) La reconnaissance d'un usage en dépit de la loi n'est pas nouvelle. L'exemple bien connu est celui de l'anatocisme (capitalisation des intérêts) à l'encontre de l'article 1154 de Code civil. La consécration d'un usage commercial face à la règle législative a pu être réaffirmée récemment par la Cour de cassation : voir Bahans J.-M. et Menjucq M., *La reconnaissance d'un usage commercial comme règle de droit (à propos du courtage en vins bordelais)*, D. 2004, p. 414.
- (57) Même à considérer que la clause d'exclusion de garantie n'est pas valable, on remarquera que dans l'esprit des acteurs – et donc de l'administration – cette exclusion participe de l'équilibre naturel du contrat, eu égard à sa gratuité.
- (58) Benabou V.-L., *Puise à la source du droit d'auteur*, RIDA, avr. 2002, 192, p. 3 ; Caron C., *Les usages et pratiques professionnels en droit d'auteur*, *Prop. Intell.* 2003, 7, p. 127 ; Caron C., *La pratique comme source du droit d'auteur*, rapport général, in *Regards sur les sources du droit d'auteur*, Congrès ALAI, 2005 ; voir aussi Près X., *Les sources complémentaires du droit d'auteur français*, PUAM, 2004.
- (59) Benabou V.-L., *Puise à la source du droit d'auteur*, article précité, p. 21.
- (60) Vivant M., *Logiciel 94 : tout un programme ?*, JCP éd. G 1994, I, n° 3792.
- (61) Lucas A. et Lucas H.-J., *Traité de la propriété littéraire et artistique*, Litec, 2001, n° 381, p. 312, concluant néanmoins que « L'analyse peut se recommander de solides arguments pratiques, mais elle paraît tout de même bien audacieuse eu égard au principe d'inaliénabilité du droit moral. » Dans un sens contraire, en droit belge : « Des renonciations partielles au droit de divulgation sont [...] autorisées » (De Patouil F., *Logiciels libres et droit d'auteur : les droits moraux et les règles contractuelles*, in *Les logiciels libres face au droit*, précité, p. 91, p. 99).
- (62) C. propr. intell. art. L. 121-7, issu de la loi du 10 mai 1994.
- (63) Vivant M. et *alii*, *Lamy droit de l'informatique et des réseaux*, précité, n° 210 ; comp., évoquant des situations possibles d'une atteinte à l'honneur et à la réputation : Rojinsky C. et Grynbaum V., *Les licences libres et le droit français*, article précité, spéc. p. 37.
- (64) Lucas A. et Lucas H.-J., *Traité de la propriété littéraire et artistique*, Litec, 2001, n° 419 ; *contra*, dans le sens d'une affirmation absolue du droit au respect : Caron C., *Les licences de logiciels dits « libres »...*, article précité spéc. n° 10.

- (65) La question est assurément plus délicate concernant les licences libres portant sur des œuvres « classiques ».
- (66) Décision du tribunal de Munich, statuant en référé, du 8 août 2004. La décision originale est consultable à : <<http://www.groklaw.net/>>. Pour une version traduite en anglais, voir « *The German GPL Order – Translated* », 25 juill. 2004, à : <<http://www.groklaw.net/>>.
- (67) Nous songeons en particulier à l'obligation pour l'administration d'être partie à des contrats en langue française, en vertu de la « loi Toubon », généralement considérée comme une loi de police.
- (68) Nouveau Code des marchés publics, article 1^{er}. La définition résulte du décret n° 2001-210 du 7 mars 2001, repris par le décret n° 2004-15 du 7 janvier 2004 (JO 8 janv., p. 37003). Pour une présentation complète de la notion de marché public, voir Rapp L., Terneyre P. et Szymchowicz N., Lamy droit public des affaires 2005, n° 2327 et s. ; sur la notion de marché public informatique, voir Vivant M. et *alii*, Lamy droit de l'informatique et des réseaux, précité, n° 1107 et s.
- (69) Rapp L., Terneyre P. et Szymchowicz N., précité, n° 2459.
- (70) Voir notamment sur ce point, Guibal M., Marchés publics informatiques, J.-Cl. Collectivités Territoriales, Fasc. 776.
- (71) Lorsque le CCAG FCS est applicable à un marché public comprenant des prestations informatiques, il est souvent précisé dans un document du marché que le chapitre VII du CCAG FCS est applicable audit marché. En effet, ce chapitre traite directement du sort des prestations intellectuelles réalisées dans le cadre du marché. À défaut de référence expresse, ce chapitre VII n'est pas applicable au marché.
