

PARTIE IV

ASPECTS CONTRACTUELS DES LICENCES DE LOGICIELS LIBRES : LES OBLIGATIONS DE LA LIBERTÉ

Yorick COOL

INTRODUCTION

209. La majeure partie de la doctrine s'intéressant aux licences de logiciels libres se focalise sur les questions de propriété intellectuelle que celles-ci soulèvent. Cela n'étonne guère, dans la mesure où l'agencement des droits d'auteurs qu'elles réalisent est particulièrement original³³³. Il ne faudrait toutefois pas en conclure qu'elles ne suscitent pas de questions relevant d'autres branches du droit. Le droit des obligations est également interpellé par ces licences.

Les licences de logiciels libres confèrent des droits à des tiers, sont transmises fréquemment, voient leur objet et parfois même leurs clauses se modifier en cours de contrat. Si l'on se rappelle qu'en plus, elles sont souvent écrites par des informaticiens pour des informaticiens, il apparaît clairement que le juriste confronté à ces licences pour la première fois sera quelque peu décontenancé. Cet état de fait ne semble pas déplaire à certains membres de la communauté libre, soit qu'il leur permette d'imposer plus facilement leurs propres interprétations – qu'elles soient ou non valides juridiquement –, soit qu'il reflète à l'échelle contractuelle l'idée que se font lesdits membres d'un bon système politique, de par son côté anarchique et « subversif »³³⁴.

Toutefois, ni l'anarchie ni la subversion amenées par les licences de logiciels libres ne doivent être exagérées. L'erreur classique en droit de l'informatique – crier à la nouveauté radicale échappant au droit traditionnel – doit une fois de

³³³ Voy. les contributions de Ph. LAURENT et de F. DE PATOUL dans ce cahier.

³³⁴ Plusieurs figures de proue du mouvement libre sont en effet réputées pour leur goût de la subversion politique, à des degrés divers. Ainsi R. STALLMAN, E. MOGLEN (voy. « Anarchism triumphant: free software and the death of copyright », disponible à l'adresse <http://emoglen.law.columbia.edu/publications/anarchism.html>), ou encore E. S. RAYMOND (Voy. son site personnel <http://www.catb.org/~esr>). Une fraction non négligeable de la communauté libre suit ces grands noms dans leur dédain des institutions juridico-politiques contemporaines.

plus être évitée. Une analyse circonstanciée montrera que les outils familiers du droit des contrats sont à même d’appréhender ce qui est construit dans les licences de logiciels libres, tout comme ce sont les principes généraux du droit de la propriété intellectuelle qui fondent le mécanisme du « copyleft ».

Avant d’entrer dans la mécanique des licences de logiciels libres, il nous paraît utile de nous attacher à procurer une vue d’ensemble de celles-ci. Cette présentation générale constituera notre première partie et se fera en décrivant le contenu obligationnel des licences, et en tentant de qualifier juridiquement ces dernières. Une fois ce premier tableau brossé, nous pourrons analyser plus en profondeur les rapports noués entre les participants à la vie d’un logiciel libre dans notre deuxième partie. La réflexion portera sur les mécanismes mis en œuvre tant dans le copyleft que lors de la transmission de la licence. Nous examinerons dans une dernière partie la validité des licences de logiciels libres. Notre attention se portera notamment sur les questions relatives au consentement des parties, et sur la validité des clauses que l’on trouve typiquement dans ce type de licence.

CHAPITRE 1 : PRÉSENTATION DU CONTRAT DE LICENCE DE LOGICIEL LIBRE

210. L’objet de cette partie sera de donner une vue d’ensemble du contrat de licence de logiciel libre. Il s’agira donc de décrire le contenu obligationnel de la licence et puis de la qualifier.

Section 1 : Contenu obligationnel

§ 1. Obligations du donneur de licence

211. Le donneur de licence contracte principalement deux types d’obligations lors d’un contrat de licence de logiciel libre. Il s’engage à concéder une série de droits et à communiquer les codes sources.

A. Concéder des droits

212. L’obligation principale du donneur de licence consiste à conférer un certain nombre de droits au licencié. Il n’y a là rien de surprenant puisque la concession de droits est le but de toute licence. Les licences de logiciels libres se distinguent toutefois par l’ampleur des droits concédés au licencié. Ils sont en

effet plus nombreux et plus étendus que ne le sont les droits conférés par les licences de logiciels propriétaires. Les licences de logiciels libres permettent au licencié de :

- faire usage du logiciel³³⁵. C'est le seul droit habituellement conféré par les licences de logiciels propriétaires. Toutefois, à la différence de ces dernières, les licences de logiciels libres n'admettent aucune limite à ce droit. Ainsi le nombre de machines³³⁶ sur lequel le logiciel peut être utilisé est-il souvent déterminé précisément par les licences propriétaires. De ce fait, il faut parfois acquérir plusieurs licences du même logiciel lorsqu'on souhaite l'utiliser sur un grand nombre de machines. Au contraire, dans le modèle libre, une seule licence suffit pour utiliser le logiciel, peu importe le nombre d'installations que l'on effectue. Il arrive également que les licences propriétaires limitent leurs licences dans le temps ou dans l'espace, ou n'autorisent l'usage du logiciel qu'à certaines fins (académiques ou non-commerciales par exemple). Aucune restriction de ce type n'est opérée par les licences de logiciels libres.

- modifier librement le logiciel³³⁷. L'utilisateur a la possibilité de corriger des erreurs, de développer de nouvelles fonctionnalités ou de modifier le logiciel en profondeur. Ce droit n'est jamais conféré par les licences propriétaires³³⁸.

³³⁵ G.P.L. art. 0 ; O.S.L. art. 15 ; Open Source Definition (ci-après O.S.D.), art. 5, 6, 8, 10, disponible à l'adresse <http://www.opensource.org/docs/definition.php>; Free Software Definition (ci-après F.S.D.), freedom 0, disponible à l'adresse <http://www.gnu.org/philosophy/free-sw.html>. A ce sujet, voy. P. LAURENT, « Le droit d'auteur contre le droit d'auteur », mémoire de D.E.S. en droit de la propriété intellectuelle, année académique 2002-2003, disponible à l'adresse http://www.droit-technologie.org/2_1.asp?dossier_id=118 p. 11; D. MC GOWAN, « Legal aspects of free and open source software », in X., *Making sense of the bazaar : perspectives on open source and free software*, Sebastopol, O'Reilly, 2003, également disponible à l'adresse http://www.law.umn.edu/FacultyProfiles/MC_GOWAND.htm, p. 2 (les numéros de page renvoient à la version web) ; V. SEDALLIAN, « Garanties et responsabilités dans les logiciels libres », disponible à l'adresse <http://www.juriscom.net/pro/2/da20020901.htm>, p. 4.

³³⁶ Une remarque à ce propos. Le terme « machine » est utilisé par commodité. La réalité est plus complexe, les licences étant parfois concédées pour une « installation », un « site », etc., ces termes pouvant désigner éventuellement un certain nombre de machines.

³³⁷ G.P.L., art. 2 ; O.S.L., art. 1, b) ; O.S.D., art. 3 ; F.S.D., Freedom 3. Voy. aussi P. LAURENT, *op. cit.*, p. 11 ; M. CLEMENT-FONTAINE, *La licence publique générale GNU*, mémoire de DEA Droit des Créations Immatérielles, année 1998-1999, disponible à l'adresse <http://www.juriscom.net/uni/mem/08/presentation.htm>, p. 9 et s. ; V. SEDALLIAN, *op. cit.*, p. 2.

³³⁸ Notons toutefois que l'article 6, § 1, de loi du 30 juin 1994 concernant la protection juridique des programmes d'ordinateur garantit à l'utilisateur des prérogatives limitées de correction et d'adaptation du logiciel. Voy. E. MONTERO, « Les contrats de l'informatique et de l'internet », *Tiré à part du Répertoire notarial*, Bruxelles, Larcier, 2005, n° 56 et 61 et les références citées.

- reproduire librement le logiciel³³⁹. La loi sur la protection des programmes d'ordinateur³⁴⁰ autorise l'utilisateur d'un logiciel quel qu'il soit à faire une copie de sauvegarde des logiciels qu'il emploie, pour autant que cette copie soit nécessaire à l'utilisation du programme (art. 6). Mais le droit prévu par les licences de logiciels libres va beaucoup plus loin, puisqu'il n'y a aucune limite quant au nombre de copies autorisées ou quant au but qu'elles poursuivent. On peut donc faire autant de copies que l'on veut, qu'elles servent de sauvegarde ou pour autre chose. On remarquera que c'est précisément l'absence de limitation quant au nombre de copies autorisées qui permet d'utiliser le logiciel libre sur un nombre illimité de machines.

- distribuer le logiciel³⁴¹. L'octroi de ce droit est assurément inédit ; les licences propriétaires ne le concèdent jamais puisqu'il remet en cause le modèle économique qui les sous-tend. Au contraire, en matière de logiciels libres, le licencié peut toujours redistribuer des copies du logiciel, qu'il s'agisse du logiciel tel qu'il l'a reçu ou du logiciel tel qu'il l'a modifié, et il peut le distribuer aussi bien sous forme de code source que sous forme de code objet. Il peut se faire rémunérer comme il l'entend pour cette distribution. Il doit toutefois respecter diverses obligations qui seront examinées dans la section suivante.

B. Communiquer les sources

213. La particularité³⁴² la plus connue des licences de logiciels libres est bien évidemment le fait qu'elles obligent le donneur de licence à communiquer les codes sources du logiciel³⁴³. Cette obligation n'apparaît pourtant pas toujours

³³⁹ G.P.L., art. 1 ; O.S.L., art. 1, a). Voy. aussi P. LAURENT, *op. cit.*, p. 11. Beaucoup d'auteurs – et même les définitions émanant des organismes tels que la F.S.F. et l'O.S.I. – font l'impasse sur cette liberté en l'incluant dans le droit de redistribution. Ce dernier implique effectivement le droit de faire des copies, mais ne l'épuise pas. Des copies peuvent également être faites à des fins de sauvegarde, et cela aussi est autorisé par les licences libres. Or on ne l'indique pas en se contentant de parler de la liberté de redistribution.

³⁴⁰ Loi du 30 juin 1994 transposant en droit belge la directive européenne du 14 mai 1991 concernant la protection juridique des programmes d'ordinateur, *M.B.*, 27 juil. 1994.

³⁴¹ G.P.L. art. 2 ; O.S.L., art. 1, c) ; O.S.D., art. 1 ; F.S.D., Freedom 2. Voy. aussi P. LAURENT, *op. cit.*, p. 11 ; V. SEDALLIAN, *op. cit.*, p. 2.

³⁴² Les licences propriétaires n'organisent en effet que rarement un droit d'accès aux sources, et lorsqu'il existe, il est généralement beaucoup plus limité. Sur la problématique de l'accès aux sources en matière de licences propriétaires, voy. E. MONTERO, « Les contrats de l'informatique et de l'internet », *op. cit.*, n° 58 et s.

³⁴³ O.S.L. art. 3. Voy. aussi P. LAURENT, *op. cit.*, p. 11 ; V. SEDALLIAN, *op. cit.*, p. 2 ; J.-B. SOUFRON, « La licence publique générale : un système original de protection juridique pour les créations issues des systèmes de développement coopératifs », mémoire de D.E.S.S.

clairement dans les textes des licences. Ainsi, si l'article 3 de l'O.S.L. prévoit explicitement que le donneur de licence s'engage à communiquer le code source du logiciel au licencié lors de chaque distribution ou à permettre d'y accéder aisément – via un site web³⁴⁴ par exemple –, la G.P.L. n'évoque pas une telle obligation.

Est-ce à dire que le donneur de licence sous G.P.L. peut garder les codes sources secrets ? Nous ne le pensons pas. Dès lors que la licence confère au licencié le droit de modifier le logiciel, et ce, sans aucune limite, il semble évident que celui-ci doit pouvoir accéder aux codes sources du logiciel. On sait en effet qu'il n'est pratiquement pas possible de modifier le logiciel sans les codes sources. Ce droit d'accès doit donc être consacré comme un accessoire du droit de modification reconnu par la G.P.L. en son article 2³⁴⁵. Sans accès aux sources, ce dernier droit serait sans portée véritable³⁴⁶. C'est donc sans surprise que nous pouvons conclure que toute licence de logiciel libre impose une obligation de communication des codes sources à charge du donneur de licence, même lorsqu'elle n'est pas expressément stipulée³⁴⁷.

§ 2. Obligations du licencié

Multimédia et Systèmes d'Information, année académique 2001-2002, disponible à l'adresse <http://soufron.free.fr/files/gpl.html>.

³⁴⁴ Le site de la F.S.F. stipule qu'il ne suffit pas de distribuer les sources par internet pour remplir l'obligation de communication des sources. Elle n'accepte ce mode de diffusion qu'à la condition que l'offre soit également faite de communiquer les sources autrement (par voie postale par exemple). Elle fonde son argumentation sur l'idée que tout le monde n'a pas accès à Internet, et que l'absence d'accès à Internet ne devrait pas empêcher quelqu'un d'obtenir les codes sources. A défaut de disposition en ce sens dans le texte de la licence, il paraît cependant difficile d'accepter cette idée sans nuances. Si l'argument vaut tout à fait lors d'une distribution du logiciel par remise de supports physiques (CD-Roms, disquettes, etc.), il devient caduc si le logiciel est lui-même transmis par téléchargement. Il nous semble que la diffusion des sources par téléchargement peut-être suffisante lorsque la diffusion du logiciel se fait par téléchargement car, dans ce cas, il est bien clair que le licencié dispose d'une connexion à Internet.

³⁴⁵ C'est notamment ce qu'affirme la F.S.D., freedom 3.

³⁴⁶ De la même manière, le licencié ne pourrait s'acquitter de son obligation de communiquer les sources lors de toute redistribution s'il n'en disposait pas. Le donneur de licence doit donc lui permettre d'accéder aux sources afin qu'il tienne ses engagements. Il nous semble permis de reconnaître là une obligation de collaboration découlant de l'obligation générale de bonne foi de l'article 1134 du Code civil.

³⁴⁷ Ceci explique d'ailleurs que les définitions de la notion de logiciel libre se basent en général sur les libertés concédées aux licenciés, sans évoquer nécessairement l'accès aux sources, simple corollaire desdites libertés.

214. Quatre catégories d'obligations peuvent incomber au licencié d'un logiciel libre. Cependant, toutes ne se retrouvent pas systématiquement dans chaque licence. Nous précisons au fur et à mesure dans quelles circonstances se retrouve telle ou telle obligation³⁴⁸.

A. Payer le prix

215. Le licencié devra payer le prix... pour autant qu'il y en ait un. On sait en effet que les logiciels libres sont souvent gratuits. Dès lors, cette obligation est plutôt rare, mais n'est pas à exclure. On notera que ce prix, lorsqu'il existe, est convenu en dehors du texte principal de la licence. Celle-ci a pour vocation d'être potentiellement transmise à des tiers. Or, le licencié est libre d'exiger le prix qu'il désire pour transmettre une copie, et n'est pas tenu d'exiger le prix qu'il a lui-même payé. Dans cette mesure, on pourrait arguer que le prix alors exigé est celui de la communication du logiciel, et non celui de la licence d'utilisation en tant que telle. Il y aurait alors un contrat portant sur la transmission du logiciel, tout à fait indépendant du contrat de licence. Dans cette perspective, le contrat de licence serait toujours gratuit, mais pas la remise de la copie. D'autres arguments en ce sens seront présentés dans le chapitre suivant³⁴⁹. Nous reviendrons également sur la nature juridique de la transmission de licences dans le deuxième chapitre de cet article.

B. Conserver certaines mentions

216. L'obligation de conserver certaines mentions est la seule qui revient dans toutes les licences de logiciels libres qu'il nous a été donné d'examiner, bien que sous des modalités très variables. Il s'agit de l'obligation de conserver certaines mentions qui se trouvent tant dans la licence que dans le code source ou dans le code exécutable du programme³⁵⁰. Elle s'applique lorsqu'on redistribue le logiciel, modifié ou non. Les mentions en cause sont de deux types. Si l'obligation de maintien des mentions est toujours présente, elle ne s'applique parfois qu'à l'un ou l'autre type de mention, selon les cas.

³⁴⁸ On notera que les licences de logiciels libres imposent de manière apparemment paradoxale plus d'obligations au licencié que les licences propriétaires. Celles-ci n'exigent habituellement du licencié que le seul paiement du prix. Le paradoxe n'est toutefois qu'apparent. Puisque les licences propriétaires n'accordent typiquement qu'un droit d'usage très restreint au licencié, il n'est plus nécessaire de lui imposer des obligations balisant l'exercice de son droit.

³⁴⁹ Voy. notamment, *infra* n° 223.

³⁵⁰ G.P.L., art. 1 ; O.S.L, art. 3 c) *passim*, art. 7 *in fine*. Voy. P. LAURENT, *op. cit.*, p. 30.

Tout d'abord, il y a les clauses de non-garantie (*no-warranty notices*) figurant dans toute licence de logiciel libre. Le but de ces clauses est de prévenir tout licencié, ou toute personne acquérant une licence via le licencié, de l'absence de garantie. La question de la validité de ces clauses sera traitée plus loin (*infra*, n° 289 et s.).

Ensuite, il y a les mentions identifiant les auteurs du logiciel ou de portions de celui-ci (*copyright notices*). Ce type de mention a plusieurs objectifs. En premier lieu, on sait que les programmeurs sont motivés par la réputation qu'ils peuvent gagner. Il leur est donc nécessaire d'être identifiés pour ce qu'ils ont fait. Dans le même ordre d'idées, il faut que personne ne soit accusé d'être l'auteur d'erreurs de code résultant du travail d'un tiers. Enfin, et c'est ce qui intéressera le plus le juriste, ces mentions permettent de bénéficier en droit belge de la présomption de titularité des droits d'auteur établie par l'article 6 de la loi du 30 juin 1994 sur le droit d'auteur.

C. Maintenir le caractère libre du logiciel : le copyleft

217. L'obligation de maintenir le caractère libre du logiciel caractérise les licences copyleftées³⁵¹ (G.P.L., O.S.L.) par opposition aux licences non-copyleftées (B.S.D.). Elle consiste à obliger le licencié à ne redistribuer le logiciel – et les modifications qu'il y apporterait – que sous la même licence que celle sous laquelle lui-même a acquis ses droits sur le logiciel³⁵². C'est donc une manière de subordonner la liberté accordée aux licenciés au fait qu'ils concèdent la même liberté sur leurs apports et leurs redistributions³⁵³, et de s'assurer que le logiciel reste libre. En revanche, les licences non-copyleftées permettent au licencié de redistribuer le logiciel ou sa version modifiée de manière propriétaire.

