

Les licences libres

***Étude comparative de licences dites
« libres » : Licence d'Art Libre, Creative
Commons, Licence Générale Publique
GNU, Licence de Documentation Libre
GNU et autres CeCILL.***

Mémoire de recherche

réalisé sous la direction de M. Théo HASSLER, Professeur au CÉIPI

Présenté et soutenu publiquement en juin 2009

par M. Arnaud FOUQUAUT

Master 2 Recherche Propriété Intellectuelle

Centre d'Études Internationales de la Propriété Intellectuelle

Université de Strasbourg

Principales abréviations

ADPIC	Aspects des Droits de Propriété Intellectuelle qui touchent au Commerce (Accords de Marrakech de 1994)
AJ	Actualité jurisprudentielle
Al.	Alinéa
AN	Assemblée Nationale
Art.	Article
Ass. Plén.	Assemblée plénière
CA	Cour d'appel
Cass.	Cour de cassation
CC	Creative Commons
CC BY	Creative Commons Paternité 2.0
CC BY-ND	Paternité-Pas de Modification 2.0 France
CC BY-NC-ND	Paternité-Pas d'Utilisation Commerciale-Pas de Modification
CC BY-NC-SA	Paternité-Pas d'Utilisation Commerciale-Partage des Conditions Initiales à l'Identique
CC BY-SA	Paternité-Partage des Conditions Initiales à l'Identique
CCE	Communication et commerce électronique
Ch.	Chambre
Chron.	Chronique
CBE	Convention sur le brevet européen (l'appellation « CBE » fait référence à la version en vigueur, soit, actuellement, à la CBE dite « CBE 2000 »)
CBE 1973	Convention sur le brevet européen (dans sa version originale de 1973)
CeCILL	Cea Cnrs Inria Logiciel Libre
CPI	Code de la propriété littéraire et artistique
CRT	Chambre des Recours Techniques de l'OEB
CSPLA	Conseil Supérieur de la Propriété Littéraire et Artistique
D.	Dalloz

DC	Décision du Conseil constitutionnel
Dir.	Directive
éd.	Édition
FLOSS	Free Libre Open Source Software
FSF	Free Software Fondation
Gaz. Pal.	Gazette du Palais
GFDL	GNU Free Documentation licence (ou, en français, Licence de Documentation Libre GNU)
GPL	GNU General Public licence (ou, en français, Licence Générale Publique GNU)
GNU	Gnu's Not Unix (ou, en français, GNU n'est pas Unix)
JCP	Juris-Classeur Périodique
JCP, éd. G.	Semaine juridique, édition Générale
JCP, éd. E.	Semaine juridique, édition Entreprise
JO	Journal officiel
LAL	Licence d'Art Libre
n°	Numéro
obs.	Observations
op. cit.	Opus citatum
OSI	Open Source Initiative
p.	page
p-p.	pages
PIBD	Propriété Industrielle Bulletin Documentaire
PCT	Traité de coopération en matière de brevets (Patent Cooperation Treaty) adopté à Washington en 1970
PLA	Propriété littéraire et artistique
Propr. Intell.	Propriétés intellectuelles
RIDA	Revue internationale du droit d'auteur
RIPIA	Revue internationale de la propriété industrielle et artistique
RLDI	Revue Lamy Droit Immatériel
RTD civ.	Revue trimestrielle de droit civil
RTD com.	Revue trimestrielle de droit commercial

ss. dir. Sous la direction de
t. Tome
TGI Tribunal de grande instance
§ Paragraphe

Sommaire

Introduction.....	9
Chapitre I La qualification ambiguë de « licence libre ».....	24
Section 1 Des critères indispensables quant à la qualification de licence libre	26
Section 2 Des critères facultatifs quant à la qualification de licence libre	41
Chapitre II Le régime complexe des « licences libres ».....	53
Section 1 Des spécificités liées aux interactions avec le droit applicable	54
Section 2 Des spécificités liées aux licences libres elles-mêmes	73
Conclusion.....	85
Bibliographie.....	92

*« Les droits politiques sont la seule garantie
des droits civils et de la liberté individuelle »*

Qu'est-ce que le tiers état ?

Janvier 1789

Emmanuel-Joseph Siéyès

Introduction

1. Desbois¹ popularisa la maxime énonçant que les idées sont « *par essence et par destination de libre parcours* »², et avec laquelle, aujourd'hui l'ensemble de la doctrine manifeste toujours un accord unanime³.
2. **Développement de la propriété intellectuelle.** Les différents droits de la propriété intellectuelle sont apparus, sous leur forme moderne, à partir de la fin du XVIII^e siècle. Avec les décrets⁴ des 13-19 janvier 1791 et des 19-24 juillet 1793, la doctrine souligne une rupture avec les usages antérieurs⁵, posant ainsi les jalons de la naissance sous sa forme moderne de la propriété intellectuelle. Néanmoins, il faut souligner que le droit de la propriété intellectuelle n'aura de cesse de continuer à émerger tout au long du XIX^e siècle.

1 Desbois, *Le droit d'auteur en France*, 3^e édition, Dalloz, 1978, p. 22.

2 Maxime dont la paternité est attribuée au philosophe allemand Fichte, dans « Beweis der Unrechtmäßigkeit des Büchernachdrucks » en 1793 selon Philippe le Tourneau, *Folles idées sur les idées*, CCE, février 2001, chronique n°4, également disponible sur <<http://www.philosophiedudroit.org/le%20tourneau,%20folles%20idees.htm>> (lien consulté le 05 mai 2009).

3 A. et H.-J. Lucas (*Traité de Propriété Littéraire et Artistique*, 3^e édition, Litec, 2006, § 28, p. 31 ; P-Y Gautier, *Propriété Littéraire et Artistique*, 6^e édition, PUF, 2007, § 37 et s., p.55 et s.

4 Il s'agit de la terminologie de l'époque : le terme de loi serait aujourd'hui utilisé.

5 Notons que pour A. Lucas, « *la référence insistante à la propriété est donc très significative de la volonté de rompre avec le système des privilèges avec le Roi* » avant de relativiser : « *peut-être toutefois cette rupture a-t-elle été exagérée en doctrine* », A. et H.-J. Lucas, *Traité de Propriété Littéraire et Artistique*, 3^{ème} édition, Litec, 2006, § 8, p. 11.

3. **La révolution permanente.** Différentes législations sont apparues au fil du temps, permettant de mettre au jour le droit des brevets, des marques ou encore des dessins et modèles ... Si bien évidemment la propriété intellectuelle est étrangère au concept politique de la révolution permanente⁶, les (r)évolutions sont une constante au sein de la propriété intellectuelle tant ses fondamentaux sont perpétuellement questionnés, débattus et critiqués. En marge de cette discipline, on ne saurait également oublier les nombreuses évolutions apparues, à l'image par exemple de la reconnaissance par la jurisprudence des thèses élaborant la concurrence déloyale⁷. De même, la création de nouveaux droits de propriété intellectuelle⁸, d'interactions avec d'autres disciplines juridiques⁹ mais aussi la consécration de la propriété intellectuelle en tant que droit de propriété¹⁰, montrent au combien la propriété intellectuelle évolue selon les époques. Source de contestations incessantes¹¹, la propriété intellectuelle, s'illustre par une capacité d'adaptation aux problèmes qui lui sont contemporains.

4. **Apparition des logiciels.** Dans ce contexte évolutif, il a été particulièrement délicat de trouver une protection adaptée aux logiciels. Lorsque l'informatique est apparue, la valeur économique des biens

6 Le terme de « *révolution permanente* » est une théorie initiée par Parvus et Trotsky. Bien évidemment, ici, l'expression « *révolution* » n'est pas chargée dans son sens politique mais davantage dans son sens astronomique : selon le Petit Robert (version 2007), une révolution est un « *mouvement en courbe fermée* », phénomène permanent depuis l'avènement de la propriété intellectuelle.

7 Sur la concurrence déloyale proprement dite, voir notamment *Théorie générale de l'action en concurrence déloyale*, Revue de Droit Commercial, 1948, I, p. 554, sur l'action parasitisme, voir notamment, *Concurrence déloyale et concurrence parasitaire, ou agissements parasitaires*, Saint-Gal, RIPIA 1956, § 25/26, p.37.

8 Obtentions végétales, circuits imprimés, appellations d'origine, ...

9 On pensera entre autres au droit de la concurrence depuis notamment à l'arrêt CJCE, 6 avril 1995, Magill (publié D. 1996, doc. pp. 119 et s., note B. Edelman, *L'arrêt Magill : une révolution ?*) ainsi qu'aux droit fondamentaux (voir notamment *Les droits fondamentaux, garanties de la cohérence du droit de la propriété intellectuelle ?*, Christophe Geiger, JCP, I, 150.

10 Décision n° 2006-540 DC du 27 juillet 2006, disponible sur <<http://www.conseil-constitutionnel.fr/conseil-constitutionnel/francais/les-decisions/depuis-1958/decisions-par-date/2006/2006-540-dc/decision-n-2006-540-dc-du-27-juillet-2006.1011.html>> (lien consulté le 05 mai 2009).

11 « *Mais c'est justement ce qui lui est impossible [au gouvernement], et ce qui d'ailleurs personne ne réclame. Comment donc, obligé de répondre à l'analogie, décorerait-il du nom de propriété un simple privilège de reproduction et de vente, et cela, dans le but unique de créer à ses héritiers une sinécure* », Proudhon, *Les majorats littéraires*, p. 71, Paris, 1868.

informatiques reposait essentiellement sur le matériel (le *hardware*), qui était considéré comme « *centre de gravité* »¹² de l'économie de l'industrie informatique. En raison de sa faible valeur, la partie logicielle (le *software*) était le plus souvent intégrée avec le matériel. De plus, ne croyant pas au développement des ordinateurs personnels, les dirigeants de la société IBM firent le choix de faire réaliser par un prestataire extérieur le système d'exploitation. Le « *contrat du siècle* »¹³ sera alors conclu avec la société Microsoft, qui aura la charge de développer le système d'exploitation.

5. **Opportunisme de la protection par le droit d'auteur.** Sous l'influence de l'industrie informatique américaine, la protection des logiciels s'est portée sur le droit d'auteur. Contrairement au brevet, le droit d'auteur permet une protection quasi-universelle et ce, dès l'acte de création¹⁴. Ceci constitue une véritable aubaine face au droit des brevets. La destruction du secret en raison de la publication du brevet, la lourdeur des procédures de dépôt ainsi que le coût financier qui est associé à la protection par un brevet expliquent l'opportunité du choix de protection des logiciels, et ce surtout dans un contexte où la valeur économique d'un logiciel était faible. De plus, la protection des logiciels par le droit d'auteur n'exige pas la divulgation du code source, méthode de fabrication du logiciel. Si le droit d'auteur naît dès la création de l'œuvre, le code source est également protégé, tout comme le code binaire utilisé par l'utilisateur final. Face aux concurrents, il est alors très avantageux de ne pas rendre accessible le code source d'un logiciel.

6. **Développement de l'industrie du logiciel.** La protection universelle à moindre coût des logiciels a créé des conditions juridiques et économiques idéales pour permettre le développement rapide de l'industrie des éditeurs de logiciels. Ce développement est parfaitement illustré par des entreprises comme Microsoft. Quoi qu'il en soit, les programmes informatiques ainsi mis au point ont parfaitement su susciter

12 « *Les logiciels libres face au droit* », Étienne Montero, éditions Bruylant, 2005.

13 Source : <http://fr.wikipedia.org/wiki/Gary_Kildall#Le_.22contrat_du_si.C3.A8cle.22_avec_IBM> (lien consulté le 05 mai 2009).

14 Ce qui induit un coût de protection quasi-nul.

et accompagner la démocratisation de l'ordinateur personnel depuis le milieu des années 1980.

7. **Protection juridique des logiciels.** À la suite du choix de protection des logiciels outre-atlantique par le copyright, le droit des brevets français est devenu hostile à la protection des logiciels. En France, l'exclusion des logiciels a été effectuée dès la loi sur les brevets de 1968¹⁵. Sur le plan international deux normes rejettent les brevets portant sur les logiciels. D'une part, le Traité de Washington de 1970 dit « PCT »¹⁶ ouvre une possibilité d'exclusion pour les administrations chargées de la recherche. D'autre part, la Convention de Munich de 1973¹⁷ la refuse explicitement. Toutefois, il faut reconnaître que c'est après bien des tergiversations doctrinales¹⁸ et jurisprudentielles¹⁹, forçant ainsi le législateur à intervenir, que le droit d'auteur a accueilli en son sein la protection des logiciels. Après avoir écarté une protection *sui generis*, le législateur a modifié la loi de 1957 pour reconnaître cette protection. Alors que la loi nouvellement modifiée n'était pas applicable, le débat a été clôturé par les trois arrêts de la Cour de cassation reconnaissant la protection des logiciels par le droit d'auteur²⁰. Toutefois, on notera que la controverse sur la brevetabilité du logiciel est revenue sur la place publique via un projet de directive

15 Précision que l'actuel art. L. 611-10 2° du CPI prévoit toujours cette exclusion.

16 « *Aucune administration chargée de la recherche internationale n'a l'obligation de procéder à la recherche à l'égard d'une demande internationale dont l'objet, et dans la mesure où l'objet, est l'un des suivants : [...] vi) programmes d'ordinateurs dans la mesure où l'administration chargée de la recherche internationale n'est pas outillée pour procéder à la recherche de l'état de la technique au sujet de tels programmes* » selon la règle 39.1.vi du règlement d'exécution du PCT, « selon l'article 17.2)a)i) ».

17 L'article 52 §2 c de la Convention sur le Brevet Européen estime que « *ne sont pas considérés comme des inventions [...] notamment : [...] les programmes d'ordinateur ;* ».

18 Le professeur André Lucas envisage la protection des logiciels par le brevet dans sa thèse « *La protection juridique des créations industrielles abstraites* », 1973 (publiée éd. Litec, 1975) ; Le Professeur Robert Plaisant estime qu'étendre « *le droit d'auteur au logiciel serait probablement excessif* », *La protection du logiciel par le droit d'auteur*, Gaz. Pal., 27 septembre 1983, doctrine, p. 348.

19 Voir notamment CA Paris, 13e ch., 4 juin 1984 Atari c/ Sidam et Valadon publié au JCP, éd. E, 1985, II, 14409 avec une note de M. Vivant selon lequel « *Il eut mieux valu, sans doute, distinguer jeu et logiciel. Mais, sous cette réserve, l'affirmation de la Cour de Paris est la bienvenue* ».

20 Cass., Ass. Plén., 7 mars 1986, Babolat c/ Pachot publié au Bulletin, 1986, A.P. n°3 p. 5 ; JCP éd. E, 1986, II, 14713 et 14737 bis, note J.-M. Mousseron, B. Teyssié et M. Vivant ; JCP, éd. E, 1986, I, 15791, n. 1, obs. M. Vivant et A. Lucas ; D., 1986, 405, conclusions Cabannes et note B. Edelman.

communautaire²¹. Aux États-Unis et au Japon, il est possible de recevoir un brevet portant sur un logiciel. Si la CBE exclue la brevetabilité d'un « *programme d'ordinateur en tant que tel* »²², la jurisprudence de l'OEB se montre néanmoins favorable à leur protection à condition sous l'angle du critère du « *caractère technique* »²³. Quoi qu'il en soit, le rejet du projet de directive communautaire a permis de mettre provisoirement fin au débat sur cette question²⁴. Provisoirement, car la question des brevets portant sur des logiciels ne cesse d'agiter les esprits²⁵.

