

Université de Montpellier I
Faculté de Droit

Mémoire de D.E.A Droit des Créations Immatérielles

La Licence Publique Générale

GNU



[Logiciel Libre]

Réalisé par
Mélanie Clément-Fontaine

Sous la direction de
Monsieur le Professeur Michel Vivant

Année Universitaire 1998-1999

Le présent document est soumis aux règles du droit d'auteur.
Toute reproduction ou représentation intégrale ou partielle doit être faite avec l'autorisation de l'auteur.
Seules sont autorisées, d'une part, les reproductions strictement réservées à l'usage privé et non destinées
à une utilisation collective, et d'autre part, les courtes citations justifiées par le caractère scientifique ou
d'information de l'oeuvre dans laquelle elles sont incorporées (loi du 11 mars 1957 et Code pénal art. 425).

Table des matières

INTRODUCTION	2
TITRE I - LA LIBERTÉ ORGANISÉE OU LA FORMATION DU CONTRAT	6
Chapitre 1 - Un objet singulier : L’apprivoisement du mouvement	7
Section 1 - L’objet de l’obligation : Le logiciel libre	7
I - La naissance du logiciel génératrice d’une œuvre primaire.....	7
II - La vie du logiciel génératrice d’œuvres dérivées.....	9
Section 2 - L’objet du contrat : La licence.....	12
I - Des caractéristiques marquées par l’évolution.....	12
II - Les qualifications envisageables du contrat.....	13
Chapitre 2 - Des implications originales : la gestion du mouvement	16
Section 1 - Les conditions de fond.....	16
I - Les conditions subjectives.....	16
A - Les parties aux contrats.....	16
B - Le consentement des parties aux contrats	18
II - Les conditions objectives	19
A - Le prix.....	20
B - La durée.....	20
C - Le territoire	21
Section 2 - Les conditions de forme.....	23
TITRE II - LA LIBERTÉ EXERCÉE OU LES EFFETS DU CONTRAT	26
Chapitre 1 - Les effets <i>inter paters</i>	26
Section 1 - Les obligations du donneur de licence.....	27
I - Une mise en jouissance originale	27
A - Le contenu de la jouissance	27
B - Le contenu de la remise	29
II - Les garanties classiques	31
A - La garantie d’éviction	32
B - La garantie des vices cachés	33
Section 2 - Les obligations du licencié	36
I - Une obligation positive : Le respect du droit moral de l’auteur.....	36
II - Une obligation négative : Le respect de la libre utilisation du logiciel.....	37
Chapitre 2 - Les effets à l’égard des tiers	39
Section 1 - La protection de la liberté des œuvres soumises à la licence	39
I - L’interdiction des sous-licences	39
II - La distribution sous conditions	39
Section 2 - Le libre choix du mode d’exploitation des œuvres indépendantes.....	41
I - Le domaine	41
II - Le régime	42
CONCLUSION	44
BIBLIOGRAPHIE	45
ANNEXES	49

INTRODUCTION

Le nain, qui jugeait quelquefois un peu trop vite, décida d'abord qu'il n'y avait personne sur Terre tant il la trouvait imparfaite. Il lui paraissait que des gens de bon sens ne voudraient pas y demeurer. « Eh bien ! dit Micromégas, ce ne sont peut-être pas non plus des gens de bon sens qui l'habitent »(Voltaire, *Micromégas*).

Plus de deux siècles après, cette scène peut-être jouée conduisant sans cesse à se demander vers quoi ces « gens » s'orientent. Aujourd'hui, dans une société où l'informatique est incontournable, l'utilité du logiciel libre, son intérêt économique et social traduisent certainement le bon sens des personnes qui ont contribué à sa création.

1 - L'esprit du logiciel libre est né avec le *Request For Comment* (RFC)¹ de l'équipe qui a créé Internet en 1969. Dans l'expression « logiciel libre » il y a le terme « libre » signifiant « qui a le pouvoir de décider, d'agir par soi-même »(dictionnaire *Le Robert*). Le système des usages des logiciels libres a pour finalité, en effet, la protection de la liberté en matière informatique qui consiste en la liberté d'utiliser, de comprendre, de modifier et d'utiliser un logiciel. Ce mouvement est fréquemment présenté comme un combat « citoyen » en raison de la place toujours croissante de l'informatique dans l'organisation de nos sociétés. À l'instar de toute forme ou moyen de communication ou de création, l'accent est mis sur le danger qu'un seul type de logiciels s'impose aux utilisateurs. Dans ce sens, François René Rideau écrit, dans un article au titre « Le libre Logiciel » : « Accepter sans sourciller n'est que le premier pas dans la spirale infernale de la compromission généralisée par laquelle chacun se fait le complice de l'oppression de chaque autre. Toute atteinte à la liberté de quiconque est une atteinte à la liberté de tous »². Il

¹ Le RFC est la forme sous laquelle les spécifications techniques et les protocoles qui ont traités à Internet sont diffusés librement aux utilisateurs.

² F.R. Rideau, *Le libre logiciel*, <http://www.turnes.org/>

s'agit d'un combat commun de la différence, du singulier contre le lissage et la standardisation imposée par le système en place. Philippe Labbé, citant Edgar Morin, associe le libre à de « nouvelles solidarités spontanément vécues et non imposées ». Il associe également le libre à la mission de service public et au retour en force de l'éthique. En effet, il rappelle que la mission de service public s'inscrit dans la triade républicaine « Liberté, Egalité, Fraternité » et que chacun de ces éléments est présent dans le référentiel de valeur du libre : c'est-à-dire « une liberté d'accès sans entrave au code source, une égalité et une fraternité(...) promues par l'appartenance à la communauté solidaire », enfin, un effort important est fourni par « l'ensemble des actions bénévoles, individuelles, réparties sur l'ensemble de la planète, qui permet petit à petit d'accumuler dans la liberté un capital commun à tous... ». Le retour de l'éthique se manifesterait par « la volonté dans l'attitude et dans les discours sur le libre de refuser l'instrumentation de l'humain, l'aliénation des convictions, et réveiller la responsabilité de chacun envers la communauté humaine ».

2 - Le logiciel libre s'intègre très bien dans le système économique. Plusieurs déclarations dans ce sens peuvent être citées. Ainsi, Eric Allman lors d'un congrès à Palo Alto (Californie) a rappelé que « la disponibilité du code source est simplement un autre modèle commercial », le directeur de Linux international³, Jon Attall affirme que « *There's definitely money to be made in Linux* ». En effet, de nombreuses activités commerciales se développent autour des logiciels libres. Certaines sociétés comme Red Hat⁴ (Etats-unis), SuSE (Allemagne) ou Mandrake Software (France) évaluent des logiciels libres, les rassemblent et les combinent le cas échéant avec les logiciels commerciaux pour proposer des solutions adaptées aux besoins les plus courants des entreprises (stations de travail, poste bureautique...), accompagnées d'un service payant d'assistance technique autour de leurs solutions. Lorsque le marché ne propose pas un logiciel correspondant aux besoins d'un organisme, ce dernier sera forcé de le développer. En optant pour la diffusion libre du code source, il s'assure le renforcement d'une large communauté d'utilisateurs/testeurs. Ainsi ce logiciel peut être corrigé et amélioré plus efficacement que s'il avait été gardé secret, confié à un service d'évaluation ou diffusé commercialement. L'organisme obtient un résultat satisfaisant plus rapidement et à moindre coût⁵.

³ Linux international est une association de distributeurs du logiciel libre Linux qui est diffusé sous GPL.

⁴ R. Young in *Open sources - voices from the Open Source Revolution*, ISBN 1-56592-582-3, janvier 1999 édité par Chris Dibona, Sam Okman, et Mark Stone chez O'Reilly & Associates.

⁵ JP Smets, *L'économie du logiciel libre, un point de vue de l'utilisateur*, <http://www.smets.com/>.

Dans le secteur éducatif, le logiciel libre semble également exercer son attraction. Ainsi, le gouvernement mexicain a-t-il décidé d'équiper 150 000 écoles avec Linux. En France, le ministère de l'Education nationale, de la Recherche et de la Technologie a signé un accord-cadre avec l'Association francophone des Utilisateurs de Linux et de logiciels libres (AFUL) portant sur le déploiement de l'informatique libre dans le système éducatif⁶.

3 - Le mouvement du logiciel libre est né avec le projet GNU⁷. Tout commence au laboratoire d'intelligence artificielle (AI) de l'Institut de Technologie de Massachusetts (MIT) l'une des universités les plus prestigieuses des Etats-Unis. L'équipe du laboratoire d'AI avait écrit et utilisait un système d'exploitation à temps partagé appelé ITS⁸. Ils autorisaient l'utilisation de ces logiciels par d'autres universitaires ou ingénieurs et laissaient à la libre disposition le code source, afin de lire, modifier ce logiciel. Cette communauté a disparu dans les années 80. Richard M. Stallman qui travaillait dans ce laboratoire depuis 1971 décide alors de développer un système d'exploitation libre et stimuler ainsi la constitution d'une nouvelle communauté qui se chargerait de faire évoluer ce logiciel. Pour mieux garantir le succès de ce système, il décide de le rendre compatible avec Unix et le nomme GNU⁹. Ainsi, en 1984 Richard M. Stallman démissionne de son poste au MIT¹⁰ et commence à écrire le logiciel du projet GNU. Dans un premier temps, il développe GNU Emacs qui permet d'utiliser des systèmes Unix pour éditer ses fichiers. Il propose ce logiciel sur un serveur *ftp* en annonçant aux intéressés qu'il enverrait une copie sur une bande en échange d'une contribution de 150 \$ USD afin de gagner néanmoins de l'argent avec un logiciel libre.

Afin de permettre une entrée de fonds, en 1985 Richard M. Stallman et les autres participants au projet créent une association à but non lucratif, la Free Software Foundation, dont l'objet est le développement des logiciels libres, la récupération du marché de la distribution de ces logiciels sur bandes notamment et la vente des manuels libres. Les employés de la fondation ont écrit un grand nombre de paquetages logiciels du projet GNU. En 1990, le système GNU est presque terminé. Le seul composant principal qui manque alors est le noyau. Ce noyau fut créé et dénommé Hurd, mais n'était pas encore utilisable de manière intensive en 1991. Cependant, la même année, Linus Torvalds a développé un noyau compatible avec Unix qu'il nomma Linux. Ainsi, vers 1992 la jonction de Linux et du système GNU devait fournir un système

⁶ V° Rép. Min. n°8938, JO Sénat Q, 26 nov. 1998, p. 3789 ; Bull. d'actualités, *Lamy droit de l'informatique et des réseaux*, n° 109 Déc. 1998.

⁷ V° Richard M. Stallman in *Open sources- voices from the Open Source Revolution*, op. cit.

⁸ *Incompatible Timesharing System*, ou système à temps partagé incompatible.

⁹ GNU est un acronyme récursif qui signifie « *GNU 's Not Unix* » (GNU N'est pas Unix).

d'exploitation libre et complet qui évitait l'utilisation du logiciel propriétaire l'Unix. Les caractéristiques du projet GNU est qu'il représente la première volonté de construire un système informatique global, complet, et libre en recréant une communauté c'est-à-dire un groupe social dont les membres ont un intérêt commun : partager librement leurs travaux.

4 - Une des premières préoccupations de Richard M. Stallman a été d'instituer des conditions de distribution qui empêcheraient de transformer le logiciel GNU en logiciel propriétaire. Ainsi fut créée la méthode du *copyleft* ou « gauche d'auteur ». Le *copyleft* utilise les lois du copyright non de manière à privatiser le logiciel mais de manière à le laisser « libre ». Ainsi, fut mise au point la GNU GPL ou la GNU *General Public Licence* (Licence publique générale de GNU). Le système GNU n'est composé que de logiciels dont les conditions d'exploitation sont déterminées par la GPL. Selon les termes mêmes d'Eben Moglen¹¹ qui a participé à sa rédaction, l'objectif de la GPL est de rendre le logiciel libre en créant un fonds commun auquel chacun peut ajouter, mais duquel personne ne peut retrancher.

5 - En raisons des enjeux économiques et sociaux du projet GNU, il nous apparaît utile de procéder à l'étude de cette licence au regard du droit français. Ainsi, nous examinerons dans quelle mesure le droit d'auteur et le droit des obligations permettent qu'elle remplisse son rôle alors même qu'elle heurte leur logique, c'est-à-dire la réservation des œuvres pour le droit d'auteur et la prévisibilité pour le droit des obligations.

6 - Nous allons analyser cette licence selon une démarche classique qui a l'avantage de la clarté, en envisageant tout d'abord la formation du contrat (Titre I) pour ensuite nous intéresser aux effets du contrat (Titre II).

¹⁰ Dégagé de tout lien contractuel, il devient libre de la destiné du projet GNU ; cf, le statut du programmeur lié par un contrat de travail.

¹¹ <http://www.emoglen.law.columbia.edu>

TITRE I - LA LIBERTÉ ORGANISÉE OU LA FORMATION DU CONTRAT

7 - L'article 1108 du code civil dispose que « quatre conditions sont essentielles pour la validité d'une convention : le consentement de la partie qui s'oblige ; sa capacité de contracter ; un objet certain qui forme la matière de l'engagement ; une cause licite dans l'obligation ». La GPL n'échappe pas à ces contraintes, c'est pourquoi il nous faut vérifier que ces quatre conditions sont réunies.

8 - Un constat préliminaire s'impose à ce stade : l'objectif de la GPL, qui est de permettre un libre usage des logiciels, est générateur d'instabilité. En effet, le logiciel est destiné à évoluer continuellement grâce à l'intervention de diverses personnes. La licence elle-même fait l'objet de modifications. Ainsi la première caractéristique de ce contrat est le mouvement.

9 - Il nous faudra par conséquent s'assurer que la liberté contractuelle permet une telle instabilité au regard des exigences légales du droit des obligations qui tendent à assurer la sécurité contractuelle. Or s'il est possible d'appivoiser le mouvement c'est-à-dire de montrer que la liberté contractuelle permet l'existence d'un objet évolutif (Chapitre I) et que les implications originales de cet objet sont gérées de telle sorte qu'elles répondent aux exigences légales (Chapitre 2) alors nous pourrons conclure *a priori* à la validité de la formation de ce contrat.

Chapitre 1 - Un objet singulier : L'apprivoisement du mouvement

10 - L'objet dans le langage du code civil est tantôt l'objet du contrat (articles 1126–1128), tantôt l'objet de l'obligation (articles 1129-1130). Ainsi, selon les termes du Doyen Carbonnier « le contrat a pour objet les obligations qu'il fait naître, et chacune de ces obligations, à son tour, a un objet »¹². Nous retiendrons ce découpage qui permet une meilleure lisibilité du caractère évoluant de la GPL.

La méthode de Descartes nous invite à aller du plus général au plus particulier. Pourtant ce conseil ne sera pas suivi en l'espèce. En effet, puisque la GPL a été créée en vue de permettre l'existence des logiciels libres et non l'inverse, il nous apparaît plus pertinent d'analyser l'objet de l'obligation à savoir le logiciel libre (Section 1), avant d'envisager l'objet du contrat (Section 2).

