

RÉFLEXIONS DE SYNTHÈSE – LICENCES DE LOGICIEL LIBRE : DU NEUF AVEC DU VIEUX ?

Etienne MONTERO

446. Un logiciel est exploité selon un modèle dit « propriétaire » lorsque l'utilisateur se voit concéder un simple droit d'usage – généralement personnel, non exclusif, non transmissible et limité ou « dédié » (à une machine, une configuration ou un site) –, sur celui-ci, sans communication des sources et sans disposer d'aucun droit de reproduction, modification ou distribution.

Au milieu des années 80, un homme – Richard Stallman – souhaite ajouter au pilote d'une imprimante une fonction destinée à prévenir l'utilisateur en cas de bourrage, mais il se heurte à la fermeture du code du pilote. Il en ressent une frustration d'autant plus pénible qu'il avait déjà implémenté la solution préconisée pour des imprimantes plus anciennes. A la faveur de cet incident, il prend mieux conscience que l'exploitation propriétaire des logiciels, qui était naguère l'exception, est devenue insensiblement la règle. En réaction, il décide de partir en croisade contre le modèle propriétaire. Son dessein est de lui substituer un nouveau modèle de création et de diffusion des logiciels, dont le maître mot est : liberté ! Le « mouvement libre » s'est mis en marche...

447. Au contraire de leurs homologues propriétaires, les « licences libres » concèdent à leurs bénéficiaires des droits étendus sur le logiciel. Prévoyant le plus souvent un accès aux sources, elles leur accordent toute latitude pour utiliser le logiciel, le reproduire, le modifier et le distribuer.

Ces prérogatives sont conçues très largement⁷⁷⁰. L'utilisateur peut en principe *faire usage* du logiciel sur toutes machines, en tous lieux, dans tous les secteurs, sans restriction d'aucune sorte. Il peut *modifier* librement le logiciel, en corriger les erreurs, lui ajouter des fonctionnalités, le faire évoluer selon ses goûts et besoins, ce qui est impensable dans le modèle propriétaire. Il peut *reproduire* librement le logiciel sans limitation aucune quant au nombre de copies autorisées ou quant au but poursuivi, ce qui est également inédit. Enfin, il peut *redistribuer* des copies du logiciel, tel qu'il l'a reçu ou tel qu'il l'a modifié et ce, tant sous forme de code source que de code objet. Sur ce plan aussi, on est également loin du schéma usuel de distribution des logiciels propriétaires, qui distingue soigneusement les licences de commercialisation – qui investissent le distributeur de droits étendus – des licences d'utilisation – qui accordent à l'utilisateur final des droits limités sur le logiciel.

⁷⁷⁰ Cf. Y. COOL, n° 212.

448. Telle est la philosophie du mouvement libre : promouvoir cette quadruple liberté d'utilisation, de copie, de modification et de distribution. Il n'est pas inutile d'observer que le « logiciel libre » ne représente aucune nouveauté sur le plan technique ou fonctionnel⁷⁷¹. C'est plutôt du côté des « licences » de logiciel libre – soit du régime juridique de leur utilisation et diffusion – qu'il faut chercher un élément d'originalité. Ce qui est en jeu, en définitive, c'est un *nouveau paradigme économique et juridique* de développement et de diffusion des logiciels.

Le *modèle économique* du logiciel libre est orienté « services ». Renonçant à tirer profit de l'exploitation des droits d'auteur, les partisans du libre espèrent tirer leurs revenus des services. Ils suivent ainsi, en l'accentuant, une tendance lourde du marché des logiciels propriétaires puisque, dans l'un et l'autre modèle, la plupart des informaticiens s'investissent au premier chef dans les multiples tâches de services entourant la fourniture de logiciel : conseil, paramétrage, mise au point de solution sur mesure, maintenance et développement des solutions informatiques...

Un nouveau modèle juridique ? Disons-le tout de go : en dépit de certaines apparences (cf., notamment, le terme « copyleft » sur lequel on reviendra), le « mouvement libre » ne s'inscrit nullement dans une logique de négation du droit d'auteur. Tout au plus nous rappelle-t-il que cette institution ne vise pas seulement à assurer une rémunération aux auteurs, mais aussi à leur conférer la maîtrise de l'exploitation de leurs œuvres. Pareil monopole d'exploitation se décline dans le droit qui est reconnu aux auteurs d'interdire, certes, mais aussi d'autoriser... la reproduction, la modification, la distribution, etc.