8. Apparition des logiciels libres. Alors que la protection des logiciels a été consacrée par le droit d'auteur, les logiciels libres sont apparus sous le terme de « *free software* ». Notons qu'en anglais, le terme « *free* » ne fait pas de distinction entre les notions de liberté et de gratuité²⁶. Selon la FSF, le concept de « *free software* » relève de la notion liberté et non d'une question de prix²⁷. Cette liberté était d'usage avant la fin des années 1970 : la plupart des logiciels étaient fournis avec un matériel associé.

21 Proposition de directive du Parlement européen et du Conseil concernant la brevetabilité des inventions mises en œuvre par ordinateur publiée au Journal Officiel n° 151 E du 25 juin 2002 p. 0129 - 0131, disponible sur <<http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:52002PC0092:FR:HTML>> (lien consulté le 05 mai 2009).

22 « *même [...] si l'idée qui sous-tend une invention réside dans une méthode mathématique, une revendication portant sur un procédé technique dans lequel la méthode est utilisée, ne recherche pas la protection pour la méthode mathématique en tant que telle* », CRT, 15 juillet 1986, VICOM System Inc., publié au PIBD 1987, 409-III, p. 134.

23 Si l'article 52 §2 de la CBE rend inapplicable la protection sur des éléments « *considéré[s] en tant que tel[s]* », la jurisprudence assise sur l'article 52 §3 de la CBE accepte la brevetabilité du logiciel en ce qu'il est inclus dans une réponse technique à un problème technique. Voir notamment les jurisprudences de l'OEB IBM T 38/86, SOHEI T 769/92, IBM T 1173/97 et T 935/97, Hitachi T 258/03.

24 Trop laxiste pour les uns, trop restrictif pour les autres, le 6 juillet 2005, le projet de directive a été rejeté à 648 voix sur 680.

25 *Communauté du logiciel libre et communauté du brevet réunit dans un même combat pour des brevets de qualité*, Chroniques de la propriété intellectuelle, Pierre BREESE, disponible sur <<http://breese.blogs.com/pi/2009/02/communaut%C3%A9-du-logiciel-libre-et-communaut%C3%A9-du-brevet-r%C3%A9unit-dans-un-m%C3%Aame-combat-pour-des-brevets-de-.html>> (lien consulté le 05 mai 2009).

26 « *Free software is a matter of liberty, not price. To understand the concept, you should think of free as in free speech, not as in free beer* » selon la Free Software Foundation, disponible sur <<http://www.gnu.org/philosophy/free-sw.html>> (lien consulté le 05 mai 2009).

27 Remarquons que tous les logiciels libres sont pas gratuits, et ce quant bien même la plupart des logiciels libres le seraient. De plus, les logiciels gratuits sont définis par le terme de « *freeware* » définissant un « *logiciel entièrement gratuit, qu'on peut copier comme on veut [...] son code source n'est pas obligatoirement distribué ou modifiable (comme celui d'un logiciel libre)* » selon Le Jargon Français 4.0, dictionnaire d'informatique, disponible sur <<http://jargonf.org/wiki/freeware>> (lien consulté le 05 mai 2009).

Outre cette livraison, le code source, sorte de recette de cuisine du logiciel, était en principe communiqué avec le logiciel accompagnant le matériel. À partir de la fin des années 1970, nombre de constructeurs changent de politique et ne délivrent plus le code source du logiciel accompagnant le matériel vendu. Ce code source est alors couvert par un secret de fabrication. Cette pratique rend techniquement beaucoup plus difficile la compréhension du fonctionnement du logiciel²⁸. Les éditeurs de logiciels adopteront les mêmes pratiques. Devenu secret industriel, l'absence de divulgation est susceptible d'entraîner des difficultés de fonctionnement avec du matériel et des logiciels non spécifiquement conçus pour fonctionner ensemble. De plus, ce secret rend difficile la modification du logiciel, seule la copie pure et simple est aisée. Plus prosaïquement, en cas d'erreur de conception cette absence de divulgation est préjudiciable pour l'utilisateur en ce que, techniquement, la compréhension du fonctionnement du logiciel est beaucoup plus difficile²⁹. Lors de la livraison d'une imprimante Xerox, Richard Stallman fût confronté à un tel cas de figure. Une anomalie logicielle conduisait à des bourrages de papier. Le constructeur refusa de lui fournir le code source de l'imprimante, qui lui était indispensable afin de rectifier facilement l'anomalie. L'écœurement de Richard Stallman envers cette situation lui fera dire, lors de la rédaction du « Manifeste GNU »: « *Les éditeurs de logiciels cherchent à diviser et à conquérir les utilisateurs, en interdisant à chacun de partager avec les autres. Je refuse de rompre la solidarité avec les autres utilisateurs de cette manière* »³⁰. Un peu plus tard, en 1991, Linus Torvalds, un étudiant finlandais de l'université d'Helsinki, met au point le noyau³¹ d'un système d'exploitation, appelé Linux. Utilisé par le projet GNU³², l'association de Linux avec le projet GNU explique l'appellation « GNU/Linux ». Ce dernier est probablement le logiciel libre le plus connu actuellement.

28 Les techniques d'ingénierie inverses permettent néanmoins de comprendre le fonctionnement du logiciel.

29 Les techniques d'ingénierie inverses permettent de comprendre le fonctionnement du logiciel mais au prix d'une complexité technique accrue.

30 *Le Manifeste GNU*, Richard Stallman, 1985, version française disponible sur <<http://www.gnu.org/gnu/manifesto.fr.html>> (lien consulté le 05 mai 2009).

31 Le noyau est le cœur du système d'exploitation.

32 Notons que le noyau du système GNU n'est pas Linux mais Hurd.

9. **Opposition logiciel libre / logiciel captif.** Il convient également de préciser que le terme « *logiciel propriétaire* » est particulièrement mal adapté : un logiciel libre est également propriétaire en ce qu'il a un auteur, et que celui-ci entend faire valoir ses droits de propriété intellectuelle : les œuvres libres ne sont pas des *res nullius*, bien au contraire. On trouve parfois le terme de « logiciel privatif » mais celui-ci doit être récusé en ce qu'un logiciel non libre ne prive en rien. Il est seulement plus difficile d'exercer une liberté qui est d'utiliser un autre logiciel, tant la logique des logiciels non libre est de capter une clientèle. C'est pour cela que l'expression « logiciel captif » apparaît probablement la plus adaptée pour définir des logiciels dont les éditeurs ne garantissent aucune des libertés selon les logiciels libres tout en cachant volontairement la méthode de fabrication du logiciel. Aussi, les œuvres libres, en ce qui concerne les logiciels, ne sont ni des « shareware », ni des « freeware ». Les premiers sont des logiciels « *distribué[s] gratuitement et utilisable[s] durant une période d'essai au terme de laquelle, si on veut continuer de l'utiliser, on est fermement invité à payer l'auteur* »³³. Les seconds sont des logiciels entièrement gratuits mais dont le code source n'est pas divulgué et pour lesquels l'utilisateur, à part le droit d'utiliser, ne possède aucune autre prérogative sur l'œuvre. Ces situations ne correspondent pas aux œuvres libres, qui, bien qu'elles soient la plupart du temps gratuites, permettent à ses utilisateurs de bénéficier de prérogatives étendues non délivrées par ces deux catégories de logiciels.

10. **Naissance des « licences libres ».** Tous les logiciels libres sont accompagnés d'une licence, elle aussi qualifiée de libre. Ainsi, le projet GNU met au point et utilise des licences comme la GPL³⁴ ou encore la GFDL³⁵. Ces licences évoluent au gré des versions. La GPL aura par exemple connue trois évolutions majeures : la version 1.0³⁶ est publiée en

33 Selon Le Jargon Français 4.0, dictionnaire d'informatique, disponible <<http://jargonf.org/wiki/shareware>> (lien consulté le 05 mai 2009).

34 GNU *General Public License* ou, en français, Licence Générale Publique GNU.

35 GNU *Free Documentation License*, ou, en français, Licence Libre de Documentation GNU.

36 GPL version 1.0, disponible sur <<http://www.gnu.org/licenses/old-licenses/gpl-1.0.html>> (lien consulté le 5 mai 2009).

janvier 1989, la version 2.0³⁷ en juin 1991 et la version 3.0³⁸ le 29 juin 2007³⁹. Le développement de la GFDL est plus récent : la première version⁴⁰ a été publiée en mars 2000, puis une seconde version⁴¹ en novembre 2002. La dernière version⁴² a été publiée en novembre 2008. D'autres licences sont apparues en dehors du mouvement GNU. Rédigées dans un esprit similaire, elles sont toutefois à l'initiative de concepteurs différents. Tel est ainsi le cas de la Licence d'Art Libre⁴³. Elle fait suite aux rencontres « Copyleft Attitude » et la première version a été publiée en juillet 2000. Il en est de même en ce qui concerne les licences CeCILL⁴⁴, créées sous l'impulsion de trois organismes de recherche français (le CEA⁴⁵, le CNRS⁴⁶ et l'INRIA⁴⁷) afin de concilier les impératifs du droit français avec l'esprit des licences historiques comme la GPL. Enfin, les licences Creative Commons⁴⁸ sont apparues à la fin des années 1990 sous l'impulsion du Professeur Lawrence Lessig avec deux finalités principalement sous-jacentes : faciliter l'usage du droit d'auteur en utilisant des licences simples à comprendre auprès d'un large public d'une part, et organiser une cession plus ou moins étendue de prérogatives sur l'œuvre au profit de son acquéreur d'autre part. Quoi qu'il en soit, il existe toute une multitude d'autres licences, dont l'esprit vient plus ou moins contester les utilisations classiques faites de la propriété intellectuelle et des tentatives de recensements existent⁴⁹.

37 GPL version 2.0, disponible sur <<http://www.gnu.org/licenses/old-licenses/gpl-2.0.html>> (lien consulté le 5 mai 2009).

38 GPL version 3.0, disponible sur <<http://www.gnu.org/licenses/gpl.html>> (lien consulté le 5 mai 2009).

39 *GPLv3 is out*, Linux Weekly News, 29 Juin 2007, disponible sur <<http://lwn.net/Articles/240285/>> (consulté le 04 mai 2009).

40 GFDL version 1.1, disponible sur <<http://www.gnu.org/licenses/old-licenses/fdl-1.1.html>> (lien consulté le 05 mai 2009).

41 GFDL version 1.2, disponible sur <<http://www.gnu.org/licenses/old-licenses/fdl-1.2.html>> (lien consulté le 05 mai 2009).

42 GFDL version 1.3, disponible sur <<http://www.gnu.org/licenses/fdl.html>> (lien consulté le 5 mai 2009).

43 Licence d'Art Libre version 1.3, disponible sur <<http://artlibre.org/licence/lal/>> (lien consulté le 05 mai 2009).

44 Licences disponibles sur <<http://www.cecill.info/licences.fr.html>> (lien consulté le 05 mai 2009).

45 Commissariat à l'Énergie Atomique.

46 Institut National de Recherche en Informatique et en Automatique.

47 Centre National de la Recherche Scientifique.

48 Licences disponibles sur <<http://fr.creativecommons.org/contrats.htm>> (lien consulté le 05 mai 2009)

49 Voir par exemple l'initiative de l'association Veni Vedi Libri disponible sur

11. L'existence d'une « communauté du libre ». Autour du logiciel libre, se développe un esprit « communautaire ». Les critères d'appartenance sont flous, voire inexistant, laissant préfigurer la possibilité pour n'importe quelle personne, qu'elle soit morale ou physique, de s'en revendiquer. Avec l'avènement des nouvelles technologies, cette communauté est mondialisée⁵⁰, et donne lieu à nombre de rencontres et salons⁵¹. Ces rencontres demeurent un important vecteur d'échange d'informations, de connaissances et de débats.

12. L'émergence de la « culture libre ». Venue initialement des logiciels, la « culture libre »⁵² s'est propagée dans tous les champs d'application du droit d'auteur. Grâce à une licence libre, il est devenu possible de détourner la finalité exclusive du droit d'auteur. On peut trouver des œuvres libres dans des domaines classiquement protégés par le droit d'auteur en raison de leur vocation culturelle : musique, livre, cinéma, ... mais la protection d'œuvres à l'aspect technique par le droit d'auteur dans moult autres domaines plus surprenants permet de trouver des exemples dans le domaine de la couture⁵³ ou encore, de la cartographie⁵⁴.

<http://www.venividilibri.org/index.php?title=Tableau_Licences_Libres> (lien consulté le 05 mai 2009).

50 Bien qu'ils ne soient qu'une partie du mouvement du libre, la carte des développeurs Debian illustrent parfaitement la diversité de localisation des développeurs de cette distribution au travers la planète : <<http://www.debian.org/devel/developers.loc.fr.html>> (lien consulté le 05 mai 2009) ; de même, la carte « *Open Source Activity Map* », disponible sur <<http://www.redhat.com/about/where-is-open-source/activity/>> (lien consulté le 05 mai 2009) sensée refléter l'activité du monde « open source » souligne parfaitement l'aspect international de ce mouvement.

51 On trouve par exemple les Rencontres Mondiales du Logiciel Libre (RMLL) <<http://comite.rml.info/spip.php?article6>> (lien consulté le 05 mai 2009), Solutions Linux <<http://www.solutionslinux.fr/>> (lien consulté le 05 mai 2009) ou encore le FOSDEM (Free and Open Source Software Developers' European Meeting) <<http://www.fosdem.org/>> (lien consulté le 05 mai 2009).

52 « Culture libre ! », Courrier international, n° 689, 15 janvier 2004.

53 Remarquons l'initiative de l'entreprise Burda : « *What is Open Source Sewing? While creating BurdaStyle, we were captivated by the open source philosophy: the sharing of intellectual property and allowing the public to adapt it to their specific needs. We assimilated the concept to BurdaStyle, removing the copyright from our patterns. Our open source sewing patterns are free to be used as a base for your own design. Whatever you sew, you can sell if you like. We believe that removing copyrights from our designs will inspire creativity and spawn multiple new designs - and that's wonderful!* », source : <<http://www.burdastyle.com/help/index/66#entry-2>> (lien consulté le 12 mars 2009).

54 « *Openstreetmap est un projet destiné à réaliser une carte du monde, sous licence dite "libre". Cela signifie, dans notre cas, que tout le monde est libre d'utiliser, d'améliorer, de*

13. Un droit de propriété intellectuelle pour objet. Les licences libres consentent à accorder des libertés portant sur un droit de propriété intellectuelle. Le titulaire d'un droit de propriété intellectuelle peut être amené, de gré ou de force, à accorder une licence ou effectuer une cession sur celui-ci. Qu'il s'agisse de propriété industrielle ou de propriété littéraire et artistique, les contrats ayant pour objet un droit de propriété intellectuelle peuvent obéir à des règles particulières⁵⁵. Dans un tel cas, l'ambition affichée est de protéger une des deux parties au contrat, voire des tiers. Cela explique pourquoi cette volonté de protection porte sur des questions relatives à la validité de l'acte en raison d'un formalisme⁵⁶ ou d'une publicité⁵⁷. En principe, la conclusion d'une licence libre ne semble pas relever d'une telle situation.

14. Distinction théorique entre licence et cession. En droit civil, il est classiquement fait distinction entre droit réel et droit personnel. Ainsi, en vue d'illustrer cette distinction, le Doyen Carbonnier prend l'exemple de l'usufruitier et du locataire. Le premier dispose d'un droit de jouir de la chose, alors que le second n'a seulement le droit « *que le bailleur l'en fasse jouir* »⁵⁸. *A priori*, il est tentant de transposer cette distinction en propriété intellectuelle, et ce d'autant plus que la distinction entre contrat de licence et contrat de cession est classique. Elle est même consacrée par le code de la propriété intellectuelle en matière de brevet⁵⁹ et de marque⁶⁰. Toutefois, toute la propriété intellectuelle ne semble pas retenir

distribuer ou d'effectuer des travaux dérivés à partir de nos cartes, donnant ainsi une liberté bien plus grande que les solutions déjà existantes, telles google maps », <<http://www.openstreetmap.fr/>> (lien consulté le 05 mai 2009). On notera toutefois que le projet envisage l'évolution de sa licence d'utilisation afin de davantage prendre en considération les aspects liés au droit des bases de données.