Section 1 - L'objet de l'obligation : Le logiciel libre

11 -Un logiciel est une œuvre de l'esprit qui est protégeable du seul fait de sa création (article L111-1 code de la propriété intellectuelle) dès lors qu'il présente un caractère original (article L112-4 CPI). Un logiciel est dit original pour autant qu'il porte la marque de l'apport intellectuel de son auteur¹³. Par ailleurs, le logiciel en tant qu'objet de l'obligation d'un contrat doit respecter quatre conditions : existence (article 1130 Code civil), détermination (a. 1129 C. Civ.), possibilité et licéité (a. 1128 C. Civ.). Les deux dernières conditions doivent être analysées au cas par cas , nous ne nous y attarderons donc pas ici. Au contraire, les exigences d'existence et de détermination peuvent donner lieu à une analyse générale. Ainsi, le logiciel libre qui par nature, contrairement au logiciel classique, est destiné à toujours évoluer de manière *a priori* anarchique, peut-il constituer un objet existant, déterminable ou déterminé ? Si la réponse ne pose pas de difficulté à la naissance du logiciel (I), elle apparaît délicate au cours de son évolution (II).

I - La naissance du logiciel génératrice d'une œuvre primaire.

¹² J. Carbonnier, *Les obligations*, tome 4, Thémis droit privé, Puf, n°54, p.116.

¹³ Cass. ss. plen. 7 mars 1986, *Babolat c/ Pachot* : JCP 1986, éd. E, II, 14713 e 14737 *bis*, note Mousseron, Teyssié et Vivant ; Éd. E, I, 15791, n. 1, obs. Vivant et Lucas ; D. 1986, 405, concl. Cabannes et note Edelman ; RD *propre. Intel.* 1986, n. 3, 206, rapport Jonquères ; *Dr. Informatiques* 1986, n. 2, 53, note Briat ; *Dossiers Brevets* 1896, I, 2, à propos d'un logiciel.

12 - Le logiciel est un meuble incorporel qui peut être une œuvre protégeable par le droit d'auteur (article L112-2,13° suivant le texte introduit en 1985 puis modifié en 1994) au fur et à mesure de sa création¹⁴. Malgré sa nature fondamentalement incorporelle, le logiciel doit recevoir un minimum de concrétisation¹⁵, sinon ce n'est qu'une idée non protégeable. Au regard du droit des obligations, l'objet existe dès lors qu'il est actuel, autrement dit, le contrat est valable à condition que l'objet existe lors de sa conclusion. Cependant, une chose future peut être l'objet d'un contrat (a. 1130 al.1 C. civ.) sauf exception légale (a. 1130 al.2 c. civ. et a. L131-1 CPI qui interdit la cession globale des œuvres futures). Cette exigence légale ne pose pas véritablement de difficulté en matière de logiciel libre car la GPL a vocation à s'appliquer une fois le logiciel créé¹⁶, ainsi l'objet de l'obligation existe toujours lors de la conclusion du contrat.

13 -À sa naissance, le logiciel est dit œuvre primaire s'il n'incorpore aucun logiciel préexistant. Il peut-être créé par une seule personne, « la qualité d'auteur appartiendra alors, sauf preuve contraire, à celui sous le nom de qui l'œuvre est divulguée » (a. L113-1 CPI). Plusieurs personnes peuvent être à l'origine de la création du logiciel, qui sera selon les hypothèses qualifié d'œuvre collective ou d'œuvre de collaboration.

14 -L'œuvre de collaboration est définie par la loi comme « une œuvre à la création de laquelle ont concouru plusieurs personnes physiques » (a. L113-2 CPI). Ainsi, matériellement, plusieurs intervenants sont à l'origine de la création et l'effort intellectuel de chacun doit être caractérisé, car un conseil et une simple inspiration sont des apports insuffisants¹⁷. Intellectuellement, il faut entre les différents intervenants une communauté d'inspiration. La qualité d'auteur pour l'ensemble de l'œuvre est attribuée à toutes les personnes ayant ainsi contribué à son élaboration. Elles ont des droits indivis sur l'ensemble de l'œuvre. Dans l'hypothèse, qui semble difficilement réalisable en matière de logiciel, où les apports personnels des intervenants sont individualisables, ces derniers auront chacun la qualité d'auteur sur leur apport qu'ils pourront exploiter séparément (a. L113-3 CPI).

15 - Le logiciel libre doit être qualifié d'œuvre collective s'il s'agit d'une « œuvre créée à l'initiative d'une personne physique ou morale qui l'édicte, la publie et la divulgue sous sa direction et son nom, et dans laquelle la contribution personnelle des divers auteurs participant à son élaboration se fond dans l'ensemble en vue duquel elle est conçue, sans qu'il soit possible

¹⁴ M. Vivant, C. Le Stanc et al., *Lamy droit de l'informatique et des réseaux*, édition 1998, n°100, p. 67.

¹⁵ H. Croze et Y. Bismuth, *Le contrat dit de licence de logiciel* JP 86, éd. E II, 14659, n°1.

¹⁶ Voir le paragraphe premier du préambule de la GPL.

¹⁷ le simple fait de signaler les erreurs du logiciel ne suffit pas à conférer la qualité de coauteur.

d'attribuer à chacun d'eux un droit distinct sur l'œuvre réalisée » (a. L113-2 CPI)¹⁸. Cette hypothèse est tout à fait envisageable notamment lorsque le logiciel est créé au sein d'une fondation comme La Free Software Foundation¹⁹. Le coordinateur selon le droit français est investi des droits de l'auteur sur l'œuvre (a. L113-5 CPI). On appelle coordinateur ou entrepreneur, la personne grâce à l'initiative de qui l'œuvre existe et qui a joué un rôle moteur lors de la phase d'élaboration²⁰. C'est la seule hypothèse en droit d'auteur, où une personne morale peut prétendre être investi des droits d'auteur en s'appuyant sur le fait que l'œuvre a été publiée sous son nom sans avoir à apporter la preuve de sa qualité de cessionnaire. L'article L. 113-2 alinéa 3, CPI précise que l'entrepreneur doit avoir édité, publié et divulgué l'œuvre sous son nom. Cette exigence cumulative pose un problème dans l'hypothèse des logiciels diffusés sous la GPL car ils n'ont pas vocation à être édités au sens technique que donne à ce terme l'article L. 132-1 CPI, c'est-à-dire la fabrication « en nombre » des exemplaires de l'œuvre. Il est probable qu'elle résulte d'une inadvertance du législateur²¹. Nous retiendrons, par conséquent la solution raisonnable de Monsieur Greffe visant un « ensemble créé, divulgué et exploité sous le nom de l'entrepreneur »²². L'avantage de la qualification d'œuvre collective est que le coordinateur pourra seul décider du mode d'exploitation du logiciel. Les auteurs des fragments pourront les exploiter isolément à condition que cette exploitation ne nuise pas à la carrière de l'œuvre collective.

Dans toutes ces hypothèses, la détermination de l'objet de l'obligation ne pose aucune difficulté. Il s'agira d'un bien incorporel déterminé dont l'existence est avérée. Cependant, en matière de logiciel libre, il faut prendre en considération le mouvement. Ainsi, le problème de la détermination de l'objet de l'obligation prend toute sa dimension au cours de l'évolution du logiciel.

II - La vie du logiciel génératrice d'œuvres dérivées

La GPL a vocation à s'appliquer non seulement au logiciel à sa naissance mais également sur ses formes modifiées qu'elle encourage. Ainsi, nous pouvons légitimement nous demander si l'objet de l'obligation est déterminé ou déterminable.

¹⁸ Pour une application de la notion au logiciel : V ex. Cass. 1^{er} civ. 3 juill. 1996, n° 4, obs. Vivant M. et Le Stanc C., *Petites affiches* 13 déc. 1996, n° 150, p. 6, obs. Daverat ; cass. 1^{er} civ. 13 janv. 1998, n° 95-21.529, Lamyline.

¹⁹ Voir le premier paragraphe du préambule de la GPL.

²⁰ V° par ex. CA Paris, 4^e ch., 11 juil. 1991 : *Juris-Data* n. 024039 ; *RD prop. intell.*, déc. 1991, n. 38, p78 (« notion de direction et de prééminence de l'un sur les autres qu'implique l'œuvre collective »)

²¹ Desbois, *Le droit d'auteur*, Dalloz, 1978, n173.

²² Cass. 1^{er} civ., 24 mars 1993, *société Bézault*, JCP 93, II, 22085, 1^{er} esp., note F. Greffe.

16 - Avant toute analyse juridique, il nous faut comprendre ce qui se passe en pratique. En présence d'un logiciel libre, les utilisateurs sont autorisés par la GPL, pour ne pas dire incités, à procéder à toutes sortes de modifications. Ainsi, ils peuvent modifier les ressources associées au logiciel qui permettent son fonctionnement telles que les images, le son. Les modifications peuvent également porter directement sur le code source dont les utilisateurs ont accès. Ils pourront corriger le logiciel (et notamment ses « bogues »), l'adapter à leur environnement de travail (en permettant, par exemple, l'interopérabilité du logiciel avec d'autres logiciels). Enfin, en modifiant le code source, les utilisateurs pourront rajouter des fonctionnalités ou augmenter la performance du logiciel. Ces modifications sont parfois jugées suffisamment importantes pour que le logiciel change de version. La codification de l'étiquetage des versions est très précise²³, sa gestion est assurée par une personne seule (par exemple Linus Torvald pour Linux) ou par un groupe d'utilisateurs²⁴.

17 - En matière contractuelle, s'agissant des logiciels classiques, les licences ont la vocation de s'appliquer uniquement à la version stable à laquelle elles sont attachées. Ainsi, l'utilisateur devra passer un nouveau contrat pour utiliser la prochaine version du logiciel. Dans le cadre de la GPL, l'objet de l'obligation est beaucoup plus large, ce qui rend difficile sa détermination. En effet, le logiciel libre est une œuvre évolutive et dynamique. Il est cependant possible de déterminer l'objet de l'obligation de la GPL de manière négative d'une part, et de manière positive d'autre part.

18 - La GPL exclut elle-même de son champ d'application les programmes dont le contenu ne constitue pas un ouvrage fondé sur le programme même s'il a été réalisé par exécution du logiciel libre²⁵. À l'inverse, la GPL s'applique aux programmes dérivés²⁶ « *any derive work under copyright law* ». De plus, l'assemblage d'un autre programme avec le programme sur un volume d'un support de stockage ou de distribution, ne fait pas entrer cet autre programme dans le cadre de la GPL (article 4 de la licence).

²³ Le premier numéro indique les versions majeures du logiciel (par exemple Linux a connu la version 0, 1 et 2). Un deuxième numéro indique soit les versions mineures stable lorsqu'il est pair soit les versions mineures en cours de développement lorsqu'il est impair (ex : Linux 1.1 et 1.2). Enfin, un dernier numéro indique les corrections mineures ou celles des bogues. Actuellement, Linux est sous la version 2.2.10 pour sa version stable, et 2.3.12 pour sa version en cours de développement.

²⁴ Un utilisateur qui jugerait avoir effectué une modification intéressante peut la faire parvenir au responsable de la codification en indiquant la version modifiée (ex: 2.3.239) suivie d'un patch c'est-à-dire un code l'identifiant et le numéro des modifications. Celles-ci seront par la suite intégrées ou non à la nouvelle version.

²⁵ Voir article 0 et 2 paragraphe 2 de la GPL : « *if identifiable sections of that work are not derived from the program, and can be reasonably considered independent and separate works in themselves, then this Licence, and its terms, do not apply to those sections when you distribute them as separate works* ».

²⁶ Voir article 0 § 1 de la GPL.

19 - Si les termes " programme dérivé " renvoient à la notion d'œuvre dérivée, alors , selon le droit français, il s'agit d' une œuvre composite, c'est-à-dire, une « œuvre nouvelle à laquelle est incorporée une œuvre préexistante sans la collaboration de l'auteur de cette dernière » (a. L113-2 CPI). L'incorporation peut être matérielle (ex : amalgame) ou intellectuelle (ex : traduction). Or selon l'article L112-3 du CPI « les auteurs de traduction, adaptation, transformation ou arrangement des œuvres de l'esprit jouissent de la protection instituée par le présent code sans préjudice des droits de l'auteur de l'œuvre originale ». Ainsi, l'œuvre composite connaît une certaine autonomie par rapport à l'œuvre primaire. Son auteur doit néanmoins obtenir de l'auteur de l'œuvre primaire son accord pour réaliser sa création²⁷ ainsi qu'une autorisation pour l'exploiter, il doit respecter ses droits patrimoniaux et moraux²⁸. Peut-on raisonnablement admettre que le logiciel ainsi qualifié d'œuvre composite demeure dans l'objet de la GPL ? Le contrat répond par l'affirmative, pourtant, juridiquement cela ne semble pas concevable. Ainsi, nous considérons que les œuvres composites des logiciels soumises à la GPL, lorsqu'elles sont autorisées par les auteurs, n'entrent pas dans l'objet de la GPL.

20 - Les programmes dérivés qui entrent dans l'objet de l'obligation peuvent être qualifiés d'œuvres collectives ou d'œuvres de collaboration. En effet, les modifications apportées par les différents intervenants ne sont pas nécessairement suffisantes pour aboutir à la création d'une œuvre originale et donc composite. Par ailleurs, nous avons déjà relevé que lorsque le logiciel libre a du succès, une personne ou une communauté d'utilisateurs peut en collaboration avec le créateur assurer sa maintenance et son développement. Ainsi, le logiciel peut être qualifié d'œuvre de collaboration ou d'œuvre collective sans passer par la qualification d'œuvre composite²⁹.

Néanmoins, nous estimons que dans la quasi totalité des cas, le logiciel libre n'est pas une œuvre collective, car les utilisateurs qui modifient le programme ne reçoivent pas d'instruction d'un coordinateur au sens de l'article L 113-2 du CPI. A l'inverse, malgré l'éloignement physique de ces personnes et le fait qu'elles n'interviennent pas forcément au même moment, il existe une collaboration entre elles. En effet, elles communiquent à travers l'objet partagé, le logiciel libre, en interréagissant par rapport aux modifications qu'apportent les autres. Il s'agit

²⁷ L'autorisation doit être donnée pour toute exploitation de l'œuvre composite, ex : TGI Paris, 8 mai 1969 : D. 1970, somm. 7.

²⁸ Article L 113-4 du CPI « *L'œuvre composite est la propriété de l'auteur qui l'a réalisée, sous réserve des droits de l'auteur de l'œuvre préexistante* ».