Dans le « modèle libre », l'emphase est mise sur ce second aspect du droit d'auteur. Ce pouvoir d'autoriser et d'interdire est utilisé ici, moins pour jouir des droits de manière privative et procurer une rémunération, que pour promouvoir la liberté de création et de diffusion, en accordant au licencié des droits patrimoniaux extrêmement larges. Cela étant, d'abord, l'auteur prend appui sur ses droits d'auteur pour concéder des droits étendus sur son logiciel; ensuite, il entend invoquer ses droits économiques au cas où un preneur de licence n'en respecterait pas les termes; enfin, il n'hésitera pas à faire valoir ses droits moraux, qu'il a conservés, en cas d'atteinte portée à ceux-ci.

Loin de subvertir le système du droit d'auteur, la communauté libre en fait une utilisation résolument originale. Sans le répudier, elle lui insuffle en quelque sorte un esprit nouveau.

⁷⁷¹ Cf. D. DE ROY, n° 310.

Notons, au passage, qu'il n'y avait pas de raison que le modèle libre soit réservé aux logiciels⁷⁷². Effectivement, il fait tache d'huile vers les autres créations artistiques et scientifiques. On songe notamment aux licences « Art Libre » ou « Creative Commons ». Reste à voir si ces licences libres⁷⁷³ rencontreront le succès escompté car, enfin, sauf exceptions, auteurs et artistes ne peuvent vivre d'air pur et d'eau claire. Or, il est, à première vue, moins évident pour la plupart des œuvres artistiques que pour les logiciels – objets fonctionnels nécessitant adaptations, mises à jour, évolutions et autres actes de maintenance – de pouvoir compter sur les ressources tirées d'un marché des services gravitant autour de « l'utilisation » des œuvres. En revanche, on veut bien croire que les licences libres pourraient trouver un écho favorable dans les milieux scientifiques, auprès de chercheurs avant tout soucieux d'assurer (outre leur réputation !) une large diffusion des résultats de leurs travaux.

449. L'originalité du « modèle libre » se marque indubitablement sur le plan de la création et du développement des logiciels. Sur ces deux terrains, des *pratiques nouvelles* ont vu le jour et se sont diffusées. Elles sont liées naturellement au nouveau régime de concession de droits, mais aussi, nous semble-t-il, à l'avènement des réseaux ouverts. Le succès de l'internet n'est pas étranger au succès du mouvement libre⁷⁷⁴. Tout se passe comme si l'idéal de la communauté libre – soutenu par un nouveau modèle juridique – avait trouvé dans l'internet un outil providentiel pour se concrétiser et devenir réalité. Le réseau des réseaux facilite, en effet, non seulement la gestion de projets de développement en commun, mais aussi de nouvelles formes de distribution à grande échelle⁷⁷⁵. Le noyau Linux est l'archétype du logiciel ainsi développé par une multitude d'individus géographiquement épars, mais que la toile a pu réunir, dans un immense élan communautaire, autour d'un projet commun.

L'élaboration et l'évolution des logiciels libres se caractérisent – et se distinguent à cet égard des logiciels propriétaires – par le nombre des participants et la diversité de leurs interventions⁷⁷⁶.

Traditionnellement, les logiciels sont conçus et écrits soit par une seule personne de talent, soit par une équipe, éventuellement nombreuse. Mais, en toute hypothèse, l'œuvre est conçue dans sa globalité et son développement se réalise

⁷⁷² Cf. Ph. LAURENT et Y. COOL, n° 11.

⁷⁷³ Dans les formules les plus « généreuses »...

⁷⁷⁴ ... et inversement.

⁷⁷⁵ Étant donné le caractère international de l'internet, on assiste inévitablement à une multiplication des situations présentant un élément d'extranéité, qui obligent à mobiliser, comme l'on sait, le droit international privé. D'où l'intérêt de la contribution de Hakim HAOUIDEG, n° 373 et s.

⁷⁷⁶ Cf. Ph. LAURENT, n° 48.

de bout en bout sous le contrôle de son (ses) concepteur(s), qui décide(nt) du moment où elle est prête à être divulguée. Par contraste, les logiciels libres s'élaborent et évoluent au gré des interventions d'une multitude d'individus qui, agissant isolément ou en groupes, complètent le projet et le font évoluer en fonction de leurs expertises, besoins et approches respectifs. Dans l'univers du libre, il existe, *de facto*⁷⁷⁷, une diversité de schémas de développement en fonction du nombre des intervenants, du degré de centralisation du projet (une seule ou plusieurs versions en circulation ?) et du système de coordination et de contrôle mis en œuvre (les contributions extérieures sont-elles soumises à l'agrément d'un responsable avant d'être intégrées ?)⁷⁷⁸.