55 On pensera par exemple au contrat d'édition, au contrat de représentation ou encore au contrat de production audiovisuelle.

56 Par exemple, le contrat d'édition nécessite un écrit (article L. 131-2 CPI), tout comme le contrat de licence de marque (art. L. 714-1 alinéa 4).

57 En matière de propriété littéraire et artistique, le contrat de production audiovisuelle doit être inscrit au sein d'un registre public (article 31 et suivants du code de l'industrie cinématographique). De même, les opérations contractuelles en matière de propriété industrielle (brevets, marques, dessins et modèles) doivent être mentionnées, à peine d'inopposabilité, dans le registre relatif au titre concerné.

58 Jean Carbonnier, Droit civil, Tome 3, Les biens. 19^{ème} édition refondue (§ 38, p. 67).

59 Article L. 613-8 du CPI.

60 Article L. 714-1 du CPI.

cette distinction. Selon le Professeur André Lucas, le droit d'auteur ne retient pas cette distinction et n'utilise « *obstinément* »⁶¹ que le terme de « *cession* ». Il estime qu'« *importe peu qu'un contrat d'exploitation soit dénommé cession ou licence* » avant de rappeler la « *grande circonspection* » dont font preuve jurisprudence et doctrine, lorsqu'elles abordent la question de la distinction entre licence et cession, entre droit réel et droit personnel. Les Professeurs Malaurie, Aynès et Gautier sont encore plus radicaux et estiment qu'il n'y a pas de différence entre ces deux contrats. Il s'agit de contrat de « *louage* » portant « *sur un monopole d'exploitation* » et celui-ci « *prend le nom de licence (brevet et marque) ou cession (droit d'auteur)* »⁶².

15. Inutilité pratique de la distinction. L'influence des droits anglo-saxons ne vient pas clarifier la situation mais rappeler que cette distinction reste très théorique. En effet, dans les régimes de copyright, le terme de licence⁶³ (ou de *license*⁶⁴) vise l'acte juridique réalisé en vue de « *prouver l'autorisation* » accordée au cocontractant⁶⁵. En pratique, l'usage consacre la seule expression « licence libre ». Il n'est à aucun moment fait usage d'expressions étranges telles que « cession libre » ou encore de « contrat de cession libre ». Cette situation nous apparaît justifiée pour deux raisons. D'une part, les licences libres permettent au cocontractant d'avoir à disposition le droit de propriété intellectuelle concerné par le contrat. Du fait de l'absence de dépossession du titulaire initial du droit de propriété intellectuelle, la qualification de « *licence* » apparaît pleinement justifiée. D'autre part, la pratique a probablement consacré l'utilisation du terme « licence » sous l'influence anglo-saxonne. De plus, les usages montrent qu'il est fréquent de rencontrer un contrat qualifié par les parties comme

61 A. et H.-J. Lucas, *Traité de la Propriété Littéraire et Artistique*, 3^{ème} édition, 2006, p-p. 430-431.

62 Philippe Malaurie, Laurent Aynès, Pierre-Yves Gautier, *Les Contrats spéciaux*, éditions Defrénois, § 601, p. 377.

63 Graphie utilisée en Grande-Bretagne, au Canada et en Australie.

64 Graphie utilisée aux États-Unis.

65 Selon l'article anglophone de Wikipedia : « *To licence is to give permission. A licence (British/Australian/Canadian spelling) or license (American Spelling) is the document demonstrating that permission. License may be granted by a party ("licensor") to another party ("licensee") as an element of an agreement between those parties. A shorthand definition of a license is "a promise (by the licensor) not to sue (the licensee).* », article disponible sur <<http://en.wikipedia.org/wiki/License>> (lien consulté le 05 mai 2009).

étant une « licence » alors que celui-ci opère une transmission totale du droit de propriété intellectuelle concerné. En conséquence, une telle situation devrait valoir au contrat une qualification de « cession ». La distinction entre contrat de licence et contrat de cession apparaît avoir, en pratique, un intérêt relativement limité.

16. La notion de récompense. L'influence anglo-saxonne va bien au-delà de cette simple distinction. Comme le fait remarquer Philippe Amblard « *La logique du copyright, par le monopole légal mais temporaire qu'il instaure au profit de l'auteur, consiste à encourager le travail intellectuel, à inciter la création littéraire ou artistique. Mais comme le rappelle la clause constitutionnelle américaine, cette « récompense » de l'auteur n'est que le moyen « de promouvoir le progrès du savoir »*⁶⁶.

17. Le « libre », notion indépendante des systèmes de copyright ou du droit d'auteur. L'influence anglo-saxonne ne s'arrête pas à la distinction entre cession et licence, ni même à la notion de récompense. En effet, le terme « *copyleft* » est apparu en opposition au système du copyright. Le terme de « libre » doit alors être compris comme un synonyme relativement proche du terme « *copyleft* ». Néanmoins, ce dernier étant d'origine anglophone, il est préférable d'utiliser un terme francophone. À ce titre est d'ailleurs apparu la traduction « *gauche d'auteur* », plus adaptée à décrire le système du droit d'auteur. Dans un cas ou dans un autre, ces termes sont attachés à un système face auquel il s'oppose. Alors que nous avons choisi des licences qui évoluent aussi bien dans un système qu'un autre, le terme de « libre » apparaît plus adapté car, tout en ayant un sens identique, la formulation recèle davantage d'autonomie par rapport aux systèmes juridiques.

18. Un droit d'autoriser. L'utilisation de plus en plus fréquente de licences

⁶⁶ Philippe Amblard, *Copyleft : une nouvelle forme de droit d'auteur à l'époque de l'Open Source ?*, publié dans *Hypernietzsche, modèle d'un hypertexte savant sur Internet pour la recherche en sciences humaines, Questions philosophiques, problèmes juridiques, outils informatiques*, ss. dir. d'Iorio Paolo, éd. PUF, Paris, 2000, également disponible sur <http://www.freescape.eu.org/biblio/article.php3?id_article=87> (consulté le 30 mars 2009).

libres permet l'émergence d'une nouvelle catégorie d'œuvres : les œuvres libres. Si elles rencontrent un certain succès, leur généralisation reste encore très incertaine. Comme le souligne très justement le Professeur Caron, seul « *l'avenir nous le dira* »⁶⁷. Cela étant, ces licences possèdent un intérêt intrinsèque. En effet, dans un contexte de durcissement permanent de la lutte contre la contrefaçon⁶⁸ par la mise en place de mesures techniques de protection ou encore de surveillance des réseaux⁶⁹, elles semblent prendre le train des évolutions juridiques à contresens. Elles ne visent pas à interdire mais au contraire, à autoriser.

19.Problématique. Portant sur des biens intellectuels, les « licences libres » permettent aux parties de bénéficier de prérogatives insolites sur le bien cédé, c'est pourquoi il convient de dégager les caractéristiques de ces licences.

20.Sélection de licences. Si notre étude a pour finalité de comparer des licences afin d'en dégager les principales caractéristiques, elle n'a pas vocation à être exhaustive, ni à s'analyser comme un annuaire des licences libres. À cette fin, un travail de sélection préalable de licences a été effectué. En effet, nous avons été confrontés à un véritable foisonnement de licences. Ceci n'est guère étonnant tant les développements liés au libre sont une singulière oscillation entre la « *cathédrale et le bazar* »⁷⁰. Il s'agissait également d'écarter les licences

67 *Droit d'auteur et droits voisins*, Christophe Caron, § 461, p. 364.

68 Voir par exemple les premières jurisprudences liées à la loi du 29 octobre 2007 : *La loi du 29 octobre 2007 : un an après*, Christophe Caron, CCE 2008, n°124, p. 33.

69 Voir notamment les dispositions incluses dans le projet de loi Création et Internet, permettant la mise en place l'Haute Autorité pour la Diffusion des Œuvres et la Protection des Droits sur Internet dite « HADOPI », autorité administrative indépendante qui serait notamment en charge de la surveillance des droits d'auteur sur Internet.

70 « *No quiet, reverent cathedral-building here—rather, the Linux community seemed to resemble a great babbling bazaar of differing agendas and approaches (aptly symbolized by the Linux archive sites, who'd take submissions from anyone) out of which a coherent and stable system could seemingly emerge only by a succession of miracles* » (traduction française : À l'opposé de la construction de cathédrales, silencieuses et pleines de vénération, la communauté Linux paraissait plutôt ressembler à un bazar, grouillant de rituels et d'approches différentes (très justement symbolisé par les sites d'archives de Linux, qui acceptaient des contributions de *n'importe qui*) à partir duquel un système stable et cohérent ne pourrait apparemment émerger que par une succession de miracles). Eric Raymond, Bob Young, *The Cathedral & the Bazaar*, éd. O'Reilly, 2001.

ayant un caractère de gaudriole⁷¹ ainsi que celles étant trop abruptes⁷². Nous avons également privilégié des licences éprouvées par l'usage, et ayant, dans la mesure du possible, déjà fait l'objet de contestations devant des juridictions.

21. Nous avons sélectionné quelques licences qui semblaient représentatives des œuvres libres, au regard de leur intérêt juridique, de la fréquence de leur usage mais également de leur importance « politique » au sein de *l'histoire du Libre*. C'est pourquoi nous avons choisi les licences suivantes :

- la GNU GPL, en raison de son usage quasi-systématique au sein d'un logiciel libre et, puisqu'il s'agit de l'une des toutes premières licences, de son intérêt historique indéniable ;
- la GNU FDL, en raison de son utilisation pour des œuvres de première importance comme l'encyclopédie Wikipedia, encyclopédie « libre et gratuite »
- la Licence d'Art Libre et les licences CeCILL, en raison de leur adaptation au droit français, et notamment au droit d'auteur français ;
- les licences Creative Commons dans leur version française, en raison d'un usage très répandu pour des œuvres à dimension littéraires et artistiques, de leur adaptation au cadre législatif français ainsi que des intenses débats suscités par leur sortie.

22. **Limites.** Notre étude porte sur les licences libres, il ne s'agit donc pas de dégager les caractéristiques des biens désignés par ces licences. Ces licences sont distribuées le plus fréquemment sous la forme d'un contrat d'adhésion, prêt-à-l'emploi. Nous pourrions analyser chacune des licences, et évaluer leur validité au regard du droit français. Les règles de validité applicables sont celles relatives à tous les contrats de licences. Or, l'intérêt de ces licences est d'avoir une utilisation très particulière des mécanismes

71 On pensera notamment à la licence WTFPL ou *do What The Fuck you want to Public License*, littéralement « *Licence publique faites-en ce que vous voulez* »).

72 On pensera par exemple à la licence d'utilisation du jeu « Progress Quest » dont la licence, est réduite au stricte minimum. Disponible sur <<http://www.progressquest.com/license.txt>> (lien consulté le 05 mai 2009), la licence tient sur quelques dizaine de lignes. En substance, cette licence dit qu'il est possible de copier, modifier, redistribuer le logiciel sans restriction. Cependant, les sources du logiciel ne sont pas publiées.

de la propriété intellectuelle, ce qui occupera davantage notre étude. De plus, nous n'analyserons que les licences choisies, ce qui n'interdit pas, ponctuellement, de réaliser des points de comparaison avec d'autres licences que celles sélectionnées.

23. Annonce du plan. Lors de l'apparition des Creative Commons, un accueil assez surprenant fut réalisé par le Mouvement du libre. Alors que les Creative Commons sont des contrats permettant d'autoriser le cocontractant du titulaire d'un droit de propriété intellectuelle à exploiter son droit de façon plus ou moins extensive, cet accueil n'était pas fondé sur l'illégalité de ces licences. Bien au contraire, il était reproché⁷³ à quatre des six licences *Creative Commons* de ne pas aller assez loin afin de permettre à l'œuvre redistribuée d'être considérée comme « libre ». Notamment face à ces débats, il convient d'analyser dans un premier temps quels sont les critères de qualification nécessaires pour qu'une licence soit considérée comme « libre » (I). Ceci une fois réalisé, nous pourrons alors ensuite étudier le régime applicable à ces licences (II).

⁷³ Voir par exemple : « *Creative Commons : une liberté en nuances et à nuancer* », François Obada, 06 juillet 2005, disponible sur <<http://www.framasoft.net/article3994.html>> (lien consulté le 05 mai 2009).

Chapitre I La qualification ambiguë de « licence libre »

24. Le Professeur Christophe Caron aborde la question des licences libres parmi les « *contrats innommés du droit d'auteur* ». Il relève que ces licences sont issues « *de l'imagination sans fin des praticiens qui élaborent des contrats spéciaux qui, parfois, peuvent connaître un réel succès* »⁷⁴.

25. Organisé autour de structures aux multiples aspects, le mouvement du libre repose uniquement sur la volonté de personnes privées. L'intervention du législateur ou des pouvoirs publics est, en ce domaine, pour le moins absente.

26. Cette absence a pour corollaire qu'aucun critère légal n'existe afin de qualifier une licence comme « libre ». Par conséquent, *a priori*, seule la volonté des parties importe pour nommer ce type de contrat. Une telle qualification par les seules parties au contrat semble toutefois insuffisante : une telle qualification pourrait être abusive au regard de critères semblant être mis en place par différentes organisations. À première vue, on s'aperçoit également qu'aucune des licences sélectionnées ne ressemble à une autre. Chacune semble avoir ses spécificités, ses avantages et ses défauts. Au-delà de ces avantages et défauts, aux aspects plus concurrentiels qu'autre chose, au sein de la licence, certaines obligations vont donc participer à la définition d'une licence libre. Ainsi, les similitudes et différences entre les licences vont permettre de mettre au jour deux types de critères de qualification des licences libres.

27. Au premier abord, toutes les licences libres se rejoignent sur quelques points fondamentaux. Ainsi, pour la licence, il est indispensable de

⁷⁴ Christophe Caron, *Droit d'auteur et droits voisins*, 2006, § 459, p. 362.

respecter des finalités essentielles lui permettant de se voir attribuer la qualification de « libre » (Section 1).

28. Le respect de ces seuls critères fondamentaux apparaît insuffisant. Les licences vont se distinguer par la mise en œuvre de différents moyens. Grâce à ces derniers, la licence va atteindre un degré de liberté plus ou moins élevé, répondant ainsi aux attentes de l'économie du contrat et de la volonté des parties. En cela, ces critères sont facultatifs (Section 2).

Section 1 Des critères indispensables quant à la qualification de licence libre

29. Certains critères sont indispensables quant à la qualification de « libre » pour une licence. Il convient de relever une alternative entre un critère de qualification unifiée des licences libres et plusieurs critères de qualification (1), l'approche unifiée permettant d'obtenir des critères de qualifications restreints (2).

1. L'alternative entre unicité et diversité de critères de qualification

30. Les licences libres sont mises aux points par des acteurs différents, aux finalités toutes aussi différentes. Toutefois, les premières licences libres ont porté sur des œuvres logicielles (1), pour être étendues ensuite à des œuvres non logicielles (2), ce qui entraîne nécessairement une évolution des critères de qualification.

1. Le logiciel : une œuvre à l'origine des critères de qualification

31. **Le logiciel, objet des convoitises.** Depuis les années 1980, plusieurs approches sont apparues pour définir le « libre ». Différents critères permettent de qualifier l'œuvre échangée comme une œuvre libre. Ces critères ne correspondent pas forcément aux obligations qui doivent être incluses dans la licence qui accompagne le bien concerné. Néanmoins, en définissant les critères que doit remplir le bien échangé, par ricochet, on pose également des critères qui doivent être contenus dans la licence afin de protéger le bien objet de la licence.