²⁹ Pour une distinction entre œuvre composite et œuvre de collaboration : C. Colombet, *Propriété littéraire et artistique et droits voisins*, 6^e édition, Preti Dalloz, n°117 p86. Pour une application à la même œuvre des deux statuts : *Affaire Prince Igor*, CA Paris 7^e ch. 8 juin 1971 D 1972, 283 note Me Edelman ; rev. trim. *Dr. Com.* 1973, p 268 obs. H. Desbois ; Le pourvoi a été rejeté par Cass. 14 nov. 1973, RIDA avr. 1974, p66)

donc d'une œuvre de collaboration. Selon cette dernière analyse, il ne fait plus de doute que le logiciel libre, même dans ses formes modifiées, puisse être l'objet de l'obligation de la GPL.

En définitive, malgré son caractère évolutif et dynamique, le logiciel libre constitue bien un objet déterminé ou déterminable, que ce soit à sa naissance ou au cours de sa vie.

Section 2 - L'objet du contrat : La licence

L'objet du contrat est défini par plusieurs auteurs contemporains comme l'objectif des parties, l'opération juridique qu'elles cherchent à réaliser. Il s'agit donc d'identifier l'objet principal et caractéristique de l'opération (I), et d'en dégager la qualification juridique du contrat (II).

I - Des caractéristiques marquées par l'évolution

21 -Le caractère évolutif de la GPL se traduit par la possibilité pour la Free Software Foundation de publier, de temps à autre, des versions révisées et/ou nouvelles de la GPL³⁰. La licence prévoit que ces versions seront analogues, du point de vue de leur esprit, à la présente version, mais elles présenteront des détails différents pour résoudre de nouveaux problèmes ou de nouvelles situations. À l'instar du logiciel libre, la licence est donc vouée à être améliorée et chaque nouvelle version est numérotée. Cette situation n'est pas source d'insécurité juridique ni pour le donneur de licence ni pour les licenciés. En effet, le donneur de licence a la possibilité d'indiquer sur le logiciel le numéro de la dernière version au jour de la diffusion. Ainsi, le licencié devra respecter les termes inclus dans cette version ou de toute les autres versions ultérieurement publiées par la Free Software Foundation. Mais si le donneur de licence ne précise pas le numéro de la version, alors, la GPL retient une solution favorable au licencié qui pourra choisir entre la version publiée à tout moment par la Free Software Foundation. Bien qu'original, le choix pour l'évolution est clairement encadré par la GPL.

22 -L'objet de la GPL consiste en une mise à disposition du logiciel et sa cause est la volonté de permettre la libre évolution du logiciel. Elle n'a pas pour objet de transférer un droit de propriété³¹ ou la renonciation au droit d'auteur. Le préambule stipule en effet : « To protect your rights, we need to make restrictions that forbid anyone to deny you these rights or to ask

³⁰ Voir article 9 de la GPL.

³¹ Sur la place de la propriété en droit de la propriété intellectuelle : J.M. Mousseron, J. Reynard, T. Revet, *De la propriété comme modèle*, Mélanges offerts de André Colomer, Paris, Litec, 1993.

you to surrender the rights ». En l'absence de transfert de droit de propriété et de droit exclusif au licencié, il est possible à ce stade d'écarter la qualification de contrat de vente³². Tout est organisé dans la GPL pour que le logiciel puisse évoluer, c'est pourquoi le donneur de licence doit conserver ses droits sur le logiciel pour permettre cette évolution. Il nous faut à présent envisager la qualification de la licence.

II - Les qualifications envisageables du contrat

23 Selon Desbois, « il y a deux manières de concevoir l'exploitation des droits patrimoniaux d'auteur. Ou bien il les cède ou bien il les concède. Dans le premier cas, il se prête à une convention comparable aux contrats translatifs de droit réels (...). Dans le second cas, la convention participe de la nature des licences conventionnelles de brevets ou de marque, le concessionnaire n'est investi que d'un droit personnel, analogue à celui d'une location ou d'un preneur »³³. Si la GPL n'est pas une vente, pour envisager sa qualification juridique, il est nécessaire de distinguer les hypothèses où elle est conclue à titre onéreux de celles où elle est passée à titre gratuit. La GPL s'applique à des logiciels libres « *free software* ». Le terme « *free* » a deux sens en anglais « gratuit » ou « libre ». La licence fait référence uniquement à la liberté (liberté d'utiliser, de modifier, de redistribuer avec ou sans modification)³⁴. Ainsi, aucun principe ne s'oppose à ce que la GPL soit concédée à titre gratuit ou payant.

24 -Selon les termes de la licence celle-ci est conclue à titre gratuit³⁵ Si la mise à disposition est faite à titre gratuit, nous retiendrons la qualification de commodat ou de prêt à usage en vertu de laquelle le preneur remet une chose à l'emprunteur afin que celui-ci s'en serve, à charge de restitution(en nature ou en valeur)³⁶. La restitution en matière de contrat portant sur un logiciel n'est pas un élément déterminant. Elle n'a pas de sens car le logiciel libre est un bien immatériel qui le plus souvent n'aura pas de support (en cas de distribution en ligne), cependant même lorsque sa distribution est faite à partir d'un support (par exemple un CD Rom) celui-ci à une valeur négligeable par rapport à son contenu et il n'entraîne pas la destitution du logiciel pour le donneur de licence.

25 - Malgré les dispositions de la GPL, le juge en vertu de l'article 12 du code de procédure civile, sera parfois conduit à qualifier la licence de contrat à titre onéreux, notamment lorsqu'il est demandé au licencié de participer aux frais de distribution (ex : la distribution de

³² Cass. Com 9 nov. 1993, Bult. Civ, IV n° 395.

³³ Desbois, n°426, op. cit.

³⁴ V° préambule de la GPL.

³⁵ V° article 7 de la GPL : « *The author/donor* » ; article 11 : « *The program is licensed free of charge* ».

Linux Red Hat ou Linux PPC). L'unanimité de la doctrine s'accorde à considérer qu'une mise à disposition d'un logiciel à titre onéreux sans transfert de droits correspond à un louage de chose incorporelle³⁷. Le contrat de louage est défini par le code civil à l'article 1709 comme « le contrat par lequel l'une des parties s'oblige à faire jouir l'autre d'une chose pendant un certain temps et moyennant un certain prix que celle-ci s'oblige à lui payer ». La loi n'interdit pas que le prix soit payé en une seule fois même s'il est d'usage de la payer de manière échelonnée. Un problème surgit dans les rapports avec le prêt : il tient à la difficulté de concilier la jurisprudence écartant la qualification de louage de choses à défaut de loyer véritable, et même si l'opération présente un caractère intéressé³⁸ avec celle excluant l'existence d'un prêt à usage lorsqu'une contrepartie, serait-elle minime, est prévue³⁹. Toutefois, la force attractive de la qualification de louage, en raison des statuts impératifs en la matière, fait qu'on tend le plus souvent à la retenir lorsque le propriétaire de la chose mise à la disposition d'autrui trouve un avantage à l'opération.

26 - Nous remarquons que dans tous les cas, la GPL est un contrat à exécution successive, ce qui s'adapte parfaitement au caractère évolutif de l'opération. Le contrat par ailleurs ne laisse aucune possibilité à la négociation, c'est pourquoi il est permis de le concevoir comme un contrat Dénomination d'adhésion : « dénomination doctrinale générique qui englobe tous les contrats dans la formation desquels le consentement de l'une des parties (ici le licencié) consiste à se décider à saisir une proposition qui est à prendre ou à laisser sans discussion, adhérant ainsi aux conditions établies unilatéralement à l'avance par l'autre partie (le donneur de licence) »⁴⁰. Le donneur de licence n'est pas forcément celui qui a rédigé le contrat, en vérité il reprend les termes de la GPL préparée par le Free Software Foundation. La GPL s'apparente donc à un contrat-type c'est-à-dire un contrat d'adhésion préparé par cette association sous forme de modèle contenant les conditions générales d'un contrat qui, au moins théoriquement, ne tire sa force obligatoire que de sa reprise dans des contrats individuels. La GPL est très précise quant aux conditions, ce qui laisse très peu de marge de manœuvre au licencié qui veut s'en prévaloir.

Ce développement nous a permis de comprendre, puis d'analyser l'objet singulier du contrat. Ainsi nous avons pu apprivoiser ce qui fait sa particularité, à savoir le mouvement. En effet, il semble que notre système juridique peut accueillir une telle construction. Dès lors, il ne

³⁶ Article 1874 du code civil. Cass.civ. 1 fév. 1993 JCP 94 ed. N, II, 219 note V. Morgand-Cantegrit.

³⁷ V° *Lamy droit de l'informatique*, op. cit. ed. 1998, n° 991, p.579.

³⁸ V° Planiol et Ripert, T.X. par Girord et Tunc n°468 ; Soc. 16 juin 1951, Rev. Trim. Dr. Civ. 1952. 239 obs. J. Carbonnier.

³⁹ V° Com. 2 fév. 1957, Bull. civ. III, n°58.

⁴⁰ G. Cornu, *Vocabulaire juridique* de l'association Henri Capitant, puf.

s'agit plus d'appivoiser le mouvement mais simplement de le gérer en envisageant les implications originales de l'objet singulier du contrat au stade de sa formation.

Chapitre 2 - Des implications originales : la gestion du mouvement

Selon une distinction devenue classique en droit, nous envisagerons d'une part les conditions de fond (section 1) et d'autre part les conditions de forme (section 2).

Section 1 - Les conditions de fond

La gestion du mouvement s'apprécie au regard des conditions subjectives (I) et des conditions objectives (II).

I - Les conditions subjectives

Les logiciels libres qui sont diffusés selon les conditions de la GPL vont, nous l'avons déjà vu, faire l'objet de divers interventions de personnes différentes. Ainsi la question de la détermination des parties au contrat apparaît plus délicate (A), Le consentement, est une pièce maîtresse de la formation du contrat intéressant les personnes parties au contrat (B).

A - Les parties aux contrats

On appelle donneur de licence celui qui autorise l'utilisation du logiciel à une personne que l'on nomme le licencié.

Le licencié :

27 -La détermination du licencié (locataire ou emprunteur) ne pose aucune difficulté, il peut s'agir de toute personne ayant la capacité de contracter. Selon l'article 1123 du code civil, toute personne peut contracter, si elle n'est pas déclarée incapable par la loi, et sont incapables « dans la mesure définie par la loi les mineurs non émancipés ; les majeurs protégés... » (article 1124 c. civ.).

28 - *Quid de l'intuitu personae ?* La loi ne semble pas faire du contrat de louage un contrat *intuitu personae* (article 1717 qui prévoit que le locataire peut sous-louer, ou même céder sa location) cependant la jurisprudence admet volontiers ce caractère au contrat de louage⁴². Il ne

⁴² V. Lyon 16 mai 1928. 2. Note Voiron.

semble pas que cela soit très déterminant pour la GPL qui n'est pas une licence exclusive et qui poursuit l'objectif d'une diffusion facile du logiciel, le caractère *intuitu personae* semble donc plutôt contraire à l'esprit de la GPL. Le caractère *intuitu personae* est mieux affirmé s'agissant du contrat de prêt⁴³, il n'en est pas moins mal adapté à l'esprit de la GPL pour laquelle il perd sa justification puisque le prêteur dans cette hypothèse n'est pas destitué de la chose. La confiance que l'on exige en celui qu'on laisse faire usage de son bien (voiture...) n'est pas requise dans notre hypothèse.

Le donneur de licence :

29 - S'agissant du donneur de licence (loueur prêteur), il doit avoir la capacité d'administrer. Le caractère gratuit du prêt conduit à qualifier cette opération de mauvaise gestion⁴⁴. Ainsi, si l'opération semble constituer un acte d'administration puisqu'il n'aliène pas la chose prêtée, la loi impose les mêmes exigences en matière d'incapable que pour les actes de disposition (article 456 c civ. pour les mineurs, et 450 pour les majeurs protégés).

Le loueur doit disposer également d'un droit réel sur la chose. C'est au regard des dispositions du droit d'auteur que l'on peut déterminer si le donneur de licence a un droit réel sur le logiciel libre. Autrement dit, le loueur ou le prêteur doit disposer des droits patrimoniaux sur le logiciel. S'agissant des créations indépendantes, l'article L111-1 CPI dispose que l'« auteur d'une œuvre de l'esprit jouit sur cette œuvre, du seul fait de sa création, d'un droit de propriété incorporel exclusif et opposable à tous ». La loi distingue entre la création d'un seul, qui est alors seul titulaire des droits, et la création par plusieurs (voir infra chapitre I). Les droits sont concentrés entre les mains du coordinateur pour les œuvres collectives qui peut donc seul décider de diffuser le logiciel sous la GPL. Les droits portant sur une œuvre de collaboration sont organisés en copropriété. L'absence de disposition particulière dans le code de la propriété intellectuelle permet de considérer que le droit commun de la propriété s'applique⁴⁵. Le louage d'une chose indivise consenti par un seul des indivisaires constitue, dans la mesure où les autres coindivisaires n'y ont pas participé, un louage de chose d'autrui⁴⁶ car une décision à l'unanimité est nécessaire pour accorder une licence (article 815 c. civ.). Un mandat général d'administration donné à l'un des indivisaires est insuffisant pour l'autoriser à conclure des de louage :contrats de louage : un mandat spécial est nécessaire. Toutefois, en cas où la règle de

⁴³ J. Huet, Traité de droit civil ss dir. J. Ghestin, *Les principaux contrats spéciaux*, L.G.D.J., 1996, n°22110. p815.

⁴⁴ V. S. Betant-Robert, Rep. civ. Dalloz, V° Prêt, 1975, n° 73, et les références.

⁴⁵ Lamy, op. cit, n° 121, p 76.

⁴⁶ V° Malaurie et Aynes, *Les contrats spéciaux*, ed. 1995 /96, p. 348 ; M. Dagot, *Le bail d'un bien indivis*, JCP, 1984 I 3178 ; J. Viatte, *La location des bien indivis*, Rev. Loyers 1977. 453.

l'unanimité engendre une paralysie, un indivisaire peut être autorisé par justice à passer seul un acte qui serait dans l'intérêt commun (articles 815-4 et 815-6 c. civ.).

Ces diverses règles sont susceptibles de trouver un tempérament du fait que le loueur, à l'occasion, peut revêtir la qualité de propriétaire apparent, ce qui justifie d'estimer valablement formé le contrat passé avec le preneur. Ce contrat s'impose alors, en vertu de la théorie de l'apparence, au véritable propriétaire qui ne pourra donc pas agir en contrefaçon contre le licencié. Cette solution a été retenue en matière d'indivision⁴⁷, elle vaut de manière générale pour le louage de chose d'autrui⁴⁸. De plus, quand bien même le loueur est incapable, ou que le contrat est consenti par un autre que celui qui est propriétaire de la chose, la validité du contrat peut être encore admise. Car la location est le type même de l'acte administratif de bonne gestion puisqu'à la différence du prêt, il permet de faire fructifier le bien qui en est l'objet. On admet plus facilement que le contrat soit passé quand il s'agit d'une location que lorsqu'il s'agit d'un prêt.