Pour illustrer cette diversité, Philippe LAURENT fait opportunément appel, tour à tour, à la *métaphore de l'échelle* (un logiciel est modifié successivement par divers utilisateurs/contributeurs qui corrigent des erreurs, ajoutent des lignes de code... comme autant d'échelons nouveaux), à la *métaphore de l'arbre* (un logiciel est modifié et développé, en parallèle, par des programmeurs différents..., donnant lieu à une diversité de versions pouvant, chacune, évoluer différemment... à l'instar des branches émanant d'un tronc commun) et, enfin, à la *métaphore de la dense forêt peuplée d'arbres dont les branches s'entrecroisent* (des logiciels peuvent évoluer avec des bouts de code provenant d'autres lignées... et connaître ainsi un développement en arborescences parallèles).

Bref, cela méritait d'être souligné : loin de suivre une évolution linéaire, les logiciels libres évoluent souvent au gré d'interventions multiples et de greffes successives de codes provenant d'horizons divers⁷⁷⁹.

450. Dès le départ du « mouvement libre », les questions juridiques sont au cœur des débats puisque la distinction entre logiciels propriétaires et logiciels libres repose uniquement sur l'ampleur et la nature des droits concédés aux utilisateurs⁷⁸⁰. A cet égard, il est apparu très tôt qu'il n'était pas suffisant de leur accorder des libertés inédites.

Sous peine d'assister au tarissement précoce de cette généreuse source de libertés, encore fallait-il empêcher que les utilisateurs successifs s'approprient le logiciel et l'exploitent de manière propriétaire. La réponse à cette préoccupation a pour nom : « *copyleft* ». Ce terme – à la fois suggestif et un brin provocateur –

⁷⁷⁷ En réalité, le caractère libre ou non d'un logiciel dépend exclusivement des termes de la licence sous laquelle il est diffusé. Ni le nombre des participants ni la taille du logiciel n'ont d'influence sur cette qualification. Cf. Ph. LAURENT, n° 81.

⁷⁷⁸ Cf. *Ibid.*, n° 80, et la référence à l'étude de E.S. RAYMOND.

⁷⁷⁹ Cf. *Ibid.*, n° 96 et s.

⁷⁸⁰ Cf. Ph. LAURENT et Y. COOL, n° 4.

désigne le mécanisme suivant lequel, en contrepartie des droits étendus qui lui sont concédés, le licencié souhaitant distribuer le logiciel est tenu de le faire sous la même licence que celle dont il a bénéficié. Autrement dit, la licence dite « copyleft » interdit à un licencié d'exploiter de manière propriétaire le code diffusé sous une licence libre. A l'inverse, la licence « non copyleft(ée) » laisse entière la liberté des auteurs d'œuvres dérivées : ils ont le loisir de distribuer le logiciel modifié par leurs soins sous une autre licence, libre ou propriétaire.

Où l'on voit que le mécanisme du *copyleft* est l'arme de guerre du mouvement libre, puisque le régime juridique de la licence du même nom a vocation à se propager, à la manière d'un virus, de programme en programme, afin d'étendre l'empire du modèle libre. En ce sens, il est courant de parler du caractère « viral » des licences *copyleft*⁷⁸¹.

451. En réalité, une triple opération est en jeu lors de chaque redistribution du programme⁷⁸². Tout d'abord, le licencié transmet – par tradition d'un support ou, plus souvent, par téléchargement – une copie du programme et les accessoires qui l'accompagnent (sources, licence...). Ensuite, le tiers se voit concéder une licence sur le programme par l'auteur originaire. Enfin, il se voit accorder une licence par son ayant cause pour ce qui concerne les modifications apportées par ce dernier. Le mécanisme du *copyleft* concerne surtout ce troisième aspect : à toute personne à qui il transmet le programme modifié, le licencié est tenu de concéder sur les modifications réalisées par lui une licence identique à celle dont il bénéficie. Le licencié n'est jamais obligé de modifier le logiciel, ni de le redistribuer. Dès la conclusion du contrat, ses droits sont acquis et il peut les exercer même s'il ne redistribue pas le logiciel ; le mécanisme du *copyleft* ne joue donc pas comme une condition suspensive. Mais, à la lecture de plusieurs licences, il apparaît que le contrat est résolu dès l'instant où le licencié diffuse le logiciel sous une autre licence que celle sous laquelle il l'a lui-même obtenu. De l'avis de Yorick COOL, le *copyleft* peut être regardé, suivant les différentes rédactions, tantôt comme un pacte comissoire, tantôt comme une simple modalité d'exercice du droit de redistribution du licencié⁷⁸³.