D. Communiquer les codes sources

218. Le licencié a l'obligation de communiquer les codes sources (ou de permettre d'y accéder aisément) à chaque fois qu'il redistribue le logiciel³⁵⁴.

³⁵¹ D. MC GOWAN, *op. cit.*, p. 2 ; D. MC GOWAN, « Legal implications of open-source software », *Illinois Law Review*, 2001, p. 254.

³⁵² G.P.L., art. 2, b) ; O.S.L., art. 1, c) ; O.S.D., art. 3. Voy. P. LAURENT, *op. cit.*, p. 34 ; V. SEDALLIAN, *op. cit.*, p. 3 ; P.-P. LEMYRE, « Les logiciels libres sous l'angle de la responsabilité civile », Mémoire de maîtrise en droit des technologies de l'information, novembre 2002, disponible à l'adresse <http://www.juriscom.net/uni/visu.php?ID=106>, p. 21.

³⁵³ Le copyleft sera examiné plus avant, *infra*, n° 233 et s.

³⁵⁴ G.P.L., art. 3 ; O.S.L., art. 1, c) ; O.S.D., art. 2 et 3.

Cette communication doit généralement être gratuite, le seul prix pouvant être réclamé étant celui du support de transmission éventuel (CD-Rom, disquette, etc.). Bien qu'on puisse concevoir qu'une licence non copyleftée comprenne cette obligation³⁵⁵, en pratique, elle se retrouve surtout dans les licences copyleftées (G.P.L. art. 3). Pourrait-on imaginer une licence copyleftée qui dispense de cette obligation ? Il nous semble que non. Dans la mesure où le logiciel redistribué doit être sous la même licence, la personne acquérant le logiciel doit avoir le droit de modifier le logiciel. Or, pour pouvoir exercer ce droit, il est pratiquement indispensable de disposer des sources. Le raisonnement est similaire à celui que nous avons tenu à propos de l'obligation de communication des sources implicite à charge du donneur de licence dans la G.P.L.

Section 2 : Qualification des licences de logiciels libres

219. Dans ce chapitre, nous nous poserons la question incontournable de la qualification des licences de logiciels libres, tout comme on s'était posé en son temps la question de la qualification des licences de logiciels propriétaires³⁵⁶. Nous examinerons donc divers types de contrats afin de déterminer si les licences de logiciels libres peuvent être qualifiées comme étant l'un d'eux. Seront ainsi suggérées les hypothèses³⁵⁷ de la vente, du louage, du prêt et du contrat *sui generis*.

§ 1. La vente

220. Lorsque quelqu'un fournit un bien, le premier contrat auquel on pense est le contrat de vente, ne fût-ce que parce que c'est le contrat que le profane connaît le mieux et a l'impression de conclure (ne dit-on pas « j'ai acheté un logiciel » ?). La vente se définit comme le contrat par lequel « l'un s'oblige à livrer la chose, et l'autre à la payer » (art. 1582 C. civ.). On sait que « livrer » signifie en réalité « transférer la propriété sur la chose ». Nous examinerons donc les deux conditions pour l'existence d'une vente que sont le prix et le

³⁵⁵ Si les licences non-copyleftées ne reprennent généralement pas l'obligation de communication des codes sources à charge du licencié, c'est qu'une telle obligation serait gênante pour un licencié qui souhaiterait exploiter le logiciel de manière propriétaire, comme les licences non-copyleftées l'y autorisent.

³⁵⁶ F. TOUBOL, *Le logiciel. Analyse juridique*, Paris, F.E.D.U.C.I.-L.G.D.J., 1986, p. 110 et s. ; E. MONTERO, *op. cit.*, n° 29 et s. En matière de bases de données, voy. E. MONTERO, *La responsabilité civile du fait des bases de données*, Namur, P.U.N., 1998, p. 332 et s.

³⁵⁷ Ce sont les hypothèses classiquement envisagées en matière de logiciels propriétaires. Voy. note précédente.

transfert de propriété afin de voir si les licences de logiciels libres peuvent être qualifiées de vente.

A. Le prix

221. Sans prix, il n'y a pas de vente³⁵⁸. Or on sait que les logiciels libres sont généralement fournis gratuitement. Dans toutes les hypothèses de fourniture gratuite, il est bien clair qu'il n'y a pas de vente. On peut donc rejeter la qualification de vente pour la grande majorité des contrats de licence de logiciels libres sur cette simple base.

222. Toutefois, un logiciel libre peut être fourni contre un prix. C'est d'ailleurs souvent le cas par exemple des « distributions » GNU/Linux. Est-ce à dire qu'il s'agit du prix afférent à la (con-)cession de droits organisée par la licence ? Nous ne le pensons pas. Il nous semble au contraire que le prix exigé dans ces hypothèses est celui d'un service tout autre : la transmission du logiciel, soit l'acte matériel de remise d'une copie du logiciel et de ses accessoires, que cette remise se fasse par téléchargement ou vente de supports physiques (CD-Rom, disquette, etc.). Il faut donc séparer l'opération de transmission de l'œuvre et l'opération de concession de droits sur l'œuvre.

Pourquoi séparer ainsi la livraison (au sens courant) de la concession de droits sur la chose ? Parce que les deux sont indépendantes. Non seulement il est possible de les distinguer intellectuellement³⁵⁹, mais il s'agit bien de deux opérations qui peuvent avoir lieu de manière séparée. Dans un premier temps, le (futur) licencié se procure une copie du logiciel accompagné de sa licence. Il a pour ce faire déboursé un certain montant. Puis, après consultation de la licence, il l'accepte³⁶⁰. C'est une deuxième opération, gratuite celle-là, qu'il vient d'effectuer. La G.P.L. reconnaît d'ailleurs cette distinction, qui stipule que « vous pouvez exiger paiement pour l'acte physique³⁶¹ de remise d'une copie (...) » (art. 3, al. 2.). Lorsqu'un logiciel libre est payant, c'est la remise physique du logiciel qui est payée, non la concession de droits.

³⁵⁸ H. DE PAGE, *Traité élémentaire de droit civil belge*, t. IV, Bruxelles, Bruylant, 1967, p. 23, n° 5 ; J. LIMPENS et J. HEENEN, *La vente en droit belge*, Bruxelles, Bruylant, 1960, p. 34 ; F. LAURENT, *Principes de droit civil*, t. XXIV, Bruxelles, Bruylant, 1878, n° 2 ; M. PLANIOL et G. RIPERT, *Traité pratique de droit civil français*, t. X, Paris, L.G.D.J., 1952, n° 2.

³⁵⁹ Ce qui a déjà été fait de longue date. Voy. notamment F. TOUBOL, *op. cit.*, p. 123 ; E. MONTERO, *La responsabilité civile du fait des bases de données*, *op. cit.*, p. 227 et s., 337 et s. et du même auteur « Les contrats, de l'informatique aux réseaux numériques », *op. cit.*, n° 31 et les références citées.

³⁶⁰ Les questions de consentement que soulèvent les licences de logiciels libres seront examinées ultérieurement.

³⁶¹ Par acte physique on entend ici tant la remise d'un support que le téléchargement.

La distinction entre les deux opérations n'est pas que temporelle. Elle se situe également sur le plan des personnes qu'elles impliquent. Nous montrerons ultérieurement (*infra*, n° 251 et s.) que, lors d'une transmission, c'est toujours l'auteur originaire qui concède la licence d'utilisation, alors même que le distributeur peut être une autre personne. Cela implique que lorsque je me procure un logiciel libre, je traite en réalité avec le distributeur pour la remise du logiciel, et avec l'auteur pour la concession de droits.

223. Toutefois, si l'on accepte l'idée de la dualité d'opérations, il reste encore à justifier pourquoi nous pensons que la licence est gratuite, et que c'est l'acte de remise qui est payé lors de la transmission d'un logiciel libre. Cela tient au fait que tout licencié peut déterminer le prix auquel il souhaite distribuer le logiciel, même si l'auteur originaire a lui-même fourni le logiciel gratuitement. Comment expliquer que le prix de la licence – toujours accordée par l'auteur – varie en fonction de la personne qui transmet le logiciel ? Surtout, comment expliquer que ce soit le distributeur qui touche le prix de la licence, puisqu'il ne reverse rien à l'auteur ? On ne voit pas comment justifier une telle situation. Si par contre on considère que c'est l'acte de remise qui est payant, et que la licence est toujours gratuite, tout fait sens. La licence est appliquée de manière uniforme, mais chaque distributeur choisit de couvrir ses frais de distribution ou de faire un bénéfice selon le mode qui correspond le mieux à la manière dont il a décidé de transmettre le logiciel³⁶².

224. Ces conclusions impliquent que lorsqu'il y a remise d'un support, on pourra parler de vente du support (tout comme c'est le cas en matière de logiciels standard³⁶³). Lorsque le logiciel est transmis par téléchargement, on pourra parler de contrat d'entreprise³⁶⁴. Cela n'est pas sans importance, puisqu'on pourra alors appliquer les règles propres à ces régimes au transfert du

³⁶² Et en pratique, c'est bien cela qui se passe. Les modèles économiques des entreprises actives dans le domaine du libre ne sont jamais basés sur la vente de licences, mais sur des services afférents au logiciel, sur le regroupement de plusieurs composants logiciels (les « distributions » Linux par exemple), sur la vente de produits périphériques (t-shirts, etc.). A propos des modèles économiques envisageables, voyez R. VISEUR, « Aspects économiques et business models du logiciel libre », Intervention à la journée du logiciel libre organisée par le CETIC le 11 septembre 2003, disponible à l'adresse <http://www.logicielibre.net/download/cf-modeco-1-v1.pdf>.

³⁶³ F. TOUBOL, *op. cit.*, p. 123.

³⁶⁴ Un tel téléchargement pourra être un service de la société de l'information au sens de la loi du 11 mars 2003 sur certains aspects juridiques de la société de l'information (*M.B.*, 17 mars 2003) et devra notamment en respecter le chapitre 3 sur l'information et la transparence. Par contre, la distinction entre opération sur le support et opération sur le logiciel permet d'écarter la qualification de service de la société de l'information pour l'opération sur le logiciel puisqu'elle n'est pas prestée par voie électronique. Cela n'a aucun sens de dire qu'une concession de droits « s'exécute » par voie électronique.

logiciel. Ainsi, si le CD livré est griffé, le licencié devrait pouvoir invoquer la garantie des vices cachés. Par contre, puisqu'il ne comporte pas de prix, on ne peut qualifier de vente le contrat de licence portant sur le logiciel.

B. Le transfert de propriété

225. Les licences de logiciels libres n'organisent aucun transfert de propriété pour la pure et simple raison que le donneur de licence ne se départit d'aucun droit. Qu'il s'agisse d'une licence copyleftée ou non, il dispose encore, après conclusion de la licence, de tous les droits dont il bénéficiait précédemment sur l'œuvre. Il peut encore détruire, licencier à un tiers (aux conditions qu'il souhaite), modifier... l'œuvre comme il l'entend. Dès lors qu'il ne se départit d'aucun élément de son patrimoine, on ne peut parler de transfert de propriété³⁶⁵.

Il faut donc conclure que les droits conférés aux licenciés ne sont pas transférés mais constitués, et qu'il ne s'agit donc en aucun cas de droits de propriété. L'impossibilité de qualifier la licence de vente se confirme donc³⁶⁶.

§ 2. Le louage

226. La thèse du louage, aussi bien de chose³⁶⁷ que d'ouvrage, a été défendue à propos des logiciels propriétaires standard. Il semble donc pertinent d'examiner également cette qualification s'agissant des logiciels libres.

A. Le louage de chose

227. « Le louage des choses est un 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 de lui payer » (art. 1709 C. civ.). Il ressort de cette définition qu'il y a trois conditions pour qu'on puisse parler de louage.

La première est qu'il y ait mise à disposition d'une chose. On peut admettre que c'est le cas en matière de licences de logiciels.

³⁶⁵ Dans le même sens, en matière de logiciels propriétaires standard, voy. E. MONTERO, « Les contrats de l'informatique et de l'internet », *op. cit.*, n° 33 et 34.

³⁶⁶ Le fait qu'il n'y ait pas de transfert de propriété écarte également la qualification de donation.

³⁶⁷ Voyez par exemple G. DEWULF, M. SCHAUSS et P. LESUISSE, *La maintenance de logiciel. Aspects juridiques et techniques*, Cahier du C.R.I.D. n° 3, Bruxelles, Story-Scientia, 1989, p. 21.

La seconde est que cette mise à disposition soit faite pour « un certain temps ». Cela implique que le contrat ne peut être perpétuel, et donc que la chose doit être restituée. Or, les contrats de licence de logiciels libres ne prévoient aucune durée, et sont donc perpétuels³⁶⁸, ce qui est interdit par l'article 1709 du Code civil. De plus, en pratique, on ne peut imaginer que le contrat soit à durée déterminée dans la mesure où l'on ne peut concevoir de restitution dans le cas d'un logiciel. On voit donc que la condition d'une durée déterminée n'est ni remplie, ni possible à remplir en ce qui concerne les logiciels libres³⁶⁹.

Enfin, pour qu'il y ait un contrat de louage de chose, il faut qu'un prix soit déterminé, ce qui n'est pas le cas en matière de logiciels libres. Nous renvoyons à cet égard à ce qui a été dit à propos du prix dans la vente. La qualification de louage de chose est donc clairement à rejeter.

B. Le louage d'ouvrage

228. « Le louage d'ouvrage est un contrat par lequel l'une des parties s'engage à faire quelque chose pour l'autre, moyennant un prix convenu entre elles » (art. 1710 C. civ.). Nous décelons là deux conditions pour qu'un contrat soit qualifié de louage d'ouvrage.

Tout d'abord, il faut qu'il y ait une prestation. Cette notion est floue. Ne peut-on dire que concéder des droits sur une chose est une prestation ? Si, à première vue cette proposition paraît séduisante, il faut avoir à l'esprit les risques posés par une telle interprétation. Si l'on admet que laisser quelqu'un jouir d'un bien ressortit du louage d'ouvrage, l'on est en train de dire que le louage de choses est une espèce de louage d'ouvrage, puisque faire jouir quelqu'un d'une chose est précisément l'objet du louage de chose. Or, il semble que si le Code civil a jugé bon de distinguer les deux contrats, il n'y a pas de raison de les fusionner³⁷⁰.

³⁶⁸ Sauf à prétendre qu'une durée a été implicitement convenue, ou que les parties ont conclu un bail à durée indéterminée résiliable unilatéralement. Or, cela paraît difficile à admettre, dans la mesure où il est certain que les parties n'ont pas à l'esprit de limiter leur accord dans le temps. Rien dans l'agencement contractuel ne permet de penser qu'elles ont conclu un contrat à durée déterminée, et il semble malvenu de compléter la volonté des parties par commodité pour l'interprète qui souhaite retenir une qualification juridique. Qui plus est, une limitation temporelle s'opposerait à l'esprit d'usage sans restriction qui caractérise les logiciels libres. L'O.S.L. précise d'ailleurs explicitement en son article 1 que les droits qu'elle concède sont perpétuels.

³⁶⁹ Dans le même sens, en matière de logiciels propriétaires standard, E. MONTERO, « Les contrats de l'informatique et de l'internet », *op. cit.*, n° 35. Comp. M. CLEMENT-FONTAINE, *op. cit.*, p. 14, qui élude la question de la durée du contrat.

³⁷⁰ En ce sens, E. MONTERO, « Les contrats de l'informatique et de l'internet », *op. cit.*, n° 36.

On peut d'ailleurs justifier la distinction en stipulant que l'objet de la prestation d'un contrat d'entreprise doit être une obligation de faire *active*, par laquelle l'obligé accepte de prêter réellement un service, alors qu'au contraire, dans le louage de choses, le bailleur assume une obligation purement *passive*, par laquelle il se contente de ne rien faire pour empêcher le locataire de jouir du bien³⁷¹. Le louage d'ouvrage requiert un véritable travail. Ne pas interférer avec la jouissance d'un bien n'est pas un travail³⁷². Par voie de conséquence, on ne peut admettre que la licence de logiciel libre est un contrat d'entreprise.

229. La seconde condition pour qu'il y ait louage d'ouvrage est celle du prix. Or, on sait qu'il n'y a pas de prix dans un contrat de licence de logiciel libre (*supra*, n° 223). La qualification de louage d'ouvrage doit donc être écartée.

§ 3. Le prêt à usage

230. Contrat gratuit, le prêt à usage implique, tout comme le louage de chose, une durée limitée et une obligation de restitution. Les considérations émises lors de l'analyse du louage de chose s'appliquent donc *mutatis mutandis*, et la qualification de prêt à usage peut être rejetée³⁷³.

§ 4. Le contrat *sui generis*

231. Les contrats nommés³⁷⁴ ayant été éliminés, on en arrive à la conclusion – prévisible – que les licences de logiciels libres sont des contrats *sui generis*³⁷⁵ soumis uniquement au régime propre organisé par les parties et aux lois impératives et d'ordre public. Aucun régime légal supplémentaire ne trouve à s'appliquer à ces contrats, comme nous aurons l'occasion de le redire.

CHAPITRE 2 : LES RAPPORTS ENTRE LES PARTIES

232. La complexité des rapports entre les participants à la vie du logiciel rend l'analyse des licences de logiciels libres malaisée. Là où le logiciel propriétaire

³⁷¹ F. GLANSDORFF, « Les contrats de service : notion et qualification », in *Les contrats de service*, Bruxelles, éd. du jeune barreau, 1994, p. 6 et s.

³⁷² F. TOUBOL, *op. cit.*, p. 119.

³⁷³ Comp. M. CLEMENT-FONTAINE, *op. cit.*, p. 13.

³⁷⁴ Le mandat n'a pas été examiné, mais on ne voit pas comment il aurait pu être argué que les licences de logiciels libres sont des mandats, puisqu'il n'est pas question de représentation juridique.

³⁷⁵ P.-P. LEMYRE, *op. cit.*, p. 28.

émane d'un auteur, qui transmet le logiciel à un distributeur, qui communiquera le logiciel à l'utilisateur final, sans qu'il y ait une confusion des rôles, le logiciel libre brouille les frontières entre ces catégories. En effet, dans le modèle libre, l'utilisateur peut devenir contributeur et distributeur, chaque personne peut assumer des rôles multiples. Les rapports entre les participants à la vie du logiciel semblent être plus flous que ceux noués au sein du modèle propriétaire. Le but de cette partie sera donc de faire la lumière sur ces rapports problématiques en analysant le mécanisme du copyleft ainsi que celui de la transmission du logiciel.