32. **L'approche dogmatique.** En publiant le Manifeste GNU, Richard

Stallman pose les termes du débat en mettant au point un « système complet de logiciels compatible Unix que j'écris pour pouvoir le donner librement à tous ceux qui en auraient besoin »⁷⁵. Ensuite, la notion de copyleft apparaît. Elle est mise au point⁷⁶ avec l'idée centrale de « donner à quiconque la permission d'exécuter le programme, de le copier, de le modifier, et d'en distribuer des versions modifiées (mais pas la permission d'ajouter des restrictions de son cru). C'est ainsi que les libertés cruciales qui définissent le « logiciel libre » sont garanties pour quiconque en possède une copie; elles deviennent des droits inaliénables »⁷⁷.

33.L'approche pragmatique. Sous l'impulsion d'Eric Raymond et de Bruce Perens est née en 1998 l'Open Source Initiative. Tout en se réclamant du monde des logiciels libres⁷⁸, la démarche consiste à avoir une approche pragmatique, épurée de ces aspects radicaux. Le concept de l'« Open Source » est alors mis au point⁷⁹, s'attachant principalement à la mise à disposition du code source du logiciel et de la possibilité de redistribution, mettant de côté les autres libertés défendues par le Mouvement GNU. Il faut reconnaître au concept d'Open Source de lever quelques ambiguïtés présentes dans le concept de « free software », notamment l'approche de la gratuité. L'absence de protection de libertés fait qu'en pratique, des logiciels *Open Source* ne sont pas

75 *Le Manifeste GNU*, Richard Stallman, 1985, disponible sur <<http://www.gnu.org/gnu/manifesto.fr.html>> (lien consulté le 05 mai 2009).

76 Jeu de mot avec le « copyright » dont la traduction signifie à la fois un abandon (« left », au sens d'un abandonner en anglais, en opposition avec l'appropriation) ainsi qu'une alternative (« left », au sens de gauche en tant qu'opposition à droit en anglais) au droit d'auteur, si l'expression a été popularisé par Richard Stallman, sa paternité est initialement attribuée à Don Hopkins, selon l'article relatif au Copyleft publié dans l'encyclopédie Wikipedia <<http://fr.wikipedia.org/wiki/Copyleft>> (lien consulté le 05 mai 2009).

77 *Le projet GNU* (section « Le copyleft et la GPL de GNU »), publié dans *Open sources - voices from the Open Source Revolution*, janvier 1999 et disponible sur <<http://www.gnu.org/gnu/thegnuproject.fr.html>> (lien consulté le 05 mai 2009).

78 Selon *Free Software's New Name*, publié sur <<http://slashdot.org/article.pl?sid=98/02/09/213900>> (lien consulté le 05 mai 2009), relate la publication d'un article d'Eric S. Raymond expliquant « *Why the term "Free Software" should be replaced with "Open Source Software"* » (pourquoi le terme de Logiciel Libre devrait être remplacé par celui de Logiciel à Sources Ouvertes).

79 Dans la définition de l'Open Source, l'accent est particulièrement mis sur la mise à disposition du code source du logiciel (mais il existe également quelques autres critères, comme l'absence d'effet contaminant, la possibilité de réaliser des travaux dérivés, etc etc). Voir *The Open Source Definition*, disponible sur <<http://www.opensource.org/docs/definition.php>> (lien consulté le 05 mai 2009).

systématiquement des logiciels libres⁸⁰.

34. « **FLOSS** » ou la tentative de concilier l'inconciliable. L'expression « FLOSS » (Free Libre Open Source Software) est utilisée afin d'appréhender à la fois les logiciels libres et les logiciels Open Source. Si en pratique les usages sont très proches entre ces deux catégories, cette initiative prend difficilement en compte des différences conduisant à des incompatibilités conceptuelles profondes entre licence. Pour y remédier, il est nécessaire d'utiliser les « *techniques contractuelles actuellement utilisées pour assurer la compatibilité entre diverses licences* »⁸¹. Passer un nouveau contrat afin d'assurer la compatibilité entre deux licences conceptuellement différentes n'est pas ce qui se fait de plus simple, ni de plus aisé en pratique. Par conséquent, la notion d'OpenSource est un dérivé de la notion de *Libre*. Les différences conceptuelles entre les deux notions font que l'une n'inclue pas systématiquement l'autre. En pratique, le travail de qualification opéré par l'OSI et la FSF n'empêche pas les doubles qualifications. Il est fréquent qu'une licence puisse être à la fois considérée comme *Free Software* par la FSF et *Open Source* par l'OSI. Tel est par exemple le cas de la licence GNU GPL.

35. Ces deux notions sont donc différentes. Tout aurait donc pu aller pour le mieux si n'étaient pas apparues des œuvres non-logicielles. Musiques, livres, films, ... sont en effet arrivés dans le giron du Libre.

2. Les œuvres non-logicielles : trouble-fête des critères de qualification

36. **Nécessaire évolution.** Que l'approche soit pragmatique ou dogmatique,

80 Pourquoi l'« open source » passe à coté du problème que soulève le logiciel libre, Richard Stallman, 2007, disponible sur <<http://www.gnu.org/philosophy/open-source-misses-the-point.fr.html>> (lien consulté le 05 mai 2009).

81 « *Option Libre* » : *compatibilité entre contrats*, Benjamin JEAN, p.50, note 106, 2006, mémoire Master 2 Recherche, ss. dir. M. Vivant, disponible sur <http://optionlibre.eml.cc/OptionLibre_CompatibiliteEntreContrats.pdf> (lien consulté le 05 mai 2009).

les usages concrets des œuvres produites sont très proches. Cela n'empêche pas la présence de moyens et de finalités différents. Les critères de définition des licences libres doivent également être étudiés au regard de l'expansion en cours du champ d'application des licences dont l'approche est similaire ou identique à celle des logiciels libres. En ce qui concerne les licences sélectionnées applicables à des œuvres non-logicielles, la LAL et la GFDL font explicitement référence à la situation concernant les logiciels libres. Dans un premier temps, un besoin de protection au delà des logiciels est apparu au travers de la documentation accompagnant ceux-ci. La protection devait être similaire à celle du logiciel distribué. Dans un second temps, des auteurs ont souhaité protéger une œuvre à part entière, n'ayant aucun lien avec un logiciel, selon une logique similaire à celle des logiciels libres.

37.Cas de la LAL. Ainsi, tel est le cas au sein du préambule de la Licence d'Art Libre qui précise qu'avec « *le développement du numérique, l'invention d'internet et des logiciels libres, les modalités de création ont évolué : les productions de l'esprit s'offrent naturellement à la circulation, à l'échange et aux transformations* ». Cette licence fait également référence aux « *principes du copyleft* » en les définissant comme étant « *liberté d'usage, de copie, de diffusion, de transformation et interdiction d'appropriation exclusive* ».

38.Cas de la GFDL. La situation est identique avec la GNU Free Documentation licence qui, dans son préambule prévoit également que la licence est prévue pour une utilisation libre⁸². Tout comme la LAL, la GFDL

⁸² Extrait du préambule de la GFDL : « *The purpose of this License is to make a manual, textbook, or other functional and useful document "free" in the sense of freedom: to assure everyone the effective freedom to copy and redistribute it, with or without modifying it, either commercially or noncommercially. Secondly, this License preserves for the author and publisher a way to get credit for their work, while not being considered responsible for modifications made by others. This License is a kind of "copyleft", which means that derivative works of the document must themselves be free in the same sense. It complements the GNU General Public License, which is a copyleft license designed for free software.* »

Traduction (non officielle) : La licence GFDL n'est pas officiellement traduite en français. Il est donc proposé la traduction suivante : *L'objet de cette Licence est de rendre tout manuel, livre ou autre document écrit « libre » au sens de la liberté d'utilisation, à savoir : assurer à chacun la liberté effective de le copier ou de le redistribuer, avec ou sans modifications,*

fait explicitement référence aux principes du copyleft.

39. Cas des Creative Commons. En revanche, la référence au *libre* et à sa philosophie n'existe pas au sein des licences Creative Commons. Cela n'est pas très étonnant, car ces licences n'ont pas été conçues dans une logique de détournement de la propriété intellectuelle. Il s'agit en effet pour l'organisation Creative Commons de « *faciliter la création dans le monde dans le respect des règles de loi applicable* »⁸³ en « *fournissant des licences **free** et autres outils légaux pour créer des œuvres avec toute la liberté que le créateur veut prendre, donc de partager, réutiliser, utiliser commercialement ou de combiner chacune de ces possibilités* ». Le terme « *free* » est en gras dans le texte d'origine. La traduction présente sur le site français perpétue l'ambiguïté sur ce point : « *Creative Commons propose gratuitement des contrats flexibles de droit d'auteur pour diffuser vos créations* »⁸⁴. Cette situation est d'autant plus floue que dans leur version française, au sein de leur préambules, ces licences font référence au « *droit de la propriété littéraire et artistique (droit d'auteur, droits voisins, droits des producteurs de bases de données) ou toute autre loi applicable* »⁸⁵. La version états-unienne fait également explicitement référence au « *copyright and/or other applicable law* »⁸⁶. Il est donc bien étonnant que la version anglophone du site Internet de l'organisation

commercialement ou non. En outre, cette Licence garantit à l'auteur et à l'éditeur la reconnaissance de leur travail, sans qu'ils soient pour autant considérés comme responsables des modifications réalisées par des tiers.

Cette Licence est une sorte de « copyleft », ce qui signifie que les travaux dérivés du document d'origine sont eux-mêmes « libres » selon les mêmes termes. Elle complète la Licence Publique Générale GNU, qui est également une Licence copyleft, conçue pour les logiciels libres.

83 Traduction de l'anglais : « *Creative Commons is a **nonprofit** corporation dedicated to making it easier for people to share and build upon the work of others, consistent with the rules of copyright.*

*We provide **free** licenses and other legal tools to mark creative work with the freedom the creator wants it to carry, so others can share, remix, use commercially, or any combination thereof.* » (les marques en gras sont issues du texte d'origine, marqué tel quel). source : site officiel de l'organisation Creative Commons, <<http://creativecommons.org/about/>>, (lien consulté le 05 mai 2009).

84 Source : <<http://fr.creativecommons.org/>> (lien consulté le 05 mai 2009).

85 Exemple avec la licence CC BY-SA : <<http://creativecommons.org/licenses/by-sa/2.0/fr/legalcode>> (lien consulté le 05 mai 2009).

86 Traduction : « *droit d'auteur (copyright) et/ou toute autre loi en vigueur* » ; exemple avec la licence CC BY-SA : <<http://creativecommons.org/licenses/by-sa/3.0/us/legalcode>> (lien consulté le 05 mai 2009).

Creative Commons utilise le terme « free » de la sorte, alors que la situation semble bien plus compliquée en réalité ...

3. Une logique identique, des critères communs

40. Similitudes. L'émergence du mouvement Open Source aurait pu permettre de mettre en place une diversité de critères des licences libres. La présence de différences conceptuelles entre les licences OpenSource et licences de logiciels libres est un échec face à cette diversité. Il existe de fortes similitudes conceptuelles entre la LAL, la GFDL et les licences libres. Cette ressemblance est probablement moins forte avec les Creative Commons, inscrites dans une conception également très proche, mais dont la variété de licences doit conduire à la prudence.

41. Une identité de critères nécessaire. Le terme « Licence libre » n'a pas vocation à s'adresser aux seules licences portant sur des logiciels. S'il existe une logique commune entre les licences libres, une identité de critère est nécessaire afin de définir des critères minimum de qualification permettant de couvrir l'ensemble des licences libres. Le logiciel présente certes quelques particularités au sein de la propriété intellectuelle mais la reconnaissance d'une protection par cette dernière est quasi-identique à celle des œuvres à dimension purement artistique⁸⁷. Par conséquent, le fondement juridique de la protection étant le même, la logique sous-jacente aux licences étant également les mêmes, des critères de qualification devraient donc être similaires afin de pouvoir dégager des critères de qualification communs aux licences libres.

⁸⁷ La création permet une protection par le droit d'auteur, qu'il s'agisse d'une œuvre logicielle ou non. Cependant, des différences notables existent quant au régime applicable, notamment en ce qui concerne la portée du droit moral, dont la portée est sensiblement amoindrie concernant les logiciels.

2. L'étroite unicité de critères de qualification

42. Si l'on tente de poser une définition unifiée des licences libres, sans vouloir distinguer les œuvres logicielles des œuvres non-logicielles, les critères seront nécessairement plus étroits que les critères traditionnellement posés. En effet, les critères posés par les uns et les autres sont adaptés aux œuvres concernées, sans effort de modélisation des licences libres en général.

43. Ceci explique pourquoi nous sommes en présence d'une véritable sur-enchère de définitions du libre (1). Tout en prenant comme point de départ les critères « classiques » du libre, nous tenterons d'établir des critères de qualification permettant à une licence d'être considérée comme libre (2).

1. Une sur-enchère de définitions

44. Étant donné qu'il n'existe pas de définition posée par le législateur, moult organisations impliquées dans le *libre* n'osent échapper à un travail de qualification des œuvres libres et des licences qui y sont associées.

45. **Définition historique.** Dans le cas d'un logiciel, le mouvement GNU a posé pour la première fois des critères devenus la définition historique. Elle érige l'existence de quatre libertés dites « fondamentales ». Ainsi, doivent être protégées par les licences libres :

- « *La liberté d'exécuter le programme, pour tous les usages (liberté 0) ;*
- *La liberté d'étudier le fonctionnement du programme, et de l'adapter à vos besoins (liberté 1) ;*
- *La liberté de redistribuer des copies, donc d'aider votre voisin, (liberté 2) ;*
- *La liberté d'améliorer le programme et de publier vos améliorations, pour en faire profiter toute la communauté (liberté 3). »⁸⁸*

⁸⁸ Selon *Définition d'un logiciel libre*, disponible sur <<http://www.gnu.org/philosophy/free->

Concernant les libertés 1 et 3, l'accès au code source est posé par le mouvement GNU comme une « *condition requise* »⁸⁹ à l'exercice des libertés protégées.

46. Définitions récentes. La définition historique réalisée par le mouvement GNU est le point de départ de toutes les autres définitions des œuvres libres. Ainsi, par exemple, l'association Veni Vedi Libri⁹⁰, estime que les « *licences libres défendent quatre libertés* :

- *La liberté d'utilisation (liberté 0) : le propriétaire de l'œuvre garantit la liberté d'utiliser son œuvre pour tous les usages ;*
- *La liberté de modification (liberté 1) : le propriétaire de l'œuvre octroie à l'utilisateur le droit de modifier son œuvre sans avoir même à demander une autorisation ;*
- *La liberté de redistribution (liberté 2) : l'utilisateur a le droit de copier l'œuvre autant qu'il le souhaite et de redistribuer cette œuvre à qui il voudra ;*
- *La liberté de publication (liberté 3) : enfin le propriétaire de l'œuvre octroie à l'utilisateur le droit d'améliorer l'œuvre et de redistribuer cette œuvre modifiée. »*⁹¹

De même, l'association Gulliver⁹², inspirée par la « *définition historique des logiciels libres* », estime qu'une « *œuvre libre est dite libre si toute personne qui la possède a le droit* :

- *de l'utiliser pour tout usage ;*
- *de l'étudier ;*
- *de la modifier pour tout usage ;*
- *de la distribuer, modifiée ou non ;*
- *d'en distribuer une copie, modifiée ou non. »*

sw.fr.html> (lien consulté le 05 mai 2009).

89 idem.

90 Association enregistrée à Lyon qui a pour objectif de « *vulgariser et de promouvoir les licences libres ainsi que de faciliter le passage de créations sous licence libre* », site Internet : <<http://www.venividilibri.org>> (lien consulté le 05 mai 2009).