Pour le reste, on l'a vu, l'objectif du *copyleft* est que toute personne obtenant le programme – modifié ou non – *via* le licencié puisse bénéficier de la licence sous laquelle le donneur de licence a diffusé le programme. On s'avise que le tiers tient ses droits, non du licencié – par l'intermédiaire duquel il a obtenu un exemplaire du programme –, mais de l'auteur originaire. Comme le démontre

⁷⁸¹ Etant donné qu'un logiciel peut être le résultat d'une greffe de codes diffusés sous des licences différentes, on imagine les éventuels problèmes de compatibilité de licences. A ce sujet, Ph. LAURENT, n^{os} 133 et 134.

⁷⁸² Cf. Y. COOL, n^o 252.

⁷⁸³ *Ibid.*, n^{os} 233 à 236.

Yorick COOL, toutes les conditions d'une *stipulation pour autrui* sont réunies : l'intention dans le chef du donneur de licence de conférer un *droit direct et personnel* à tout tiers auquel serait transmis un exemplaire du programme ; le caractère déterminé ou déterminable du tiers bénéficiaire ; le caractère accessoire de la stipulation pour autrui⁷⁸⁴.

452. Cela étant, il existe toute une gradation dans l'intensité du *copyleft* : du *copyleft* faible de la licence Mozilla⁷⁸⁵ ... au *copyleft* fort, voire excessif, de la G.P.L.⁷⁸⁶

Cette dernière licence nous conduit à dire un mot du problème des « librairies », auquel Philippe LAURENT consacre de substantiels développements⁷⁸⁷. En bref, la F.S.F.⁷⁸⁸ considère que tout programme faisant un appel – statique, mais aussi dynamique – aux fonctions d'une librairie sous G.P.L. constitue une œuvre dérivée de cette librairie et doit dès lors être distribuée, obligatoirement, sous licence G.P.L. Ceci mérite une brève explication⁷⁸⁹.

A l'image d'une boîte à outils, une « librairie » propose toute une gamme de fonctionnalités – souvent triviales, mais qu'il serait fastidieux de devoir réécrire à chaque fois – auxquelles d'autres logiciels peuvent faire appel. L'utilisation d'une librairie peut se faire, soit *par un lien dit « statique »*, consistant à recopier la fonctionnalité de la librairie dans le code du logiciel en développement (auquel cas il y a « reproduction » au sens du droit d'auteur et création d'une « œuvre dérivée » de la librairie), soit *par un lien « dynamique »*, consistant en un simple appel de la fonctionnalité par son nom, sans incorporation du code de la librairie dans le code de nouveau logiciel. Pareil lien dynamique permet, à l'instar d'un lien hypertexte, d'incorporer un élément qui n'est pas réellement là ! Dans ce cas, l'absence de reprise du code de la librairie rend discutable – en tout cas discutée – la qualification d'œuvre dérivée.

Au contraire de la F.S.F., Philippe LAURENT considère que le logiciel liant de manière dynamique vers une librairie ne constitue nullement une œuvre dérivée

⁷⁸⁴ *Ibid.*, n^{os} 243 à 249.

⁷⁸⁵ Celle-ci oblige à redistribuer le logiciel et ses modifications sous M.P.L. Toutefois, si un licencié intègre du code sous M.P.L. dans un logiciel plus vaste et largement original, il ne doit pas nécessairement fournir les sources des parties originales.

⁷⁸⁶ Cf. Ph. LAURENT et Y. COOL, n° 5.

⁷⁸⁷ Ph. LAURENT, n° 136 et s.

⁷⁸⁸ Cet organisme est à l'origine de la G.P.L. et s'exprime régulièrement sur des questions d'interprétation y relatives. A ce sujet, Y. COOL, « Interprétation de la principale licence de logiciel libre : liberté du code et contraintes de l'interprète », *R.D.T.I.*, 2005/20, à paraître.