Section 1 : Le copyleft

233. Comme il a déjà été expliqué dans cet ouvrage (*supra*, n° 4), la particularité de la licence copyleftée est qu'elle lie l'octroi des droits à l'obligation de ne redistribuer le logiciel et ses modifications que sous la même licence que celle par laquelle le licencié a obtenu ses droits. Ce mécanisme est suffisamment original pour mériter une analyse, d'autant plus nécessaire qu'elle aidera à comprendre ce qui est à l'œuvre lors de la transmission du logiciel.

§ 1. Nature du copyleft

234. Le premier outil d'analyse du copyleft qui vient à l'esprit est la notion de condition. La redistribution sous la même licence n'est-elle pas une condition aux droits du licencié ? Si l'on garde cette formulation, il apparaît clairement que non. Ce serait en effet dire que les droits du licencié seraient soumis à une condition suspensive, celle de la redistribution sous la même licence. Or l'obligation affectée d'une condition suspensive non encore réalisée voit son exécution suspendue³⁷⁶. En d'autres termes, si l'on soutient que la redistribution sous la même licence est une condition suspensive des droits du licencié, on implique que le licencié ne peut exiger que le donneur de licence lui communique les sources du logiciel ou lui permette de le modifier tant que la condition n'est pas remplie. Le licencié ne pourrait donc jouir de ses droits qu'à partir du moment où il a redistribué le logiciel. Or, il est bien clair dans toutes les licences libres que le licencié n'est jamais soumis à une obligation de redistribution. Ses droits sont acquis dès la conclusion du contrat, et il peut les exercer pleinement même s'il ne redistribue jamais le logiciel. La notion de condition suspensive n'est donc pas adéquate pour décrire le mécanisme du copyleft.

³⁷⁶ S. STIJNS, D. VAN GERVEN et P. WÉRY, « Chronique de jurisprudence. Les obligations : Le régime général de l'obligation (1985-1995) », *J.T.*, 1999, p. 823.

235. Qu'en est-il à présent de la notion de condition résolutoire ? Pour formuler le copyleft dans l'optique d'une condition résolutoire, on dirait que les droits sont concédés au licencié, pour autant qu'il ne diffuse pas le logiciel sous une licence autre que celle sous laquelle il l'a lui-même acquis. Dès qu'il entreprend de diffuser le logiciel sous une licence autre que celle sous laquelle il l'a obtenu, il perd le bénéfice du contrat.

Une telle analyse est conforme à la lettre et l'esprit de la plupart des licences copyleftées. Ainsi la G.P.L., en son article 4, ou l'O.S.L., en son article 9, *in fine*, stipulent que le contrat sera résolu en cas de redistribution sous une autre licence. Ces articles confirment bien que la violation du copyleft peut avoir un effet résolutoire. On cherchera par contre en vain une telle clause dans une licence telle que la Q.P.L. Puisque celle-ci se borne à énoncer l'obligation du licencié de garder le logiciel sous la même licence, sans prévoir que le non-respect de cette obligation entraînera la résolution automatique du contrat, on doit conclure que cette licence ne comprend pas de condition résolutoire. En effet, les clauses résolutoires expresses sont de stricte interprétation³⁷⁷, et il doit en aller de même des conditions résolutoires. Dès lors, l'on ne peut interpréter une telle licence comme prévoyant la résolution du contrat en cas de non-respect de la condition. Dans le cas de la Q.P.L., le copyleft se présente simplement comme une modalité que le licencié doit respecter lors de l'exercice de ses droits.

Le non-respect du copyleft peut donc entraîner la résolution du contrat, mais s'agit-il pour autant d'une condition ? Certes la résolution est suspendue à la survenance d'une circonstance particulière, mais cette dernière n'est pas n'importe quel « événement futur et incertain » (art. 1168 C. civ.) : il s'agit de l'inexécution de ses obligations par l'un des contractants. Dès lors, le copyleft ne constitue pas tant, dans le cas de la G.P.L. ou de l'O.S.L., une condition résolutoire qu'un pacte comissoire³⁷⁸. La différence est de taille : dans le premier cas, la résolution a lieu de plein droit et les parties ne peuvent s'y opposer³⁷⁹, tandis que dans le cas d'un pacte comissoire, le créancier peut renoncer à exiger la résolution du contrat s'il préfère par exemple demander au

³⁷⁷ M. COIPEL, *Éléments de théorie générale des contrats*, Diegem, Story-Scientia, 1999, p. 171.

³⁷⁸ Rappelons que dans le cas d'autres licences telles que la Q.P.L., le copyleft n'est ni l'un ni l'autre.

³⁷⁹ C. PAULIN, *La clause résolutoire*, Paris, L.G.D.J., 1996, p. 174. Notons que c'est une différence fondamentale d'objectifs économiques qui justifie la différence de régime entre condition résolutoire et pacte comissoire. Alors que ce dernier a pour objectif (non-exclusif) d'être une peine privée, la condition résolutoire vise à faire dépendre l'existence du contrat d'un aléa. C'est ce qui justifie que le donneur de licence peut renoncer à infliger la sanction de la résolution, alors que les parties sont tenues par l'aléa qu'elles ont accepté.

débiteur de s'exécuter³⁸⁰. En pratique, c'est généralement ce que préférera faire le donneur de licence, puisque la résolution du contrat a sans doute moins d'intérêt pour lui que la diffusion des sources des modifications faites par le licencié.

236. En conclusion, selon la rédaction des clauses de la licence, le copyleft pourra se présenter comme une clause résolutoire expresse ou comme une simple modalité d'exercice du droit de redistribution du licencié.

§ 2. *L'opposabilité des effets externes du contrat*

237. Pour avoir une quelconque efficacité, le copyleft doit pouvoir bénéficier au tiers auquel le licencié souhaite transmettre le logiciel. L'opposabilité des effets externes du contrat permet au tiers d'invoquer l'existence du contrat à son profit. Est-ce ce qui permet au copyleft de sortir ses effets ?

A. Le principe de l'opposabilité des effets externes du contrat

238. Principes fondamentaux en matière contractuelle, la relativité des conventions (art. 1165 C. Civ.) et l'opposabilité des effets externes des contrats se complètent³⁸¹ et se limitent mutuellement³⁸². La conjonction des deux amène à la conclusion que si le tiers ne peut se voir imposer des obligations par le contrat ni en tirer des droits directs, il peut invoquer et se voir opposer la situation née de celui-ci. En d'autres termes, il doit reconnaître l'existence du contrat, et les conséquences que celui-ci peut avoir, même s'il ne peut ni réclamer ni se voir réclamer l'exécution des obligations nées du contrat³⁸³.

L'opposabilité des effets externes du contrat implique donc que le tiers peut à l'occasion tirer profit de l'existence du contrat, en invoquant les conséquences que celui-ci produit. Ainsi, un créancier est autorisé à se prévaloir du fait que

³⁸⁰ Civ. Nivelles, 13 déc 1988, *Rev. Not. Belge*, 1991, p. 403. Voy. également M. COIPEL, *op. cit.*, p. 171 ; V. PIRSON, « Qu'advient-il de l'option de l'article 1184 du Code civil lorsque le créancier bénéficie d'une clause résolutoire expresse ? », note sous Liège, 27 nov. 2000, *R.R.D.*, 2001, p. 282 ; C. PAULIN, *op. cit.*, p. 180. Comp. F. DEREME, « Vente parfaite ou sous condition résolutoire d'une vente sous seing privé. Aspects civils et fiscaux », *R.G.E.N.*, 2000, p. 83.

³⁸¹ M. FONTAINE, « Les effets « internes » et les effets « externes » des contrats », in M. FONTAINE et J. GHESTIN (éds), *Les effets des contrats à l'égard des tiers. Comparaisons franco-belges*, Paris, LGDJ, 1992, p. 53.

³⁸² S. STIJS, « Les contrats et les tiers », in P. WÉRY (éd.) *Le droit des obligations contractuelles et le bicentenaire du code civil*, Bruxelles, La Chartre, 2004, p. 197 et s.

³⁸³ M. FONTAINE, *op. cit.*, p. 42.

son débiteur a conclu un contrat qui a enrichi son patrimoine, et peut pratiquer une saisie-arrêt (art. 1445-1460 C. Jud.) sur le patrimoine de son débiteur³⁸⁴ ou intenter une action oblique (art. 1166 C. Civ.) à son encontre. Ce faisant, il profite des effets externes du contrat conclu par son débiteur. Ne pourrait-on pas se baser sur un raisonnement similaire pour donner toute son efficacité au copyleft ?

B. Apories de l'approche par les effets externes du contrat

239. Diverses raisons font que l'on ne peut se satisfaire du principe de l'opposabilité des effets externes du contrat pour expliquer le copyleft. Avant de les exposer, nous rappellerons une fois encore que le copyleft consiste à exiger du licencié qu'il communique le logiciel aux tiers avec la licence qu'il a lui-même reçue, et notamment en proposant de fournir les sources. Pour que ce mécanisme ait un quelconque intérêt pour le tiers, il faut que ce dernier puisse s'opposer à une distribution qui ne respecte pas ces exigences. Invoque-t-il alors les effets externes du contrat ?

240. La première raison qui nous pousse à penser que non tient à la manière dont le tiers invoque le contrat. Lorsqu'on admet qu'un tiers puisse se prévaloir des effets externes d'un contrat, on lui permet d'exiger que les parties tirent les conséquences de l'état du contrat vis-à-vis de lui. Si la mise en œuvre d'une clause a pour effet d'enrichir une des parties, le tiers est intéressé par le nouvel état du patrimoine de la partie. Mais le tiers n'est affecté par les obligations des parties que par ricochet : les obligations des parties ont certains effets, et le tiers est intéressé à ces effets, non aux obligations elles-mêmes³⁸⁵. Il entend se prévaloir du résultat de leur exécution, non des obligations en tant que telles. Il ne se préoccupe pas de l'obligation de transférer un bien, mais juste du résultat du transfert.

Dans le cas du copyleft, au contraire, c'est l'obligation même du licencié qui intéresse le tiers. Le tiers ne se préoccupe pas de quelconques effets ou conséquences de l'obligation, mais bien de l'obligation elle-même. C'est le fait que le licencié s'est obligé vis-à-vis du donneur de licence à effectuer certaines prestations qui l'intéresse. Il veut que le licencié exécute l'obligation qu'il a contractée vis-à-vis du donneur de licence. *In fine*, il souhaite demander au licencié de s'exécuter. Une telle demande serait bien évidemment une entorse à la relativité des effets internes des conventions, puisque le tiers serait en train de tirer un droit du contrat entre le licencié et le donneur de licence. Or, on ne peut

³⁸⁴ Exemples cités par M. FONTAINE, *op. cit.*, p. 51.

³⁸⁵ M. FONTAINE, *op. cit.*, p. 42 ; S. STIJNS, *op. cit.*, p. 196-197.

justifier une entorse de ce type grâce à l'opposabilité des effets externes du contrat, puisque ce principe complète, mais ne fait pas exception à la relativité des conventions³⁸⁶.

241. Un autre argument peut être trouvé en raisonnant par l'absurde. A considérer que le droit du tiers à une licence copyleftée ne consiste qu'à pouvoir invoquer les effets externes du contrat, on risque de faire du tiers un complice en cas de violation de la licence. S'il se trouve face à un licencié qui veut limiter ses droits ou lui refuser l'accès aux sources, et qu'il accepte tout en sachant qu'il devrait pouvoir, en vertu de la clause de copyleft, bénéficier de conditions plus avantageuses, il participerait, en connaissance de cause, à la violation de la licence originale. Or, on reconnaît là la définition de la tierce-complicité³⁸⁷. Cette solution serait pour le moins paradoxale. En effet, le non-respect de la clause de copyleft par un licencié de mauvaise foi³⁸⁸ pénaliserait doublement le tiers. Non seulement celui-ci ne disposerait pas des droits qui devraient lui revenir, mais en plus il pourrait voir sa responsabilité mise en cause pour tierce-complicité. La clause visant à protéger le tiers se retournerait alors contre lui. On doute que ce soit là l'objectif du donneur de licence³⁸⁹...

242. Il nous semble donc que s'en tenir à l'opposabilité des effets externes du contrat pour expliciter le phénomène du copyleft ne suffit pas, parce que cela ne rendrait pas compte du but et de l'enjeu du mécanisme, et contredirait vraisemblablement la volonté des parties.

³⁸⁶ Dans le même ordre d'idées, on peut remarquer qu'à suivre ce raisonnement, il faudrait soutenir que dans une stipulation pour autrui, le tiers bénéficiaire ne fait qu'invoquer les effets externes du contrat en demandant au promettant de s'exécuter. Or, une telle affirmation serait évidemment absurde, la stipulation pour autrui étant l'exemple même de l'exception au principe de la relativité des conventions. On viderait ainsi ce dernier principe de son sens.

³⁸⁷ M. FONTAINE, *op. cit.*, p. 61; S. STIJNS, *op. cit.*, p. 217.

³⁸⁸ On peut certes reprocher au tiers d'avoir méconnu la clause de copyleft, mais il faut bien comprendre que s'il la méconnaît, c'est indubitablement du fait du pouvoir de négociation supérieur du licencié. En effet, cette méconnaissance n'a aucun intérêt pour le tiers, bien au contraire, puisqu'elle limite ses droits.

³⁸⁹ Ceci est d'autant plus vrai dans le contexte de la G.P.L. Celle-ci prévoit en effet, dans son article 4, que la licence d'un tiers qui a été reçue en violation du copyleft reste valide. Indépendamment de la portée exacte de cette clause, on constate une volonté de protéger le tiers qui a reçu une licence en fraude du copyleft. On pourrait selon nous se baser sur cet article pour arguer contre l'hypothèse de la tierce complicité dans le cas de la violation de la clause de copyleft de la G.P.L.

§ 3. *La stipulation pour autrui*

243. Le but du copyleft est de s'assurer que toute personne obtenant le logiciel par le biais du licencié bénéficiera de la licence sous laquelle le donneur de licence a distribué le logiciel. La meilleure manière d'atteindre cet objectif est de conférer un droit direct et personnel au tiers, et donc de recourir à une stipulation pour autrui.

A. Principe de la stipulation pour autrui

244. La stipulation pour autrui³⁹⁰ est un mécanisme juridique par lequel un stipulant demande à un promettant, qui accepte, de fournir une prestation au bénéfice d'un tiers bénéficiaire³⁹¹. Celui-ci tire de l'accord entre stipulant et promettant un droit direct et personnel envers le promettant³⁹². Il peut donc lui réclamer de s'exécuter, sans avoir à passer par le stipulant. Un tel mécanisme est évidemment une exception au principe de la relativité des conventions établi par l'article 1165 du Code civil puisqu'il rend les effets internes d'un contrat applicables à un tiers³⁹³.

Dans le contexte d'une licence copyleftée, la stipulation pour autrui verrait le donneur de licence demander au licencié de s'engager vis-à-vis de tout tiers avec lequel il serait amené à négocier la distribution du logiciel. La prestation consisterait à ne distribuer le logiciel que sous les conditions sous lesquelles lui-même l'a obtenu. Une telle présentation révèle un système qui semble conforme aux désirs de la communauté libre. Mais les licences copyleftées remplissent-elles les conditions nécessaires pour pouvoir parler de stipulation pour autrui ?

B. Les conditions de la stipulation pour autrui

245. Pour que l'on puisse déceler une stipulation pour autrui dans un contrat, il faut que celui-ci révèle l'intention de conférer un droit direct et personnel au

³⁹⁰ C'est l'article 1121 du Code civil qui prévoit le mécanisme, sans toutefois le définir.

³⁹¹ S. BAR, « La stipulation pour autrui », in P. WÉRY (éd.), *La théorie générale des obligations (suite)*, Liège, Formation permanente CUP, 2002, p. 257 ; E. DE WILDE D'ESTMAEL, « La stipulation pour autrui », *R.G.E.N.*, 1997, p. 144.

³⁹² S. BAR, *op. cit.*, p. 265 et s. ; E. DE WILDE D'ESTMAEL, *op. cit.*, p. 152 ; P. JADOUL, « La stipulation pour autrui », in M. FONTAINE et J. GHESTIN (éds), *Les effets du contrat à l'égard des tiers : comparaisons franco-belges*, Paris, L.G.D.J., 1983, p. 408.

³⁹³ S. BAR, *op. cit.*, p. 255 ; E. DE WILDE D'ESTMAEL, *op. cit.*, p. 144 ; P. JADOUL, *op. cit.*, p. 408, qui nuance toutefois.

tiers³⁹⁴, que le tiers soit déterminé ou déterminable³⁹⁵, et que la stipulation soit l'accessoire d'une opération principale³⁹⁶.

1) L'intention de conférer un droit direct et personnel au tiers bénéficiaire

246. Aucune licence n'énonce en termes clairs que le tiers aura le droit d'exiger du licencié qu'il s'exécute. Est-ce qu'on peut en conclure qu'il n'y a pas d'intention de conférer au tiers un droit direct et personnel ? Il nous semble que non. En effet, dès lors qu'est reconnue la possibilité d'une stipulation pour autrui tacite³⁹⁷, on doit admettre que l'intention requise peut s'exprimer tacitement. Encore faut-il, bien sûr, que cette expression tacite soit certaine. Il faut donc en rechercher des indices.

La G.P.L. contient un tel indice. Il s'agit de son préambule. Celui-ci insiste, dans son premier paragraphe, sur le but que poursuit la licence. Celle-ci vise, selon le texte, à garantir que le logiciel soit libre « pour tous ses utilisateurs ». On voit là le souci de garantir les mêmes droits à tous les utilisateurs. Cela reste toutefois insuffisant pour conclure que la G.P.L. attribue des droits à des tiers ; un contrat peut se soucier de l'intérêt des tiers sans leur donner un droit direct et personnel pour autant³⁹⁸. Le quatrième paragraphe du préambule semble par contre plus important :

« Par exemple, si vous distribuez des copies d'un tel programme, que ce soit gratuitement ou non, vous devez concéder les mêmes droits que ceux dont vous disposez à toute personne à qui vous distribuez le logiciel. Vous devez vous assurer que ces personnes reçoivent ou puissent obtenir le code source. Et vous devez leur montrer cette licence afin qu'elles connaissent leurs droits ».

L'interprétation de ce texte peut prêter à discussion. On peut ainsi penser qu'il a pour seul objectif d'évoquer l'obligation contractée par le licencié envers le donneur de licence de ne redistribuer le logiciel que sous la même licence, et que cette obligation s'exécute lorsque le licencié concède lui-même des licences. Dans cette perspective, la dernière phrase du paragraphe signifie simplement que le tiers doit pouvoir connaître les droits qui découlent de la licence que le licencié lui concède. On serait alors dans une logique de sous-licence. Bien que

³⁹⁴ S. BAR, *op. cit.*, p. 262 ; E. DE WILDE D'ESTMAEL, *op. cit.*, p. 147 ; P. JADOUL, *op. cit.*, p. 414.