- (72) ATICA, « Guide de choix ... », précité, p. 27.
- (73) Article A20 du CCAG PI : « A-20.1. La personne publique peut librement utiliser les résultats, même partiels, des prestations.
- A-20.2. La personne publique a le droit de reproduire, c'est-à-dire de fabriquer ou faire fabriquer, des objets, matériels ou constructions conformes aux résultats des prestations ou à des éléments de ces résultats ».
- (74) A-20.3 : « La personne publique peut librement publier les résultats des prestations ; cette publication doit mentionner le titulaire. »
- (75) Cahier des Clauses Administratives Particulières. Ce document comprend, à l'instar du CCAG applicable au marché public, un ensemble de clauses administratives, « juridiques », mais adaptées au contexte du marché en question.
- (76) ATICA, « guide de choix ... », précité, p. 27.
- (77) *Ibid.*, p. 26.
- (78) Préambule de la licence GNU GPL. Version originale : « *to protect your rights, we need to make restrictions that forbid anyone to deny you these rights or to ask you to surrender the rights. These restrictions translate to certain responsibilities for you if you distribute copies of the software, or if you modify it.* »
- (79) Cahier des Clauses Techniques Particulières : équivalent du CCAP pour les spécificités et exigences à caractère technique du marché.
- (80) ATICA, « Guide de choix ... », précité, p. 26 : « ne pas aller à l'encontre des dispositions juridiques impératives de la licence ».
- (81) Voir par exemple la licence GNU GPL, article 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. » Et, article 11 : « 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. » (traduction non officielle)
- (82) Pour une analyse des clauses de garantie et de responsabilité dans les licences de logiciels libres, voir : Sédallian V., Garanties et responsabilités dans les logiciels libres, art. précité; Lemyre P.-P., Les logiciels libres sous l'angle de la responsabilité civile, Mémoire de Maîtrise en droit des technologies de l'information, Université de Montréal, 2002.
- (83) Licence GNU GPL, article 12 (traduction non officielle).
- (84) Voir GPL, art. 11, « *to the extent permitted by applicable law* » ; art. 12, « *unless required by applicable law* ».
- (85) C'est pourquoi, « au delà des engagements standards des licences de logiciels, libres ou propriétaires, le contrat de service doit être soigneusement rédigé afin de couvrir toutes les zones de risques liés au projet informatique en anticipant les difficultés susceptibles de survenir et leur méthode de règlement rapide » (Gaudillère P., Licences de logiciels libres et risques juridiques, Comm. com. électr. 2005, étude 16).
- (86) « Un bogue informatique est une anomalie dans un programme informatique l'empêchant de fonctionner correctement. Leur gravité peut aller de bénigne (défaut d'affichage mineur) à majeure (explosion du vol 501 de la fusée Ariane 5) » : « Bogue (informatique), <[http://fr.wikipedia.org/wiki/Bogue_\(informatique\)](http://fr.wikipedia.org/wiki/Bogue_(informatique))> (consulté le 3 mai 2006) ; dans le domaine des prestations de services informatiques, on parlera plus volontiers d'anomalie non bloquante (qui ne gêne pas la bonne exécution générale du système) et d'anomalie bloquante (entraînant l'arrêt ou un dysfonctionnement important du système), mais souvent en plus des anomalies mineures et majeures.
- (87) Rognetta J., Logiciels libres : Bercy signe un contrat de 39 millions d'euros, Les Échos, 1^{er} févr. 2006, p. 25.
- (88) Lapeyre J.-M., directeur du système d'information fiscal du ministère de l'Économie et des Finances, cité par Rognetta J., *ibid.*
- (89) Voir dans le sens d'une nécessaire adaptation des licences : Rojinsky C. et Grynbaum V., Les licences libres et le droit français, art. préc., concluant que « le « libre » mérite mieux que ces licences approximatives, qui devraient donc être modifiées [...] ».