⁷⁸⁹ A propos des *drivers* et des *plugins*, on peut se demander pareillement dans quelle mesure le caractère *copyleft* de la licence sous laquelle est diffusé le programme lié peut contaminer le programme liant. Sur ces notions, voy. n^{os} 137 et 138.

de cette dernière. Dès lors que s'établit une relation transitoire entre les deux programmes, lors du chargement simultané du logiciel et de la librairie en mémoire vive, à l'exclusion de toute reprise du code des fonctionnalités de la librairie dans le nouveau programme, le créateur de celui-ci ne poserait en réalité aucun acte ressortissant aux droits exclusifs de l'auteur de la librairie et n'aurait dès lors besoin d'aucune autorisation de ce dernier. Au terme d'une discussion approfondie des arguments et contre-arguments du débat, Philippe LAURENT répudie fermement l'idée suivant laquelle une licence *copyleft* peut imposer au créateur d'un logiciel faisant appel aux fonctions d'une librairie ou autre élément dynamique diffusé sous cette licence, de distribuer son programme sous cette même licence. Pareille prétention irait au-delà de ce que les droits exclusifs de l'auteur lui permettent comme forme de maîtrise sur son œuvre, et léserait les droits exclusifs revenant à l'auteur de la soi-disant œuvre dérivée.

Quoi qu'il en soit, au-delà des objections d'ordre technique, il est permis de se demander si, sur ce point, l'interprétation de la G.P.L. par la F.S.F. ne va pas à l'encontre sinon de l'esprit, en tout cas de la rhétorique, du mouvement libre. En tentant d'imposer la G.P.L. aux auteurs de librairies, la F.S.F. bride incontestablement la liberté des créateurs et utilisateurs de logiciels. Si ce n'est le souci d'assurer l'hégémonie de la G.P.L., on n'aperçoit pas d'emblée l'avantage d'une telle politique juridique pour la communauté libre.

453. Les licences de logiciel libre obéissent à un modèle juridique original, disait-on plus haut, sans que les principes du droit d'auteur soient pour autant mis à mal. De longs développements du cahier peuvent être invoqués à l'appui de cette affirmation. Reprenons-en quelques éléments.

Les logiciels libres sont protégés par le droit d'auteur dans les mêmes conditions que tout autre logiciel : de façon classique, les critères de mise en forme et d'originalité doivent être remplis⁷⁹⁰. En ce qui concerne la titularité des droits, les principes du droit d'auteur sont pareillement d'application. Tout au plus leur mise en œuvre peut-elle susciter quelques questions, soigneusement exposées, au regard des qualifications traditionnelles⁷⁹¹. Après avoir écarté, tour à tour, la figure de l'*œuvre collective*⁷⁹² et de l'*œuvre de collaboration*, c'est de manière fort convaincante que Philippe LAURENT préfère voir dans l'évolution d'un programme informatique « une chaîne d'*œuvres dérivées* ». Il y a lieu de distinguer, plus précisément, l'œuvre primaire et les œuvres dérivées subséquentes. L'œuvre primaire est ici la première version du programme,

⁷⁹⁰ Cf. Ph. LAURENT, n° 40 et s.

⁷⁹¹ *Ibid.*, n° 49 et s.

⁷⁹² Cette notion française est inconnue en droit belge.

« achevée »⁷⁹³ et divulguée par son auteur ; si plusieurs personnes ont travaillé, de concert, à la mise en forme du programme, nous avons affaire à une « œuvre de collaboration ». Par la suite, les modifications apportées à l'œuvre, pour autant qu'elles consistent en un apport original, donneront naissance à une œuvre dérivée ; si plusieurs personnes ont participé, de concert, à sa conception, cette œuvre dérivée peut être regardée comme une œuvre de collaboration. Et ainsi de suite... chaque nouveau maillon de la chaîne d'œuvres dérivées s'analysant de semblable façon. En toute hypothèse, l'auteur du programme dérivé (ou les auteurs en cas d'indivision), est (sont) titulaire(s) de tous les droits y afférents, compte toujours tenu, d'une part, des droits de(s) (l')auteur(s) de l'œuvre primaire, d'autre part, du fait que les termes de la licence sous laquelle sera diffusé la programme dérivé peuvent être imposés (notamment si la licence originale est *copyleft*). On sait, du reste, que dans les licences libres, l'auteur accorde à l'utilisateur des *droits patrimoniaux* extrêmement larges, tout en se réservant la possibilité de les invoquer au cas où un preneur de licence ne respecterait pas les termes de celle-ci.