³⁹⁵ S. BAR, *op. cit.*, p. 263 ; E. DE WILDE D'ESTMAEL, *op. cit.*, p. 148 ; P. JADOUL, *op. cit.*, p. 416.

³⁹⁶ S. BAR, *loc. cit.* ; E. DE WILDE D'ESTMAEL, *op. cit.*, p. 147 ; P. JADOUL, *op. cit.*, p. 413 et s.

³⁹⁷ S. BAR, *op. cit.*, p. 259.

³⁹⁸ P. JADOUL, *op. cit.*, p. 414 et s.

conforme à la lettre du texte, cette interprétation est pourtant inexacte, notamment du fait de l'absence de sous-licence lors de la transmission du logiciel par le licencié (*infra*, n° 250 et s.). Qui plus est, dans cette interprétation, la dernière phrase du texte n'aurait guère de sens. Elle se préoccuperait de la correcte information du tiers à propos des droits qu'il tire du contrat qu'il conclut avec le licencié. Ces droits n'ayant pas, dans cette perspective, de rapport avec le contrat entre licencié et donneur de licence, on ne voit pas pourquoi ils seraient évoqués ici. Il n'y aurait pas de sens à évoquer les droits qu'un tiers tirerait d'un contrat de sous-licence techniquement indépendant du contrat originaire.

Comment faut-il alors interpréter ce texte? L'on peut considérer que l'obligation contractée par le licencié l'est en fait vis-à-vis de la personne à qui il transmet le logiciel. Cette dernière dispose alors de droits directs et personnels nés du rapport contractuel entre le licencié et le donneur de licence. Dans cette logique, la dernière phrase du paragraphe évoque précisément les droits que ce tiers tire du contrat entre le donneur de licence et le licencié. Elle a alors plus de sens. En retenant cette interprétation, la phrase a pour but de s'assurer que le tiers peut correctement exercer les droits qu'il tire du contrat entre le donneur de licence et le licencié. Si l'on comprend ainsi ce paragraphe de la G.P.L., cette dernière évoque explicitement les droits dont dispose le tiers en vertu du contrat entre licencié et donneur de licence, et on a donc un élément qui confirme que l'intention est de conférer un droit à un tiers, ce qui implique qu'il y a bien stipulation pour autrui.

247. Toutefois, cette interprétation peut être discutée et, surtout, elle ne concerne que la G.P.L. N'y a-t-il pas d'autres arguments permettant d'affirmer que le copyleft de manière générale révèle la volonté de stipuler pour autrui ?

Il nous semble que l'économie générale du contrat de licence copyleftée laisse apparaître une volonté de stipuler. Rappelons-le une fois de plus : le but du copyleft est de s'assurer que tout qui souhaite obtenir une licence du logiciel copylefté puisse bénéficier des droits qu'accordent les licences de logiciels libres. Or, pour atteindre cet objectif, il semble nécessaire de recourir à la stipulation pour autrui³⁹⁹. Sans ce mécanisme, le tiers n'a aucun moyen d'empêcher le licencié de lui imposer des restrictions à l'utilisation du logiciel non prévues par la licence d'origine. En effet, le tiers ne peut se prévaloir de l'obligation du licencié de ne redistribuer le logiciel que sous la licence sous

³⁹⁹ Voy. Liège, 26 oct. 1992, *J.L.M.B.*, 1993, p. 802 pour un raisonnement similaire où la Cour invoque la « ratio legis » d'une clause pour y découvrir une stipulation pour autrui implicite.

laquelle il l'a acquis que s'il peut lui-même invoquer un droit tiré du contrat⁴⁰⁰, précisément grâce à une stipulation pour autrui. A défaut, il est sans défense face au licencié qui souhaiterait lui imposer des conditions plus strictes. Sa seule possibilité est alors de contacter le donneur de licence et de compter sur lui pour faire respecter le contrat de licence originel. Inutile de dire qu'un tel mécanisme réduirait grandement l'efficacité et donc l'intérêt du copyleft. Au contraire, si l'on admet la stipulation pour autrui, le tiers peut lui-même imposer au licencié de respecter la licence originelle et exiger de bénéficier d'une licence identique⁴⁰¹. Il nous semble certain que telle est l'intention des personnes qui distribuent leurs logiciels sous des licences copyleftées. Dès lors, l'on peut conclure que cette condition à la stipulation pour autrui est remplie, de par l'économie générale du copyleft.

2) Le tiers bénéficiaire doit être déterminé ou déterminable

248. Cette condition est appréciée largement. Il suffit, pour qu'elle soit remplie, que l'on dispose d'un critère permettant de déterminer si une personne peut être considérée comme tiers bénéficiaire ou non⁴⁰². L'identification exacte du tiers bénéficiaire peut donc se faire longtemps après la conclusion de la convention prévoyant une stipulation pour autrui⁴⁰³. L'exemple classique est celui de l'assurance obligatoire de la responsabilité civile en matière de véhicules automoteurs⁴⁰⁴. Elle bénéficie notamment à la personne qui conduit le véhicule au moment de l'accident donnant lieu à responsabilité. Il s'agit là d'un critère permettant d'identifier, le moment venu, qui devra bénéficier des prestations, même si au moment de la conclusion du contrat il est totalement impossible d'identifier le bénéficiaire.

De la même manière, le tiers bénéficiaire n'est pas identifié au moment de la conclusion du contrat de licence copyleftée. Mais on dispose d'un critère permettant de le déterminer : il s'agit de toute personne à laquelle le licencié transmet une copie (modifiée ou non) du logiciel. Le moment venu – c'est-à-dire

⁴⁰⁰ A défaut, on violerait le principe de la relativité des conventions, sauf à interpréter le principe de l'opposabilité des effets externes des contrats de la manière douteuse suggérée dans le paragraphe précédent, avec les problèmes que cela suscite.

⁴⁰¹ Il faut bien comprendre la portée du droit du tiers : il peut exiger de n'être soumis qu'à la licence en question, et à aucune autre. Il peut donc s'opposer à une modification de la licence. Toutefois, le licencié n'est pas obligé de lui transférer le logiciel, et peut donc lui refuser une licence : il n'y a pas d'obligation de redistribution dans le chef du licencié.

⁴⁰² S. BAR, *op. cit.*, p. 263 ; E. DE WILDE D'ESTMAEL, *op. cit.*, p. 149 ; P. JADOUL, *op. cit.*, p. 416.

⁴⁰³ S. BAR, *op. cit.*, p. 263 ; E. DE WILDE D'ESTMAEL, *op. cit.*, p. 148 ; P. JADOUL, *loc. cit.*

⁴⁰⁴ Voy. la loi du 21 novembre 1989 relative à l'assurance obligatoire de la responsabilité en matière de véhicules automoteurs, *M.B.*, 8 décembre 1989.

au moment de la distribution – on peut très facilement identifier le ou les bénéficiaires. Le tiers bénéficiaire est donc indéterminé, mais déterminable, ce qui remplit la condition de la stipulation pour autrui.

3) Le caractère accessoire de la stipulation pour autrui

249. On ne peut effectuer une stipulation pour autrui que si elle est « la condition d'une stipulation que l'on fait pour soi (...) » (art. 1121 C. civ.)⁴⁰⁵. On a l'habitude de dire que cela signifie que la stipulation pour autrui doit être l'accessoire d'une autre opération⁴⁰⁶. Dans le cas des licences de logiciels libres, l'opération principale est sans doute la concession de droits au licencié. Mais cela amène au problème que pose l'article 1121 : l'opération principale est supposée être une « stipulation pour soi ». En d'autres termes, elle doit être faite au bénéfice du stipulant qui est censé y trouver son intérêt. Dans la mesure où la licence de logiciel libre accorde beaucoup de droits au licencié sans contrepartie significative au profit du donneur de licence-stipulant, cette condition est-elle adéquatement remplie ?

Au vu de la manière – particulièrement large – dont la jurisprudence applique le critère, on peut répondre sans hésiter par l'affirmative. En effet, elle admet que la stipulation pour autrui peut être l'accessoire non seulement d'une stipulation pour soi, mais également de toute opération juridique dans laquelle le stipulant joue un rôle autre que celui de stipulant⁴⁰⁷. Autrement dit, une stipulation pour autrui accessoire à une opération dans laquelle le stipulant est débiteur est valide. Or, le donneur de licence est bien évidemment débiteur dans le contrat de licence, puisqu'il concède des droits. La stipulation pour autrui est bien accessoire à l'opération par laquelle le donneur de licence concède des droits au licencié, et la condition est remplie.

En conclusion, le mécanisme du copyleft paraît pouvoir s'analyser en une stipulation pour autrui.

⁴⁰⁵ L'article continue, et admet aussi la stipulation pour autrui comme condition à la donation que l'on fait à un autre. Comme nous l'avons vu, il n'y a pas de donation impliquée dans les licences de logiciels libres, il ne nous semble donc pas pertinent d'étudier cette portion de l'article.

⁴⁰⁶ S. BAR, *op. cit.*, p. 264 ; E. DE WILDE D'ESTMAEL, *op. cit.*, p. 147 ; P. JADOU, *op. cit.*, p. 414.

⁴⁰⁷ S. BAR, *op. cit.*, p. 264 ; E. DE WILDE D'ESTMAEL, *op. cit.*, p. 147 ; P. JADOU, *op. cit.*, p. 414.

Section 2 : La transmission du logiciel

250. Nous parlons sans cesse de la distribution ou de la redistribution du logiciel par le licencié. Il est temps d'analyser la nature de cette opération afin de comprendre les relations entre les membres de la « communauté » d'un logiciel.

§ 1. La distinction entre licence et distribution

251. La première explication du mécanisme à laquelle on a tendance à songer considère l'acte de redistribution comme étant une sous-licence concédée par le licencié. Cette analyse est pourtant contredite par les termes des licences de logiciels libres. L'article 6 de la G.P.L. l'indique explicitement :

« A chaque fois que vous redistribuez le programme (ou toute œuvre basée sur le programme), le destinataire de la distribution reçoit automatiquement une licence de l'auteur originaire lui accordant le droit de copier, redistribuer et modifier le logiciel conformément à la présente licence (...) ».

De la même manière, l'O.S.L. stipule dans son préambule qu'elle lie « l'auteur » et le licencié. C'est donc par le titulaire des droits sur l'œuvre que la licence est concédée, et non par ses ayants cause.

Ces deux exemples font clairement apparaître l'opération qui a réellement lieu lors de la distribution du logiciel par le licencié : l'auteur originaire concède une licence à la personne à qui le licencié transmet le logiciel⁴⁰⁸, et le licencié n'effectue qu'une remise matérielle, par le biais éventuellement d'une vente ou d'un contrat d'entreprise. On retrouve donc la très importante distinction entre la communication d'une œuvre logicielle (avec ou sans support) et l'opération sur les droits que nous avons évoquée à propos du prix des logiciels libres. Le licencié ne pose que des actes de distribution matérielle – éventuellement à l'aide de contrats de vente ou d'entreprise – consistant à communiquer l'œuvre, tandis que l'auteur originaire est celui qui concède les droits de propriété intellectuelle.

Il faut noter que cette situation est avantageuse pour le tiers. Son droit lui étant conféré directement par l'auteur originaire, il ne dépend pas des droits du licencié. En effet, dans le cadre d'une sous-licence, le sort de ses droits

⁴⁰⁸ M. CLEMENT-FONTAINE, *op. cit.*, p. 40 ; P. LAURENT, *op. cit.*, p. 29 ; J.-B. SOUFRON, *op. cit.*, p. 13.

dépendrait de ceux de son auteur, en l'occurrence le licencié originaire⁴⁰⁹. Or, si la licence originaire était annulée (par exemple), il n'en serait pas nécessairement averti, alors que cette annulation entraînerait l'anéantissement de ses droits. On voit ce qu'une telle insécurité aurait d'inconfortable. Au contraire, si l'on considère que le tiers tire ses droits, non du licencié, mais de l'auteur originaire, les risques d'une éviction sont quasi-nuls, et il peut jouir de ses droits sans crainte.

§ 2. *Le sort des modifications*

252. Si l'on se contente de dire que, lors de la redistribution, c'est l'auteur originaire qui concède la licence, on reste incomplet. Bien que l'on rend alors bien compte de ce qui se passe concernant l'œuvre originaire, on n'explique pas le sort des modifications. L'auteur originaire ne peut évidemment pas concéder de droits sur ces modifications, puisque lui-même n'est pas titulaire des droits y afférents. Concernant les modifications, c'est bien le licencié qui va concéder des droits au tiers.

Lors d'une redistribution, il faut donc voir qu'il y a trois opérations qui ont lieu. Tout d'abord, le licencié originaire transmet une copie du logiciel et les accessoires (code source, licence) qui l'accompagnent. Cette transmission peut s'analyser en un contrat de vente ou de prestation de services. Ensuite, le tiers reçoit une licence de l'auteur originaire pour la partie de l'œuvre qui le concerne. Enfin, il reçoit une licence du licencié pour ce qui concerne les modifications dont ce dernier est l'auteur.

C'est notamment sur cette dernière opération que porte le copyleft. C'est le copyleft qui oblige le licencié à concéder sur ses modifications une licence identique à celle dont il bénéficie à toute personne à qui il distribue le logiciel modifié. Au contraire, s'agissant d'une licence non-copyleftée, le licencié peut limiter les droits concédés aux tiers.

⁴⁰⁹ Pour éviter ce type de problème, l'article 4 de la G.P.L. stipule que les tiers ayant acquis leurs copies du logiciel par le biais du licencié ne verront pas leurs droits remis en cause si le licencié voit sa licence annulée. Toutefois, on voit mal comment cette clause pourrait avoir un effet utile si la qualification de sous-licence est retenue. En effet, en vertu du principe de la relativité des conventions, cette clause ne pourrait être appliquée à la relation entre le tiers et le licencié. La seule solution pour justifier le maintien des droits du tiers est d'affirmer que celui-ci tient ses droits directement de l'auteur originaire et non du licencié.

Section 3 : Précisions sur le régime des licences copyleftées

253. Maintenant que sont éclaircis les mécanismes auxquels on a recours lors de la transmission du logiciel, il est possible de revenir sur quelques aspects particuliers des licences copyleftées. On détaillera les rôles juridiques des parties à la transmission, on verra les conséquences d'une « fermeture du code », et on examinera ce qui se passe lors de l'intégration de logiciels libres et propriétaires.

§ 1. Rôles des parties à la transmission d'un logiciel copylefté

254. Par souci de clarté, nous allons exposer en détail le rôle de chaque partie lors de la transmission d'un logiciel copylefté afin notamment qu'apparaissent les conséquences de la qualification de stipulation pour autrui que nous avons retenue.

Commençons par le cas le plus simple, celui de l'auteur originaire du logiciel. Il est le donneur de licence/stipulant vis-à-vis de tout licencié. Non seulement vis-à-vis de toute personne à laquelle il distribue lui-même le logiciel, mais vis-à-vis de toute personne ayant acquis une copie. Tout contributeur, distributeur ou utilisateur le voit donc comme son donneur de licence/stipulant.

255. Contributeurs, distributeurs et utilisateurs sont tous dans la même position. Les licences de logiciels libres n'envisagent en effet pas l'utilisateur final différemment des autres maillons de la chaîne contractuelle. On est donc loin des logiciels propriétaires qui distinguent soigneusement contrats de licence O.E.M.⁴¹⁰ et contrats de licences d'utilisateur final, les fameuses « C.L.U.F. ». Dans la mesure où les distributeurs ne peuvent, dans le contexte du copyleft, limiter les droits des personnes auxquelles ils distribuent le logiciel, il est en effet impossible de créer une distinction entre licence « distributeur » et « utilisateur ». Le seul à même d'imposer une telle différence de traitement serait l'auteur originaire, mais il est clair que cela irait à l'encontre de l'objectif des logiciels libres qui visent à conférer le plus de droits possibles à tout un chacun. Tous sont donc dans la même position et ont les mêmes droits et obligations. Toutefois, dans les faits, l'utilisateur moyen ne fera pas usage de tous ses droits de modification et de distribution, le distributeur n'exercera pas ses droits de modification, et seul le contributeur exploitera tous les droits concédés par le donneur de licence. On distinguera donc les hypothèses par

⁴¹⁰ Original Equipment Manufacturer. Ces licences sont concédées aux vendeurs de matériel informatique et leur permettent de distribuer le logiciel avec le matériel qu'ils vendent. Lors de cette distribution, le tiers acquéreur devra accepter la licence d'utilisateur final (C.L.U.F.).

commodité, en ayant bien à l'esprit que la différence tient à l'exercice effectif des droits, et non aux droits dont chacun dispose.

256. L'utilisateur est dans la position la plus simple. Il est le licencié de l'auteur originaire et est donc dans un rapport contractuel direct avec lui. Il est également tiers bénéficiaire vis-à-vis de tout contributeur⁴¹¹ et vis-à-vis du distributeur auprès duquel il se procure⁴¹² le logiciel. Notons que le fait d'être tiers bénéficiaire des contributeurs implique nécessairement d'être aussi leur licencié s'agissant de leurs apports.

257. Le distributeur est lui aussi licencié de l'auteur originaire. En tant qu'il distribue le logiciel, il est promettant et ce, vis-à-vis de toute personne (contributeur, utilisateur ou autre distributeur) à laquelle il remet des copies du logiciel. Il est donc tenu de ne distribuer le logiciel qu'avec la même licence que celle dont lui-même dispose, en permettant l'accès aux sources, etc.

258. Le contributeur, outre sa position de licencié de l'auteur originaire, assume une double position. Tout d'abord, il est tiers bénéficiaire vis-à-vis des autres contributeurs. Il profite en effet des améliorations produites par ceux-ci, et est leur licencié concernant leurs apports. Ensuite, il est lui-même promettant vis-à-vis de tout tiers auquel il transmet le logiciel s'agissant de ses propres apports.

§ 2. Conséquences de la fermeture du code

A. *Propos liminaire*

259. L'expression « fermeture du code » désigne tout acte enfreignant l'esprit du copyleft. Il s'agit donc de toute distribution du logiciel sous une licence qui n'est pas celle prévue par l'auteur originaire. En pratique, le logiciel redistribué peut être exactement le même que le logiciel originaire, une version améliorée

⁴¹¹ Techniquement, il n'est tiers bénéficiaire que des contributeurs à la version dont il dispose. S'il y a eu deux branches de développement, ou si une nouvelle version est apparue, il n'est pas *sensu stricto* tiers bénéficiaire des contributeurs à la seconde branche de développement ou à la nouvelle version. Toutefois, dans les faits, il pourra très simplement se procurer l'autre ou la nouvelle version qui seront nécessairement libres, et deviendra donc tiers bénéficiaire. Si l'on peut donc considérer comme un raccourci de dire qu'il est tiers bénéficiaire de tout contributeur, ce raccourci correspond à la pratique.