91 *Qu'est-ce qu'une licence libre ?*, disponible sur <http://www.venividilibri.org/index.php?title=Licence_libre> (lien consulté le 05 mai 2009).

92 Définition au sein des statuts des œuvres libres, disponible sur <<http://gulliver.eu.org/docs/statuts/statuts.html>> (lien consulté le 05 mai 2009).

Un dernier exemple avec l'organisation FreedomDefine⁹³ qui estime que travaux libres sont ceux « *pour lesquels il existe un ou des auteurs reconnus* » et respectant les critères suivants :

- « *la liberté d'utiliser l'œuvre et de jouir des avantages à en user ;*
- *la liberté d'étudier l'œuvre et de mettre en œuvre le savoir que l'on en tire*
- *la liberté de faire et de redistribuer des copies, de l'ensemble ou d'une partie de l'information ou de l'expression*
- *la liberté de modifier ou d'améliorer, et de distribuer les œuvres dérivées* ».

47. Difficulté liée à cette diversité. Cette diversité de définitions montre que la qualification de « *libre* » des licences libres et des œuvres que ces licences désignent est particulièrement délicate. En poussant toujours un peu plus loin les critères du libre, cette course révèle une volonté de répondre à une approche davantage politique, si ce n'est commerciale, que purement juridique.

48. Tout en nous inspirant de ces définitions, nous allons tenter d'apporter une définition des critères que doivent posséder les licences libres afin que l'œuvre qui en résulte soit libre. Dans une approche juridique, ces critères seront nécessairement des critères minimum que doivent respecter une licence pour lui permettre d'être considérée comme libre.

2. Tentative de définition unifiée

49. Dans une optique de définition d'une unicité de critère des licences libres, à travers l'approche historique du libre, certains critères issus des licences logicielles gardent toute leur pertinence. Il s'agit de critères garantissant le principe de la liberté offerte, et ce, pour tout usage et dans tout contexte (1), de la garantie d'étude et de modification de l'œuvre (2) ainsi

⁹³ Définition des « *œuvres culturelles libres* », selon <<http://freedomdefined.org/Definition>> (lien consulté le 05 mai 2009).

que de la liberté de copie et de distribution (3).

1. La licence doit garantir une liberté d'usage dans tous contextes

50. Ainsi, l'expression « *La liberté d'exécuter le programme, pour tous les usages* » n'a pas de sens sorti du contexte logiciel. Cela étant, cette expression vise avant tout une liberté d'usage de l'œuvre dans toutes les situations. Ainsi, la GNU GPL indique dans son préambule « *to protect your rights, we need to make restrictions that forbid anyone to deny you these rights or to ask you to surrender the rights* »⁹⁴.

51. Ces restrictions sont tout à fait envisageables avec une œuvre non logicielle. Il est possible d'interdire la représentation d'une pièce de théâtre, de diffuser un morceau musical ou encore d'exposer une peinture pour des motifs comparables. Une licence qui utiliserait de telles restrictions ne pourrait pas être considérée comme libre. En cela, la Licence d'Art Libre respecte ce critère de liberté d'usage, puisque son article 2 prescrit la possibilité de « *diffuser librement les copies de ces œuvres, modifiées ou non, quel que soit le support, quel que soit le lieu, à titre onéreux ou gratuit* ».

52. De nombreuses licences visent à interdire l'utilisation des œuvres dans certains contextes. C'est le cas face à une utilisation à des fins militaires⁹⁵, commerciales⁹⁶ ou encore dans des pays à la législation non conforme avec un idéal politique⁹⁷.

53. L'utilisation dans tous les contextes est un des critères fondamentaux de

94 Traduction : pour protéger vos droits (au sens *libertés*), nous devons faire des restrictions qui interdisent à quiconque de refuser ou renoncer à ces droits.

95 Des licences de logiciels interdisent par exemple l'usage de ceux-ci dans un contexte militaire.

96 Les licences de nombreux *freeware* interdisent l'utilisation du logiciel dans un contexte commercial et/ou professionnel.

97 De nombreux concepteurs de logiciels ont interdit d'utilisation de leur programme en Afrique du Sud, en raison de la législation sur l'apartheid.

qualification du libre. Au delà des différences conceptuelles avec les Creative Commons, c'est sur l'interdiction à des fins commerciales que certaines licences Creative Commons ne sont pas considérées comme libres par la FSF mais également par l'OSI. C'est le cas par exemple des licences CC BY-NC-ND⁹⁸, BY-NC⁹⁹ ainsi que BY-NC-SA¹⁰⁰ dont la qualification de libre est massivement rejetée¹⁰¹. Cela explique pourquoi la FSF adopte une position particulièrement perplexe vis-à-vis des licences Creative Commons : « *Creative Commons publishes many licenses which are very different. Therefore, to say that a work "uses a Creative Commons license" is to leave the principal questions about the work's licensing unanswered. When you see such a statement in a work, please ask the author to highlight the substance of the license choices. And if someone proposes to "use a Creative Commons license" for a certain work, it is vital to ask immediately, "Which one?"* »¹⁰².

54. Ce critère de l'utilisation dans tous contextes va de paire avec un esprit d'universalité. Par exemple, la licence ne doit pas être exclusive ou rédigée exclusivement pour telle ou telle organisation ou personne physique. Ainsi, si « *l'idée de la GPL 3 est de bannir du libre les politiques de licence exclusive* »¹⁰³, ce bannissement ressort davantage de la volonté de mettre en pratique une garantie des libertés. Aussi, le point 8 du Contrat social de

98 Paternité, Pas d'Utilisation Commerciale, Pas de modification <<http://creativecommons.org/licenses/by-nc-nd/2.0/fr/legalcode>> (lien consulté le 05 mai 2009).

99 Paternité, Pas d'Utilisation Commerciale <<http://creativecommons.org/licenses/by-nc/2.0/fr/legalcode>> (lien consulté le 05 mai 2009).

100 Paternité-Pas d'Utilisation Commerciale-Partage des Conditions Initiales <<http://creativecommons.org/licenses/by-nc-sa/2.0/fr/>> (lien consulté le 05 mai 2009).

101 Voir par exemple *Non commercial : est-ce cela qui importe dans les Licences dites "Libres" ? La diabolisation de l'argent*, mercredi 20 avril 2005, par Raphaël Rousseau disponible sur <<http://www.libroscope.org/Non-commercial-est-ce-cela-qui>> (lien consulté le 05 mai 2009).

102 Traduction : Creative Commons est à l'origine de plusieurs licences très différentes. Avant de dire « mon travail est publié sous licence Creative Commons », vous ne devez pas laisser votre travail sans indiquer quelle licence vous utilisez. Si vous voyez une œuvre pour laquelle aucune précision de licence Creative Commons, demandez à l'auteur de préciser quelle est la licence choisie. Si quelqu'un vous propose d'utiliser une licence Creative Commons, il est vital que vous lui répliquiez : « Laquelle ?! ». Source : <<http://www.gnu.org/philosophy/license-list.html#which-cc>> (lien consulté le 05 mai 2009).

103 « *Trois questions à ... Alexandra Néri* », Le journal du Net, 20 janvier 2006, disponible sur <http://www.journaldunet.com/solutions/0601/060120_3q-neri.shtml> (lien consulté le 05 mai 2009).

Debian met en œuvre ce critère, en stipulant que « *la licence ne doit pas être spécifique à Debian* »¹⁰⁴.

55. En conséquence de quoi, les critères suivants doivent être posés afin qu'une licence puisse être considérée comme libre. Une licence libre doit :

- garantir l'exercice des libertés protégées par la licence dans tous contextes ;
- ne pas être exclusive ;
- garantir une liberté d'utilisation de l'œuvre.

56. Ces critères ne sont pas isolés. Ils doivent également coexister avec une liberté d'étude et de modification de l'œuvre.

2. La licence doit garantir une liberté d'étude et de modification de l'œuvre

57. Le second critère posé par le mouvement GNU est celui de « *la liberté d'étudier le fonctionnement du programme, et de l'adapter à vos besoins* ». Une telle définition, en faisant référence au « *programme* » est bien évidemment adaptée aux œuvres logicielles. Dans le cadre de la définition des licences libres, il convient de confronter ce critère à des licences ne portant pas sur des logiciels.

58. **Finalités.** L'étude d'une œuvre a pour finalité sa compréhension par son acquéreur. Ceci implique qu'une licence libre ne puisse pas poser d'entrave dans l'intelligibilité de l'œuvre. Implicitement, l'étude d'une œuvre exige que celle-ci puisse être modifiée pour être adaptée aux besoins de l'acquéreur. Cependant, il existe deux libertés distinctes : la liberté d'étude et la liberté de modification.

59. La liberté de modification implique la liberté d'étude mais le premier

¹⁰⁴Le *contrat social Debian*, disponible sur <http://www.debian.org/social_contract.fr.html> (lien consulté le 05 mai 2009).

critère est distinct de l'autre. Cette distinction entre liberté d'étude et de modification est réalisée au sein des statuts de l'association Gulliver. Les statuts de cette dernière proposent une définition des œuvres libres où il est précisé une distinction entre « *étudier* » et « *modifier pour tout usage* » l'œuvre considérée¹⁰⁵.

60. Aussi, de par la présence de « *section invariante* », la GFDL n'autorise pas systématiquement une modification de l'œuvre lors de sa redistribution. Selon le projet Debian « *cette restriction n'est pas acceptable pour nous et nous ne pouvons pas accepter dans notre distribution de travaux incluant un tel contenu non modifiable* »¹⁰⁶. Néanmoins, « *des travaux sous la Licence de Documentation Libre GNU et n'incluant aucune section invariante remplissent complètement les obligations des principes du logiciel libre selon Debian* »¹⁰⁷. Cette licence semble poser moult difficultés pratiques mais, en ce qu'elle n'oblige pas la présence d'une section invariante, elle peut être considérée comme une licence libre.

61. En revanche, les licences Creative Commons BY-ND (Paternité-Pas de Modification) et BY-NC-ND (Paternité-Pas d'Utilisation Commerciale-Pas de Modification), ne peuvent être considérées comme des licences libres en raison de l'interdiction de réaliser des versions modifiées des œuvres distribuées.

62. En conséquence de quoi, deux nouveaux critères doivent être posés afin qu'une licence puisse être considérée comme libre. Une licence libre doit permettre dans toutes circonstances que l'œuvre puisse :

- être étudiée ;
- être modifiée.

¹⁰⁵Article 2 des statuts de l'association Gulliver (Groupe des Utilisateurs de Logiciels et œuvres Libres d'Ille-et-Vilaine et des Environs de Rennes), version 2.0 du 17 novembre 2007, disponible sur <<http://gulliver.eu.org/docs/statuts/statuts.html>> (lien consulté le 05 mai 2009).

¹⁰⁶Résolution générale : Pourquoi la Licence de Documentation Libre GNU ne convient pour les paquets de l'archive principale de Debian, disponible sur <http://www.debian.org/vote/2006/vote_001> (lien consulté le 05 mai 2009).

¹⁰⁷idem.

63. Ces critères ne sont pas isolés. Ils doivent également coexister avec une liberté de copie et de distribution de l'œuvre.

3. La licence doit garantir les libertés de copie et de distribution

64. **Solidarité.** Le manifeste GNU fait part de la « *liberté de redistribuer des copies, donc d'aider votre voisin* ». Cette solidarité affichée entre les utilisateurs d'une œuvre sous licence libre utilise la possibilité de distribuer des copies. Indirectement, il s'agit de réaliser une certaine forme de publication de l'œuvre et de ses modifications. Ce comportement n'est pas sans rappeler le partage de la connaissance réalisé via la publication des avancées existant au sein de la communauté universitaire. Tout en contribuant au progrès, la publication d'un travail universitaire est un puissant outil de reconnaissance par ses pairs. Les fondateurs du mouvement GNU sont, Richard Stallman en tête, originellement liés à la communauté universitaire. Cette dernière a fortement influencé le logiciel libre, il n'est alors pas étonnant que la solidarité affichée puisse y trouver son origine. La redistribution d'une œuvre libre constitue un puissant outil permettant de partager les améliorations créées tout en constituant une importante source de motivation pour de nombreux auteurs, soucieux d'être reconnus par leurs pairs.

65. **Matérialité de l'œuvre.** Si la solidarité voulue s'effectue par la réalisation de copies, la réalisation d'une copie n'est pas sans poser de difficultés. Dans le cas notamment d'une œuvre matérielle distribuée sous licence libre (un tableau ou une sculpture par exemple), il convient de distinguer le droit de copie du droit de distribuer. Dans le cas d'une œuvre physique, si seule la liberté de distribuer existe, cette liberté a pour conséquence un appauvrissement de celui qui distribue puisqu'il est obligé de transmettre le bien qu'il a initialement reçu. Or, tel n'est pas l'esprit des licences libres, qui visent à permettre une copie de l'œuvre afin d'éviter un appauvrissement. En cela, la définition de l'association Gulliver est

intéressante car elle distingue la possibilité de voir l'œuvre être distribuée, de façon modifiée ou non, mais également d'en distribuer une copie modifiée ou non. Par conséquent, une licence libre doit donc garantir les libertés suivantes :

- la liberté de distribuer l'œuvre, de façon modifiée ou non modifiée ;
- la liberté de copie de l'œuvre, de façon modifiée ou non modifiée.

66. En conséquence de quoi, une licence libre doit, sans être exclusive, au minimum garantir dans toutes les circonstances les libertés d'étude, de copie, de distribution, de modification d'une œuvre. Le respect de critères minimum n'est pas une fin en soi et s'avère en pratique souvent insuffisante. Bien que facultatives, la plupart des licences libres posent des conditions supplémentaires en vue d'offrir des moyens supplémentaires permettant une plus grande liberté de l'utilisateur de l'œuvre.

Section 2 Des critères facultatifs quant à la qualification de licence libre

67. Les statuts de l'association Gulliver considèrent qu'une « œuvre libre est d'autant plus estimée et valorisée par Gulliver que ses moyens de production (outils, formats, documentation, matériel) et de diffusion sont aussi des œuvres libres ». N'étant pas incluses dans les critères de qualification d'une œuvre libre, ces considérations ne sont donc pas des critères nécessaires pour qu'une œuvre soit considérée comme libre.
68. Une licence reçoit sa qualité de licence libre au regard de sa compatibilité avec une garantie de conformité avec les « libertés fondamentales ». Pour une licence déjà qualifiée de libre, obliger le respect de moyens supplémentaires en vue d'accroître davantage l'exercice des libertés va permettre à l'œuvre d'être considérée comme « plus libre ».
69. Il existe un certain nombre de critères, parfois mis en avant comme condition de qualification d'une œuvre libre. Ces critères ne relèvent pas de la qualification de la licence comme étant libre car ils ne sont pas une garantie mais des moyens d'exercice des libertés. Ces moyens ne sont que des illustrations permettant toujours une ou des alternatives, et par conséquent, ces critères sont nécessairement facultatifs (1).
70. Ces critères viennent en complément du respect des critères minimums nécessaires à la qualification de « libre » de la licence. En étant inclus par la licence, l'exercice des libertés fondamentales est facilité. L'œuvre protégée possède alors un degré de liberté plus élevé, permettant une classification des licences en fonction de leur degré de liberté (2).

1. La présence facultative de moyens d'exercice des libertés

71. Il existe dans les licences libres des moyens permettant l'exercice des libertés. Notre étude n'a pas vocation à l'exhaustivité mais nous allons mettre au jour quelques moyens d'exercer ces libertés.

72. Ainsi, il conviendra d'étudier successivement la question de l'utilisation des mesures techniques de protection avec une licence libre (1), de la mise à disposition des sources de l'œuvre (2), de la présence de section invariante dans l'œuvre (3) ainsi que de l'effet contaminant de la licence (4).