Les *droits moraux*, quant à eux, revêtent un intérêt tout à fait particulier dans le modèle libre⁷⁹⁴. Si l'auteur concède l'ensemble de ses droits économiques, il n'en conserve pas moins l'intégralité de ses droits moraux. Encore y a-t-il lieu de vérifier, pour chacun d'eux, si leur régime est compatible avec la lettre et l'esprit des licences libres. Tel est l'exercice auquel s'est livré, méthodiquement, Fabrice DE PATOUL.

Le *droit de divulgation* reconnu à l'auteur lui permet de décider, seul, si l'œuvre est achevée et prête à être portée à la connaissance du public. Si tant est qu'il existe en matière de logiciel – opinion soutenue dans l'ouvrage⁷⁹⁵ –, ce droit ne saurait naturellement être ignoré en matière de logiciels libres. Encore l'exercice du droit peut-il être compliqué en cas de participation nombreuse à l'élaboration du logiciel. Des solutions conventionnelles sont cependant envisageables, même si le problème est passé sous silence dans la plupart des licences⁷⁹⁶. En règle, rien n'empêche un licencié de modifier un logiciel libre et d'utiliser l'œuvre dérivée qui en résulte de manière privée, sans jamais diffuser la version modifiée du logiciel. S'il opte au contraire pour la divulgation, on a vu que la licence peut lui imposer, le cas échéant, de diffuser le logiciel modifié sous une licence identique. Les modalités d'exercice du droit de divulgation s'en trouvent limitées sans qu'il faille y voir une atteinte inadmissible au droit lui-même. En effet, seule est prohibée en droit belge la renonciation globale à l'exercice futur des droits moraux. Etant tenu d'accepter la licence accompagnant le logiciel, on

⁷⁹³ A cet égard, voy. spéc. n° 91.

⁷⁹⁴ F. DE PATOUL, n° 160 et s.

⁷⁹⁵ Cf. l'exposé de la controverse, *ibid.*, n° 162.

⁷⁹⁶ *Ibid.*, n° 164 et 165.

peut considérer que le licencié accepte implicitement que l'exercice de son droit de divulgation soit soumis aux termes de la licence. Cela ne fait pas difficulté puisque les renonciations partielles au droit de divulgation sont parfaitement autorisées.

Le *droit de paternité*, lui, est mis à l'honneur dans les licences, les auteurs étant soucieux de s'assurer une reconnaissance et de valoriser économiquement leur réputation sur le marché des services gravitant autour des programmes libres. Les « notices de copyright » sont fréquentes dans les licences libres. Suivant une variété de formules, la plupart des licences imposent le respect des notices mentionnant les noms des auteurs originaires. Certaines licences obligent les auteurs de modifications à indiquer leur nom afin de distinguer les différentes versions et protéger la réputation des autres auteurs. Pareille obligation contrarie le droit de paternité, qui permet à l'auteur de revendiquer mais aussi de répudier l'attribution d'une œuvre. Au total, l'obligation de conserver les notices de droit d'auteur et de mentionner les modifications semblent constituer des modalités d'exercice légitimes du droit de paternité. Il est plus discutable d'imposer aux auteurs des modifications la mention de leur identité⁷⁹⁷.

Enfin, on peut s'interroger sur le sort du *droit à l'intégrité* (ou droit au respect de l'œuvre) étant donné que les licences libres accordent toute latitude pour modifier le code du logiciel. Dans la mesure où un logiciel libre est voué à subir une succession de modifications, une seule conclusion raisonnable paraît s'imposer : le créateur conserve certes son droit moral à l'intégrité⁷⁹⁸, mais il ne réussira à l'invoquer que de manière exceptionnelle, à moins de préciser minutieusement les utilisations autorisées ou interdites du logiciel⁷⁹⁹.

Fabrice DE PATOUL se penche également sur les règles de forme et d'interprétation applicables aux cessions de droits d'auteur afin d'évaluer leur sort dans le domaine des licences de logiciels, en général, des licences de logiciels libres, en particulier. De son analyse, on retient en substance, d'une part, que les licences de logiciels libres n'échappent pas aux principes et règles applicables à tous les contrats de cession de droits d'auteur, d'autre part, que la plupart des licences libres examinées s'écartent du formalisme requis par la loi. Ce constat n'étonne guère dans la mesure où elles ont été rédigées, en majorité, sous influence américaine et par des non juristes⁸⁰⁰. Il est, du reste, d'ordre conjoncturel et n'énervé en rien les principes.