⁴¹² Le présent est important. En effet, c'est au moment où l'utilisateur est en train de se procurer le logiciel – et non au moment où l'utilisateur se l'est procuré – que ses droits tirés de la stipulation pour autrui sont les plus importants. C'est en effet lors de l'obtention de la copie du logiciel qu'il doit pouvoir exiger que la licence d'origine accompagne le logiciel, qu'il doit pouvoir s'assurer qu'il aura accès aux sources, etc.

comportant des modifications plus ou moins grandes et/ou des ajouts, ou encore un autre logiciel intégrant des portions de code du logiciel originaire. Notons bien que malgré la différence d'apparence, il n'y a aucune différence entre ces diverses hypothèses d'un point de vue contractuel. Dans tous ces cas, il y a une utilisation et distribution du code libre. Pour avoir le droit d'utiliser, modifier ou distribuer une œuvre protégée par le droit d'auteur, il faut se plier aux conditions posées par le titulaire des droits. Que cette utilisation soit partielle ou totale, avec ou sans modification, on est tout autant soumis à la loi contractuelle de la licence. Il n'y a que les lois impératives ou d'ordre public et quelques principes généraux impératifs pour éventuellement faire échapper le licencié aux exigences du titulaire originaire. D'un point de vue contractuel, il n'y a donc pas de différence entre l'intégration d'une portion du code libre dans un logiciel propriétaire et la redistribution du logiciel libre sous une licence propriétaire⁴¹³. Dans un cas comme dans l'autre, il y a une violation de l'obligation de ne redistribuer que sous la licence d'origine.

B. La fermeture du code par l'auteur originaire

260. Que se passe-t-il si l'auteur originaire commence à distribuer le logiciel de manière propriétaire, en ne donnant plus accès au code source, et en limitant les droits des licenciés ? En toute logique, rien. L'auteur originaire est en effet titulaire des droits sur le logiciel, il n'a opéré aucune cession de ses droits (Voy. *supra*, n° 225), il est encore titulaire de tous les droits sur sa création. Il peut donc l'exploiter comme il le souhaite, aux conditions qu'il désire.

Il ne faut toutefois pas se tromper sur la signification de cette liberté. L'auteur originaire est en droit de concéder des licences de type propriétaire après avoir distribué le logiciel de manière libre. Mais il reste tenu vis-à-vis de ses licenciés libres. Il doit donc continuer à honorer les engagements qu'il a contractés envers eux. Il ne peut les empêcher d'utiliser, modifier et distribuer le logiciel, ni restreindre leur accès au code source. Il peut en revanche concéder des licences propriétaires aux personnes qui ne sont pas déjà ses licenciés libres⁴¹⁴. Personne

⁴¹³ La seule hypothèse à même d'infirmer cette assertion est celle où la portion de code libre reprise est si petite qu'elle ne satisfait plus à la condition d'originalité requise pour bénéficier de la protection prévue par le droit d'auteur

⁴¹⁴ Il peut même concéder des licences propriétaires à ses licenciés libres. Le cas se présente en pratique lorsque certains producteurs de logiciels distribuent des versions libres et des versions propriétaires du même logiciel, les secondes disposant de fonctionnalités plus avancées et d'un meilleur support technique. Dans ce modèle économique, le but est d'intéresser le client via le logiciel libre, et de lui donner envie d'acquérir la version propriétaire. Ce modèle est utilisé par exemple par MySQL, Sleepycat Software ou Trolltech. Mais gardons à l'esprit que même après acquisition d'une version propriétaire, le licencié conserve ses droits sur la version libre, y compris ses droits de modification et de distribution.

n'est en droit de l'empêcher de distribuer le logiciel de la manière qu'il juge appropriée⁴¹⁵.

C. La fermeture du code par un contributeur ou un distributeur

261. La situation est évidemment différente si un contributeur ou un distributeur distribue le logiciel en limitant les droits ou l'accès aux sources des personnes à qui il transmet le logiciel. Dans cette hypothèse, l'auteur originaire peut agir en exécution. Ainsi que l'a montré la récente décision d'un tribunal munichois condamnant Sitecom, un fournisseur d'équipements de connexion à internet, à respecter la G.P.L.⁴¹⁶, l'auteur originaire peut exiger que le contributeur/distributeur respecte les engagements qui découlent de son acceptation de la licence. Certaines licences, telles la G.P.L. (art. 4) ou l'O.S.L. (art. 9) prévoient que le non-respect des principes du copyleft entraîne la résolution automatique du contrat. Est-ce à dire que le donneur de licence ne peut plus demander l'exécution du contrat ? Nous avons déjà eu l'occasion de répondre par la négative à cette question (*supra*, n° 235). Le donneur de licence peut tout à fait renoncer à invoquer la clause résolutoire et demander l'exécution. Cela nous paraît logique dans la mesure où le pacte comissoire, n'étant évidemment ni impératif ni d'ordre public, ne peut pas être soulevé d'office par le juge. Dès lors, si le donneur de licence ne l'invoque pas, tout se passe comme s'il n'existait pas.

262. Une personne qui a contribué à un logiciel libre diffusé de manière propriétaire par un distributeur se trouve, s'agissant de sa contribution, dans la même situation que l'auteur originaire. Dans la mesure où il a lui-même dû, du fait de son acceptation de la licence du titulaire originaire, consentir une licence

⁴¹⁵ Le cas est évidemment différent s'il souhaite distribuer une version de son logiciel amélioré par un licencié. Dans ce cas, il est lui-même licencié du licencié concernant les améliorations, et il est donc tenu de ne distribuer la version améliorée que sous la licence libre originaire. A ce égard, il n'est pas dans une situation différente d'un autre tiers. En ce sens, voy. D. MC GOWAN, « Legal implications of open-source software », *op. cit.*, p. 259.

⁴¹⁶ Landgericht München, 5 avril 2004, disponible à l'adresse http://www.internet-observatory.be/internet_observatory/pdf/legislation/jur/jur_de_2004-04-05.pdf.

Sitecom utilisait un logiciel développé par le projet netfilter/iptables dans un des routeurs qu'il vendait. Ce logiciel lui était licencié sous G.P.L., mais Sitecom refusait d'en communiquer les sources aux acheteurs du routeur. Les responsables du projet netfilter/iptables ont donc demandé à un tribunal munichois d'enjoindre à Sitecom d'exécuter son obligation de communiquer les sources et le texte de la G.P.L. lors de toute redistribution du logiciel, ce que le tribunal a fait. C'est à notre connaissance la première décision appliquant la G.P.L. en Europe. On notera au passage que dans cette affaire, le projet netfilter/iptables a renoncé à son droit de résolution et a préféré demander l'exécution. Cela confirme notre analyse présentée *supra*, n° 235.

sur ses apports, il peut agir en exécution de cette licence ou invoquer la clause résolutoire.

263. Tout autre tiers peut également obliger le distributeur à tenir son engagement à respecter le caractère libre du logiciel dès lors qu'il s'adresse à lui pour obtenir une licence. Ceci est le principal bénéfice de la qualification de stipulation pour autrui que nous avons retenue s'agissant du copyleft. La licence entre le titulaire originaire et le distributeur accorde à tout tiers auquel ce dernier distribue une copie du logiciel le droit d'exiger que cette redistribution se fasse avec tous les accessoires (licence, possibilité d'accès aux sources, etc.) dont le distributeur a lui-même disposé lorsqu'il s'est procuré le logiciel. Le copyleft, en ce qu'il est une stipulation pour autrui, a donc pour effet principal de permettre aux acquéreurs de logiciels eux-mêmes de s'opposer à une distribution qui n'est pas faite aux conditions prévues par la licence originelle.

Il faut toutefois remarquer que malgré ces effets positifs, le tiers acquéreur peut être en position délicate. S'il a en effet un droit direct et personnel lui permettant d'exiger que toute distribution qui lui est faite respecte les termes de la licence originelle, rien n'oblige le distributeur à distribuer le logiciel. Face au refus du tiers de se faire imposer des conditions plus restrictives, le distributeur peut tout simplement s'abstenir de fournir le logiciel. Il y a alors deux solutions au problème. Tout d'abord, le tiers peut accepter les conditions du distributeur, et ensuite invoquer ses droits tirés de la stipulation pour autrui. Dans cette hypothèse, ayant posé des actes de distribution qualifiables de contrefaçon – puisque non autorisés par la licence – et susceptibles d'entraîner la résolution de sa propre licence dans le cas de la G.P.L. ou de l'O.S.L.⁴¹⁷, le distributeur a tout intérêt à accepter de rectifier la situation. La seconde solution est spécifique à la G.P.L. qui étend la clause résolutoire à toute « tentative » de distribution propriétaire. D'une part, cela devrait avoir un effet dissuasif sur le distributeur, d'autre part, cela donne un moyen de pression pouvant aider le tiers acquéreur, qui pourra menacer le distributeur de rapporter sa « tentative » de distribution à l'auteur originaire afin que celui-ci fasse appliquer le pacte commissaire. Il est clair que ces solutions relèvent plus de la négociation économique que du pur raisonnement juridique, mais elles auront tout de même un certain intérêt en pratique, à ce qu'il nous semble.

⁴¹⁷ Théoriquement, l'acte de distribution contrefaisant a déjà en lui-même entraîné la résolution de la licence, selon le texte de la G.P.L. et de l'O.S.L. Néanmoins, si personne n'invoque la clause prévoyant cette résolution, elle restera lettre morte, puisqu'on peut renoncer à invoquer un pacte commissaire. Voy. *supra*, n° 235.

CHAPITRE 3 : QUESTIONS DE VALIDITÉ

264. Maintenant que les mécanismes sous-jacents aux licences de logiciels libres sont mieux compris, il est possible d'examiner la validité de ces dernières⁴¹⁸. Deux types de questions se posent principalement, elles détermineront donc nos deux sections. On étudiera d'abord les questions relatives au consentement des parties avant de passer aux questions relatives aux diverses clauses que comprennent les licences.

Section 1 : Questions relatives au consentement

265. Après nous être interrogés sur l'impact que peut avoir le fait que la licence de logiciel libre est le plus généralement rédigée en anglais, nous examinerons les problèmes que peut susciter le consentement de chacune des parties impliquées dans une licence de logiciel libre.

§ 1. La langue de la licence

266. Le point que nous soulevons n'est pas nouveau ; la question des contrats conclus dans une autre langue que celle des parties a été traitée de longue date. Il nous semble toutefois utile de rappeler les solutions dégagées en la matière, dans la mesure où les licences de logiciels libres ne sont généralement disponibles qu'en anglais.

La règle concernant la langue relève de la logique qui fonde toutes les solutions en matière de conditions générales contractuelles. La langue du contrat importe peu, pour autant que les conditions générales aient été compréhensibles pour l'acceptant. Inversement, s'il n'entend rien à la langue en question, les conditions générales ne lui seront pas opposables.

267. Toutefois, il ne faut pas en déduire qu'il suffit de dire que l'on ne connaît pas l'anglais pour rendre les licences inopposables. Il est nécessaire que la mauvaise maîtrise de la langue ait entraîné une erreur dans le chef de l'acceptant⁴¹⁹. C'est seulement parce que l'utilisation d'une langue étrangère peut vicier le consentement qu'elle a un intérêt, il faut donc encore démontrer que si l'acceptant avait bien compris la licence, il n'y aurait pas adhéré. En

⁴¹⁸ Rappelons que nous ne visons ici que la validité au regard du droit des contrats, la validité au regard du droit de la propriété intellectuelle faisant l'objet des contributions de PH. LAURENT et F. DE PATOUL.

⁴¹⁹ M. BOSMANS, « Les conditions générales en matière contractuelle (1975-1979) », *J.T.*, 1981, p. 19.

d'autres termes, l'erreur doit être déterminante. Si la preuve de l'erreur de l'acceptant n'est pas rapportée, le fait que les conditions générales soient en anglais n'entraîne aucune conséquence.

Dans cette mesure, on peut se demander quelle erreur l'acceptant pourra commettre. Sauf à ne pas connaître l'anglais du tout, les exonérations de garantie pourront difficilement lui échapper. C'est d'autant plus vrai que ce type de clause est présent dans toutes les licences de logiciels, libres ou non. Il pourra donc difficilement justifier qu'il s'attendait à une garantie conventionnelle⁴²⁰. Les clauses qui attribuent les droits d'utilisation, modification, copie et distribution à l'acceptant, et la clause résolutoire présente dans la G.P.L. et l'O.S.L., paraissent plus inhabituelles et pourraient être mal comprises. On doute que l'acceptant ait pu ne pas vouloir accepter les premières. Elles sont tout à son avantage, on voit mal en quoi il aurait pu ne pas vouloir – ou du moins accepter – ces droits. Finalement, la seule clause qui cumule possibilité d'être mal comprise et capacité à déterminer le consentement semble être la clause de copyleft. Outre qu'elle se présente dans certaines licences comme une clause résolutoire, on comprend aisément que le fait d'être ou non obligé de redistribuer le logiciel sous la licence originelle est de nature à modifier le consentement de l'acceptant. Certains ne souhaiteront acquérir le logiciel que s'ils peuvent en distribuer une version modifiée de façon propriétaire, alors que d'autres n'y accorderont aucune importance. On conçoit donc qu'une incompréhension de la langue de la licence puisse ainsi générer une erreur déterminante dans le chef de l'acceptant.

268. Par ailleurs, pour pouvoir ouvrir la voie à l'action en annulation, l'erreur doit être excusable. L'erreur découlant de ce qu'on a accepté un contrat rédigé dans une langue qu'on ignore est-elle vraiment une erreur excusable ? L'homme normalement prudent et diligent ne devrait-il pas s'abstenir de conclure des contrats dont il ne comprend pas la teneur ? Il nous semble que si⁴²¹. Dès lors, nous serions tenté de considérer l'erreur découlant de la langue du contrat comme inexcusable.

269. Pour synthétiser, le fait que la langue de la licence ne soit pas celle des parties ne pose pas problème en soi. Toutefois, si l'acceptant ne comprend pas cette langue et qu'il arrive à prouver que cela l'a amené à accepter une licence qu'il n'aurait pas acceptée s'il l'avait comprise, il pourra invoquer l'erreur et

⁴²⁰ On peut réserver le cas du profane absolu qui ne connaît rien des usages en matière informatique. A l'heure actuelle, l'hypothèse semble toutefois marginale, dans la mesure où l'immense majorité des utilisateurs de logiciels libres ont déjà une certaine connaissance de l'informatique et de ses particularités.

⁴²¹ Voy. Civ. Louvain, 5 sept. 2000, *R.G.D.C.*, p. 464 qui considère qu'une partie ne peut invoquer l'erreur découlant de la langue si elle n'a pas assorti son acceptation de réserves.

faire annuler le contrat. Nous avons vu que la seule clause susceptible de générer une telle erreur est celle de copyleft. Il est cependant peu probable que la pratique voie surgir beaucoup de litiges causés par la langue de la licence.

§ 2. *Consentement du donneur de licence*

270. A première vue, le consentement du donneur de licence ne pose pas beaucoup de problèmes. La licence se présente comme une offre, puisque précise, complète et inconditionnelle, il ne lui manque plus que l'acceptation du licencié pour que le contrat se forme⁴²². Il est évident qu'on peut déduire le consentement du donneur de licence du fait qu'il met le logiciel en circulation avec la licence. Etant à l'origine du texte, il a bien dû l'accepter.

Les questions surgissent quand le logiciel circule. Lorsque ce n'est plus le donneur de licence qui distribue des copies du logiciel et de la licence, qu'en est-il ? Il nous semble utile de distinguer à cet égard entre licences copyleftées et licences non-copyleftées.

271. Le cas des premières n'est en effet pas tellement problématique. Certes, le donneur de licence n'a plus aucune idée *a priori* de qui a reçu le logiciel. Mais pour le reste, rien ne diffère de ce qui se passe dans l'hypothèse où c'est lui qui le distribue. Tout au plus le logiciel peut-il avoir été modifié par le licencié, mais le donneur de licence a accepté cet état de fait en diffusant son logiciel sous licence libre. Et dans le pire des cas, si les modifications gênent l'auteur parce qu'elles atteignent à sa réputation ou son honneur, il devrait pouvoir invoquer ses droits moraux sur l'œuvre (*supra*, n° 170 et s.). Notons aussi qu'ignorer à qui on accorde une licence n'est pas inédit. Le cas des logiciels propriétaires standard distribués par des commerçants sans liens avec l'éditeur informatique n'est pas différent à cet égard.

272. Le cas le plus problématique est celui des licences non-copyleftées. Car dans cette hypothèse, la distribution du logiciel – modifié ou non – par le licencié peut se faire sous une licence différente de celle que le donneur de licence originaire a concédée. Comment le donneur de licence peut-il être tenu par une licence dont il ignore les termes ? On se retrouve là face à un véritable

⁴²² Cass., 23 sept. 1969, *Pas.*, 1970, I, p. 73, *R.C.J.B.*, 1971, p. 222 ; M. FONTAINE, « Offre et acceptation, approche dépassée du processus de formation des contrats ? », in *Mélanges offerts à Pierre Van Ommeslaghe*, Bruxelles, Bruylant, 2000, p. 122 ; S. STIJNS, D. VAN GERVEN et P. WÉRY, *op. cit.*, p. 714 ; C. DELFORGE, « La formation des contrats sous un angle dynamique. Réflexions comparatives », in M. FONTAINE (dir.), *Le processus de formation du contrat - Contributions comparatives et interdisciplinaires à l'harmonisation du droit européen*, Bruxelles, Bruylant, 2002, p. 139 et s.

problème qu'il faut s'efforcer de résoudre. La solution passe par une confrontation avec la pratique. Lorsque les licences non-copyleftées sont modifiées, comment le sont-elles ? Au vu de la très large liberté qu'elles concèdent, elles ne peuvent qu'être rendues plus restrictives pour l'utilisateur. En d'autres termes, elles sont rendues plus avantageuses pour le donneur de licence. On ne voit donc pas comment il pourrait trouver à redire à ce propos. S'il était prêt à concéder des droits d'utilisation, modification, reproduction et distribution, on ne voit pas pourquoi il refuserait de ne concéder qu'un droit d'utilisation⁴²³. Surtout, en distribuant sous une licence non-copyleftée, il a contractuellement accepté que ce type de restrictions puisse apparaître, il n'a donc pas à s'en étonner.