1. L'absence d'utilisation de mesures techniques de protection

73. Les nouvelles versions des licences libres prennent en compte les évolutions techniques et juridiques. Les évolutions législatives ont permis le recours à une gestion numérique des droits. Les évolutions techniques ont permis l'apparition du phénomène de « tivoïsation ».

1. **Les évolutions législatives.** La législation américaine, puis les législations communautaire et française, ont reconnu le recours à une gestion numérique des droits, *via* des mesures techniques de protection. Ces mesures permettent de limiter l'accès aux œuvres protégées par le droit d'auteur. En cas de « forçage » de ces mesures, des sanctions pénales sont prévues¹⁰⁸. Lors de leur mise en place, ces mesures techniques ont été contestées par la communauté du libre¹⁰⁹

¹⁰⁸Voir notamment l'article L335-4-1 du code de la propriété intellectuelle.

¹⁰⁹« *Digital Restrictions Management Should be Illegal* » (La gestion des droits numériques devrait être illégale), débat avec Richard Stallman, 18 octobre 2007 (Source : Yale Political Union, disponible sur <<http://www.yale.edu/ypu/blog.html>>, lien consulté le 05 mai 2009).

mais également par les consommateurs¹¹⁰... tout en ne rencontrant pas le succès escompté auprès des éditeurs¹¹¹.

74.Tivoïsation. Parallèlement à la mise en place de solutions législatives, est également apparu un phénomène propre aux solutions libres, celle de la « tivoïsation ». Cette expression vient du nom d'un magnétoscope numérique dénommé « TiVo », intégrant logiciels sous licence GPL. À l'aide d'une signature numérique, une vérification d'absence de modification du logiciel est réalisée. Cette vérification est sensée détecter l'intégrité du logiciel afin de garantir le bon fonctionnement du matériel. Cependant, quand bien même les sources du logiciel seraient livrées, cette vérification empêche concrètement la liberté de modification de l'utilisateur : une version modifiée du logiciel ne peut fonctionner car sa signature numérique ne correspondra pas à celle attendue. De façon toute théorique, il est donc tout à fait possible d'étudier et de modifier le logiciel. Concrètement, il reste impossible de pouvoir utiliser les modifications réalisées sur le matériel livré.

75.Cette situation divise le mouvement du libre. Pour les plus dogmatiques¹¹², cette situation est inacceptable. Pour d'autres, plus pragmatiques, il n'y a là rien d'anormal dans l'utilisation de tels moyens de sécurité¹¹³. Il est incontestable que cette situation viole l'esprit du libre, mais elle n'empêche pas pour autant l'exercice théorique des libertés garanties par les licences. Seul l'exercice pratique des libertés, spécifiquement sur le matériel fourni, est impossible. Néanmoins, il convient de rappeler que l'utilisateur ne possède aucun droit sur le matériel, seul le logiciel est

110« *Le scandale des CD inaudibles* », communiqué du 27 mai 2003 disponible sur <<http://www.quechoisir.org/pages/communiqués/Le-scandale-des-CD-inaudibles/38C9E038ECC50E10C1256D3100354086.htm>> (lien consulté le 05 mai 2009).

111Voir notamment l'abandon fracassant des DRM par Apple : « *iTunes Price Cut: Apple Announces Tiered System, DRM-Free Tunes* », Jessica MINTZ, publié le 6 janvier 2009, disponible sur <http://www.huffingtonpost.com/2009/01/06/itunes-price-cut-apple-an_n_155660.html> (lien consulté le 05 mai 2009).

112Richard Stallman par exemple : <<http://www.fsfeurope.org/projects/gplv3/barcelona-rms-transcript.en.html#tivoisation>> (lien consulté le 05 mai 2009).

113Voir par exemple, *Flame Linus to a crisp!*, Linus Torvalds, disponible sur <http://groups.google.com/group/fa.linux.kernel/browse_frm/thread/2f93510ff38d9089> (lien consulté le 05 mai 2009).

affecté par la licence libre. Par conséquent, l'utilisation de telles signatures constitue incontestablement une liberté moins grande pour l'utilisateur. Ces moyens ne semblent pas incompatibles avec les licences libres mais ne font que constituer un degré moins élevé de liberté.

76. La prise en compte de ces évolutions. Lors de la mise en place de la version 3.0 de la GPL, des évolutions ont été intégrées afin de prendre en compte la mise en place des mesures techniques de protection ainsi que du phénomène de la tivoïsation. De nombreux auteurs se sont opposés à cette licence en ce qu'elle interdit la mise en place de restrictions avec le logiciel distribué. En effet, l'article 3 « *Protecting Users' Legal Rights From Anti-Circumvention Law* » contient les dispositions suivantes¹¹⁴ :

« No covered work shall be deemed part of an effective technological measure under any applicable law fulfilling obligations under article 11 of the WIPO copyright treaty adopted on 20 December 1996, or similar laws prohibiting or restricting circumvention of such measures.

When you convey a covered work, you waive any legal power to forbid circumvention of technological measures to the extent such circumvention is effected by exercising rights under this License with respect to the covered work, and you disclaim any intention to limit operation or modification of the work as a means of enforcing, against the work's users, your or third parties' legal rights to forbid circumvention of technological measures. »

77. La version 3 de la GPL se met au goût du jour en prenant en compte

114« Article 3. Protection des droits légaux des utilisateurs envers les lois anti-contournement.
Aucun Travail Couvert ne doit être vu comme faisant partie d'une mesure technologique effective selon toute loi applicable remplissant les obligations prévues à l'article 11 du traité international sur le droit d'auteur adopté à l'OMPI le 20 décembre 1996, ou toutes lois similaires qui prohibent ou restreignent le contournement de telles mesures.
Si vous achetez un Travail Couvert, vous renoncez à tout pouvoir légal d'interdire le contournement des mesures technologiques dans tous les cas où un tel contournement serait effectué en exerçant les droits prévus dans cette Licence pour ce Travail Couvert, et vous déclarez rejeter toute intention de limiter l'opération ou la modification du Travail, en tant que moyens de renforcer, à l'encontre des utilisateurs de ce Travail, vos droits légaux ou ceux de tierces parties d'interdire le contournement des mesures technologiques ».
Source : traduction (non officielle) proposée par Philippe Verdy :
<<http://www.april.org/files/groupe/trad-gpl/doc/GPLv3/www.rodage.org/gpl-3.0.fr.html>> (lien consulté le 05 mai 2009).

l'existence de mesures techniques de protection. En utilisant la GPL dans sa dernière version, l'auteur du logiciel refuse de faire appel à ces mesures de protection ainsi que de rendre nécessaire l'appel aux lois anti-contournement, que ce soit pour son compte ou envers des tiers ainsi qu'envers ceux qui modifient le logiciel. Une licence incluant de tels critères vient poser des moyens de protection des droits de l'utilisateur voulant étudier et modifier l'œuvre. Cette situation n'a pas été sans susciter de vives réactions. La plus célèbre fut probablement celle de Linus Torvalds, père du noyau Linux, qui s'oppose à cette nouvelle mouture de la licence. Il estime : « *I think it's insane to require people to make their private signing keys available, for example. I wouldn't do it. So I don't think the GPL v3 conversion is going to happen for the kernel, since I personally don't want to convert any of my code* »¹¹⁵.

78. En conséquence de quoi, un tel moyen mis en place ne saurait être considéré comme indispensable à la qualification de la licence comme étant libre. Cependant, il permet à la licence de protéger l'utilisateur afin de lui permettre d'exercer les libertés fondamentales du « libre ». En cela, de tels moyens incorporés dans une licence libre empêche cette dernière d'avoir un degré de liberté plus élevé qu'une licence qui accepterait l'utilisation de tels procédés afin de restreindre l'exercice des libertés fondamentales.

79. Les mesures techniques sont une possibilité technique et juridique récente. Les licences évoluent afin de prendre en compte ces nouveaux enjeux.

80. Traditionnellement, les logiciels libres sont accompagnés de leur « code source ». Nous allons voir que cette fourniture n'est pas une obligation en vue de la qualification de la licence comme étant libre et qu'elle n'est que

¹¹⁵ Traduction : « *Je pense par exemple qu'il est malsain de demander aux gens de publier leur clef de cryptage privée et, en ce qui me concerne, je ne le ferai pas. Par conséquent, je ne pense pas que la conversion du noyau en GPL version 3 soit à l'ordre du jour, puisque je ne le souhaite pas sur le code que j'ai personnellement produit* », réaction disponible sur <<http://lkml.org/lkml/2006/1/25/273>> (lien consulté le 05 mai 2009).

facultative.

2. La mise à disposition des sources de l'œuvre

81. L'intenable respect de la disponibilité des sources. Parmi les critères du mouvement GNU, il est indiqué que pour permettre l'exercice de certaines libertés (notamment « *les libertés 1 et 3* ») l'accès au code source est posé par le mouvement GNU comme une « *condition requise* ». La disponibilité des sources a fait l'intérêt pratique des logiciels sous licence GPL et a été placée au cœur du débat avec l'émergence de l'OSI. Traditionnellement, ce critère a donc été considéré comme condition principale de qualification d'une œuvre comme étant libre. Ceci apparaît être réalisé à tort. En effet, l'objet de la qualification du libre réside dans la garantie de l'exercice de liberté par la licence et non nécessairement dans les moyens mis en œuvre. La disponibilité des sources n'est qu'un des moyens permettant la protection des libertés, elle ne peut être un préalable à la garantie des libertés et donc à la qualification de licence libre.

82. Une condition intenable. La condition de disponibilité des sources pose en réalité deux difficultés : elle fait exploser la pertinence de la protection des logiciels par le droit d'auteur et elle empêche l'existence d'œuvres libres non logicielles.

83. La publication ou le réflexe du breveté. Alors que le droit d'auteur n'impose aucune divulgation, le droit des brevets n'ouvre en principe sa protection qu'à la condition que l'invention soit rendue publique¹¹⁶. Paradoxalement, les organisations et individus proches du mouvement

¹¹⁶En matière de droit des brevets, l'article L. 611-1 alinéa 1er du CPI dispose que « *Toute invention peut faire l'objet d'un titre de propriété industrielle délivré par le directeur de l'Institut national de la propriété industrielle qui confère à son titulaire ou à ses ayants cause un droit exclusif d'exploitation.* » et l'article Article L612-21 du CPI dispose que « *L'Institut national de la propriété industrielle assure la publication [...] 1° Du dossier de toute demande d'un brevet ou d'un certificat d'utilité au terme d'un délai de dix-huit mois à compter de sa date de dépôt ou à compter de la date de priorité si une priorité a été revendiquée, ou, sur simple requête du demandeur, avant l'expiration de ce délai ; [...] 4° De toute délivrance de l'un de ces titres ;* »

GNU, sont particulièrement hostiles à la protection par le droit des brevets des logiciels¹¹⁷. En ce qui concerne le droit d'auteur, seule la création d'une œuvre est nécessaire, indépendamment de toute divulgation ou publication¹¹⁸. La protection du droit d'auteur s'applique par ailleurs tant sur le code source que sur le code binaire. La présence d'une licence pour qualifier l'œuvre de libre, implicitement, nécessite une divulgation de l'œuvre. Une licence pour être conclue nécessite au moins deux parties, l'échange de l'œuvre implique une transmission de l'œuvre au cocontractant. Cependant, la divulgation réalisée n'implique pas nécessairement la publication de l'œuvre aux tiers. En plus de l'auteur, il est donc nécessaire qu'une autre personne ait accès à l'œuvre, et que celle-ci soit divulguée.

84.L'absence d'obligation de divulgation du code source. En application de la protection des libertés offertes par les licences, il n'est pas nécessaire d'avoir accès au code source. En effet, il existe d'autres solutions techniques permettant l'étude d'un logiciel, sans avoir accès au code source¹¹⁹. Si l'étude et l'utilisation d'un logiciel sont grandement facilitées en accédant au code source, cette étape n'est pas indispensable, seule la divulgation de l'œuvre est nécessaire. De plus, cette divulgation est implicite lors de la conclusion d'une licence puisqu'une licence libre ne peut être exclusive.

85.L'impossible respect de l'accès au code source. Si le code source a vocation à faire tomber tout secret de fabrication, il est impossible d'appliquer ce critère à des œuvres non-logicielles. La conception d'une

117 *Brevets logiciels et brevets littéraires*, Richard Stallman, 2005, disponible sur <<http://www.gnu.org/philosophy/software-literary-patents.fr.html>> (lien consulté le 05 mai 2009).

118 Article L. 111-1 al. 1er du CPI « *L'auteur d'une oeuvre de l'esprit jouit sur cette oeuvre, du seul fait de sa création, d'un droit de propriété incorporelle exclusif et opposable à tous.* »

119 On pensera par exemple à la décompilation, autorisée par les articles L. 122-6 et L. 122-6-1 du CPI. Par exemple, il existe le jeu Progress Quest (disponible sur <<http://www.progressquest.com/>>, lien consulté le 05 mai 2009), dont la licence (disponible sur <<http://www.progressquest.com/license.txt>>, lien consulté le 05 mai 2009) autorise la copie, la modification et la redistribution du jeu. Pourtant, ce jeu est fourni sans ses sources, ce qui n'empêche pas des exploits d'ingénierie inverse permettant un classement des meilleurs tricheurs (disponible sur <<http://progressquest.com/pemptus.php?cheaters=1>>, consulté le 05 mai 2009).

« *théorie du libre* » repose sur des critères communs. Ces critères ne peuvent exiger que l'accès aux sources et autres travaux préparatoires de l'œuvre. En effet, ceux-ci n'auraient aucun sens pour la plupart des œuvres. Par exemple comment peut-on obtenir l'équivalent d'un « *code source* » (ou même d'un équivalent) sur une photo ? Doit-on divulguer l'angle de prise de vue, le lieu, la température ou encore les conditions de luminosité ? Certes, cela permettrait de prendre la photo dans les mêmes conditions mais il est impossible de refaire une nouvelle photo « libre » dans des conditions strictement identiques. À moins que le négatif pour une photo argentique ou le fichier informatique pour une photo numérique soit considérés comme suffisants. Mais ces éléments ne peuvent être satisfaisants du fait qu'un négatif a une durée de vie limitée et que le fichier délivré par l'appareil photo constitue rarement le fichier de la photo brute mais une photo ayant été modifiée car délivrée dans un fichier correspondant à un format compressé. Par conséquent, la « source », le fichier brut, n'est même pas mise à la disposition de l'auteur de la photo. Cette situation explique pourquoi ni la GFDL, ni la LAL n'évoquent le cas des travaux préparatoires ou d'un équivalent des sources de l'œuvre. Par exemple, la LAL évoque seulement les « *originaux* » lorsqu'il s'agit de les reproduire (art. 2.1), de les diffuser (art. 2.2) ou de les modifier (art. 2.3).

86.Sources et beaux-arts. Quant bien même un fichier informatique « source » serait disponible, celui-ci est-il pertinent ? Prenons l'exemple d'un tableau. Pendant longtemps les peintres réalisaient eux-mêmes leurs peintures. Leurs pigments, véritables secrets de fabrication, permettaient d'obtenir des couleurs plus belles, mais aussi parfois d'obtenir une meilleure longévité des œuvres. La divulgation de la méthode de réalisation des pigments n'a que peu d'intérêt en pratique. Elle est insuffisante en pratique pour reproduire une œuvre strictement identique et permet à l'auteur de se gargariser sur les particularités de son œuvre. Appliqué au cas du livre, pour Michel Valensi « *La disponibilité du code-source [...] est de peu d'intérêt* »¹²⁰. On peut tout à fait remettre en cause cet argument

¹²⁰Petit traité plié en dix sur le Lyber, Michel Valensi, disponible sur <<http://www.freescape.eu.org/eclat/3partie/Valensi/valensi.html>> (lien consulté le 05 mai

tant la mise à disposition du fichier source d'un livre peut-être être digne d'intérêt, notamment si celui-ci possède des illustrations ou une mise en page particulière. Elle l'est également en ce que le traitement informatique d'un livre est d'autant plus aisé lorsque les fichiers informatiques l'ayant conçu sont livrés. Néanmoins, ce point de vue révèle à quel point la disponibilité du code source est à géométrie variable et, par conséquent, ne peut être qu'un critère facultatif de qualification.