⁷⁹⁷ *Ibid.*, n° 169.

⁷⁹⁸ On rappelle qu'en matière de logiciel, le droit à l'intégrité permet de s'opposer à toute modification de l'œuvre à condition que l'auteur puisse justifier d'un préjudice à son honneur ou à sa réputation.

⁷⁹⁹ *Ibid.*, n° 170 et s.

⁸⁰⁰ Cf. *ibid.*, n° 181 et s.

454. Si le *copyleft* est l'élément le plus remarquable des licences libres, il en est d'autres également originaux qui méritent d'être épinglés.

Ainsi, on trouve dans toutes les licences de logiciel libre, l'obligation de conserver certaines mentions à l'heure de redistribuer le logiciel, modifié ou non. Outre les « *copyright notices* » déjà évoquées, il y a les clauses de non-garantie (*no-warranty notices*) figurant dans toute licence de logiciel libre. Leur objectif évident est d'avertir le licencié – ou tout tiers acquérant une licence *via* le licencié – que le logiciel ne fait l'objet d'aucune garantie⁸⁰¹.

Certes, l'absence de garantie n'est pas une nouveauté en soi. Semblables clauses se retrouvent fréquemment dans les licences propriétaires, au point qu'elles sont pratiquement devenues des clauses de style en matière informatique. Deux éléments méritent néanmoins de retenir l'attention. Tout d'abord, on peut penser que les clauses d'exonération de garantie acquièrent une légitimité nouvelle dans le contexte des licences de logiciel libre. Alors qu'elles sont suspectes – et contestables – dans les licences propriétaires (l'auteur paraissant chercher à se libérer un peu facilement de ses obligations), elles se comprennent mieux dans les licences libres. C'est que l'équilibre économique n'est pas le même. En matière propriétaire, le donneur de licence n'accorde que peu de droits à l'utilisateur, pour un prix souvent conséquent. Il serait choquant qu'il puisse échapper à toute responsabilité en cas de manquement au peu d'engagements consentis. A l'inverse, les licences libres offrent un ensemble de droits des plus étendus aux utilisateurs. L'absence de garantie apparaît comme une forme de – maigre – compensation exigée par le donneur de licence. Ainsi peut-on considérer qu'à l'extension des droits concédés au licencié, favorable à celui-ci, correspond économiquement l'exonération de garantie, favorable au donneur de licence. Le second point à retenir est que l'absence de garantie est souvent compensée, en pratique, par quelque garantie indépendante fournie non par l'auteur du logiciel, mais par le prestataire qui installe, configure et assure la maintenance de *sa* solution informatique⁸⁰². Ce n'est là rien de surprenant ; on retrouve cette idée, déjà exprimée, que le modèle économique des logiciels libres est orienté « services ».

Parmi les éléments plus originaux des licences libres, il en est un autre que l'on peut difficilement passer sous silence. Il s'agit de l'article 9 de la G.P.L. : cette clause, qui permet au licencié de se prévaloir de « versions ultérieures » de la licence, crée une hypothèse à première vue inédite, qui ne semble renvoyer à aucune catégorie connue⁸⁰³. Après avoir écarté, à juste titre, la référence à la condition purement potestative et à la novation, Yorick COOL analyse le

⁸⁰¹ Cf. Y. COOL, n° 289 et s.

⁸⁰² A ce sujet, voy. aussi les considérations de D. DE ROY, n° 356.

⁸⁰³ Cf. Y. COOL, n° 280 et s.

mécanisme comme « un moyen de réintroduire la négociation dans un contrat qui se présentera habituellement sous la forme d'un contrat d'adhésion »⁸⁰⁴. Il est vrai que la clause introduit un élément de souplesse au profit de chacune des parties : le donneur de licence peut en changer les termes, en principe sur des points de détail et dans l'esprit de la version d'origine ; quant au licencié, il a la liberté de se soumettre à la version de son choix. On hésitera toutefois à parler de « négociation » proprement dite, à défaut d'un minimum d'échanges entre les parties. Mais ce n'est que détail d'ordre terminologique.