Par contre, si la licence était rendue plus désavantageuse pour le donneur de licence, l'on peut penser que les clauses ayant cet effet pourraient lui être déclarées inopposables en vertu du principe de la relativité des conventions. Il ne peut se voir imposer des obligations du fait de clauses qu'il n'a pas acceptées. En pratique, ce sont les clauses de garantie qui pourraient poser problème. On doute toutefois que le licencié réintroduise des clauses de ce genre. D'une part, cela lui est interdit par la licence originale, d'autre part, s'il souhaite que le logiciel soit garanti pour des raisons commerciales, il peut toujours le garantir lui-même.

Si d'aventure une clause engageant la responsabilité du donneur de licence originale était introduite lors de la redistribution, il faut reconnaître que la position du tiers acquéreur serait inconfortable. La clause serait inopposable au donneur de licence originale, et celui-ci pourrait faire engager la responsabilité contractuelle du licencié, puisque la licence originale comprend une clause interdisant de supprimer les exclusions de responsabilité⁴²⁴. Mais que pourrait faire le tiers acquéreur ? Si le logiciel est modifié par le licencié, celui-ci devrait également être tenu de toute garantie due par les auteurs du logiciel, puisque lui-même est alors un des auteurs. Le tiers acquéreur pourrait donc toujours faire valoir la garantie contre lui. Si ce n'est pas le cas, le tiers acquéreur se trouverait dépourvu d'action en garantie à proprement parler, mais devrait par contre pouvoir engager la responsabilité délictuelle du licencié. Ce dernier a causé un préjudice au tiers acquéreur en violant son obligation contractuelle de ne pas enlever les clauses de non-garantie de la licence, et on sait que la violation d'une obligation contractuelle qui cause un préjudice à un tiers peut engager la responsabilité aquilienne fondée sur l'article 1382 C. civ. pour autant que l'inexécution dont se prévaut le tiers constitue également une violation de

⁴²³ Sauf évidemment s'il s'y est expressément opposé comme dans le cas d'une licence copyleftée.

⁴²⁴ C'est en effet le cas de toutes les licences de logiciels libres. Par exemple, art. 1 G.P.L., art. 6 O.S.L.

l'obligation générale de prudence⁴²⁵. Or, le retrait d'une clause de non-garantie et l'insertion d'une clause visant à engager la responsabilité d'une personne à son insu révèle non seulement une négligence, mais une intention maligne, il est donc certain que cette condition est remplie. A défaut d'action en garantie, le tiers acquéreur pourrait donc voir réparer le dommage que lui a causé la croyance qu'il avait droit à une garantie.

§ 3. *Consentement du licencié*

273. La validité du consentement du licencié est largement dépendante du mécanisme employé pour conclure la licence. Si l'on se limite à ce qui est employé dans la pratique, on distinguera donc selon que la licence se présente sous forme de *clickwrap*, de *browsewrap*, ou simplement d'un fichier « perdu » isolé sur un support (CD-Rom, disquette, etc.).

A. Consentement à une licence conclue par clickwrap

274. Le *clickwrap* est ce mécanisme par lequel on fait défiler la licence avant l'installation d'un logiciel, en demandant à la personne qui effectue l'installation de cliquer sur « j'accepte la licence » ou une formule similaire. Si la personne ne clique pas, le logiciel ne sera pas installé.

Deux conditions sont requises pour que des conditions générales soient opposables à un cocontractant : il doit avoir eu la possibilité d'en prendre connaissance, et son acceptation doit être certaine⁴²⁶. Notons qu'il n'est pas requis que l'acceptant ait effectivement pris connaissance du texte des conditions générales, mais simplement qu'il en ait eu l'opportunité ; il peut donc avoir accepté un texte qu'il n'a pas lu. On voit aisément que ce type de licence ne pose pas de problème de consentement au regard de ces conditions. Le mécanisme permet une prise de connaissance aisée de la licence puisqu'elle la fait directement apparaître devant le cocontractant. De même, le fait que le

⁴²⁵ B. DUBUISSON, « Les relations entre la responsabilité aquilienne et les contrats », in *Responsabilités. Traité théorique et pratique*, Vol. 2, Bruxelles, Kluwer, 2003, p. 26.

⁴²⁶ M. BOSMANS, *op. cit.*, p. 18 ; R. DESMET, « De la force obligatoire des « conditions générales » en matière commerciale », note sous Cass., 9 fév. 1973, *R.C.J.B.*, 1974, p. 195 ; I. MOREAU-MARGREVE, « La force obligatoire des conditions générales de vente et d'achat », *Entreprise et droit*, 1971, p. 114 et s. ; M. TAVERNE et M. VAN RUYMBEKE, « Les clauses relatives à l'opposabilité et à la formation du contrat dans les conditions générales », in X., *La rédaction des conditions générales contractuelles : aspects juridiques et pratiques*, Gand, Story-Scientia, 1985, p. 10 et s.

licencié ait dû activement cliquer montre bien qu'il a voulu être lié. S'il n'avait pas accepté les conditions en question, il n'aurait pas cliqué⁴²⁷.

Le *clickwrap* ne devrait donc pas poser de problèmes de consentement et est une méthode à recommander. C'est d'ailleurs un des procédés les plus répandus dans la pratique.

B. Consentement à une licence conclue par browwrap

275. Ce mécanisme consiste à renvoyer, à l'aide d'un lien hypertexte par exemple, vers le texte des conditions générales sans demander au cocontractant de valider quoi que ce soit. Les conditions générales ne sont donc pas, comme dans le cas du *clickwrap*, un « passage obligé », et l'utilisateur ne manifeste pas expressément son consentement. Qu'en est-il alors ?

Concernant le fait que le cocontractant n'est pas contraint de visualiser la licence avant l'installation, cela ne pose pas nécessairement problème. Il est en effet permis de renvoyer le cocontractant à un autre document contenant les conditions générales, pour autant qu'il puisse accéder à ce document en ne déployant que des efforts raisonnables. Dans le cas qui nous préoccupe, l'usage d'un lien hypertexte permet de rendre les conditions générales accessibles très aisément. Tout dépend simplement de la visibilité du lien lui-même. On ne refusera d'admettre l'accessibilité de la licence que si le lien lui-même est quasiment invisible – parce que trop petit, ne se distinguant pas du texte, mal placé, etc. – ou s'il est possible d'utiliser le logiciel sans jamais avoir vu le lien. On pense par exemple à un site internet qui ne renverrait à la licence que sur sa première page, alors que le logiciel se téléchargerait depuis une autre page du site. Dans cette hypothèse, si un internaute a découvert ce site vers un lien pointant directement vers la page de téléchargement, il n'aura jamais vu le lien et n'aura donc pas pu prendre connaissance de la licence⁴²⁸. Par ailleurs, des questions délicates de preuve pourraient se poser si un internaute admettait avoir été dirigé vers une page censée contenir les conditions générales, mais prétendait que la page était inaccessible, et qu'il n'a donc pas pu en prendre connaissance.

On peut donc conclure que les *browwraps* permettent généralement la prise de connaissance de la licence, mais qu'il faut s'en assurer dans chaque cas d'espèce.

⁴²⁷ En ce sens, voy. M. DEMOULIN et E. MONTERO, « Le processus de formation du contrat », in M. FONTAINE (dir.), *Le processus de formation du contrat - Contributions comparatives et interdisciplinaires à l'harmonisation du droit européen*, Bruxelles, Bruylant, 2002, p. 738.

⁴²⁸ M. DEMOULIN et E. MONTERO, *op. cit.*, p. 737.

Il reste l'épineuse question du caractère certain de l'adhésion aux conditions générales. Peut-on admettre une adhésion tacite ? Doctrine et jurisprudence admettent généralement qu'un silence circonstancié peut valoir acceptation. La question devient alors celle de savoir s'il existe des circonstances permettant de déduire l'acceptation de la licence. Il semble qu'une acceptation tacite de licence découle nécessairement de l'utilisation et, *a fortiori*, de la modification ou de la distribution d'un logiciel. En effet, tout un chacun sait que seule l'acceptation de la licence permet de poser de tels actes. La seule façon d'interpréter l'utilisation, la modification et la distribution d'un logiciel est de considérer que la personne a voulu accepter la licence. En décider autrement reviendrait à dire qu'elle pose des actes de contrefaçon, et il semble délicat de présumer une volonté contrefaisante⁴²⁹.

Il nous apparaît donc que le *browsewrap* devrait pouvoir être accepté, pour autant que ses modalités garantissent bien une possibilité de prise de connaissance effective de la licence.

C. Consentement à une licence se présentant dans un fichier isolé

276. Il arrive que la licence se trouve sur le support d'installation du logiciel (CD-Rom, disquette, etc.), sans qu'aucune référence n'y soit faite par ailleurs. Vu l'arborescence parfois complexe d'un tel support, il apparaît que la condition d'accessibilité aisée n'est pas remplie dans ce genre d'hypothèse. Il faudrait, pour prendre connaissance de la licence, que le licencié prenne l'initiative de chercher la licence sur le CD et « devine » qu'il s'agit bien de la licence couvrant le logiciel. Il semble difficile de soutenir dans des circonstances pareilles que le licencié a pu prendre aisément connaissance de la licence, et qu'il l'a acceptée de manière certaine. Ce type de pratique est donc à proscrire.

§ 4. Consentement du tiers bénéficiaire

277. Il n'est pas ici question d'examiner la manière dont le tiers bénéficiaire obtient sa licence afin de voir s'il l'a bien acceptée ; le tiers bénéficiaire étant également un licencié, les considérations émises à cet égard à la sous-section précédente sont applicables. Nous nous attachons simplement ici à rappeler les principes applicables au consentement du tiers bénéficiaire d'une stipulation

⁴²⁹ A ce propos, il semble pertinent de relever que les cas dans lesquels le licencié souhaitera invoquer le fait qu'il n'a pas consenti à la licence risquent d'être plus que rares, dans la mesure où sans licence toute utilisation du logiciel est contrefaisante. La G.P.L. fait d'ailleurs état de ce raisonnement en son article 5. Voyez également D. MC GOWAN, « Legal implications of open-source software », *op. cit.*, p. 257.

pour autrui. Ce paragraphe n'a donc d'intérêt que dans le contexte d'une licence copyleftée.

La question essentielle est celle des conséquences attachées au consentement du tiers bénéficiaire. Est-il requis ? Il va de soi que non⁴³⁰ ; si c'était le cas, le tiers devrait nécessairement être déterminé, or nous avons vu que le tiers peut-être simplement déterminable (*supra*, n° 248). Plus fondamentalement, dans cette hypothèse, le tiers serait une partie au contrat comme n'importe quelle autre et la stipulation pour autrui ne serait pas une exception à la relativité des conventions.

Le consentement du tiers bénéficiaire est toutefois loin d'être inutile : il rend la stipulation pour autrui irrévocable⁴³¹. En d'autres termes, tant que la stipulation pour autrui n'a pas été acceptée, le stipulant peut décider de la révoquer. Dans le contexte des logiciels libres, cela peut se traduire par l'idée que le donneur de licence originaire peut décider de supprimer les clauses organisant le copyleft de la licence tant que les licenciés originaires n'ont pas redistribué le logiciel.

278. Quand survient le consentement du tiers bénéficiaire à la stipulation pour autrui ? Dans la mesure où la pratique ne révèle pas de cas d'acceptation expresse, l'on ne peut que se référer à des acceptations tacites, découlant du comportement du tiers. Finalement, on dira qu'il a accepté la stipulation pour autrui dès lors qu'il a exercé les droits qu'il en tire.

Si le promettant s'est exécuté et a respecté les principes du copyleft, on peut considérer que le tiers tire profit des effets de la stipulation pour autrui et y a consenti. Le même raisonnement vaudra si, le promettant ne s'exécutant pas, le tiers invoque les droits qu'il tire de la stipulation pour autrui pour s'opposer à une distribution faite sous une autre licence que celle par laquelle le stipulant est tenu. L'exercice explicite de ses droits montre sans ambiguïté son consentement.

Au fond, le seul cas dans lequel on conclura que le tiers n'a pas accepté la stipulation, est le cas où le promettant ne s'est pas exécuté et où le tiers n'a pas protesté. S'il accepte sans mot dire une distribution contraire à ce qui est exigé par la clause de copyleft, on pourra soutenir qu'il a renoncé à la stipulation pour autrui – pour autant qu'il en ait eu connaissance.

En conclusion, le moment de l'acceptation du tiers est celui où il exerce activement, ou profite passivement de ses droits. Encore une fois, il ne faut pas

⁴³⁰ Cass. 13 janv. 1967, *Pas.*, 1967, I, p. 573; S. BAR, *op. cit.*, p. 267; P. JADOUL, *op. cit.*, p. 417-418.

⁴³¹ Cass., 13 janv. 1967, *Pas.*, 1967, I, p. 573; S. BAR, *op. cit.*, p. 267 et s.; E. DE WILDE D'ESTMAEL, *op. cit.*, p. 150; P. JADOUL, *op. cit.*, p. 417-418.

exagérer la portée de la question, puisque l'acceptation du tiers n'est pas requise pour que la stipulation pour autrui soit valable et sorte ses effets.

Section 2 : Questions relatives à la validité de certaines clauses

279. Deux clauses retiendront notre attention ici : la clause qui permet au licencié de se prévaloir de « versions ultérieures » de la licence, et la clause exonératoire de responsabilité. La première propose un mécanisme très original, dont l'intérêt est renforcé par le fait qu'elle se trouve dans la G.P.L., qui reste de loin la licence libre la plus utilisée. La seconde au contraire, se retrouve dans toutes les licences, sans que nous ayons connaissance d'une exception.

§ 1. La clause relative aux versions ultérieures

280. Cette clause, l'article 9 de la G.P.L., est assez originale et permet de réexaminer certaines questions classiques. Nous commencerons par en expliquer le contenu, avant de tenter de la qualifier, et enfin d'en faire une appréciation tant sur le plan de la validité que de l'opportunité.

A. L'article 9 de la G.P.L.

281. Il n'est pas inutile de reproduire *in extenso* le texte de l'article 9 pour mieux situer le propos :

« La Free Software Foundation peut publier des versions révisées et/ou nouvelles de la G.P.L. Ces nouvelles versions seront semblables à la présente version par leur esprit, mais peuvent en différer sur des points de détail afin de répondre à de nouveaux problèmes et de nouvelles préoccupations.

Chaque version se voit attribuer un numéro de version unique. Si le programme spécifie un numéro de version de licence qui s'y applique et ajoute « et n'importe quelle version ultérieure », vous avez le choix de vous soumettre aux conditions soit de la version spécifiée, soit à une quelconque des versions ultérieures publiées par la Free Software Foundation. Si le programme ne spécifie pas le numéro de version de la licence qui s'y applique, vous pouvez choisir n'importe quelle version publiée par la Free Software Foundation. »

L'article aborde une problématique assez surprenante : l'option laissée au donneur de licence de permettre au licencié de décider de substituer une autre version de la licence à celle qui a été initialement acceptée. Il ne s'agit pas de permettre au licencié de choisir quelle licence s'appliquera au moment de la conclusion du contrat. Cela relèverait alors de la pure négociation et n'aurait rien que de très banal. Ici au contraire, c'est en vertu de la licence acceptée (la version actuelle de la G.P.L.) que le licencié pourra par la suite invoquer une version différente de la licence. Il faut bien voir que c'est par l'acceptation de la licence actuelle que le licencié acquiert ce droit *ex contractu* assez particulier. Cela signifie – et c'est là tout l'enjeu de la question – que le régime juridique du contrat pourra changer en cours de contrat. Rien ne permet d'écarter – si ce n'est, éventuellement, l'abus de droit – l'hypothèse dans laquelle le licencié invoquerait une version de la licence pour un litige, et une autre pour un autre litige.

282. L'on peut distinguer trois hypothèses, que la licence ne présente pas très clairement. La première est celle où le donneur de licence indique que son programme est soumis à la G.P.L. version X « et n'importe quelle version ultérieure ». Dans ce cas, lors de toute question juridique soulevée au cours du contrat, le licencié pourra invoquer tant la G.P.L. version X que toute version postérieure à la version X. Notons que cela implique notamment la possibilité qu'il invoque une version de la licence non-écrite lors de la conclusion du contrat.

La seconde hypothèse à laquelle la G.P.L. fait allusion est celle où le donneur de licence ne dit rien. Dans ce cas, le licencié pourra, selon l'article 9, invoquer n'importe quelle version de la licence, qu'il s'agisse d'une version antérieure ou postérieure à la version courante. Les possibilités offertes au licencié sont donc encore plus nombreuses que dans la première hypothèse.

La troisième hypothèse n'est pas explicitement évoquée par la G.P.L., mais elle se dégage tant d'une interprétation *a contrario* de l'article 9 que du simple bon sens. Il s'agit du cas où le donneur de licence a tout simplement spécifié le numéro de version de la licence qui s'applique, sans autre mention. Le licencié n'aura alors aucun choix, et sera soumis à la version choisie par le donneur de licence.

B. Tentative de qualification

283. La réaction naturelle du juriste face à un tel mécanisme est de tenter de le rapporter à quelque chose de connu. Mais nous sommes ici face à un mécanisme

résolument original, comme nous le montrerons en écartant successivement les qualifications de condition purement potestative et de novation.

1) La condition purement potestative

284. L'examen de cette qualification est dicté par ce réflexe que nous avons à sursauter lorsqu'une des parties au contrat peut déterminer unilatéralement le régime juridique de celui-ci. En effet, le licencié a ici le choix de la licence qui s'appliquera. Toutefois, passé le premier sursaut, on écarte bien vite l'idée de la condition purement potestative, qui est manifestement inadaptée.

Rappelons tout d'abord la raison pour laquelle on tend à réagir vivement lorsqu'on rencontre quelque chose ressemblant à une condition purement potestative : cette dernière est interdite par l'article 1174 du Code civil⁴³². Toutefois, la jurisprudence a précisé que seule était nulle la condition *suspensive* purement potestative⁴³³. Or, de manière évidente, les obligations des parties à une licence libre ne sont pas suspendues au choix du licencié. En effet, la possibilité même de ce choix découle de l'existence actuelle et exigible des obligations des parties. L'article 1174 n'a donc pas lieu de s'appliquer à cette clause.

De la même manière, la clause ne peut être considérée comme une condition résolutoire : rien, dans le choix du licencié, ne pourrait avoir pour effet de résoudre le contrat. La conclusion qu'on doit assez logiquement tirer de ces considérations est que l'article 9 n'est tout simplement pas une condition, c'est-à-dire un événement dont dépend l'exécution ou le maintien d'une obligation⁴³⁴. En effet, du choix du licencié ne dépend ni l'exigibilité des obligations ni la continuation de leur existence.

Si donc on peut dire qu'il y a un aspect « purement potestatif » dans le choix laissé au licencié, c'est là que s'arrêtent les similarités avec la condition purement potestative.