87. En conséquence de quoi, une œuvre livrée avec ses sources permet à l'utilisateur d'exercer ses libertés plus aisément mais ne saurait être un critère de qualification à part entière.

3. L'absence de section invariante dans l'œuvre

88. **Possibilité offerte par la GFDL.** La GFDL, de par la possibilité qu'elle offre de placer des « *sections invariantes* » limite les possibilités de modification de l'œuvre.

89. **Débats.** Cette présence de section invariante est à l'origine du rejet par le projet Debian d'œuvres sous licence GFDL. Au sein du projet Debian, il a été considéré que la mise en place de tels moyens limite considérablement la portée de la liberté de modification d'une œuvre¹²¹. En conséquence de quoi, une licence libre garantit la possibilité de modifier l'œuvre à la condition qu'il n'y ait pas de section invariante dans l'œuvre elle-même.

90. Néanmoins, quand bien même des sections invariantes seraient présentes, il faut regarder la finalité de la présence de telles sections. La limitation de la modification de l'œuvre n'a pas forcément pour finalité d'empêcher l'absence de l'exercice des libertés fondamentales. En effet, l'auteur d'une œuvre peut vouloir mettre en place de tels outils pour deux raisons. D'une

2009).

121 « Résolution générale : Pourquoi la Licence de Documentation Libre GNU ne convient pour les paquets de l'archive principale de Debian », disponible sur <http://www.debian.org/vote/2006/vote_001> (lien consulté le 05 mai 2009).

part, il peut souhaiter maintenir l'intégrité et l'unité de son œuvre. D'autre part, il peut également souhaiter protéger l'acquéreur d'une œuvre, afin de garantir une certaine forme d'authenticité.

91. Par conséquent, la présence de section invariante sur des portions limitées d'une œuvre n'empêche pas nécessairement que celle-ci puisse être considérée comme libre.

4. l'effet contaminant

92. **Différences entre licences.** En cas de redistribution sous une forme originale ou modifiée, l'œuvre libre doit être redistribuée conformément aux dispositions de la licence. La plupart des licences libres ont un « effet contaminant », c'est à dire qu'elles contiennent une obligation de redistribution de l'œuvre sous la même licence (cas de la GPL¹²², de certaines Creative Commons¹²³) ou au moins d'une licence compatible (cas de la LAL¹²⁴, CeCILL¹²⁵, GFDL¹²⁶). Certaines licences, telles les licences BSD, n'ont pas d'effet contaminant : la redistribution peut alors être effectuée sous n'importe quel autre licence, y compris une licence absolument pas libre.

93. **Conséquences sur la garantie des libertés.** L'effet contaminant n'est bien évidemment pas une garantie des libertés. Il ne peut s'agir d'un critère de qualification des licences pour être considérée comme libre. Cependant, ce critère peut être un degré d'amoindrissement des libertés de l'utilisateur. Le titulaire d'une œuvre protégée par une licence libre contenant une obligation de redistribution sous la même forme est contraint d'utiliser la même licence que celle utilisée initialement. L'effet

122 Article 6 de la GPL.

123 Toutes les Creative Commons comportant le critère « share alike » (SA).

124 Les licences ne sont pas listées mais des critères de compatibilités sont posés par l'article 5 de la LAL.

125 L'article 5.3.4 « *compatibilité avec la GNU GPL* » prévoit la possibilité de redistribuer le logiciel sous GNU GPL.

126 Article 11 de la GFDL 1.3 permet de redistribuer les travaux sous la licence CC-BY-SA.

contaminant de licence comme la GPL explique probablement l'origine du succès des œuvres libres.

94. Si une liste exhaustive des moyens mis en œuvre par les licences libres serait particulièrement longue, fastidieuse et relativement dénuée d'intérêt, un travail de classification en fonction du degré de liberté accordé par la licence semble plus pertinent.

2. La classification des licences en fonction de leur degré de liberté

95. En fonction des moyens mis en œuvre par les licences, plusieurs degrés d'acceptation du « libre » existent. Le travail d'appréciation de la qualification de libre, au delà de la garantie des libertés, relève d'un aspect éminemment « politique ».

96. **Différentes approches.** On relève essentiellement deux approches. La première est dogmatique et s'appuie essentiellement sur la défense des libertés. C'est l'approche de la FSF¹²⁷ ou dans une certaine mesure du projet Debian¹²⁸. La seconde est pragmatique. Elle s'éloigne des valeurs du libre pour s'intéresser essentiellement à l'usage pratique, quitte à s'affranchir de la garantie des libertés. Cette approche est celle par exemple de l'organisation Creative Commons¹²⁹ ou encore de l'OSI¹³⁰.

97. **Coexistence.** Cependant, ces deux approches coexistent pacifiquement. D'une part, elles correspondent à des attentes différentes et sont en conséquence complémentaires. D'autre part, elles tendent à devenir des

127 <<http://www.fsf.org/about/>> (lien consulté le 05 mai 2009).

128 Voir le « *contrat social de Debian* » : <http://www.debian.org/social_contract.fr.html> (lien consulté le 05 mai 2009).

129 « *CC provides free, easy-to-use legal tools* » : la démarche de l'organisation Creative Commons est avant tout de faciliter l'utilisation des outils juridiques. Source : <<http://creativecommons.org/about/what-is-cc>> (lien consulté le 05 mai 2009).

130 Liste des licences agréées par l'OSI : <<http://www.opensource.org/licenses>> (lien consulté le 05 mai 2009).

phénomènes de labéllisation. Phénomène particulièrement remarquable dans le cas des Creative Commons, où l'exigence d'accessibilité au grand public conduit à labélliser les licences correspondant aux critères posés par l'organisation FreedomDefine.

98. Le phénomène de labéllisation. Ce travail de labéllisation, sur des critères différents se remarque également dans d'autres domaines dont les définitions sont très « politiques ». Engagé dans une logique de qualité, le phénomène de labéllisation est souvent couplé à une appellation d'origine ou une indication géographique. Par exemple, pour les produits « biologiques » plusieurs labels¹³¹ existent avec des critères qui sont, dans les détails, très différents. Ainsi, si pour le consommateur moyen français, le label français « AB » est probablement le plus notoire mais il n'est pas le seul. Le label biologique « européen » fait par exemple l'objet de moult contestations¹³². Ces différences, parfois très minimes pour l'observateur non averti, sont source de profondes, intenses et lucratives contestations.

99. Question de la reconnaissance. La situation des labels précités diffère en ce que ceux-ci ont une reconnaissance officielle par les autorités publiques. Tel n'est pas le cas des licences libres, où les acteurs privés sont dans une logique d'autorégulation, sans aucune intervention étatique. Dans le cas du libre, la présence de différents critères d'acceptation des œuvres libres correspond à des attentes différentes exprimées par des communautés différentes.

100. Ces différentes attentes expliquent un contour ambiguë de la qualification de licence libre. Ce contour est couplé à un régime juridique aux aspects pour le moins complexes.

¹³¹Voir à ce sujet l'article relatifs aux labels biologiques dans Wikipedia, détaillant les différents labels, disponible sur <http://fr.wikipedia.org/wiki/Label_Agriculture_Biologique> (lien consulté le 05 mai 2009).

¹³²Le label biologique européen est plus souple, tolérant par exemple la présence d'OGM.

Chapitre II Le régime complexe des « licences libres »

101. En abordant le cas des licences libres au sein d'une partie consacrée aux « *contrats innommés du droit d'auteur* »¹³³, Christophe Caron rappelle que celles-ci résultent « *de l'imagination sans fin des praticiens qui élaborent des contrats spéciaux* ». Admettant qu'elles « *peuvent connaître un réel succès* », cet auteur leur accorde un accueil circonspect : « *il s'agit peut-être d'un phénomène de mode ou d'un mouvement qui va s'enraciner au droit d'auteur, comme cela a été le cas outre-atlantique* ».

102. Si l'avenir saura répondre de l'acceptation ou du rejet massif des licences libres, le monde actuel montre d'ores-et-déjà un certain intérêt pour celles-ci. Il importe donc d'analyser un régime applicable qui s'annonce pour le moins complexe en raison de la nécessité d'une étude de ces licences sous deux angles différents.

103. D'une part, les licences libres portent sur l'exploitation d'une œuvre. Il en résulte une nécessaire conformité avec le droit d'auteur. En conséquence de quoi, le régime des licences libres possède des spécificités liées aux interactions avec le droit applicable (Section 1).

104. D'autre part, la seule confrontation avec la loi applicable apparaît insuffisante. Quant bien même les licences seraient en conformité avec le droit applicable, du fait de la multiplicité des licences, des spécificités liées aux licences libres elles-mêmes existent également (Section 2).

¹³³Christophe Caron, *Droit d'auteur et droits voisins*, p. 362.

Section 1 Des spécificités liées aux interactions avec le droit applicable

105. Il existe des interactions entre les licences libres et le droit applicable. Ces licences sont a priori acceptées par le droit positif (1) mais il n'en demeure pas moins que des frictions demeurent (2).

1. Des licences reconnues par le droit positif

106. Les licences libres doivent nécessairement respecter le droit applicable. Nombre d'éléments montrent que le respect du droit positif est *a priori* réalisé par les licences libres (1), ce qui a pour conséquence la mise en place d'une protection des œuvres placées sous licences libres (2).

1. Une acceptation par le droit positif des œuvres placées sous licences libres

107. **Des licences traitées comme les autres.** Comme tout contrat, les licences libres doivent respecter l'article 6 du code civil français qui prévoit que « *l'on ne peut déroger, par des conventions particulières, aux lois qui intéressent l'ordre public et les bonnes mœurs* ». Sur ce point, les licences sont, en tous cas en ce qui concerne l'aspect patrimonial du droit d'auteur¹³⁴, conforme avec le droit positif. Ceci étant, s'agissant de contrat portant sur une œuvre, les licences libres doivent également se conformer au « *droit commun des contrats d'auteur, c'est à dire aux articles L. 131-1 et suivants du CPI, mais aussi au droit commun des contrats du code civil* »¹³⁵.

134 En effet, le droit moral du droit d'auteur est considéré comme d'ordre public : Cass. Civ. 1ère, 28 mai 1991 publié Bull. civ. I, n° 172 commenté D., 1993, 197, note Raynard.

135 Christophe Caron, *Droit d'auteur et droits voisins*, § 459 et s., p.-p. 362 et s.

108. Distinctions réalisées parmi les contrats. Relevant les « *redoutables effets pervers* » des licences libres, le professeur Caron distingue les « *contrats innomés de l'informatique* » et le cas des « *creatives commons* ». Parmi les premiers, il distingue certaines licences « *souvent d'origine américaine [...] d'une validité plus que douteuse au regard du droit français* ». Quant aux Creative Commons, celles-ci semblent plus acceptables car elles permettent à l'auteur d'exercer « *un véritable pouvoir sur sa création* »¹³⁶.

109. Typologique des licences. La distinction entre contrats portant sur des œuvres informatiques et Creative Commons apparaît être juste au premier abord mais mérite d'être précisée. En effet, nombre de licences libres ne sont pas uniquement spécifiques aux logiciels. C'est pourquoi nous distinguerons trois types de licences libres en fonction d'un critère analytique. Tout d'abord, il existe des licences spécifiquement et uniquement créées dans une optique libre, pour lesquelles le respect en détail de la législation relative au droit d'auteur est accessoire. Ensuite apparaissent des licences créées dans l'optique de conjuguer deux points essentiels : respecter la logique inhérente au libre tout en s'adaptant le plus scrupuleusement possible à la législation relative au droit d'auteur. Enfin, l'analyse des licences permet de mettre au jour des licences au caractère opportuniste : celles-ci ont été uniquement créées dans une optique de respect du droit d'auteur, ne s'approchant des finalités du libre que par opportunisme.

110. Les licences spécifiquement libres. La première catégorie vise à s'attarder davantage au respect des principes du copyleft qu'au droit positif applicable. Tel est le cas par exemple de la GPL ou de la GFDL. Dans un cas comme dans l'autre, aucune référence au système législatif n'est réalisée. Les seules véritables références mentionnées dans le préambule sont relatives aux notions de « *free* »¹³⁷. Les versions les plus récentes de

¹³⁶Christophe Caron, op. cit.

¹³⁷Exemple de la GPL v2 : « *referring to freedom, not price* » (traduction : le terme « free » doit

ces licences¹³⁸ incluent également dorénavant dans leur préambule une référence au système du « *copyleft* ».

111. Les licences libres adaptées au droit positif. La seconde catégorie de licences vise principalement à conjuguer le respect des spécificités du libre avec des règles relevant d'un cadre normatif défini. Tel est le cas de la Licence d'Art Libre ou de la licence CeCILL. Dans leurs préambules, ces deux licences font explicitement référence au droit d'auteur français, pour lequel elles se veulent être spécifiquement adaptées. Par exemple, la licence CeCILL invoque dans son préambule la « *sécurité juridique* » en vue de désigner « *un droit applicable (et les tribunaux compétents pour juger d'éventuels litiges), en l'occurrence le droit français, conforme au droit européen et qui a vocation à concerner 27 pays (la désignation d'un droit applicable ne porte pas atteinte au caractère international d'un contrat)* ». De même, la Licence d'Art Libre évoque dans son préambule « *le respect des droits de l'auteur* » tout en faisant explicitement référence dans son article 11, relatif au « *contexte juridique* », au « *droit français et à la Convention de Berne relative au droit d'auteur* ».

112. Les licences opportunistes. Enfin, une troisième catégorie de licences vise à respecter le cadre législatif tout en tirant profit de la dynamique du libre. Cette situation est notamment celle des Creative Commons. Ces licences font à la fois référence à un système propre (celui des Creative Commons, qui ne sont pas systématiquement toujours libre) mais tout en réalisant un effort d'adaptation au droit local applicable. Ainsi, chaque licence est déclinée dans une version localisée. Concrètement, le nombre de licences Creative Commons est bien plus important que les six licences de base. Il est en réalité de six licences multipliées par, actuellement, une cinquantaine de déclinaisons locales¹³⁹, dont le droit français¹⁴⁰.

être compris dans le sens de libre et non dans le sens de gratuit).

138 Dans son préambule, la GPL fait référence au « *copyleft* » depuis la version 3 (juin 2007), la GFDL étant plus récente (la version 1.1 date de mars 2000), elle a toujours fait référence au « *copyleft* ».

139 L'avancée de l'adaptation est disponible sur <<http://creativecommons.org/international/>> (consulté le 5 mai 2009).

140 *Les licences creative commons chez les Gaulois*, Mélanie Clément-Fontaine, RLDI, janv. 2005,

113. Portée de la validité des licences. Dans tous les cas, la validité des licences libres a pendant longtemps agité les esprits. La doctrine s'est prononcée majoritairement en faveur de la validité de ces licences¹⁴¹, notamment des licences spécifiquement adaptées à la logique du copyleft comme peut l'être la GPL¹⁴². Sur le plan contentieux, de nombreuses affaires se sont soldées par un arrangement amiable (c'est à dire par le biais de transaction¹⁴³) néanmoins, les tribunaux étrangers¹⁴⁴, puis français¹⁴⁵, reconnaissent ces licences. Cependant, les questions de validité de ces licences soulevées ont eu trait à des aspects relatifs aux droits patrimoniaux, dans lesquelles la nullité du contrat est relative¹⁴⁶. Ces derniers peuvent faire l'objet de conventions, contrairement aux droit moraux. Notons que dans le cas des logiciels la question des droits moraux de l'auteur est limitée par les dispositions législatives¹⁴⁷, dans le cas

p. 33-34 signale que la traduction en français peut avoir des différences avec la version originale.