30 - En présence d'une création de salariés, la directive du Conseil du 14 mai 1991 a posé comme seule exigence la reconnaissance d'une certaine « maîtrise » du logiciel par l'employeur. Ainsi, la loi de 1994 prévoit que « sauf dispositions statutaires ou stipulations contraires les droits patrimoniaux sur les logiciels et leurs documentations 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 » (article L 13-9 CPI). Dans cette hypothèse, le simple fait de créer un logiciel ne suffit pas à permettre de le diffuser sous GPL, la décision appartient à l'employeur. Il est rare que l'employé puisse introduire une clause dans son contrat de travail lui réservant ses droits sur les logiciels ainsi créés. La solution la plus radicale pour diffuser ses logiciels sous GPL est de renoncer à son contrat de travail, ce qu'avait fait Richard M. Stallman à l'époque.

B - Le consentement des parties aux contrats

31 -Le consentement se définit comme l'accord de deux volontés en vue de créer des effets de droits ; La rencontre de ces volontés est la condition de la formation du contrat⁴⁹. Le contrat est formé par le seul effet du consentement, mais la volonté n'engage que si elle est éclairée et libre, c'est-à-dire si elle est exempte de vices. Ainsi, le code civil retient comme vices

⁴⁷ V° par exemple, Paris 14 février 1979, JCP. 1981. II. 19509.

⁴⁸ V° Cass. civ. 1e, 2 novembre 1959, Bull. civ.I, n° 448, Rev. Trim. Dr. Civ. 1960. 327, obs. J. Carbonnier.

⁴⁹ Gérard Cornu, *Vocabulaire juridique*, op. cit.

du consentement l'erreur, le dol, la violence (a. 1109 c. civ.) et la lésion (a. 1118 c. civ.)⁵⁰. L'altération du consentement peut avoir pour effet l'annulation ou la résolution du contrat, ainsi que l'allocation de dommages et intérêts.

32 - La forme du consentement revêt une certaine importance pour la détermination de sa validité. Or, le formalisme prévu aux articles L131-2 et L131-3 du code de la propriété intellectuelle ne devant être réservé qu'à la simple démonstration du contrat d'édition ou de représentation, les autres opérations relèvent du droit commun des articles 1341 et suivant du code civil⁵¹. C'est donc le principe du consensualisme qui domine la matière, quoiqu'une partie de la doctrine s'efforce d'exiger une «tradition» en cas de prêt de chose non consommable. Cette exigence ne semble pas devoir ou pouvoir s'appliquer dans notre situation où il s'agit d'un prêt de chose immatérielle.

Selon le principe du consensualisme, l'expression des volontés peut s'effectuer sous une forme quelconque. L'offre néanmoins doit être précise, ferme et non équivoque, et l'acceptation, elle doit être simplement perceptible. L'exigence de perceptibilité pour l'acceptation, a mis en évidence la fragilité de la pratique américaine « *shrink-wrap licence* » en matière de logiciel⁵². Les logiciels diffusés sous GPL le sont plus couramment en ligne. Cependant, la diffusion en ligne pose des difficultés similaires à celle qui est sous emballage. En effet, il y a une grande ressemblance entre l'accord donné par le fait de déchirer un emballage et celui rendu effectif par le fait de cliquer sur une icône à l'écran. Dans les deux cas, l'action qui est la manifestation de l'acceptation est le plus souvent machinale et sans claire conscience de leur portée. Pourtant, il n'est certainement pas concevable de conclure à une invalidité de principe de tel accord. Tout est une affaire d'espèce. La GPL pouvant s'analyser comme un contrat d'adhésion, le consentement éclairé par la possibilité d'étudier les termes de la licence ainsi que leur signification, est la seule sauvegarde contre l'argumentation d'imposition unilatérale de conditions restrictives à l'utilisateur sous réserve de la libre appréciation du juge. La licence stipule que le fait de modifier ou de distribuer le programme, indique que l'utilisateur a accepté l'accord tacitement (article 5).

II - Les conditions objectives

Dans la gestion du mouvement, trois éléments nous semblent nécessaires à analyser, ce sont le prix, la durée et le territoire sur lequel porte le contrat

⁵⁰ Lamy droit de l'informatique, op. cit. n° 861 et s, p 862.

⁵¹ C. Colombat, *Propriété Littéraire et artistique*, Précis Dalloz, 1997, n° 316 et s.

⁵² Lamy droit de l'informatique, op. cit., *la vente sous emballage* n° 545, p 509.

A - Le prix

33 - Richard M. Stallman écrit « Nous encourageons ceux qui distribuent des logiciels libres à les faire payer le prix qu'ils veulent ou peuvent »⁵³. En effet, peu importe que le logiciel soit gratuit ou payant, ce qui est important, c'est que le logiciel soit libre. La preuve en est qu'il existe des logiciels marchands gratuits. Le prix ne peut cependant pas devenir un obstacle à l'accès au code source, par exemple, si un distributeur fournit un logiciel et fait payer très cher la communication du code source et prétend distribuer le code source, en vérité, il le dissimule. C'est pourquoi la GPL limite le prix du code source afin de préserver la liberté de modification du logiciel⁵⁴. Le prix est donc indifférent dans ce type de contrat sous réserve qu'il n'entrave pas cette liberté.

La GPL est en principe proposée gratuitement, d'où la qualification possible de la GPL en contrat de prêt de chose immatérielle non consommable. Mais dans le cas contraire, il s'agira d'un contrat de louage, le prix de la location peut être payé en une seule fois, cela n'altère pas la qualification du contrat, bien qu'il soit coutume de payer de façon échelonnée.

B - La durée

34 - Le calcul de la durée d'un contrat s'apprécie par la détermination du point de départ de l'effet de l'obligation et de la date de l'extinction du contrat, l'engagement perpétuel étant prohibé dans notre droit moderne⁵⁵. Le contrat de louage fait naître des engagements qui se réalisent dans la durée car il s'agit d'un contrat à exécution successive. Le commodat étant la mise à disposition d'une chose pendant un certain temps, suppose également une durée, il s'agit donc également, comme la location, d'un contrat à exécution successive. Or, la GPL ne contient aucune clause déterminant le terme du contrat, ce qui nous permet de penser qu'il s'agit, *a priori*, d'un contrat à durée indéterminée. Ces contrats ont la particularité de pouvoir être résiliés unilatéralement à tout instant par chacune des parties.

35 - Il semble cependant que la durée soit simplement déterminable pour les contrats de « concession de droit d'usage » de logiciel dans la mesure où le monopole d'exploitation conféré par le droit d'auteur est de 70 ans (50 ans avant 1994). L'article 1888 du code civil

⁵³ R. Stallman : <http://www.gnu.org/>

⁵⁴ Voir l'article 3-b de la GPL.

admet d'ailleurs la validité des termes implicites concernant le commodat. C'est la solution retenue en matière de contrat de licence de brevet d'invention. Or les contrats à durée déterminée ou déterminable ne peuvent pas être résiliés unilatéralement à la discrétion de l'une ou de l'autre des cocontractants sauf à engager leur responsabilité.

Néanmoins, ce raisonnement se complique s'agissant de la GPL dont l'obligation a pour objet un logiciel qui connaît des formes achevées successives (les versions stables) qui sont sans cesse remises en chantier (version en cours de développement) sans affecter le caractère unitaire du contrat. Dans de telles circonstances, il semble autorisé de penser que la durée du monopole ne commence à courir qu'à partir de la dernière modification sur le logiciel libre. Le terme du contrat devient donc très incertain, il dépend entièrement du succès du logiciel. Ainsi la durée du contrat peut être particulièrement longue au point de considérer qu'il est à durée indéterminée. Pourtant le terme même incertain suffit à rendre le contrat à durée déterminée. Le contrat ne sera valable qu'à condition que la survenance du terme ne dépende pas de la volonté d'une seule des parties. Dans le cadre de la GPL personne ne peut prévoir le développement du logiciel car l'ensemble des licenciés ainsi que le donneur de licence ont tous vocation à intervenir dans ce développement.

C - Le territoire

36 Généralement, les licences prévoient une clause déterminant soigneusement le territoire concédé à l'utilisateur pour l'exploitation du logiciel. Au contraire, la GPL ne contient aucune clause de ce type. *A priori*, l'usage du logiciel est donc permis quel que soit le lieu. Cependant, le détenteur du droit d'auteur sur un logiciel qu'il soumet aux dispositions de cette licence pourra ajouter une limitation expresse de distribution géographique excluant certains pays quand leurs législations restreindront la distribution et /ou l'utilisation du logiciel⁵⁶.

Avec ou sans ces restrictions, la licence a vocation de s'appliquer sur plusieurs territoires, il est donc nécessaire d'être vigilant quant aux disparités de régimes juridiques selon les états concernant le logiciel. De ce fait, la « localisation » internationale de cette opération renvoie aux questions de la détermination de la loi applicable, de la désignation du juge compétent pour

⁵⁵ V. Tronplong, *Du contrat de louage*, n° 4 p. 72 : « *La perpétuité répugne à nos idées ; elle est incompatible avec les principes de la liberté que nos lois modernes ont établis pour les choses comme pour les hommes* ». À l'inverse, les perpétuels étaient admis en droit romain et sous l'ancien droit.

⁵⁶ Voir article 8 de la GPL.

connaître d'éventuels contentieux⁵⁷. Nous allons examiner successivement ces questions concernant la GPL

37 - Les parties à un contrat ont la liberté de désigner quelle sera la loi de fond applicable. Aucune clause de ce type ne figure dans la GPL. En cas de contentieux, il appartiendra donc au juge de la déterminer de son propre chef en cherchant la loi du pays avec lequel le contrat présente les liens les plus étroits⁵⁸. Les indices qui permettraient de caractériser ce lien étroit semblent défailants dans la GPL. En effet, elle ne comporte aucune référence à une loi nationale : le terme *copyright* est un terme international, la langue de la GPL est une langue internationale. Cependant, aucune clause ne prévoit non-plus que le contrat est détaché de tout droit national comme cela semble être possible⁵⁹. La loi de fond applicable sera déterminée en ayant recours à la prestation caractéristique du contrat. La loi de fond applicable à la GPL sera donc celle du donneur de licence.

38 - La solution généralement admise et notamment en France pour déterminer la loi de forme applicable est celle de la loi du lieu de l'acte. Or, la licence est conclue sans être signée, et c'est un contrat passé à distance⁶⁰. Cependant, depuis un arrêt Chaplin de 1963⁶¹, il est admis en France que la loi applicable à la forme soit la même que celle applicable au fond. Un rattachement implicite n'étant pas suffisant, les parties doivent en principe indiquer que tel est leur choix. La solution ne semble donc pas applicable à la GPL qui ne prévoit rien. Néanmoins, la tendance actuelle est de retenir cette solution malgré le silence du contrat.

39 - *Quid* de la désignation du juge compétent ? La GPL ne contient aucune clause compromissoire contrairement à 80% des contrats de commerce internationaux. Si aucun contentieux n'a à ce jour été enregistré, que ce soit aux Etats-Unis ou en France, il est toujours possible. En l'absence de toute désignation du juge compétent dans la GPL, les parties au contrat devront s'en remettre aux règles générales du droit judiciaire pour assurer la désignation du juge éventuellement appelé à trancher le différend qui serait né entre elles. Cette omission est certainement un facteur d'incertitude eu égard aux variations des règles de procédure d'un pays à l'autre, c'est donc un risque important de perte de temps et de fragilisation de la situation.

⁵⁷ Lamy droit de l'informatique, chapitre relatif à la « caractérisation des relations internationales », n° 1548 et s.

⁵⁸ Convention de Rome, 19 juin 1980 article 4-1 : « *Le contrat est régi par la loi du pays avec lequel il présente les liens les plus étroits* » JOCE, 9 oct. 1980, n° L266.

⁵⁹ Lamy droit de l'informatique, n° 1599, p 898.

⁶⁰ Sur la question des contrats passés à distance V° : Vivant M. *La responsabilidad en derecho continental*, in *La validez de los contratos internacionales negociados por medios electronicas*, Madrid, ICC, 1988, p. 249 et s. ; Vivant M., *Cybermonde : droit et droits des réseaux*, JCP 1996, I, 3969.

⁶¹ Cass. 1 e civ., 28 mai 1963, n°59-12.292, JCP 2d. G 1963-III-13347, note Malaurie ; D, 1963, jur., p 677.

La règle la plus couramment retenue par les droits étatiques est celle qui retient la compétence du juge du domicile ou du siège social du défendeur. Mais ce sont en vérité plusieurs juges qui peuvent être compétents. Selon le droit français, le juge compétent est celui du lieu d'exécution du contrat dans le cas d'un contentieux non communautaire. En cas de contentieux communautaire c'est celui du lieu d'exécution de l'obligation en litige qui peut varier selon l'angle d'attaque choisi⁶².

Si le consensualisme domine la matière⁶³ il existe quelques conditions légales de forme applicables à la GPL .

Section 2 - Les conditions de forme

40 - Bien que l'écrit ne soit pas obligatoire, il n'en demeure pas moins utile pour faire la preuve de l'existence, de la date et du contenu du contrat. L'écrit est en effet exigé par la loi pour faire la preuve d'un contrat (articles 1341 du code civil) sauf pour les actes commerciaux (article 109 du code de commerce) et pour les actes d'un montant inférieur ou égal à 5 000 francs (Décret n° 80-533 DU 15 JUIL 1980, JO 16 juil). Enfin, la loi admet le commencement de preuve par écrit (article 1347 du code civil). La difficulté pour la GPL est que bien souvent, l'accord se fait en ligne, donc s'il existe un écrit, celui-ci est numérique. Or, le régime de la preuve par écrit rend délicate l'admission d'un document électronique⁶⁴

La forme écrite d'un contrat permet de faire la preuve du contenu de ce dernier d'autant mieux que sa rédaction est précise. Or, la GPL n'est pas toujours rédigée de manière claire, car d'une part, elle emprunte la forme « sauvage »⁶⁵ des contrats américains et d'autre part elle emploie des termes techniques. Ces deux obstacles rendent parfois mal aisée la compréhension des stipulations. Par ailleurs, la GPL est rédigée en anglais, or, le législateur français est intervenu dès 1975⁶⁶ pour limiter l'emploi de langue étrangère « dans la désignation, l'offre, la représentation, la publicité écrite ou parlée, le mode d'emploi ou d'utilisation, l'étendue et les conditions de garantie d'un bien ou d'un service en vue de protéger l'emploi de la langue française ainsi que l'intégrité du consentement ». Une circulaire du 14 mars 1977, modifiée par

⁶² Conventions de Bruxelles de 1968 et de Lugano de 1988 : *Lamy droit de l'informatique*, ed. 1998, n°1615.

⁶³ La doctrine actuelle considère que le caractère réel du contrat de prêt est une survivance désuète et inutile : J. Huet op. cit. N. 22129, p829

⁶⁴ V° Com. 2 déc. 1997, JCP,G, 1998, n°25, p. 1105, note L. Grynbaum ; Conseil d'Etat : *Internet et les réseaux numériques*, la documentation française, 1998.