⁴³² La condition « simplement » potestative, c'est-à-dire dont la réalisation ne dépend que partiellement de la volonté du débiteur, est valable. Seule est interdite la condition dont la réalisation dépend uniquement de la volonté du débiteur. Cass., 11 oct. 1983, *Pas.*, 1984, I, p. 151.

⁴³³ Brux (4^e ch.), 14 déc. 1998, *A.J.T.*, 1999-2000, p. 324 ; Brux., 6 oct. 1993, *R.D.C.*, 1994, p. 263.

⁴³⁴ Selon la formule de la Cour de cassation dans un arrêt du 15 janv. 1979, *Pas.*, 1979, I, p. 553.

2) La novation

285. La novation est l'opération par laquelle les contractants remplacent une obligation par une autre. Elle éteint purement et simplement des obligations (art. 1234 C. civ.) et les remplace par d'autres. Par ailleurs, la volonté de nover doit être certaine et ne se présume pas (art. 1273 C. civ.). Peut-on parler de novation dans le cas de l'article 9 ?

Il nous paraît évident que l'idée des contractants n'est pas d'éteindre les obligations existantes. Rappelons le contexte : des parties, au cours d'un litige, invoquent une version de la G.P.L. qui diffère de la dernière version publiée lors de la conclusion de la licence. Pourrait-on imaginer qu'en choisissant une autre version de licence les parties entendent complètement anéantir les obligations initialement contractées et les remplacer par d'autres ? Dans le silence des parties, rien ne permet de le penser. Peut-être espèrent-elles modifier la portée de certains engagements, mais certainement pas les supprimer et en recréer d'autres.

286. De plus, les multiples versions de licence ne seront probablement pas différentes au point de justifier que l'on évoque la notion de novation. Les modifications d'une version à l'autre ne consisteront le plus souvent qu'en précisions terminologiques ou aménagements de l'une ou l'autre modalité pratique. C'est en tout cas ce qui s'est passé entre les versions 1 et 2 de la G.P.L.

Il semble donc que l'article 9 met en place un mécanisme original par lequel une des parties peut déterminer – dans la limite fixée par l'autre partie – le contenu du contrat, et qui résiste aux qualifications qu'on voudrait lui appliquer.

C. Appréciation

287. Finalement, la clause examinée n'apparaît donc que comme une manière de modaliser la liberté contractuelle des parties. A cet égard, malgré l'étonnement qu'elle suscite, elle peut apparaître comme un moyen de réintroduire une sorte de négociation dans un contrat qui se présentera habituellement sous la forme d'un contrat d'adhésion. Rappelons-le, le choix de version opéré par le licencié est encadré par la décision antérieure du donneur de licence. C'est en effet ce dernier qui décide des options qu'il laisse à son cocontractant. Il y a donc d'une certaine manière une plus grande place pour la liberté contractuelle grâce à ce mécanisme. Il permet, grâce à la procédure qu'il instaure, d'atteindre une forme d'équilibre des consentements puisque le licencié

consent à une licence parmi celles que le donneur de licence a lui-même « pré-approuvées ».

Des questions se posent pourtant. Cette « pré-approbation » par le donneur de licence est-elle suffisante du point de vue du consentement ? Dans la mesure où c'est le donneur de licence qui décide de laisser ou non le choix au licencié entre plusieurs licences, il faut répondre par l'affirmative. Il ne fait qu'exercer sa liberté contractuelle en acceptant un mécanisme qui permet au licencié de déterminer quel régime juridique précis s'appliquera au contrat. C'est en connaissance de cause qu'il accepte les risques que cela peut comporter pour lui, et il ne le fait que parce qu'il le veut bien. Il ne paraît pas opportun de le protéger contre lui-même.

288. Une autre question que soulève ce mécanisme est celle de la conformité à l'exigence d'un objet certain au contrat (art. 1108 C. civ.). Le contenu du contrat étant susceptible d'être modifié par le choix du licencié, l'objet du contrat est-il certain ? Ici encore, une réponse affirmative s'impose. Car au moment de la conclusion du contrat, l'objet du contrat ne fait aucun doute, et son contenu est connu à la virgule près. La possibilité qu'il soit modifié n'altère en rien le fait qu'au moment de la conclusion – le seul qui importe – l'objet du contrat est certain. En décider autrement reviendrait à dire qu'aucun contrat n'a d'objet certain parce que la possibilité de novation par changement d'objet existe toujours.

Qui plus est, est-ce vraiment l'objet du contrat qui se modifie ? La notion d'objet est ambivalente, puisqu'elle recouvre en fait plusieurs notions. Elle peut désigner les prestations attendues du contrat ou ce à quoi se rapportent ces prestations⁴³⁵. Ainsi, dans une licence de logiciel, l'objet peut être tant la concession de droits que le logiciel sur lequel portent lesdits droits. Or, que l'on prenne en considération l'une ou l'autre notion, l'article 9 n'invite pas à une modification de l'objet du contrat. Il s'agira toujours de concéder une licence sur le logiciel. Les changements apportés par une nouvelle version de la G.P.L. ne devraient porter que sur des modalités pratiques ou des points de détail du contrat, tous points qui peuvent être modifiés par la commune volonté des parties.

Que se passerait-il toutefois si la nouvelle version de la G.P.L. ne se contentait pas de toucher à des points de détail, mais restreignait ou élargissait les droits concédés au licencié par exemple ? Nos raisonnements concernant le consentement et l'objet continueraient-ils de s'appliquer ? Comme nous avons

⁴³⁵ Pour plus de développements autour de la distinction entre objet du contrat et objet d'une obligation, voy. P. A. FORIERS, « L'objet et la cause du contrat », in *Les obligations contractuelles*, Bruxelles, éditions du jeune barreau, 1984, p. 99 et s.

eu l'occasion de le dire, cette hypothèse paraît peu vraisemblable. Mais si elle devait se vérifier, l'article 9 offre une solution simple au problème. Il stipule en effet que les nouvelles versions de la G.P.L. respecteront l'esprit de la version en cours. A notre sens, on peut en déduire que le donneur de licence n'entend permettre au licencié d'invoquer les versions ultérieures de la G.P.L. que pour autant que cet esprit soit bien respecté. En d'autres termes, cette clause permet d'interpréter la volonté des parties comme restreignant l'acceptation de versions ultérieures au cas où les changements apportés par celles-ci sont mineurs.

Bien que surprenant, il apparaît donc que l'article 9 ne pose pas de problèmes majeurs de validité, notamment parce qu'il contient lui-même les éléments pour résoudre les situations choquantes qu'il pourrait faire survenir.

§ 2. La clause de non-garantie

289. Toutes les licences de logiciels libres comprennent une clause ayant pour but d'exonérer l'auteur de sa responsabilité du fait de vices cachés, et plus généralement de tout dommage causé par le logiciel. L'extension de la clause peut varier⁴³⁶, mais le principe de la non-responsabilité demeure. On sait les problèmes que peuvent soulever les clauses d'exonération de responsabilité⁴³⁷, ce qui explique que l'on souhaite en examiner la validité. Mais avant cela, il nous paraît nécessaire de nous pencher sur les régimes de responsabilité susceptibles de s'appliquer à la licence d'un logiciel libre.

A. Régimes de responsabilité susceptibles de s'appliquer

290. Trois régimes viennent à l'esprit en matière de logiciel. Il s'agit de la garantie des vices cachés, de la responsabilité du fait des produits défectueux et de la garantie d'éviction.

1) La garantie des vices cachés

291. Pour rappel, la garantie des vices cachés oblige tout vendeur à accepter une réduction du prix (action estimatoire) ou la résolution de la vente (action

⁴³⁶ Ainsi, comme nous aurons l'occasion de le répéter, l'O.S.L. accepte le principe de la garantie d'éviction.

⁴³⁷ Voy. not. E. MONTERO, « Les clauses limitatives ou exonératoires de responsabilité », in *Les sanctions de l'inexécution des obligations contractuelles. Etudes de droit comparé*, Bruxelles-Paris, Bruylant-LGDJ, 2001, p. 393 et s.

rédhibitoire) si le bien présente un vice caché, grave, et antérieur à la vente⁴³⁸. On sait que la notion de vice est conçue de manière fonctionnelle, ce qui signifie que la chose comporte un vice dès lors qu'elle est impropre à l'usage auquel elle est destinée⁴³⁹. Dans l'hypothèse du logiciel, on voit qu'une telle garantie pourrait être utile : si le logiciel ne remplit pas sa fonction, on pourrait exercer l'action estimatoire ou rédhibitoire. Si de surcroît le vendeur connaissait⁴⁴⁰ le vice, il est tenu de tous les dommages que le vice a causés⁴⁴¹. Là encore, l'intérêt en matière logicielle est clair, les dommages dus au vice d'un logiciel pouvant être conséquents. L'on songe à la perte de données, à des commandes erronées, etc.

292. La garantie des vices cachés trouve-t-elle à s'appliquer en matière de logiciels libres ? En tout cas, elle n'a pas d'origine légale : seule la vente dispose d'un régime légal de garantie des vices cachés, et nous avons soutenu que la licence d'un logiciel libre n'est pas une vente (*supra*, n° 220 et s.)⁴⁴². On sait toutefois que la jurisprudence étend ce régime à d'autres contrats, et notamment au contrat d'entreprise⁴⁴³. Sachant que la qualification de contrat d'entreprise ne peut non plus être retenue s'agissant des licences de logiciels libres (*supra*, n° 228 et s.), la question devient : faut-il étendre la garantie des vices cachés à ces licences ?

Si l'on se penche sur l'économie du contrat, on est rapidement convaincu du contraire. Rappelons-nous en effet que le donneur de licence accorde énormément de droits au licencié, sans en tirer une contrepartie substantielle,

⁴³⁸ Art. 1641 à 1644 C. civ. ; P.-A. FORIERS, « Conformité et garantie dans la vente », in X., *La vente*, Bruges, Die Keure, 2002, p. 30 ; D. GOBERT et E. MONTERO, « Les obligations de conformité et de garantie des vices cachés en matière informatique : le contrat au secours des incertitudes légales et jurisprudentielles », *Ubiquité*, n°11/2002, p. 15 ; A. MEINERTZHAGEN-LIMPENS, « La vente : Erreur, non-conformité et vices cachés », *R.G.D.C.*, 1993, p. 197 ; D. MEULEMANS avec la collaboration de P. VAN HOUTTE, « La garantie des vices cachés », in X., *L'achat et la vente d'un immeuble*, Bruxelles, Larcier, 1993, p. 315 et s. ; V. PIRSON, « Les sanctions de la garantie des vices cachés en matière de vente », *R.G.D.C.*, 2001, p. 418.

⁴³⁹ Cass., 18 nov. 1971, *Pas.*, 1972, I, p. 259.

⁴⁴⁰ On sait que le vendeur professionnel a l'obligation de connaître les vices de la chose qu'il vend.

⁴⁴¹ Art. 1645 C. civ. Il peut s'agir notamment du manque à gagner si l'acheteur doit interrompre son activité du fait du vice de la chose.

⁴⁴² C'est notamment pour permettre d'invoquer la garantie des vices cachés que certains auteurs avaient défendu la qualification de vente s'agissant de licences de logiciels standard, malgré les arguments que nous avons exposés contre cette qualification. Voy. P. LE TOURNEAU, « Très brèves observations sur la nature des contrats relatifs aux logiciels », *J.C.P.*, G, 1983, I, 3078.

⁴⁴³ Cass., 15 sept. 1994, *Pas.*, 1987, I, p. 730 ; Voy. D. GOBERT et E. MONTERO, *op. cit.*, p. 21 ; D. PHILIPPE, « Les clauses relatives à la garantie des vices cachés », *R.G.D.C.*, 1996, p. 183 et s. ; P.-A. FORIERS, *op. cit.*, p. 24.

puisque la licence est gratuite. Dans ce contexte, il paraît déplacé de faire peser sur le donneur de licence un régime de responsabilité pour vices cachés. Cela aurait en effet pour conséquence que non seulement le donneur de licence ne tirerait aucun profit de la licence, mais qu'en plus celle-ci pourrait lui nuire en le rendant responsable des vices du logiciel. Au vu d'un tel risque, il y a fort à parier que de nombreux développeurs hésiteraient à continuer de produire des logiciels...

Par ailleurs, il nous semble pertinent de relever que le but même de la diffusion peut être de déceler des vices. Le développeur souhaite alors profiter de ce qui a été appelé la « loi de Linus »⁴⁴⁴, à savoir qu'avec suffisamment d'observateurs, tous les défauts d'un logiciel sautent aux yeux⁴⁴⁵. L'idée est de diffuser le logiciel afin que les utilisateurs en détectent les imperfections et les signalent, ce qui permet d'améliorer le logiciel. La pratique est courante dans le milieu du logiciel libre, où l'on distribue simultanément des versions stables, censées se comporter correctement – sans pour autant qu'on prétende qu'elles soient exemptes de défauts – et des versions instables dont on sait qu'elles risquent de comporter des bugs. Cette pratique se comprend et a ses avantages. Or, on la ferait disparaître si l'on tentait d'appliquer une garantie des vices cachés aux licences de logiciels libres⁴⁴⁶.

293. Il apparaît donc qu'en raison de l'économie du contrat, une garantie des vices cachés serait totalement inappropriée aux licences de logiciels libres. Ce qui n'exclut évidemment pas que la garantie des vices cachés s'applique en ce qui concerne la distribution du support du logiciel⁴⁴⁷. Si par exemple on acquiert une copie du logiciel sur un CD et que celui-ci est abîmé, on pourra se plaindre auprès du fournisseur du CD. Mais cela n'a aucun impact sur la licence du logiciel elle-même.

⁴⁴⁴ En référence à Linus Torvalds, emblématique fondateur du projet Linux, qui a été un des premiers à utiliser le développement collaboratif à très grande échelle.

⁴⁴⁵ E. S. RAYMOND, « The cathedral and the bazaar », disponible à l'adresse <http://www.catb.org/~esr/writings/cathedral-bazaar/cathedral-bazaar/index.html>.

⁴⁴⁶ On nous rétorquera peut-être qu'il suffirait de n'imposer la garantie des vices cachés qu'aux versions dites stables et d'exonérer les versions instables d'une telle garantie. On voit cependant aisément où le bât blesserait avec un tel système : on ne trouverait plus sur le marché que des versions qualifiées d'instables, puisque personne ne souhaiterait courir le risque de qualifier une version de stable.

⁴⁴⁷ Il n'est pas non plus exclu qu'un prestataire fournisse une garantie indépendante. Le cas classiquement rencontré dans la pratique est celui du prestataire de services qui s'engage à installer chez le client un système informatique fonctionnel. Il n'est ni l'auteur ni le donneur de licence du logiciel, mais il l'installe et le configure pour le client et lui garantit son bon fonctionnement. Ce modèle est fréquent en matière de logiciels libres.

2) La responsabilité du fait des produits

294. Le régime de responsabilité du fait des produits a été instauré en Belgique par la loi du 25 février 1991 relative à la responsabilité du fait des produits défectueux⁴⁴⁸, qui vise à transposer la directive européenne applicable en la matière⁴⁴⁹. Elle impose une responsabilité objective au producteur de produits défectueux, indépendamment de toute connaissance du défaut (art. 1^{er})⁴⁵⁰. Toutefois, on sait que l'article 11 de la loi limite sérieusement l'étendue des dommages donnant droit à réparation. Ne doivent en effet être réparés par le producteur que les dommages aux personnes (en ce compris les dommages moraux) et les dommages aux biens à usage privé (sous une franchise de 500 euros). Ne seront donc pas réparés sur la base de ce régime les dommages aux biens à usage professionnel ni les dommages tels qu'un manque à gagner, ou la destruction de données relatives à une clientèle.

295. Si les dommages causés le plus couramment par un défaut de logiciel ne sont pas couverts par la loi, ce n'est pas pour autant qu'elle n'a aucun intérêt en matière logicielle. On songe notamment à l'utilisation qui serait faite d'un logiciel libre dans un appareil d'assistance informatique à une opération médicale par exemple. Dans ce type d'hypothèse, il est clair qu'un défaut du logiciel pourrait entraîner des dommages potentiellement graves à la personne du patient. Si donc ce régime n'affecte pas les cas les plus fréquents de dommages occasionnés par un logiciel, il n'en reste pas moins qu'il pourrait avoir un impact sur des cas particuliers mais importants.

Cependant, un obstacle s'oppose à toute application de la loi du 25 février 1991 en matière de logiciel : la loi définit le « produit » comme étant tout bien meuble corporel (art. 2, al. 1). Or, on sait que le logiciel est un bien meuble incorporel⁴⁵¹. Pourquoi évoquer alors ce régime qui est inapplicable ? Tout simplement parce que la directive européenne sur laquelle se fonde la loi belge est, elle, applicable au logiciel. Non seulement le texte de la directive définit les

⁴⁴⁸ M.B., 22 mars 1991. La loi a été modifiée en 2000, mais ces modifications n'ont pas affecté les dispositions qui nous intéressent. Pour les développements récents en matière de responsabilité du fait des produits, voy. J.-T. DEBRY et P. HENRY, « La responsabilité du fait des produits défectueux: derniers développements », in B. DUBUISSON et P. HENRY (éds), *Droit de la responsabilité – Morceaux choisis*, Bruxelles, Formation permanente CUP, 2004, p. 129 et s.

⁴⁴⁹ Directive 85/374/CEE du 25 juillet 1985 relative au rapprochement des dispositions législatives, réglementaires et administratives des Etats membres en matière de responsabilité du fait des produits défectueux, *J.O.C.E.*, L 210, 7 août 1985, p. 29.

⁴⁵⁰ L'article 8, e) écarte toutefois la responsabilité du producteur si celui-ci prouve qu'il n'aurait pas pu déceler le défaut.

⁴⁵¹ Voy. not. E. MONTERO, *La responsabilité civile du fait des bases de données*, *op. cit.*, p. 225 et les références citées.

produits comme étant « tout meuble » (art. 2) et non « meuble incorporel », mais en plus la Commission a déclaré⁴⁵² que la directive était censée s'appliquer aux logiciels⁴⁵³.

Cela signifie qu'en théorie, un recours en manquement pourrait être introduit contre la Belgique pour transposition inexacte de la directive. A ce moment, la loi belge devrait être adaptée pour s'appliquer aux logiciels. Néanmoins, la loi belge ayant déjà plus de dix ans, on s'interroge sur la probabilité d'un recours à ce propos. Autre possibilité, une question préjudicielle en interprétation pourrait être soumise à la Cour de Justice des Communautés Européennes, au départ d'un litige belge. La Cour pourrait alors – peut-être – faire valoir que l'interprétation belge de la directive est erronée. Bien que plus vraisemblable que le recours en manquement, on peut douter de ce qu'une telle procédure ait lieu. Seul un litige portant sur la réparation de dommages aux personnes ou aux biens à usage privé pourrait générer une telle question préjudicielle, or, on a vu que de telles affaires sont rares en matière informatique.