455. La contribution de David DE ROY, consacrée aux marchés publics⁸⁰⁵, est – comme le suggère son intitulé – une invitation à jeter un regard neuf sur une actualité fort ancienne. A cet égard, elle illustre à merveille une idée récurrente au long de l'ouvrage, condensée dans le titre de la présente synthèse. Sans représenter une réelle nouveauté, les logiciels libres contribuent à revitaliser les matières juridiques concernées – ici le droit et la pratique des commandes publiques –, en remettant au goût du jour des questions trop souvent perdues de vue. On entend bien l'actuelle volonté, observée à tous les niveaux de pouvoir, de contraindre – par voie légale ou décrétole – les autorités publiques à faire usage de logiciels libres. Effectivement, l'accent mis sur la disponibilité des codes sources dans les licences libres et, plus largement, la souplesse de leur régime juridique facilitent l'adaptation, l'évolutivité et une large diffusion des logiciels. Ces atouts des licences libres ne pouvaient que séduire les pouvoirs publics. Ils soulignent, si besoin était, l'importance de ces questions pour qui désire obtenir une solution pérenne et assurer son indépendance vis-à-vis de ses fournisseurs, deux objectifs qui devraient être ardemment poursuivis par les pouvoirs adjudicateurs. Mais, insiste David DE ROY, les caractéristiques du régime des licences libres pouvaient être pleinement rencontrées, de longue date, dans le cadre des pratiques traditionnelles de marchés publics informatiques, à la faveur de politiques de commande reposant sur une rédaction judicieuse des cahiers spéciaux des charges. Loin de dresser le « libre » contre le « propriétaire », les pratiques et licences promues par la communauté libre ont le mérite de rappeler à l'attention des pouvoirs adjudicateurs combien il leur est loisible de fixer des « conditions d'achat » – au lieu de se laisser imposer des « conditions de vente » – plus conformes à leurs intérêts propres et, dès lors, à l'intérêt général⁸⁰⁶.

Dans un semblable ordre d'idées, les logiciels libres rappellent aux juristes que les questions de droit international privé, complexes et subtiles – exposées avec virtuosité par Hakim HAOUIDEG⁸⁰⁷ –, ne sont pas que des jeux de l'esprit ; leurs

⁸⁰⁴ *Ibid.*, n° 287.

⁸⁰⁵ D. DE ROY, n° 305 et s.

⁸⁰⁶ *Ibid.*, spéc. n° 372.

⁸⁰⁷ H. HAOUIDEG, n° 373 et s.

modes de production et de distribution, largement internationalisés, confèrent une acuité toute particulière aux problèmes de compétence judiciaire et de loi applicable. Créés dans un pays, modifiés dans un autre, distribués dans un troisième, les logiciels libres ne manqueront pas, en pratique, de soulever des différends impliquant le droit international privé. A cet égard, l'utilité des clauses contractuelles, pourtant peu fréquentes dans les licences de logiciel libre, est une fois de plus démontrée.

456. Ces quelques indications – notées au fil de la lecture – sont naturellement loin d'épuiser la substance de l'ouvrage. Tout au plus prétendaient-elles faire ressortir son extrême richesse. Les licences de logiciel libre ne se situent pas dans une espèce de « no man's land juridique ». Pareille éventualité fait, de manière générale, horreur au juriste. Impérialiste, le droit tend à coloniser tous les espaces qui échappent à son emprise. Pour venir à bout des poches de résistance, la science du droit obéit à un fondamental principe d'économie : elle tend, toujours d'abord, à ramener dans son giron les réalités apparemment rebelles ou, en d'autres termes, à réduire le réel protéiforme et « l'inédit » à des catégories connues et maîtrisées. Si l'opération oblige à solliciter de manière excessive les concepts et principes existants pour y faire entrer la nouveauté, au point de les dénaturer, alors seulement il peut être question d'adapter la règle ou d'en forger une nouvelle.

En dépit des apparences, plus ou moins entretenues par la communauté libre et une certaine phraséologie, les licences de logiciels libres n'ont pas de quoi plonger le juriste dans un abîme de perplexité. Le système du droit d'auteur n'est pas contrarié, les principes du droit des obligations et des contrats ne sont pas davantage mis en défaut.

Les licences libres n'en présentent pas moins, à maints égards, une incontestable originalité. Dans l'utilisation du système du droit d'auteur, elles insufflent un esprit nouveau et, sur le plan de l'ingénierie contractuelle, elles réalisent un agencement novateur de mécanismes éprouvés.

Les auteurs du cahier ont tâché d'en convaincre, avec rigueur et finesse, sans jamais forcer l'analyse. Il se dégage de leur étude une impression forte : on ne peut nier que les concepteurs des licences libres ont vraiment réussi à faire du neuf avec du vieux.