⁶⁵ Contrat « sauvage » désigne en l'espèce, le contrat dans lequel les clauses ne sont pas rangées en rubriques.

⁶⁶ Loi n° 75-1349, 31 déc. 1975, JO 4 janv. 1976.

la circulaire du 20 oct. 1982 précise le champ d'application de la loi de 1975 en indiquant notamment que « l'emploi de la langue française est obligatoire dans les transactions, propositions de transactions et importations concernant tous les biens et services ». En cas de violation de cette règle, une amende pénale est encourue (article 3 de la loi de 1975) et la nullité d'une clause ou du contrat peut être obtenue pour vice de consentement. Les textes désormais applicables sont la loi du 4 août 1994⁶⁷ et le décret n° 95-240 du 3 mars 1995. Toute cette réglementation n'est pas applicable aux contrats internationaux, or la GPL se présente comme un contrat international, son champ d'application étant transfrontalier, et les parties aux contrats étant généralement de diverses nationalités.

41 - La GPL ne devrait pas à l'inverse échapper à l'obligation, imposée par un décret du 26 mai 1970⁶⁸, de procéder à la déclaration administrative auprès de l'Institut National de la Propriété Industrielle dès lors qu'une des parties est domiciliée en France. Il appartient à la partie domiciliée en France de procéder aux déclarations exigées, et le contrat devra être traduit en français (article 2 du décret). L'expiration, l'annulation, la suspension ou la reprise du contrat doivent être déclarées (article 6 du décret). Il n'y a, *a priori* aucune sanction attachée à l'absence de déclaration dans le système français⁶⁹.

42 - Un dépôt légal a été instauré par la loi n° 92-546 du 20 juin 1992 dont l'article dispose que « les logiciels, les bases de données, les systèmes experts et les autres produits de l'intelligence artificielle sont soumis à l'obligation légale dès lors qu'ils sont mis à la disposition du public par la diffusion d'un support matériel, quelle que soit la nature de ce support »⁷⁰. La forme de diffusion généralement adoptée des logiciels libres sous GPL est la diffusion en ligne. Ainsi l'exigence de dépôt légal ne lui est pas applicable dans la plupart des cas. Cependant, il arrive que le logiciel libre soit diffusé sous la forme d'un CD-Rom payant avec notamment une notice complète et un contrat de maintenance⁷¹. Dans ce cas, les personnes qui édictent, ou en l'absence d'éditeur, celles qui produisent ou importent les logiciels sont astreintes au dépôt (article 4.3° de la loi de 1992) si ce dernier est jugé représentatif par décision des ministres chargés de la Culture de l'Industrie et de la Recherche sur proposition de la commission consultative⁷² et après avis du conseil scientifique du dépôt légal. Ces arrêtés sont publiés au Journal Officiel. Le dépôt doit être fait dans un délai de huit jours à compter de la date de publication au JO. L'absence de dépôt n'affecte pas la protection par le droit d'auteur, mais elle

⁶⁷ Loi n° 94-665, JO, 5 août p 11392.

⁶⁸ Décret n° 70-441 du 26 mai 1970, JO 29 mai.

⁶⁹ En ce sens Vivant M., *Juge et loi du brevet Litec 1977*, n° 395 ; Foyer J. et Vivant M. *Le droit des brevets*, PUF 1991, P 368 et s.

⁷⁰ Loi n°92-546, 20 juin 1992 article 1, JO 23 juin.

⁷¹ Les sociétés Redhat, Caldera et SuSE distribuent ainsi les différentes versions de Linux.

est sanctionnée pénalement par une amende (article 7 loi 1992). Dans un rapport, le Conseil d'Etat préconise de modifier la loi afin d'induire la mise à disposition du public par le réseau numérique « ouvert ». ⁷³

L'organisation de la liberté par la GPL bouscule les règles de prévisibilité du droit des obligations, néanmoins elle ne les méconnaît pas. En effet, les exigences légales sont respectées bien que la liberté implique le mouvement. Il s'agit à présent de vérifier si les effets de la licence permettent l'exercice de la liberté.

⁷² Prévus au 4^e de l'article 3 de la loi du 20 juin 1992.

⁷³ *Internet et les réseaux numériques*, les études du Conseil d'Etat, la documentation française, 1998.

TITRE II - LA LIBERTÉ EXERCÉE OU LES EFFETS DU CONTRAT

La GPL a été conçue pour que le logiciel soit libre et le demeure. Ainsi, alors que le droit d'auteur a pour objet d'organiser l'appropriation d'une œuvre en vue d'en interdire l'usage par les autres, la GPL au contraire, tout en utilisant ce droit, doit permettre d'empêcher toute personne de limiter l'utilisation du logiciel. par conséquent, nous envisagerons les effets du contrat entre les parties (chapitre 1) mais aussi, ses effets à l'égard des tiers (chapitre 2).

Chapitre 1 - Les effets *inter paters*

43 -Le contrat de prêt est dit unilatéral du fait qu'à première vue, l'emprunteur seul contracte des obligations notamment celle de restituer la chose en fin de contrat⁷⁴. Pourtant le code civil consacre des dispositions spécifiques relatives aux obligations du prêteur, ce qui justifierait, au moins, la qualification de contrat synallagmatique imparfait⁷⁵. Nous retiendrons, pour notre part, le fait qu'il existe dès la formation du contrat des obligations à la charge du prêteur et en particulier celle qui lui incombe de laisser la chose à la disposition de l'emprunteur, à ce titre, il est permis de qualifier cet accord de contrat synallagmatique parfait⁷⁶. Par conséquent, quelle que soit la qualification de la GPL (contrat de prêt ou de contrat de bail), il s'agit bien d'un contrat synallagmatique qui fait naître des obligations à la charge des deux parties, le donneur de licence d'une part (section 1) et le licencié d'autre part (section 2).

⁷⁴ V ; Carpentier et Frèrejouan du Saint, Rep. Gén. Alph., V° Prêt, n°9 et 169 : sur l'idée que le prêt est nécessairement unilatéral.

⁷⁵ En ce sens, V. Aubry et Rau, T. IV, para. 391 ; Civ. 8 mars 1887, DP. 1887.1.264.

⁷⁶ En ce sens V° J. Huet, Traité de droit civil, *les contrats spéciaux*, 1996, n° 22134, p.837 ; contra, civ. 1^e, 28 mars 1984, Bull. civ., I, n° 120.

Section 1 - Les obligations du donneur de licence

La GPL constituant une autorisation d'utiliser librement le logiciel, elle met à la charge du donneur de licence des obligations qui ont pour objet de permettre au licencié d'exercer cette liberté. Ainsi, deux types d'obligations lui incombent, qui consistent d'un part à procéder à une remise en jouissance originale (I), et d'autre part, à offrir les garanties contractuelles classiques (II).

I - Une mise en jouissance originale

La définition très large de la remise en jouissance à la charge du donneur de licence prévue dans la GPL fait son originalité. En effet, tout est organisé pour que soit compris le plus largement possible tant le contenu de la jouissance (A) que le contenu de la remise (B).

A - Le contenu de la jouissance

44 - Au terme de l'article 1719-3° du code civil, la jouissance d'un bien loué, que le loueur doit assurer au preneur est tributaire de l'étendue des droits conférés par le contrat, qui sont transférés par la délivrance, tout comme la destination de la chose dont les parties sont convenues. Leur volonté est précisée dans le contrat, ou se déduit des circonstances⁷⁷. Aussi, convient-il d'interpréter le contrat. La destination de la chose (le logiciel libre) dans la GPL est la liberté. Autrement dit, le logiciel doit pouvoir être librement utilisé, diffusé et modifié⁷⁸. Ainsi, l'originalité de la remise en jouissance prévue par la GPL résulte de sa très large définition par comparaison aux dispositions des licences classiques, voir même des règles du droit d'auteur.

45 - La liberté légale de faire des copies d'un logiciel est extrêmement limitée par l'article L 122-6-1 du CPI. En effet, la loi ne reconnaît pas, en matière de logiciel, l'exception de copie privée habituellement admise en droit d'auteur (article L 122-5 1° CPI). Ainsi, seule la copie de sauvegarde est tolérée selon des conditions restrictives. L'article L122-6 II du CPI précise qu'elle n'est permise qu'au détenteur légitime du logiciel et si elle est utile pour préserver l'utilisation de ce dernier. Contrairement à ce qui est prévu par la GPL, la plupart des titulaires de droit patrimoniaux sur un logiciel se prévalent de cette restriction. Ainsi, les licences

⁷⁷ Req. 11 fév. 1907, DP. 1908. 1. 276, droit d'affichage : « la jouissance du preneur est déterminée par le destination qui a été donnée à la chose par le bail, ou par celle qui doit être présumée d'après les circonstances ».

⁷⁸ Voir le préambule de la GPL.

d'utilisation classique contiennent généralement la clause suivante : « Vous avez le droit de réaliser une seule copie de sauvegarde du programme »⁷⁹.

46 - Le donneur de licence use également de son droit patrimonial en offrant au licencié la liberté de diffuser le logiciel auprès d'amis de collègues ou toute autre personne. Cette liberté prolonge en effet celle de copier le logiciel. Or, la plupart des licences d'utilisation organisent au contraire de nombreuses restrictions quant aux possibilités pour l'utilisateur de diffuser le logiciel. Ainsi, sont courantes dans ce type de licence, les clauses qui n'autorisent que les utilisations à titre personnel ou à partir d'une machine déterminée. L'article 1 du contrat L07 d'IBM de licence de logiciel prévoit par exemple que le logiciel ne peut être mis en œuvre que sur un matériel donné, appelé « machine désignée ». La mise en œuvre d'un logiciel sur un matériel différent nécessite une licence particulière et /ou le paiement d'une redevance supplémentaire. L'utilisation est parfois limitée au périphérique physique de l'entreprise. Ainsi, le logiciel ne peut être utilisé que dans un établissement donné, identifié par une adresse postale. De manière plus globale, les licences classiques interdisent couramment au licencié de distribuer des copies du programme ou de la documentation à d'autres utilisateurs⁸⁰. Ainsi, l'article 8 du contrat de licence d'IBM L07 ne permet pas au client de distribuer ni de donner accès au logiciel à un tiers. Une procédure est même prévue, permettant de contrôler l'utilisation, astreint le client à tenir un relevé précis du nombre de reproductions du logiciel et de leur emplacement, et d'aviser IBM par écrit lorsque l'original du logiciel ou une copie est conservé en dehors du lieu d'installation de la « machine désignée »⁸¹

47 - Au regard de ces comparaisons, la liberté de faire des copies et de diffuser le logiciel offert par la GPL apparaît très original. Pourtant d'autres types de licences semblent à première vue offrir une liberté comparable. Il s'agit des licences « freeware », « shareware » et « crippleware » relatives aux logiciels de libre copie⁸². Sous licence « freeware », le logiciel est mis gratuitement à la disposition du public. La licence « shareware » est un contrat par lequel l'auteur d'un progiciel en autorise la reproduction à titre gratuit afin de le diffuser et de permettre à tous les utilisateurs de l'essayer avant d'acheter. L'autorisation est à durée déterminée au terme de laquelle l'utilisateur peut décider de conserver le logiciel en contrepartie du versement d'une redevance. Enfin, le logiciel sous licence « crippleware » est divulgué sous une version qui ne sera fonctionnelle que le temps de la période d'essai. Ces logiciels, bien qu'en libre copie, ont un

⁷⁹ Lamy *droit de l'informatique*, formulaire III-22 contrat de droits d'utilisation de logiciels Février 1988

⁸⁰ Lamy op. cit.

⁸¹ Bensoussan, *Contrat de licence de logiciel IBM. Maîtriser les CIBM*, Mémento-guide, Hermès.

⁸² G.A. Guilleux, *Freeware, shareware, cryppleware ; présentation et classification des logiciels en libre copie*, droit de l'informatique et des télécoms 1997/1 p12.

régime très différent de celui des logiciels diffusés sous GPL. En effet, non seulement leur code source n'est pas accessible mais aussi, leur modification est strictement interdite.

48 - La liberté d'utilisation que confère la GPL, comprend en effet celle d'améliorer soi-même le logiciel. Ainsi, il est permis à l'utilisateur de modifier le logiciel, d'étudier comment le programme fonctionne et de l'adapter à ses besoins. Or même dans les licences « shareware » ou « crippleware » si la duplication est libre, elle doit être faite à l'identique. Quant à celui qui utilise la licence « freeware » pour diffuser son logiciel, il veut conserver la maîtrise de l'évolution des futures versions pour se garantir l'exclusivité de la commercialisation. Ainsi, il renonce uniquement à exploiter commercialement une version déterminée, c'est pourquoi, il interdit la modification du programme ou des fichiers qui lui sont associés. Bien que la loi autorise les utilisateurs légitimes à procéder à des actes normalement interdits par le droit d'auteur (de reproduction, de traduction, d'adaptation, ...) « lorsqu'ils sont nécessaires pour permettre l'utilisation, du logiciel, conformément à sa destination » (article L122-6-1 I CPI) ou autorise sa décompilation selon des conditions strictes (article L 122-6-1 IV CPI), il apparaît clairement que la GPL confère à l'utilisateur une liberté beaucoup plus large à l'utilisateur pour la modification du logiciel, puisqu'elle écarte toutes les restrictions prévues par la loi comme l'exigence de l'absence d'autre solution pour obtenir l'interopérabilité de logiciel afin de pouvoir reproduire du code de logiciel... (Voir la longue énumération des conditions décrites par l'article L 122-6-1 IV).

Le contenu de la jouissance prévue par la GPL est donc extrêmement large. Elle permet en effet que le logiciel évolue librement grâce à des interventions multiples des utilisateurs sans restriction dans le temps. Cette liberté ne serait pas possible si par ailleurs la GPL n'imposait pas au donneur de licence une remise de la chose qui comprend non seulement le logiciel mais également ses sources.

B - Le contenu de la remise

49 - Dans toutes les licences d'utilisation, l'obligation de délivrance de la chose consiste à mettre le logiciel à la disposition du preneur. Il est donc nécessaire de définir précisément ce qu'on entend par logiciel objet de la remise. Le logiciel est défini par l'arrêté d'enrichissement

de la langue française du 22 décembre 1981⁸³ comme : « L'ensemble des programmes procédés et règles, et éventuellement de la documentation, relatifs au fonctionnement d'un ensemble de traitement de l'information ». Selon une terminologie internationale reçue, le programme est « une ensemble d'instructions pouvant une fois transposé sur un support déchiffrable par machine, faire indiquer, faire accomplir, ou faire obtenir une fonction, une tâche ou un résultat particulier par une machine capable de faire du traitement de l'information »⁸⁴. Le terme logiciel retenu par la loi française englobe en outre la « description du programme » et sa documentation auxiliaire », y est inclu également « le matériel de conception préparatoire » (article L 112-2 13° CPI et la Directive européenne du 14 mai 1991). Les licences d'utilisation dans un souci bien légitime de sécurité juridique définissent ce que comprend le logiciel. Par exemple, le contrat de licence de logiciel d'IBM L 07 dans son article 1 précise que le terme logiciel comprend « La documentation, les schémas, les diagrammes logiques, les listes permettant l'utilisation du programme ».