296. En conclusion, la responsabilité du fait des produits ne s'applique pas au logiciel en Belgique, bien que cette situation pourrait être amenée à changer afin de se conformer aux normes européennes. Toutefois, la faible probabilité pour que cette dernière possibilité se réalise laisse à penser que les producteurs de logiciels seront encore longtemps à l'abri de la responsabilité du fait des produits⁴⁵⁴.

3) La garantie d'éviction

297. Organisée par les articles 1626 à 1640 du Code civil, la garantie d'éviction protège l'acquéreur d'un bien contre tout trouble de sa jouissance qui serait le fait de quelqu'un⁴⁵⁵ prétendant avoir des droits sur la chose. On aperçoit aisément l'intérêt qu'une telle garantie peut avoir en matière de logiciel : le

⁴⁵² Réponse du 15 nov. 1988, *J.O.C.E.*, 8 mai 1989, n° C 114/42.

⁴⁵³ E. MONTERO et J.-P. TRIAILLE, « La responsabilité du fait des produits en Belgique après l'adoption de la loi du 25 février 199 », *DC/CR*, 1991, p. 683 ; E. MONTERO, *La responsabilité civile du fait des bases de données*, *op. cit.*, p. 223.

⁴⁵⁴ On peut rajouter à cet égard que c'est tant mieux pour la communauté libre. En effet, la notion de « producteur » est très large et comprend entre autres, le fabricant d'un composant ou celui qui appose sa marque sur un produit. On voit tout de suite qu'en matière de logiciels libres cela pourrait impliquer la responsabilité de tous les contributeurs.

⁴⁵⁵ En ce compris le vendeur, qui ne peut s'exonérer de la garantie d'éviction relative à son fait personnel.

donneur de licence garantit au licencié que personne d'autre n'exercera une action en contrefaçon⁴⁵⁶ à son encontre.

Cependant, la garantie d'éviction n'a une origine légale qu'en matière de vente. Elle peut exister dans d'autres contrats, mais elle doit alors être expressément accordée. A défaut, il n'y a pas de garantie d'éviction qui s'impose dans un contrat⁴⁵⁷. On le sait, la plupart des licences de logiciels libres excluent toute forme de garantie. Il en est pourtant qui comprennent une clause organisant une garantie d'éviction. Ainsi l'O.S.L., qui prévoit en son article 7 :

« Le donneur de licence garantit que les droits d'auteur et de brevet sur l'œuvre originale qui vous sont conférés par cette licence appartiennent au donneur de licence ou vous sont concédés avec l'accord de leurs titulaires ».

Cette clause est l'archétype même de la garantie d'éviction. Elle nous paraît somme toute assez logique dans le cadre des licences de logiciels libres : celles-ci ont précisément pour objet de permettre des actes qui seraient considérés comme des actes de contrefaçon sans elles. Or, la licence ne manque-t-elle pas son but si elle ne garantit pas au licencié qu'il ne verra pas son utilisation du logiciel troublée par un tiers prétendant avoir des droits sur le logiciel ? Cette clause paraît donc sage et tout à fait conforme à la logique de la licence. Il est regrettable qu'elle ne soit pas plus répandue.

B. La validité de la clause de non-garantie

298. Afin d'examiner la validité de la clause de non-garantie, nous commencerons par quelques généralités, puis nous nous pencherons sur les restrictions à la validité de principe que sont le régime du dol et de la faute lourde, l'atteinte à une obligation essentielle du contrat, et le régime des clauses abusives.

⁴⁵⁶ L'action en contrefaçon étant la sanction de la violation des droits de propriété intellectuelle d'un tiers.

⁴⁵⁷ Un tempérament toutefois. Il nous semble que si le donneur de licence a connaissance, au moment de concéder la licence, du fait qu'un tiers a des droits sur le logiciel, et qu'il n'en informe pas le licencié, il commet une entorse aux principes de la bonne foi, et notamment à son devoir d'information.

1) Généralités

299. On sait les difficultés qu'il y a à examiner la validité d'une clause exonératoire de responsabilité. Rédigée de façon souvent volontairement ambiguë, voire obscure, ce type de clause ne laisse parfois apparaître que difficilement sa portée⁴⁵⁸. Son interprétation est dès lors malaisée, tout comme l'examen de sa validité. Il faut constamment s'en référer au libellé exact des clauses, et même aux circonstances dans lesquelles elles sont invoquées⁴⁵⁹. De ce fait, l'exercice auquel nous allons nous livrer, à savoir une évaluation globale de la validité de clauses d'exonération contenues dans les diverses licences de logiciels libres, a quelque chose d'artificiel et de vain. Toute analyse *a priori* pourrait être défaite dans un cas concret, d'autant plus que les clauses sont loin d'être identiques d'une licence à l'autre.

Néanmoins, il nous semble utile de tenter cette analyse après en avoir tracé les limites. Certes, l'analyse pourra être contredite par telle clause particulière ou dans tel cas d'espèce, mais elle permettra tout de même de dégager quelques grands principes qui vaudront dans la majorité des cas.

S'agissant des clauses contenues dans les licences de logiciels libres, elles ont toutes pour point commun d'exclure toute forme de garantie de la part du donneur de licence. Celui-ci n'entend assumer la responsabilité d'aucun dommage survenu du fait du logiciel ou de défauts qu'il contiendrait⁴⁶⁰. Ces clauses ne visent par contre pas à exonérer le donneur de licence de sa responsabilité pour inexécution.

Malgré le paradoxe qu'il y a à s'engager tout en se réservant la possibilité de ne pas s'exécuter⁴⁶¹, il est bien évident que les clauses exonératoires de responsabilité sont en principe valides⁴⁶². Cela ne fait aucun doute. Le nœud du problème n'est pas dans le principe, mais dans ses tempéraments, que nous allons maintenant aborder.

⁴⁵⁸ Voy. à cet égard E. MONTERO, « Les clauses limitatives ou exonératoires de responsabilité », in *Les sanctions de l'inexécution des obligations contractuelles. Etudes de droit comparé*, Bruxelles-Paris, Bruylant-LGDJ, 2001, p. 394 et s., spéc. p. 399.

⁴⁵⁹ *Ibid.*, p. 394.

⁴⁶⁰ Nous avons vu que l'O.S.L. organise une garantie d'éviction. Par ailleurs, de nombreuses licences stipulent que l'exonération ne vaut que pour autant que le système légal dans lequel elles sont invoquées l'admette. Touchante attention...

⁴⁶¹ E. MONTERO, *op. cit.*, p. 393.

⁴⁶² Cass., 26 oct. 1877, *Pas.*, 1877, I, p. 407 ; Cass., 22 fév. 1900, *Pas.*, 1900, I, p. 159 ; Cass., 28 fév., 1980, *Pas.*, 1980, I, p. 794 ; M. COIPEL, *op. cit.*, p. 178 ; E. MONTERO, *op. cit.*, p. 404.

2) Le cas de la faute lourde et du dol

300. On peut se demander comment une clause de non-garantie de logiciel pourrait couvrir un dol du donneur de licence. L'exemple typique serait celui du logiciel comprenant des *spywares*⁴⁶³ ou d'autres fonctions malignes. Dans ce cas, on imagine que le donneur de licence invoquerait la clause de non-garantie pour échapper à sa responsabilité.

Les clauses exonératoires⁴⁶⁴ de responsabilité ne peuvent jamais avoir pour effet de décharger le stipulant de la responsabilité du fait de son dol⁴⁶⁵. Les clauses contenues dans les licences de logiciels libres sont donc parfaitement valables, mais ne pourraient être invoquées en cas de dol du donneur de licence.

De la même manière, les clauses des licences de logiciels libres ne permettront pas aux donneurs de licence de s'exonérer de leur faute lourde. Non pas cette fois que l'exonération ne soit pas permise. Simplement, la jurisprudence exige qu'elle vise expressément la faute lourde⁴⁶⁶. Or, les licences de logiciels libres n'évoquent pas la faute lourde.

On peut donc conclure à une limitation de la portée des clauses de non-garantie des licences de logiciels libres. Elles ne s'appliqueront pas en cas de dol ou de faute lourde du donneur de licence.

3) L'atteinte à une obligation essentielle du contrat

301. Une clause d'exonération de responsabilité ne peut porter atteinte à une obligation essentielle du contrat⁴⁶⁷. Le principe est certain, même si son application peut être malaisée⁴⁶⁸. Il ne nous semble toutefois pas qu'il y ait

⁴⁶³ Il s'agit de petits programmes surveillant à l'insu de l'utilisateur ce qu'il fait avec sa machine. Un exemple serait le lecteur de fichiers musicaux qui enverrait à son créateur des informations sur les fichiers écoutés par l'utilisateur.

⁴⁶⁴ S'agissant des clauses limitatives de responsabilité, l'analyse peut varier selon le fondement que l'on donne à l'interdiction de la couverture du dol par une clause exonératoire. Voyez à cet égard la discussion dans E. MONTERO, *op. cit.*, p. 410 et s.

⁴⁶⁵ Cass. 22 fév. 1990, *Pas.*, 1990, I, p. 159 ; Cass., 3 avr. 1959, *Pas.*, 1959, I, p. 733 ; Cass., 29 sept. 1972, *Pas.*, 1973, I, p. 121.

⁴⁶⁶ M. COIPEL, *op. cit.*, p. 188 ; S. MAUCQ, « Les clauses exonératoires et limitatives de responsabilité dans les conditions générales contractuelles », in *La rédaction des conditions générales contractuelles. Aspects juridiques et pratiques*, Gand, Story-Scientia, 1985, p. 64 ; E. MONTERO, *op. cit.*, p. 414.

⁴⁶⁷ M. COIPEL, *op. cit.*, p. 189 et s. ; E. MONTERO, *op. cit.*, p. 421 ; D. PHILIPPE, « Les clauses relatives à la garantie des vices cachés », *R.G.D.C.*, n° 96/3, 1996, p. 174.

⁴⁶⁸ En ce sens, E. MONTERO, *op. cit.*, p. 422.

beaucoup de difficultés à déterminer que dans le cas qui nous intéresse, l'économie du contrat n'est pas mise en péril. En effet, quelles sont les obligations essentielles qu'assume le donneur de licence ? Ainsi que nous l'avons vu (*supra*, n° 211), il s'agit de la concession de droits sur le logiciel, et de la communication des sources de celui-ci. Ne pas garantir la qualité du logiciel n'a à notre sens aucun impact sur ces obligations. Le fait que le logiciel comporte une myriade de défauts et peut produire des dommages incalculables ne change rien au fait que les droits et les sources sont bien communiqués. Une clause exonérant le donneur de licence en cas de dommages produits par le logiciel ne l'empêche pas d'être responsable s'il ne concède pas correctement les droits ou ne communique pas les sources. Dès lors, il nous semble que cette clause ne porte pas atteinte à une obligation essentielle du contrat.

Les choses seraient différentes si la licence intervenait dans un cadre contractuel plus large défini fonctionnellement. Par exemple, si un fournisseur de produits informatiques s'engage à fournir un logiciel qui remplira telle ou telle fonction, le client entend que lui soit livré un produit à même de remplir correctement cette fonction. Mais dans ce cas, c'est en tant que prestataire de services que le fournisseur lui garantit la qualité du logiciel, non en tant qu'auteur et donneur de licence (*supra*, n° 293 et s. et note 447).

4) Le régime des clauses abusives

302. Lorsqu'un contrat comporte une clause de nature à nuire gravement à l'une des parties, il convient de se demander si ladite clause n'est pas abusive au sens de la loi du 14 juillet 1991 sur les pratiques du commerce et sur l'information et la protection du consommateur⁴⁶⁹. Rappelons cependant que la question n'aura une importance que si le contrat est conclu entre un vendeur et un consommateur au sens de la loi (art. 32). Cela signifie que d'une part le donneur de licence doit concéder la licence dans le cadre de son activité professionnelle (art. 31, § 2, 2°), et que d'autre part le licencié doit acquérir la licence à des fins excluant tout caractère professionnel (art. 1, 7). Dans toute autre hypothèse⁴⁷⁰, la réglementation des clauses abusives ne s'appliquera pas⁴⁷¹.

⁴⁶⁹ M.B., 29 août 1991.

⁴⁷⁰ Or, les autres hypothèses seront fréquentes. Non seulement ce sont souvent des professionnels qui acquièrent des logiciels libres, mais il est fréquent que ceux-ci soient développés et distribués en dehors de toute activité professionnelle par des passionnés.

⁴⁷¹ Pour de plus amples développements sur le champ d'application de la réglementation des clauses abusives, voy. J. SCHAMP et M. VAN DEN ABBEELE, « La nouvelle réglementation des clauses abusives : champ d'application et problèmes de droit transitoire », *J.T.*, 1992, p. 585 et s. ; S. STIJNS, « De leer der onrechtmatige bedingen in de WHPC na de Wet van 7 december 1998 », *R.D.C.*, 2000, p. 148 et s.

La loi du 14 juillet 1991 comprend en son article 32 une « liste noire » de vingt-huit clauses qui sont nulles et interdites de plein droit. Certaines méritent qu'on les examine. Ainsi l'article 32, 11°, interdit les clauses exonérant le vendeur de son dol, de sa faute lourde, ou de l'inexécution d'une des prestations principales du contrat. On remarquera que l'article rejoint le droit commun examiné aux deux points précédents⁴⁷². On reprendra donc, *mutatis mutandis*, l'analyse faite précédemment. L'article 32, 12°, interdit au vendeur de s'exonérer de la garantie légale en matière de vices cachés. Or, nous avons vu qu'il n'y a pas de garantie légale pour les licences de logiciels libres (*supra*, n° 290 et s.). Enfin, l'article 32, 27°, interdit d'exclure les droits légaux du consommateur en cas d'inexécution ou mauvaise exécution d'une de ses obligations contractuelles par le vendeur. Or il nous semble qu'à aucun moment le vendeur n'assume une obligation de livrer un produit exempt de défauts. Comme nous l'avons vu, ses obligations portent exclusivement sur la concession de droits et la communication des sources. On ne voit pas laquelle de ces obligations ne serait pas correctement exécutée en vertu de la clause de non-garantie. Dès lors, il nous semble que celle-ci ne trouve pas de correspondante dans la liste noire.

303. La loi du 14 juillet 1991 comporte aussi une clause générale interdisant les clauses créant un déséquilibre manifeste entre les droits et les obligations des parties (art. 31, § 1). Est-ce le cas de la clause de non-garantie ? Nous ne le pensons pas, et ce, encore une fois, en raison de l'économie du contrat. La licence prévoit en effet que le donneur de licence concède toute une série de droits sur le logiciel, alors que le licencié n'assume quasiment aucune obligation. Dans cette mesure, on pourrait presque considérer que l'absence de garantie a pour effet de rééquilibrer le contrat plutôt que de le déséquilibrer. Il semble que ce critère ne permet pas de considérer la clause en question comme abusive.

Il apparaît finalement que la clause de non-garantie est valable, à ceci près qu'elle ne peut couvrir la faute lourde ou le dol du donneur de licence.

CONCLUSION

304. A la suite du professeur Moglen⁴⁷³, une certaine partie de la communauté libre a pris l'habitude d'émailler son discours de remarques pour le moins désobligeantes à l'égard des juristes. Ceux-ci seraient, entre autres, ignorants de

⁴⁷² A cette exception près que l'exonération de la faute lourde est interdite purement et simplement, et non simplement conditionnée à une mention expresse.

⁴⁷³ Voyez sa description de l'« IP droid » dans « Anarchism triumphant : free software and the death of copyright », disponible à l'adresse <http://emoglen.law.columbia.edu/publications/anarchism.html>.

tout sauf de leur domaine de prédilection, obnubilés par l'argent, vendus à l'industrie⁴⁷⁴, rétifs à la nouveauté et hyperconservateurs, désireux de maintenir l'incertitude et la complexité afin de justifier leur propre existence en se rendant indispensables, etc. La plupart de ces accusations ne prêtent qu'à sourire (ou à pleurer, c'est selon), mais nous avons pris ombrage de la dernière citée. Quelle incertitude et quelle complexité tentons-nous de maintenir ?

Il nous semble au contraire que le mystère s'est quelque peu éclairci. Les interrogations suscitées par les licences de logiciels libres ont trouvé des réponses, et celles-ci sont rassurantes. Malgré l'originalité incontestable de leur mise en œuvre, ce sont des mécanismes classiques qui sous-tendent les licences examinées. Ceci a pour effet, contrairement à ce qui est parfois défendu de manière étonnante dans la communauté libre, de mettre fin aux incertitudes entourant le régime légal applicable à ces licences. Cela consolide donc la position des contractants qui n'ont *a priori* pas à craindre que leurs contrats soient remis en cause. La sécurité juridique est donc préservée.

Le résultat atteint est celui que tout juriste souhaiterait atteindre : des solutions claires, ancrées dans le connu pour réduire l'incertitude, qui permettent de résoudre les problèmes qui se posent sans complexité excessive. Nous sommes bien loin du sombre tableau dressé par le professeur Moglen et ses disciples. Toutefois, il est bien vrai que nous avons invoqué la « tradition » juridique en faisant appel à des mécanismes classiques, plutôt qu'en faisant la révolution à laquelle appellent certains membres de la communauté libre.

Il nous semble qu'à cet égard, on ne peut que répéter une fois de plus que la nouveauté de l'objet d'étude ne doit pas tant susciter des règles nouvelles que des interprétations neuves et des usages originaux d'outils éprouvés. Certes, la seconde branche de l'alternative est plus austère ; elle exige cohérence et rigueur là où la première permet fantaisie et créativité. Mais elle est la seule voie possible pour un juriste qui se soucie de la qualité scientifique de son travail⁴⁷⁵. Elle est aussi la seule manière d'acquérir quelque certitude et de parvenir à prévoir comment les problèmes futurs pourront être traités. Être rigoureux et juste dans l'analyse des licences de logiciels libres, c'est, nous semble-t-il, l'intérêt des logiciels libres, et non celui des juristes, qui le commande. C'est ce à quoi nous nous sommes efforcés.

⁴⁷⁴ Il n'est généralement pas précisé laquelle...

⁴⁷⁵ Voy. les propos similaires de M. VIVANT à propos de la tentation de créer un « droit de l'informatique » spécifique pour refléter la particularité de cet objet étrange qu'est le logiciel, « Informatique et propriété intellectuelle », *J.C.P.*, 1984, I, 3169, n° 1.