- (90) Acronyme pour Ce(A)(C)(NRS)(NRIA)(L)(ogiciel)(L)(ibre). Cette licence a été présentée comme « la première licence qui définit les principes d'utilisation et de diffusion des logiciels libres en conformité avec le droit français » (Communiqué de presse du CEA, de l'INRIA et du CNRS, 5 juillet 2004, disponible à l'adresse <www.cecill.info/>). La première version de cette licence a été accueillie froidement par la Free Software Foundation, l'organisme gérant le développement de la licence GNU GPL. Une seconde version a vu le jour en mai 2005, rédigé en collaboration avec la FSF, et donc accueillie plus favorablement : cette version pose notamment le principe de la compatibilité entre la licence CeCILL et la GNU GPL, en ce sens que tout utilisateur peut intégrer un code soumis aux dispositions de la GNU GPL dans un logiciel régi par les dispositions de licence CeCILL ; l'ensemble résultant sera soumis aux dispositions de la licence GNU GPL. Sur la licence CeCILL, voir la présentation sur l'encyclopédie juridique Jurispeda, <[http://fr.jurispeda.org/index.php/Licence_CeCILL_\(fr\)](http://fr.jurispeda.org/index.php/Licence_CeCILL_(fr))> (dernière consultation : 28 avril 2006) ; également : de Rocquefeuil B. et Bourgeois M., Logiciel libre et licence CeCILL : une transposition fidèle des principes de la licence GNU GPL dans un contrat de droit français », Gaz. Pal., 19 avr. 2005, p. 12.
- (91) En particulier au regard du formalisme contractuel et de la « loi Toubon ». Il est néanmoins très étonnant que le CEA, l'INRIA et le CNRS ne fassent pas figurer cette obligation de contracter en langue française parmi les raisons les ayant poussé à créer la licence CeCILL : voir la rubrique « Questions fréquemment posées » sur le site <<http://www.cecill.info/>>.
- (92) La licence CeCILL stipule dans son article 5.3.4, « compatibilité avec la licence GNU GPL », que « dans le cas où le Logiciel, Modifié ou non, est intégré à un code soumis aux dispositions de la licence GPL, le Licencié est autorisé à redistribuer l'ensemble sous la licence GPL. Dans le cas où le Logiciel Modifié intègre un code soumis aux dispositions de la licence GPL, le Licencié est autorisé à redistribuer le Logiciel Modifié sous la licence GPL ».
- (93) Sans doute l'idéal serait un équilibre entre les deux licences, en ce sens qu'un utilisateur incorporant des éléments logiciels régi par une des deux licences dans un logiciel régi par l'autre licence pourrait choisir la licence régissant la nouvelle version modifiée.
- (94) G. Jocquel, Les licences libres en droit français, DESS Droit du Numérique et des Nouvelles Techniques, 2004, p.41.
- (95) Il ne s'agirait évidemment pas de « modifier notre approche globale de la propriété intellectuelle » (*ibid.*), mais on sait bien que la prolifération de régimes spécifiques nuit à la cohérence d'une matière. Si la technique législative se doit d'être prudente, une telle modification de la loi ne devrait être décidée que dans l'hypothèse d'un risque avéré pour le mécanisme que l'on désire défendre.
- (96) « À propos des traductions non officielles », <<http://www.gnu.org/licenses/translations.fr.html>> : « La raison pour laquelle la FSF n'approuve pas ces traductions comme étant officiellement valides, c'est que leur vérification serait difficile et coûteuse (besoin de l'aide de juristes bilingues dans d'autres pays) ». Si l'on peut estimer qu'il faut se donner les moyens de ses ambitions, il faut surtout constater que la traduction rendue disponible par la FSF France est de très bonne qualité. Un problème plus sérieux serait de constater que « d'une version à l'autre, en raison de la subtilité des différentes langues et des exigences des régimes juridiques, les traductions des licences ne coïncideront pas ». Il suffirait de « fixer une hiérarchie entre les traductions d'une même licence, afin d'éviter, en cas de contradiction, une insécurité juridique résultant d'un conflit d'interprétation » (Clément-Fontaine M., Les licences Creative Commons chez les Gaulois, RLDI 2005/1, n° 20, p. 33, pour les deux citations).
- (97) Une version 3 de la licence GNU GPL est en cours de rédaction, sa forme définitive n'étant pas attendue avant 2007. La question d'une interopérabilité (« contamination bidirectionnelle ») des licences ou d'une « traduction » n'est pas à l'ordre du jour. La planification des travaux est orientée vers les problèmes liés aux brevets de logiciels et à la gestion numérique des droits. Pour une présentation générale des questions sur la version 3 de la licence GPL, voir Shankland S., Open source : le débat est lancé sur les termes de la licence GPL3, 17 janv. 2006, Zdnet, <<http://www.zdnet.fr/actualites/informatique>>.
- (98) Nous n'oublions pas cependant que certaines licences de logiciels open source permettent une appropriation des développements spécifiques (ce qui implique qu'ils ne sont pas réellement « libres »). Tel est le cas par exemple de la licence BSD. Les dispositions du CCAG PI « option A », sont dès lors conformes à ce type de licence. Notre propos est avant tout axé sur un modèle de licence telle que la GNU GPL, régie notamment par le principe du copyleft, et la plus largement répandue dans les administrations.