50 -Le problème que soulève la définition du contenu de la remise est de savoir si elle implique également la délivrance du code source. En effet, selon la loi, la délivrance de la chose doit s'accompagner des accessoires qui sont nécessaires à sa jouissance⁸⁵. Or, les licences de logiciels excluent généralement la délivrance du code source. L'argument légal à l'origine de cette exclusion est que le code source n'entre pas dans la définition de ces accessoires⁸⁶. Ainsi, aucune obligation légale ne semble exiger la remise du code source. Néanmoins la GPL oblige une telle remise au donneur de licence⁸⁷.

L'obligation de mettre à la disposition de l'utilisateur du logiciel le code source est au cœur de la GPL. Il s'agit en effet d'une de ses obligations caractéristiques qui permet notamment de la différencier des licences en « freeware », en « shareware » et « crippleware ». L'accès au code source est une condition nécessaire pour parler de logiciel libre car il permet de faire évoluer ce dernier. En effet, le logiciel en pratique est d'abord écrit en code source intelligible par l'homme, ce code source est généralement compilé⁸⁸, puis l'objet compilé (ou code objet) est lié à l'environnement dans lequel il doit être exécuté. Le programme fait alors appel à des

⁸³ JONC 17 janvier 1882, p 624.

⁸⁴ Disposition types de l'OMPI relatives à la protection du logiciel cité in *Les créations immatérielles et le droit* ss dir. Vivant M., 1997, Ellipses.

⁸⁵ V° article 1615 code civ. Relatif à la vente, Planiol est Ripert, T.X. par Girord et Tunc n° 500, citant les travaux préparatoires du code civile indiquant que ce texte doit être étendu au bail.

⁸⁶ Pour une telle analyse V° *Lamy droit de l'informatique*, ed. 1999, n° 1059, p 602 ; contre Viricel A., *Le droit des contrats de l'informatique*, ed. du Moniteur, 1984, n°264, p 155 cité dans le Lamy.

⁸⁷ V° préambule de la GPL.

⁸⁸ La compilation est la traduction du code source en langage intermédiaire qui est traduit ensuite dans un code objet exécutable par la machine.

bibliothèques en code objet créées éventuellement par des tiers. Le résultat de l'opération est un programme exécutable qui n'est pas compréhensible par le programmeur moyen. Si techniquement, un programmeur en décompilant le logiciel peut traduire le code objet en code d'assemblage, il ne lui sera pas possible dans la quasi-totalité des cas d'obtenir à partir de code d'assemblage la structure originelle du code source. Ainsi, la décompilation permet seulement de faire de l'ingénierie inverse en vue de créer un programme similaire, mais elle ne permet jamais de corriger des erreurs et encore moins de modifier le logiciel pour le faire évoluer. En ne fournissant pas le code source, les auteurs protègent le monopole d'exploitation que leur confère le droit d'auteur. Or la GPL, en rendant accessible le code source, tend à faire disparaître ces « péages » ou ces « bastilles » permis par le droit.

Lorsque la GPL évoque le code source, elle ne fait pas référence à la notion large de sources de logiciel qui peut être ainsi définie : « Comme toutes les informations non publiques nécessaires à un professionnel de l'informatique pour modifier ou maintenir le logiciel considéré, sous une forme compréhensible par ledit professionnel »⁸⁹. En effet, cette notion comprend outre le programme source, des indications nécessaires à l'intelligibilité du code source, la description des structures de programmation... Or, la GPL n'impose pas que le programme source soit documenté.

Le contenu de la jouissance en vertu de la GPL comprend le droit pour le licencié de copier, de distribuer, et de modifier le logiciel. Cette jouissance est permise grâce à l'obligation pour le donneur de licence de délivrer non seulement le logiciel mais également le code source. La mise en jouissance imposée par la GPL est de ce fait originale car elle tend à faire disparaître toutes les entraves au libre usage du logiciel organisées par le droit d'auteur. Le donneur de licence tenu par la GPL de cette obligation de délivrance se voit classiquement chargé d'une autre obligation, prolongement de la première, appelée obligation de garantie.

II - Les garanties classiques

La garantie est la technique qui a pour but d'assurer une jouissance paisible et utile de l'objet du contrat. Il pèse sur le donneur de licence en principe une obligation de garantie d'éviction (A) et une obligation de garantie des vices cachés (B).

⁸⁹ H. Croze et F. Saunier, *Logiciels : retour aux sources*, JCP ed. G, 1996, n° !, doctrine 3909, §7, p94.

A - La garantie d'éviction

51 -La garantie d'éviction évite au licencié d'être troublé dans la jouissance de la chose. Elle implique les devoirs, pour le fournisseur, de ne pas perturber, par son fait personnel, le partenaire dans la jouissance de l'objet et de faire en sorte que le fait des tiers n'aboutisse pas à la même conséquence. Il convient d'éliminer tout d'abord les hypothèses de garantie d'éviction du fait personnel qui n'offre guère de difficulté. La solution est en effet acquise que celui qui met à la disposition de l'autre partie un objet ne peut pas de son propre fait, la troubler dans sa jouissance, toute clause contraire serait privée d'effet⁹⁰. la GPL n'en contient d'ailleurs pas de semblable. Il nous semble nécessaire de préciser que le licencié ne doit pas agir sur le terrain de la garantie dans l'hypothèse où le fournisseur n'aurait pas transmis le code source. En effet, l'action devra être alors fondée sur un défaut de délivrance ce qui lui permettra de demander en justice soit l'exécution forcée de la délivrance du code source soit la résolution du contrat. La garantie contre l'éviction du fait personnel du donneur de licence oblige ce dernier à répondre du fait qu'il revienne sur l'objet de la concession pour autant que le licencié n'ait pas excédé, dans sa jouissance, les droits qu'il tenait de lui.

52 - En revanche, si la GPL est faite à titre gratuit, le régime juridique du contrat de prêt lui étant applicable, il n'existe aucune garantie pour le licencié contre une éviction provenant d'un tiers⁹¹. Si la GPL est conclue à titre onéreux, aucune disposition légale provenant du droit supplétif du louage ne prévoit d'obligation pour le garant de couvrir l'éviction subie par le partenaire provenant de troubles de fait accomplis par des tiers (article 1725 c. civ.). À l'inverse, le droit commun du louage impose à la charge de celui qui met son partenaire en possession d'un bien, une obligation de garantir contre les troubles de droit résultant de tiers (article 1726 et 1727 c. civ.). L'exemple classique en la matière est l'hypothèse dans laquelle un tiers engage une action en contrefaçon à l'encontre de l'utilisateur qui mettrait en œuvre un logiciel dont il est le véritable titulaire des droits d'exploitation sur ladite création. Si l'utilisateur n'encourt pas de responsabilité pénale lorsqu'il est de bonne foi, il peut encourir une responsabilité civile (article 122-6 CPI) et ainsi être condamné à payer des dommages et intérêts au véritable titulaire des droits qui pourra lui interdire pour l'avenir la poursuite des actes illicites, c'est-à-dire l'usage du logiciel. La bonne foi du licencié lui permettra de faire fonctionner contre son partenaire contractuel la garantie d'éviction du fait des tiers.

⁹⁰ *Lamy droit de l'informatique*, ed 1999, n° 1095 p620.

⁹¹ V° Pothier, *Du prêt*, n°79 ; Tronplong, *Du prêt*, n° 157.

53 -La GPL, comme la plupart des contrats d'informatique, ne comporte pas de clause évasive de garantie des troubles juridiques émanant des tiers. En revanche, contrairement à la majorité des contrats-types élaborés par les fournisseurs, elle ne contient aucune stipulation d'organisation de cette garantie. C'est donc selon le droit commun que nous venons d'exposer que d'éventuels litiges doivent être tranchés.

B - La garantie des vices cachés

54 -Cette garantie couvre les cas où la chose, en l'espèce le logiciel, est affectée d'un défaut qui empêche d'en retirer l'usage attendu ou qui cause un préjudice au preneur voire au tiers (article 1721 du code civil). Contrairement au prêteur qui n'y est obligé que s'il en avait connaissance (article 1891 c. civ.), le loueur est en principe responsable de plein droit des défauts de la chose. S'agissant d'un contrat à exécution successive, la garantie couvre en principe non seulement les vices antérieurs au contrat mais également ceux qui apparaissent au cours de la vie de ce dernier⁹². Cette responsabilité ne peut être mise en jeu que si le vice n'était pas apparent et si le preneur n'en avait pas connaissance. La sanction peut être lourde puisqu'elle peut mettre fin au contrat. *A priori*, la garantie des vices cachés à la charge du fournisseur dépend de la qualification donnée à la GPL, contrat de prêt ou de louage. Cependant, à l'instar de la plupart des contrats de logiciel, la GPL comporte une clause d'exonération totale de responsabilité⁹³. En effet, elle précise que le logiciel est mis à la disposition « en l'état » sans aucune garantie de quelque nature que ce soit, expresse ou implicite. C'est le concessionnaire qui prend la totalité du risque quant à la qualité et aux performances du programme. En outre, la clause d'exonération contenue dans la GPL est adaptée à son objet singulier. En effet, l'objet de l'obligation de ce contrat est un logiciel libre qui pourra donc être à tout moment modifié et/ou redistribué⁹⁴. Ainsi, la GPL stipule qu'aucun détenteur de droits d'auteur, ou aucune partie ayant le pouvoir de modifier et/ou de redistribuer le programme conformément aux autorisations de la licence, est responsable vis-à-vis du licencié pour ce qui est des dommages, y compris tous dommages généraux, spéciaux, accidentels ou indirects, résultant de l'utilisation du programme ou de l'impossibilité d'utiliser le programme même si le détenteur ou cette autre partie a été avisé de la possibilité de tels dommages. Elle fournit une liste non limitative des dommages que vise cette clause : il peut s'agir de la perte de données, ou du fait que ces données sont rendues

⁹² V° Troplong *Du contrat de louage*, n° 199, Dalloz Jurisp. Génér. V° Louage n° 191.

⁹³ V° article 11 de la GPL.

⁹⁴ V° supra section 1 du chapitre 1 du titre premier.

imprécises, ou encore des pertes éprouvées par le licencié ou un tiers, un manquement du programme à fonctionner avec tous les autres programmes⁹⁵.

Selon les termes mêmes de la GPL, cette exonération de responsabilité s'applique sous réserve que la loi en vigueur n'exige pas une garantie⁹⁶. Au regard du droit français, les clauses élusives ou limitatives de garantie sont aujourd'hui considérées comme valables dans la limite de l'existence de fautes dolosives ou lourdes du donneur de licence⁹⁷. En effet, les tribunaux considèrent que l'article 1721 du code civil relatif au contrat de louage n'a pas un caractère d'ordre public⁹⁸. En tout état de cause, il semble que cette clause doit toujours être considérée valable puisqu'elle n'a vocation à s'appliquer que lorsque la licence est concédée à titre gratuit et en matière de prêt, aucune garantie contre les vices de la chose n'est requise⁹⁹.

55 -Néanmoins et nonobstant ce qui vient d'être affirmé, la loi du 19 mai 1998¹⁰⁰ transposant la directive sur les produits défectueux¹⁰¹ fait peser sur le fabricant (article 1386-6 c. civ.) une obligation de réparation des atteintes à la personne ou à un bien autre que le produit défectueux (article 1386-2). Il découle de ces dispositions qu'il y a un principe général de responsabilité du fabricant pour le défaut des produits qu'il met en circulation, et que le droit à réparation bénéficie aussi bien aux tiers qu'aux acquéreurs de tels produits. Ces solutions valent pour l'ensemble de l'Union européenne. La définition du produit visé par la loi est large (article 1386-3), de ce fait, la notion semble englober les logiciels dès lors que ces derniers apparaissent comme défectueux (article 1386-4). Pour obtenir réparation, il suffit de prouver « le dommage, le défaut et le lien de causalité entre le défaut et le dommage » (article 1386-9). Est un « produit est défectueux...lorsqu'il n'offre pas la sécurité à laquelle on peut légitimement s'attendre » (article 1386-4). Cette responsabilité ne s'éteint que « dix ans après la mise en circulation du produit » qui a causé le dommage (article 1386-16). La loi étend le régime de responsabilité du fabricant au loueur ainsi qu'à tout autres « fournisseurs professionnels » (article 1386-7). Ces dispositions pourraient s'appliquer au donneur de licence, que la GPL soit à titre gratuit ou onéreux, dès lors qu'il s'agit d'un fournisseur professionnel. Ainsi, le développeur indépendant dont la profession n'est pas de fournir des logiciels, ne devrait pas être inquiété par cette lourde responsabilité. Le fournisseur professionnel n'a pas la possibilité de s'exonérer de sa

⁹⁵ V° article 12 de la GPL.

⁹⁶ V° articles 11 et 12 de la GPL.

⁹⁷ *Lamy de droit de l'informatique*, ed. 1999, n° 1086 et 1087, p. 616.

⁹⁸ Ch. Soc. 21 juillet 1958, *Gaz Pal* 1858. 2. 115 ; Civ 3°, 11 juil. 1972, *Bull civ.*, III, p. 330.

⁹⁹ V° Pothier, *Du prêt*, n°79 ; Tronplong, *Du prêt*, n° 157

¹⁰⁰ L n° 98-389, 19 mai 1998, *JO* 21 mai 1998.

responsabilité si la GPL est à titre onéreux (1386-15 c. civ.), il ne peut en effet que se prévaloir dans cette hypothèse des cas d'exonération exceptionnels énumérés par l'article 1386-11 du code civil.

Le donneur de licence par la GPL offre au licencié tous les droits qui lui sont nécessaires pour exercer une utilisation très libre du logiciel à condition que ce dernier respecte les obligations qui lui incombent selon les termes de la licence.

¹⁰¹ Directive n° 85/374/CEE, Cons. CE relative au rapprochement des dispositions législatives, réglementaires et administratives des États membres en matière de responsabilité du fait des produits défectueux, JOCE, n° L210, 7 août 1985.

Section 2 - Les obligations du licencié

56 -Les contrats de commodat et de louage de chose mettent à la charge du détenteur l'obligation de restituer la chose. S'agissant d'un logiciel, la restitution est inutile car sa valeur est le contenu et non son support¹⁰². Au terme du contrat, le licencié perd son droit d'user du logiciel sauf à commettre une contrefaçon tant que le logiciel n'est pas tombé dans le domaine public.

Deux obligations pesant sur le licencié caractérisent la GPL. Il s'agit d'une obligation positive consistant à respecter le droit moral de l'auteur (II) et , d'une obligation négative dont l'objet est d'empêcher le licencié de faire échec à la libre utilisation du logiciel (II)

I - Une obligation positive : Le respect du droit moral de l'auteur

57 - Le droit moral de l'auteur d'un logiciel est très faible¹⁰³. En effet, l'article L121-7 du CPI dispose que « sauf stipulation contraire plus favorable à l'auteur d'un logiciel, celui-ci ne peut pas : 1° S'opposer à la modification du logiciel par le cessionnaire des droits...lorsqu'elle n'est pas préjudiciable ni à son honneur ni à sa réputation. 2° Exercer son droit de repentir ou de retrait ». Néanmoins, le droit de paternité ainsi que le droit de divulgation subsiste.

58 -Bien que d'origine américaine¹⁰⁴, il nous semble que la GPL impose au licencié le respect du droit moral de l'auteur. En effet, dans son préambule, la licence prévoit que si le logiciel est modifié par quelqu'un d'autre que l'auteur puis transmis à des tiers, il est nécessaire que les destinataires sachent que ce qu'ils possèdent n'est pas l'original, de façon que tous problèmes introduits par d'autres ne se traduisent pas par une répercussion négative sur la réputation de l'auteur original.

Les termes de cette clause rappellent la notion américaine du « fair use » en vertu de laquelle l'utilisation de l'œuvre est libre si elle n'a pas notamment pour conséquence de créer un préjudice injustifié aux intérêts légitimes du titulaire du droit d'auteur. Cette notion est présentée comme une solution plus souple que l'exception de courte citation (article L122-5-3° CPI) au droit de reproduction (droit patrimonial article L 122-3 CPI)¹⁰⁵.Cependant, il ne nous semble pas que cette disposition doit être rattachée aux droits patrimoniaux car en l'espèce, c'est l'auteur

¹⁰² V° supra : la qualification du contrat.

¹⁰³ Le droit moral comprend classiquement le droit de divulgation, de paternité, le droit au respect de l'œuvre, le droit de retrait et de repentir (articles L11-1, L 121-1, L122-2 et L121-4 du CPI)

¹⁰⁴ V° J.B. Laydu, *Droit moral et copyright : les nouveaux frères ennemis ?*, *Les petites affiches*, 22 juil. 1994, n° 87, p13.

¹⁰⁵ A. Maffre-Baugé et D. Masson, *les créations immatérielles et le droit*, ss dir.Vivant M., ed. Ellipses, p44.

stricto sensu qui est protégé et non le détenteur du monopole d'exploitation quel qu'il soit. C'est pourquoi nous pensons que cette obligation doit être interprétée en droit français comme l'application fidèle de l'article L 121-7 1° du CPI.

59 - En se fondant sur le droit d'auteur, la diffusion sous GPL ne doit pas être confondue avec la démarche qui existe pour l'auteur à renoncer à ses droits. En effet, certains logiciels sont dits mis volontairement dans le domaine public par leurs auteurs qui choisissent de les offrir à la communauté des utilisateurs¹⁰⁶. Dans cette hypothèse, l'auteur divulgue le code objet et le code source du logiciel qu'il a créé, et il renonce à ses droits patrimoniaux et de facto à l'exercice de ses droits moraux. L'exemple le plus célèbre est certainement celui du logiciel de cryptographie dénommé « Pretty Good Privacy » (PGP) créé et divulgué dans ces conditions par l'américain Philip Zimmermann. Le point commun de cette démarche et la situation organisée par la GPL est la renonciation à contrôler l'évolution des futures versions du logiciel. La différence est qu'en optant pour une licence d'utilisation de type GPL, l'auteur ne renonce nullement à ses droits d'auteur. Ainsi, le logiciel libre dans l'enceinte de la GPL ne soulève pas la question de la validité d'un abandon volontaire de ses droits par l'auteur qui se heurte aux caractères inaliénable, imprescriptible et perpétuel du droit moral¹⁰⁷. En diffusant son logiciel sous GPL, l'auteur peut s'assurer que la libre utilisation du logiciel ne soit pas perturbée par les agissements des licenciés.

II - Une obligation négative : Le respect de la libre utilisation du logiciel

60 - Plusieurs clauses de la GPL imposent au licencié de respecter la libre utilisation du logiciel. Ainsi, l'article 10 stipule que le licencié qui souhaite incorporer des parties du programme dans d'autres programmes libres dont les conditions de distribution sont différentes (exemple), devra écrire à l'auteur pour demander l'autorisation. *A priori*, la GPL laisse à la discrétion de l'auteur la décision qu'il prendra. Cependant, la Free Software Foundation qui a créé ce contrat-type, semble vouloir encourager les auteurs à adopter ses propres critères d'autorisation en les exposant dans le corps même de la GPL. En effet, l'article 10 énonce que la FSF accepte de manière exceptionnelle que soient ainsi incorporés les logiciels sur lesquels elle est titulaire de droits d'auteur. Sa décision va être guidée par le double objectif de protéger le statut libre de tous les dérivés de ses logiciels libres, et de favoriser le partage et la réutilisation des logiciels en général.

¹⁰⁶ G. A. Guilleux, *Freeware, shareware, cryppleware : présentation et classification des logiciels en libre copie*, Droit de l'informatique et des télécoms, 1997/1, p13.

¹⁰⁷ *Lamy droit de l'informatique*, ed. 1999, n° 173.

Conformément à l'esprit du contrat et bien que cela ne soit pas dit expressément dans le corps de la licence¹⁰⁸, le licencié qui souhaite incorporer des parties du programme dans d'autres programmes non libres (ou « propriétaires »), devra écrire à l'auteur pour demander son autorisation. Il est probable que l'autorisation ne soit pas accordée en raison des objectifs poursuivis. La FSF propose un autre contrat, la GNU *Lesser General Licence* qui a succédé en février 1999 à la version 2 de la GNU *Library Public Licence*. Cette licence permet plus facilement d'incorporer un programme à d'autres programmes soumis à des conditions de distribution différentes.

61 - La FSF comme tous les fervents défenseurs du logiciels libres s'oppose au risque de verrouillage que constitue la brevetabilité du logiciel. En effet, la « réservation » du logiciel par le droit des brevets est admise par la législation de certains états et notamment par celles des Etats-Unis et du Japon. Le législateur français a écarté cette solution par une loi datant de 1968¹⁰⁹ et par la Convention de Munich du 5 octobre 1973 relative à la délivrance de brevets européens. Cependant il existe dans la réalité une pratique de brevetabilité du logiciel¹¹⁰. Actuellement, une réflexion est en cours au niveau européen sur la brevetabilité du logiciel. Ainsi, une conférence intergouvernementale au sein de l'Organisation Européenne des Brevets a eu lieu les 24 et 25 juin 1998, à l'issue de laquelle les Etats ont décidé de reporter toute décision à l'occasion d'une deuxième conférence prévue au second semestre de l'année 2000 à Londres¹¹¹. Pour prévenir tout risque de blocage de la libre utilisation du logiciel par le droit des brevets, les auteurs de la GPL ont envisagé l'hypothèse où des sous-distributeurs d'un programme libre obtiennent à titre individuel des licences de brevet, et donc un titre leur conférant un monopole d'exploitation. Afin d'éviter cette situation, la GPL stipule que tous ces brevets doivent faire l'objet d'une concession de licence qui en permette l'utilisation libre par tous. C'est à cette seule condition qu'un brevet peut être déposé.

En utilisant le droit d'auteur, la GPL permet un exercice effectif de la liberté grâce aux obligations réciproques qu'elle impose aux parties. Cependant, la licence ne remplira son rôle que si elle permet d'empêcher que d'autres personnes entravent cette liberté.

¹⁰⁸ Cette précision est donnée dans l'annexe de la GPL.

¹⁰⁹ L. n° 68-1, 2 janv. 1968, JO 3 jan., p. 13, modifiée par la loi n° 78-742, 13 juill. 1978, JO 14 juill., p.2803 ; Article L611-10 du CPI.

¹¹⁰ *Lamy droit de l'informatique*, ed. 1998, n°182, p105.

¹¹¹ Dépêche AFP du 25 juin 1999 ; <http://www.Yahoo.fr/actualité/19990625/politique/930326640-yaho42.250699>.

Chapitre 2 - Les effets à l'égard des tiers

Selon le principe de l'effet relatif des contrats, la GPL n'a pas d'incidence directe sur les tiers. Cependant, le logiciel libre ayant vocation à être diffusé largement, des tiers au contrat peuvent en obtenir la communication. Les situations sont différentes selon que le logiciel diffusé est soumis à la GPL (section 1) ou non (section 2)

Section 1 - La protection de la liberté des œuvres soumises à la licence

Le licencié est libre de distribuer aux tiers, des copies de logiciel libre soumis à la GPL¹¹². Cependant pour protéger les droits du donneur de licence et notamment son choix de diffuser son œuvre selon les critères de la licence¹¹³, certaines restrictions à la liberté de distribution du licencié sont prévues. Ainsi, il lui est interdit d'accorder des sous-licences (I), et il peut distribuer le logiciel modifié ou non selon certaines conditions (II).

I - L'interdiction des sous-licences

62 -Seul le titulaire des droits d'auteur sur le logiciel libre peut accorder des licences d'utilisation de son œuvre (article L122-6 CPI). L'article 5 de la licence dispose à ce titre que le licencié ne peut pas dupliquer, modifier, ou distribuer en sous-licence le programme, sauf si le donneur de licence décide de lui en donner expressément l'autorisation par une clause incréée dans le contrat. La tentative par le licencié d'accorder une sous-licence met automatiquement fin aux droits qui lui sont accordés par la GPL.

Tout droit de duplication, de modification ou de distribution concédé par une sous-licence est réputé nul. Cependant, les personnes qui reçoivent ainsi des copies ou des droits, de la part du licencié au titre de la licence peuvent devenir parties au contrat tant qu'elles en respectent les conditions. En effet, le licencié accorde une licence d'utilisation à qui en accepte les termes.

II - La distribution sous conditions

Le licencié peut distribuer le logiciel modifié ou non sur n'importe quel support (CD Rom, bande magnétique, directement en ligne...). Cette distribution peut être exécutée à titre onéreux

¹¹² V° Préambule de la GPL.

¹¹³ V° article 7 § 3 de la GPL.

dans la mesure où la GPL autorise le licencié à facturer l'acte physique de transfert des exemplaires et lui permet en échange d'une rémunération de proposer une protection en garantie¹¹⁴.

Conditions de la distribution :

63 - Le licencié a l'obligation de transmettre à tout destinataire du logiciel, un exemplaire de la licence en même temps que le logiciel¹¹⁵ ou d'indiquer à l'utilisateur comment visualiser une copie de cette licence¹¹⁶. Le licencié doit indiquer d'une manière parfaitement visible et appropriée, sur chaque exemplaire, un avis de droit d'auteur et de renonciation à garantie s'il n'en propose pas lui-même¹¹⁷.

Il peut dupliquer puis distribuer le logiciel modifié à condition d'indiquer de manière parfaitement visible qu'il a procédé à des modifications en indiquant la date de tout changement¹¹⁸.

La distribution du logiciel peut être faite en code objet ou sous une forme exécutable du moment que le licencié effectue au moins une des trois opérations décrites dans l'article 3. La première consiste à joindre au logiciel son code source complet et exploitable en machine. La deuxième opération possible est de joindre au logiciel une offre écrite valable pendant au moins trois ans, de transmettre au destinataire, pour un montant non supérieur au coût de la réalisation physique de la distribution, un exemplaire complet, exploitable par machine, du code source correspondant. Enfin, le licencié peut fournir les informations qu'il a reçues pour proposer une distribution du code source. Cette variante n'est autorisée que pour la distribution non commerciale, et seulement si le licencié a reçu le logiciel sous forme exécutable ou sous forme de code objet selon les modalités de la deuxième opération.

Effets de la distribution :

64 - Chaque fois que le licencié distribue le logiciel modifié ou non, le destinataire reçoit directement du donneur de licence les droits de dupliquer, distribuer et modifier le logiciel selon les termes de la GPL. En effet, cette distribution ne crée pas de relation contractuelle concernant le logiciel entre le licencié et le destinataire. Ces relations ne peuvent exister qu'entre le donneur de licence et le destinataire¹¹⁹ si ce dernier accepte tacitement la licence en modifiant ou en

¹¹⁴ V° article 1 § 2 de la GPL.

¹¹⁵ V° article 1 § 1 GPL.

¹¹⁶ V° article 2 GPL.

¹¹⁷ V° article 1 GPL.

¹¹⁸ V° article 2-a GPL.

¹¹⁹ V° article 7 GPL.

redistribuant le logiciel libre¹²⁰. Ainsi, le licencié ne peut pas imposer au destinataire des restrictions à l'exercice des droits octroyés par la licence. Inversement, le licencié n'a pas pour responsabilité d'exiger que des tiers se conforment à la présente licence¹²¹. Il appartient en effet au donneur de licence d'agir lui-même en contrefaçon car lui seul possède des droits d'auteur sur le logiciel libre.

65 - La distribution du logiciel par le licencié peut être l'occasion de passer un accord avec des tiers. Le contrat n'aura pas pour objet le logiciel mais une prestation en relation avec le logiciel. En effet, il peut passer un contrat d'entreprise¹²² avec le destinataire du logiciel qui peut, par exemple, avoir pour objet le paramétrage du programme ou la fourniture d'un support technique. Ils peuvent conclure également un contrat au terme duquel le distributeur s'engage à garantir l'autre contre tous dommages généraux ou spéciaux, accidentels ou indirects, résultant de l'utilisation du logiciel par exemple. Ces contrats bien qu'ils soient rendus possibles par la GPL en sont indépendants. L'objet, la qualification, les parties... ne sont pas les mêmes.

Les effets de la GPL sont cependant limités à son objet. En effet, le licencié est libre de choisir le mode d'exploitation des logiciels qui a créé lui-même.

Section 2 - Le libre choix du mode d'exploitation des œuvres indépendantes

Par indépendantes, nous souhaitons désigner les œuvres qui ne sont pas soumises à la GPL bien qu'elles soient créées par un licencié qui utilise le logiciel libre. Avant d'étudier le régime d'exploitation des œuvres indépendantes (II), nous allons en déterminer le domaine (I).

I - Le domaine

66 - Lorsque le licencié réalise des modifications sur l'œuvre soumise à la GPL, il a le droit d'exploiter séparément ces modifications¹²³ conformément au droit d'auteur (article L 113-3 CPI relatif au œuvre de collaboration), sachant que toutes les modifications doivent être datées et leur

¹²⁰ V° article 5 GPL.

¹²¹ V° article 7 GPL.

¹²² Le contrat d'entreprise (ou encore dit louage d'ouvrage ou d'industrie) est le contrat par lequel « une personne (entrepreneur ou locateur d'ouvrage) s'engage envers une autre (client parfois nommé maître de l'ouvrage) à faire un ouvrage en fournissant son travail ou son industrie ou également la matière et qui diffère du contrat de travail (ou louages de services) en ce qui ne subordonne pas l'entrepreneur à celui qui commande l'ouvrage dans l'exécution de la tâche convenue (article 1779 c. civ.) » G. Cornu, *Vocabulaire juridique*, puf.

¹²³ Les modifications doivent nous semble t-il être substantielles.

auteur identifié Cette exploitation ne peut pas porter préjudice à l'exploitation de l'œuvre commune, c'est pourquoi elle n'est possible que dans le respect des termes de la GPL afin que le logiciel demeure libre.

67 - L'influence de la GPL a des limites. Elle n'a pas pour but de revendiquer des droits ou de contester les droits du licencié sur un ouvrage qu'il a entièrement écrit¹²⁴. La licence permet à n'importe quel individu de créer un nouveau produit à partir d'un code source existant. tout licencié peut commercialiser le code qu'il a créé et se détacher ainsi des autres qui poursuivent le développement du logiciel libre. La licence précise en effet que lorsque des sections identifiables du logiciel ne dérivent pas du logiciel et peuvent être considérées raisonnablement comme représentant des logiciels indépendants et distincts par eux-mêmes, alors la licence et ses dispositions ne s'appliquent pas à ces sections quand le licencié les distribue sous une forme distincte¹²⁵.

Les œuvres créées ainsi sont indépendantes du logiciel libre. Le licencié en est selon l'article L 111-1 du CPI, l'auteur. Il est donc libre de choisir leur mode d'exploitation.

II - Le régime

68 - La Free Software Foundation encourage tous les auteurs qui souhaitent l'utilisation la plus large possible dans le public de leur œuvre, à utiliser le mode d'exploitation GNU. En tant qu'utilisateur de logiciel soumis à la GPL, le licencié devenu auteur est incité par l'annexe de la licence à opter pour ce mode d'exploitation. En effet, sont jointes à la licence, des explications à l'intention notamment du licencié pour appliquer les dispositions de la GPL aux logiciels qu'il aurait créés.

69 - Si le licencié/auteur décide d'opter pour le mode d'exploitation GNU, il a parfois le choix entre la GPL et La GNU Lesser General Public Licence (LGPL)¹²⁶. En effet, la LGPL a été créée pour les programmes qui sont des bibliothèques de sous-programmes. Elle peut paraître plus intéressante pour l'auteur car elle permet, contrairement à la GPL, d'autoriser l'incorporation du programme à des programmes « propriétaires ». La contrepartie est que la LGPL est moins garante des libertés, c'est pourquoi, la FSF incite les auteurs qui le peuvent à opter pour la GPL.

¹²⁴ V° article 2 § 3 de la GPL.

¹²⁵ V° article 2 § 2 de la GPL.

¹²⁶ La LGPL version 2.1 à remplacé la GNU Library Public Licence version 2 depuis février 1999.

L'annexe de la GPL conseil à l'auteur souhaitant exploiter son logiciel à partir de cette licence d'indiquer la mention « *copyright* © » au début de chaque fichier qui contient le code source, le nom du programme et le nom de l'auteur¹²⁷. Il devra avertir l'utilisateur qu'il est libre de copier, diffuser, et modifier le logiciel conformément aux dispositions de la GPL dont il peut préciser la version. Une disposition doit inviter tout utilisateur potentiel à lire la licence. L'auteur pourra par exemple inscrire en tête du fichier source : « Vous devez avoir reçu un exemplaire de la Licence Publique Générale GNU en même temps que ce programme ; si ce n'est pas le cas, écrivez à la Free Software Foundation Inc . 59 Temple place, Suite 330, Boston, MA 02111-1307, Etats-Unis ». La FSF conseille à l'auteur d'indiquer les moyens par lesquels il est possible d'entrer en contact avec lui (courrier électronique ou traditionnel). N'oublions pas que le succès du logiciel libre repose sur la coopération.

La boucle est bouclée : le licencié peut devenir donneur de licence. C'est Ainsi que la communauté des utilisateurs de logiciels libres s'agrandit peu à peu.

¹²⁷ Ce n'est que l'application du formalisme au plan international prévue par la Convention Universelle de Genève de 1952 (révisée par l'Acte de Paris du 25 juillet 1971, art. III-1) qui ce substitue aux exigences nationales éparses.

CONCLUSION

70 -Il nous semble possible au terme de cette étude, d'affirmer que la licence publique générale GNU organise un mode d'exploitation de logiciel fiable au regard du droit des obligations et du droit d'auteur, et est conforme à sa finalité.

En effet, bien qu'elle implique le mouvement en permettant notamment, la modification de son objet (le logiciel), une collaboration d'auteurs sans contrainte d'espace-temps, l'amélioration de ses dispositions, elle ne contrevient pas aux règles du droit des obligations et des contrats qui tendent à assurer la prévisibilité des conventions.

Elle introduit une nouvelle logique du droit d'auteur, ce que Richard M. Stallman traduit par « gauche d'auteur » (*copyleft*) : 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. En effet, selon la gauche d'auteur, le titulaire des droits sur l'œuvre contrôle le moment de sa divulgation (a. L121-2 CPI), sa paternité (a. L121-1 CPI), son respect (a. L121-7 CPI), sa reproduction et sa représentation (a. L122-6 CPI) non pour s'assurer sa réservation mais, en vue de la rendre libre. Ainsi, la licence permet d'atteindre l'objectif de ses auteurs : rendre le logiciel libre en créant un fonds commun auquel chacun peut ajouter, mais duquel personne ne peut retrancher.

71 - Il existe d'autres licences de logiciels libres (ou *open source*). Certaines nous semblent trop laxistes et rudimentaires pour être considérées fiables (ex : la licence BSD et l'artistic license). D'autres, selon une préoccupation plus marchande, précisent le sort des marques ou de brevets (ex : la Mozilla public license, la Netscape public license et l'Apple public source license). Enfin, des tentatives sont faites pour appliquer ce type de licences dans d'autres domaines que celui de l'informatique. En effet, la logique du « gauche d'auteur » se présente comme un nouveau moyen d'exploiter des créations littéraires¹²⁸ musicales...qui a l'avantage d'être mieux adapté à l'ère du numérique. Ce constat nous conduit à penser qu'une réflexion plus globale sur cette nouvelle conception du droit d'auteur serait sans doute utile.

¹²⁸ Voir la Licence Open Content.

BIBLIOGRAPHIE

Droit civil

Ouvrages

- Aubry et Rau, T. IV. *Les obligations*, 6^e éd. Par Bartin, 1942.
- J. Carbonnier, *Les obligations*, tome 4, Thémis droit privé, Puf, n°54, p.116.
- G. Cornu, *Vocabulaire juridique* de l'association Henri Capitant, puf.
- J. Huet, *Traité de droit civil ss dir. J. Ghestin, Les principaux contrats spéciaux*, L.G.D.J., 1996.
- Malaurie et Aynes, *Les contrats spéciaux*, ed Cujas, 1995 /96.
- Malaurie et Aynes, *les obligations*, éd Cujas, 1997.
- Planiol est Ripert, T.X. par Girord et Tunc n° 500.

Articles

- Carpentier et Frèrejouan du Saint, Rep. Gén. Alph., V° Prêt.
- J. Huet, *une loi peut en cacher une autre : mise en perspective de la loi sur la responsabilité du fait des produits défectueux*, D affaires, n° 124, 9 juil. 1998.
- J. Viatte, *La location des bien indivis*, Rev. Loyers 1977. 453.
- M. Dagot, *Le bail d'un bien indivis*, JCP, 1984, I, 3178.
- Pothier, *Du prêt*, n°79.
- S. Betant-Robert, Rep. civ. Dalloz, V° Prêt, 1975.
- Tronplong *Du contrat de louage*, n° 199, Dalloz Jurisp. Génér. V° Louage n° 191.
- Tronplong, *Du prêt*, n° 157.

Jurisprudence

- Req. 8 mars 1887, DP. 1887.1.264.

- Req. 11 fév. 1907, DP. 1908. 1. 276
- Cass. civ 17 mai 1927, DP. 1928 . 1. 25, note Capitant.
- Cass. Soc. 16 juin 1951, Rev. Trim. Dr. Civ. 1952. 239 obs. J. Carbonnier.
- Cass. Com. 2 fév. 1957, Bull. civ. III, n°58.
- Ch. Soc. 21 juillet 1958, Gaz Pal 1858. 2. 115 ;
- Cass. civ. 1e, 2 novembre 1959, Bull. civ.I, n° 448, Rev. Trim. Dr. Civ. 1960. 327, obs. J. Carbonnier.
- Cass. 1 e civ., 28 mai 1963, n°59-12.292, JCP 2d. G 1963-III-13347, note Malaurie ; D, 1963, jur., p 677.
- Cass. Civ 3^e, 11 juil. 1972, Bull civ., III, p. 330.
- Cass. civ. 1^e, 28 mars 1984, Bull. civ., I, n° 120.
- Cass.civ. 1 fév. 1993 JCP 94 ed. N, II, 219 note V. Morgand-Cantegrit.
- Cass. civ., 24 mars 1993, *société Bézault*, JCP 93, II, 22085, 1^{re} esp., note F. Greffe.
- Cass. Com. 2 déc. 1997, JCP,G, 1998, n°25, p. 1105, note L. Grynbaum.
- Lyon 16 mai 1928, 2. Note Voiron.
- Paris 14 février 1979, JCP. 1981. II. 19509.

Textes

- Conventions de Bruxelles de 1968 et de Lugano de 1988 : *Lamy droit de l'informatique*, ed. 1998, n°1615.
- Convention de Rome, 19 juin 1980, JOCE, 9 oct. 1980, n° L266.
- Directive n° 85/374/CEE, Cons. CE relative au rapprochement des disposition législatives, réglementaires et administrative des Etats membres en matière de responsabilité du fait des produits défectueux, JOCE, n° L210, 7 août 1985.
- Loi n° 75-1349, 31 déc. 1975, JO 4 janv. 1976.
- Loi n° 94-665, JO, 5 août 1994 p 11392.

Droit de la propriété intellectuelle et droit de l'informatique

Ouvrages

- A. Bensoussan, *Contrat de licence de logiciel IBM. Maîtriser les CIBM*, Mémento-guide, Hermes.

- Conseil d'Etat : *Internet et les réseaux numériques*, la documentation française, 1998.
- C. Colombet, *Propriété littéraire et artistique et droits voisins*, 6^e édition, Précis Dalloz, 1997.
- Desbois, *Le droit d'auteur*, Dalloz, 1978.
- J.M. Mousseron, J. Reynard, T. Revet, *De la propriété comme modèle*, Mélanges offerts de André Colomer, Paris, Litec, 1993.
- *Les créations immatérielles et le droit* ss dir. Vivant M., 1997, Ellipses.
- M. Vivant, C. Le Stanc et autres, *Lamy droit de l'informatique et des réseaux*, édition 1998.
- M. Vivant, C. Le Stanc et autres, *Lamy droit de l'informatique et des réseaux*, éd 1999.
- M. Vivant, *Le droit des brevets*, PUF 1991.
- P. le Tourneau, *Les contrats informatiques*, éd Dalloz, connaissance du droit, 1997.
- R. Young, R. M. Stallman in *Open sources- voices from the Open Source Revolution*, ISBN 1-56592-582-3, janvier 1999 édicté par Chris Dibona, Sam Okman, et Mark Stone chez O'Reilly & Associates.

Articles

- G.A. Guilleux , *Freeware, shareware, cryppleware ; présentation et classification des logiciels en libre copie*, droit de l'informatique et des télécoms 1997/1 p12.
- H. Croze et Y. Bismuth, *Le contrat dit de licence de logiciel* JP 86, éd. E II, 14659, n°1.
- H. Croze et F. Saunier, *Logiciels : retour aux sources*, JCP ed. G, 1996, n° 1, doctrine 3909, §7, p94.
- J.B. Laydu, *Droit moral et copyright : les nouveaux frères ennemis ?*, Les petites affiches, 22 juil. 1994, n° 87, p13.
- *Lamy droit de l'informatique et des réseaux*, Bull. d'actualités, n° 109, déc. 1998.
- *Lamy droit de l'informatique*, Formulaire III-22, février 1988.
- Viricel A., *Le droit des contrats de l'informatique*, ed. du Moniteur, 1984.
- Vivant M., *Juge et loi du brevet* Litec 1977, n° 395 ; Foyer J.
- Vivant M. *La responsabilidad en derecho continental*, in *La validez de los contractos internacionales negociados por medios electronicas*, Madrid, ICC, 1988, p. 249 et s.
- Vivant M., *Cybermonde : droit et droits des réseaux*, JCP 1996, I, 3969.

Jurisprudence

- *Affaire Babolat c/ Pachot* : Cass. ss. plen. 7 mars 1986, : JCP 1986, éd. E, II, 14713 e 14737 bis, note Mousseron, Teyssié et Vivant ; Éd. E, I, 15791, n. 1, obs. Vivant et Lucas ; D. 1986, 405, concl. Cabannes et note Edelman ; RD *prop. Intel.* 1986, n. 3, 206, rapport Jonquères ; *Dr. Informatiques* 1986, n. 2, 53, note Briat ; *Dossiers Brevets* 1896, I, 2.
- CA Paris, 4^e ch., 11 juil. 1991 : Juris-Data n. 024039 ; RD *prop. intell.*, déc. 1991, n. 38, p78.
- Cass. Com 9 nov. 1993, Bult. Civ, IV n° 395.
- Cass. 1^e civ. 3 juill. 1996, n° 4, obs. Vivant M. et Le Stanc C., *Petites affiches* 13 déc. 1996, n° 150, p. 6, obs. Daverat .
- cass. 1^e civ. 13 janv. 1998, n° 95-21.529, Lamyline.
- *Affaire Prince Igor*, CA Paris 7^e ch. 8 juin 1971 D 1972, 283 note Me Edelman ; rev. trim. *Dr. Com.* 1973, p 268 obs. H. Desbois ; rejet du pourvoi : Cass. 14 nov. 1973, RIDA avr. 1974, p66).
- TGI Paris, 8 mai 1969 : D. 1970, somm. 7.

Textes

- Convention Universelle de Genève de 1952 révisée par l'Acte de Paris du 25 juillet 1971, art. III-1.
- L. n° 68-1, 2 janv. 1968, JO 3 jan., p. 13, modifiée par la loi n° 78-742, 13 juill. 1978, JO 14 juill., p.2803.
- Loi n°92-546, 20 juin 1992, JO 23 juin.
- L n° 98-389, 19 mai 1998, JO 21 mai.
- Décret n° 70-441 du 26 mai 1970, JO 29 mai.
- Arrêté du 22 déc. 1881, JONC 17 janvier 1882, p 624.
- Réponse Ministérielle n°8938, JO Sénat Q, 26 nov. 1998, p. 3789.

Sites Internet

- <http://www.gnu.org/>
- <http://www.turnes.org/>
- <http://www.smets.com/>
- <http://www.emoglen.law.columbia.edu/>
- <http://www.aful.org/>
- <http://www.april.org/>

ANNEXES

- GNU General Public License, version 2, juin 1991.
- GNU Lesser General Public License, version 2.1, février 1999.