141 Voir par exemple Mélanie Clément-Fontaine, « *Les œuvres libres* », thèse ss. dir. de M. Vivant, 2006.

142 Voir par exemple le mémoire de D.E.A. de Mélanie Clément-Fontaine "*La licence Publique Générale GNU*", disponible en ligne sur <<http://crao.net/gpl/gpl.html>> (consulté le 05 mai 2009).

143 Par exemple un jugement était très attendu devant les juridictions israéliennes : la conclusion d'une transaction laisse le statut de la GPL dans ce pays en suspend : *Alleged Israeli GPL violation settled out of court* disponible sur <<http://www.linux.com/feature/151484>> (lien consulté le 05 mai 2009).

144 La première jurisprudence sur cette question fut prononcée par le Tribunal Munich le 05 avril 2004 (jugement disponible sur <http://www.ifross.de/ifross_html/eVWelte.pdf>), puis confirmée le 12 avril 2005 (décision disponible sur <http://www.jbb.de/urteil_lg_muenchen_gpl.pdf>). On remarque également la reconnaissance des licences Creative Commons par les juridictions néerlandaises (District Court of Amsterdam, 09 mars 2006, décision disponible en anglais (traduction non officielle) sur <<http://mirrors.creativecommons.org/judgements/Curry-Audax-English.pdf>> (source <<http://creativecommons.org/weblog/entry/5823>>), liens consultés le 05 mai 2009).

145 TGI Paris, 3eme chambre, 1ere section, 28 mars 2007, Educafixx c/ CNRS, Université Joseph Fourier et autres, décision consultable sur <http://www.celog.fr/expertises/new_exp/2007/som0607/Educafixx_Universite_Grenoble.pdf> (lien consulté le 05 mai 2009) ; Gaz Pal. 2008, 1, somm., p. 503, note Pierre Saurel et Benjamin Ohayon ; JCP éd. Entreprise, 2008, n°38, 2130, p. 22 note F. Sardain ; La licence Gnu GPL reconnue par la justice française, Marc Rees disponible sur <<http://www.pcinpact.com/actu/news/37313-GPL-GNU-licence-libre.htm>> (lien consulté le 05 mai 2009).

146 En cas de nullité absolue, toute personne ayant un intérêt à agir peut solliciter la nullité du contrat, contrairement à la situation d'une nullité relative où seule la faible peut se prévaloir de la nullité. En l'espèce, la partie faible, constituée par l'auteur (car le droit d'auteur protège avant tout l'auteur d'une œuvre), à moins de vouloir se prévaloir d'une sorte de droit de repentir exercé par le biais du droit des contrats, la partie faible n'aurait que peu d'intérêt à invoquer la nullité de la licence puisque c'est elle qui l'a proposée à son cocontractant ...

147 La portée morale du droit d'auteur est réduite dans le cas des logiciels en raison des articles

d'œuvres libres non-logicielles, la question est plus délicate. Ceci explique pourquoi les débats soulevés par la doctrine¹⁴⁸ perdurent.

114. Généralité de la compatibilité des licences. Quoi qu'il en soit, on est tenté d'appliquer le principe : « *qui peut le plus peut le moins* ». Si les licences comme la GPL, rédigées spécifiquement pour une logique « libre », sont reconnues comme compatibles avec le cadre du droit d'auteur, les licences conçues dans une logique de respect du cadre du droit d'auteur posent nécessairement moins de difficultés. Elles doivent alors également être reconnues comme compatibles avec le droit positif.

115. Si une licence libre est reconnue par le droit positif, il convient d'analyser également sa protection.

2. La mise en place d'une protection des œuvres placées sous licences libres

116. Une nécessaire protection. Une licence libre a vocation à inverser la logique d'interdiction du droit d'auteur. Néanmoins, des situations de contrefaçons peuvent exister. Ainsi, la licence pose des obligations à la partie cocontractante, notamment en cas de redistribution de l'œuvre. Par exemple, en raison de l'effet contaminant de la GPL, une partie redistribuant un logiciel initialement protégé par la GPL a l'obligation de redistribuer celui-ci sous GPL. Il en est de même avec les sources : la GPL oblige la mise à disposition du code source du programme distribué.

117. Dans le cas où le cocontractant ne respecterait pas ses obligations, comment le contraindre à respecter ses dernières ? Deux types de

L 121-7 du CPI qui prévoit que « *sauf stipulation contraire plus favorable à l'auteur d'un logiciel, celui-ci ne peut :*

1° *S'opposer à la modification du logiciel par le cessionnaire des droits mentionnés au 2° de l'article L. 122-6, lorsqu'elle n'est préjudiciable ni à son honneur ni à sa réputation ;*

2° *Exercer son droit de repentir ou de retrait. »*

¹⁴⁸Voir par exemple *Les licences de logiciels dits « libres » à l'épreuve du droit d'auteur français*, Christophe Caron, Dalloz 2003, chron. n°23, p.1556.

personnes ont alors un intérêt à agir. D'une part, l'auteur de l'œuvre initiale et d'autre part, l'acquéreur de l'œuvre. Chacun dispose pour son action de fondements juridiques différents.

118.L'auteur de l'œuvre initiale, protégé par le droit de la PI. En ce qui concerne l'auteur, celui-ci peut se prévaloir d'une contrefaçon définie par l'article L. 335-3 du CPI comme « *toute reproduction, représentation ou diffusion, par quelque moyen que ce soit, d'une œuvre de l'esprit en violation des droits de l'auteur, tels qu'ils sont définis et réglementés par la présente loi* ». En ne respectant pas la licence, le vendeur de l'œuvre outrepassé les autorisations que lui a accordées l'auteur de l'œuvre. Les poursuites peuvent alors être réalisées sur le terrain pénal comme civil.

119.Cas du tiers non autorisé. Quoi qu'il en soit, il faut qu'une licence soit conclue. Les œuvres bénéficiant d'une licence libre ne sont pas systématiquement gratuites. En conséquence de quoi, si un tiers, non bénéficiaire d'une licence sur l'œuvre litigieuse, réalise la diffusion de l'œuvre, cette diffusion n'est pas autorisée. Dans un tel cas, il y a également contrefaçon.

120.L'acquéreur de l'œuvre, protégé par le droit des contrats. En ce qui concerne l'acquéreur, si celui-ci a acquis le logiciel avec la licence, il peut contraindre le vendeur à respecter ses obligations contractuelles, en s'appuyant sur la licence. Plus délicate est la situation où aucune licence n'accompagne l'œuvre. Dans un tel cas, l'acquéreur ne dispose d'aucun moyen de protection particulier : seul le titulaire du droit d'auteur initial peut se prévaloir d'une contrefaçon.

121.Mise en œuvre de la protection. Harald WELTE est un développeur de logiciel libre (notamment des logiciels Netfilters et Iptable), devenu célèbre pour réaliser une poursuite quasi-systématique de toute personne ne respectant pas les obligations de la licence GPL. À ce jour, quelques condamnations ont été obtenues et trente conciliations ont été réalisées.

De plus, sous l'impulsion notamment de la FSF Europe, il est dorénavant possible de reporter une violation de licence libre¹⁴⁹ à l'aide de la « Freedom Task Force »¹⁵⁰.

122. Quoi qu'il en soit, si les licences libres sont reconnues et protégées, des difficultés subsistent.

2. Des licences confrontées au droit positif

123. Si les licences libres semblent a priori compatibles avec le droit positif et protégées par celui-ci, il n'en demeure pas moins qu'en raison de l'interaction avec l'environnement juridique subsistent d'importantes difficultés. De façon générale, une partie importante de la doctrine se montre très hostile aux licences libres¹⁵¹. Elle met en lumière l'existence de difficultés théoriques avec le droit d'auteur (1). Ces difficultés ne doivent pas être éclipsées par des difficultés pratiques d'exploitation de l'œuvre (2).

1. Des difficultés théoriques liées au droit d'auteur

124. Deux difficultés principales apparaissent. D'une part, le droit d'auteur laisse subsister des zones d'incertitude que les licences libres ne résolvent pas. Ces difficultés peuvent être liées au droit patrimonial (1) ou au droit moral (2).

1. Des difficultés liées au droit patrimonial du droit d'auteur

149 FSFE and GPL-Violations.org Release Guide to Handling License Violations, 09 décembre 2008, disponible sur <<http://www.groklaw.net/article.php?story=20081209091525428>> (lien consulté le 05 mai 2009).

150 <<http://www.fsfeurope.org/projects/ftf/>> (lien consulté le 05 mai 2009).

151 Voir notamment les propos de Christophe Caron estimant que « *met bien en exergue les effets pervers de ces licences* » (*Droit d'auteur et droits voisins*, note 211, p. 364) à propos de l'article de l'article de S. Dusollier *Les licences creative commons : les outils du maître à l'assaut de la maison du maître* (publié dans *Propriété Intellectuelle*, 2006, n°18, p-p. 10-21).

125.Des incertitudes existent au sein du droit d'auteur. Les licences libres ne les résolvent pas systématiquement. Nous allons successivement illustrer cette situation en abordant la question du formalisme exigé par le droit d'auteur (1), puis des œuvres orphelines (2) et enfin celui de l'augmentation de la protection par le droit d'auteur (3).

1. Les difficultés liées au formalisme du droit d'auteur

126.**La rigidité classique.** Le formalisme de la cession des droits d'auteur a pendant longtemps été marqué par la rigidité de l'article L. 131-3 du CPI obligeant à ce que « *chacun des droits cédés fasse l'objet d'une mention distincte dans l'acte de cession* ». Cela explique pourquoi le Professeur Caron soulève que des licences comme la GPL « *ne respecte pas le formalisme d'ordre public des articles L. 131-1 et suivants du CPI et [...] envisage des renonciations générales aux droits patrimoniaux, ainsi qu'à certains attributs* »¹⁵².

127.**Le retournement jurisprudentiel.** Cependant, un débat avait lieu quand à l'application de cet article pour tous les contrats ou les seuls contrats mentionnés à l'article L. 131-2 du CPI. Avec un arrêt en date du 21 novembre 2006, non publié au *Bulletin* mais fort remarqué, la Première Chambre de la Cours de Cassation¹⁵³ opère un assouplissement considérable du formalisme de la cession de droit d'auteur. La Haute Juridiction estime qu'en dehors des cas des contrats de représentation, d'édition et de production audiovisuelle, la cession d'exploitation « *n'est soumise à aucune exigence de forme* ». Cette solution n'a bien évidemment pas été sans faire vivement réagir la doctrine. Ainsi, M. Caron estime qu'après l'arrêt Perrier¹⁵⁴, qui n'exigeait pas l'application de l'article L. 131-3 du CPI entre le cessionnaire et un sous-cessionnaire, cette

152Christophe Caron, op. cit.

153Cour de Cassation, 1ere Chambre civile, 21 novembre 2006 (pourvoi n°05-19294), décision publiée au D. 2006, AJ 316, obs. Allaëys, RTD Com. 2007, 363, obs. Pollaud-Dullian ; CCE 2007, comm., n°3, note C. Caron ; Propr. Intell. 2007, n°22, p. 93, obs. A. Lucas ; RIDA, janv. 2007, p. 265, note P. Sirinelli.

154Cour de Cassation, 1ere chambre civile, 13 octobre 1993 (pourvoi n°91-11241) , publié au D. 1994, p. 166, note P.-Y. Gautier ; RTD Com. 1994, 272, obs. A. Françon.

solution « *pourrait cantonner encore davantage l'article L. 131-3 du CPI qui ferait ainsi figure de véritable peau de chagrin du droit d'auteur contractuel* ». Aussi, après avoir relevé un arrêt « *fort inquiétant pour les auteurs* »¹⁵⁵, M. Pollaud-Dullian remarque toutefois que « *le fait [que l'arrêt] n'ait pas eu les honneurs du Bulletin incline à en relativiser la portée* »¹⁵⁶.

128. Si la portée de la solution est délicate à apprécier, elle n'a, à ce jour, pas été contredite. De plus, elle semble s'inscrire dans une tendance de fond souhaitée par les tribunaux¹⁵⁷. Dans le cas des licences libres, une telle solution présente trois avantages substantiels. Elle permet de rendre beaucoup plus facile la cession des droits. De plus, l'esprit des licences libres étant de mettre à disposition de l'acquéreur l'ensemble des droits patrimoniaux de l'auteur, cette solution permet d'éviter un inventaire à la Prévert de l'ensemble des droits de l'auteur. Enfin, elle garantit davantage de sécurité juridique pour les parties en minimisant le risque de procès ultérieur par l'auteur envers son cocontractant, qu'il estimerait contrefacteur de son œuvre.

129. Par conséquent, le problème du formalisme de la cession des droits subsiste en raison des possibles évolutions futures de la jurisprudence, la pratique jurisprudentielle tend actuellement fortement à limiter cette difficulté, si ce n'est à la supprimer.

130. Ceci étant, cette difficulté n'est pas isolée : le cas des œuvres orphelines illustre également la persistance de difficultés.

2. Les difficultés posées par les œuvres orphelines

131. Les œuvres orphelines sont définies comme « *œuvres qui sont encore couvertes par le droit d'auteur mais dont les propriétaires ne peuvent être*

155 RTD Com. 2007, 363, obs. F. Pollaud-Dullian.

156 *idem*.

157 Voir dans le même sens la solution CA Paris, 4^{ème} ch. A, 16 février 2005, SA Eos c/ E. Chaussade publiée CCE 2005, n°11, p. 23, comm. n°169, note C. Caron ; RIDA, juillet 2005, p. 323, note A. Kéréver.

identifiés ou localisés »¹⁵⁸. Remise au goût du jour avec l'élaboration de bibliothèques numériques telles Gallica¹⁵⁹ ou encore Google Books¹⁶⁰, cette question prend également tout son sens avec les licences libres.

132.La commission souligne qu'en effet la difficulté essentielle avec les œuvres orphelines est « *l'obtention d'une licence* ». Toutefois, les licences libres s'assimilent à des contrats-types. D'importantes précisions (nom de l'œuvre, nom du cédant, nom du cessionnaire...) ne sont pas toujours apportées. En joignant une licence, il ne fait aucun doute quant à la volonté des parties de permettre l'usage pour le moins extensif de l'œuvre, le nom du ou des auteurs peut vite retomber dans l'oubli avec le temps.

133.Mélanie Clément-Fontaine estime que si l'œuvre libre est d'initiative individuelle, ces dernières ont vocation à « *être évolutives au gré de l'intervention des contributeurs* »¹⁶¹. De nombreuses œuvres libres sont elles-mêmes constituées d'éléments prélevés dans d'autres œuvres elles-mêmes protégées par une licence libre. Par exemple, de nombreux logiciels sous GPL ré-utilisent le code source qui est lui-même issu d'autres logiciels sous GPL. Ainsi, chaque œuvre libre est potentiellement constituée d'un nombre difficilement déterminable de reprises d'autres œuvres sous licence libre. Ces reprises évitent de commencer à partir de zéro une nouvelle œuvre et permettent de considérables gains de temps et de productivité. Quoi qu'il en soit, ces reprises ne sont pas sans difficultés juridiques de qualification. L'œuvre ayant plusieurs auteurs peut être qualifiée de collective, de collaboration ou encore être considérée comme une œuvre composite¹⁶². Si l'œuvre collective est en principe « *la propriété de la personne physique ou morale sous le nom de laquelle elle est divulguée* »¹⁶³, dans les deux autres cas, la situation n'est pas aussi

158« *Le droit d'auteur dans l'économie de la connaissance* », Livre Vert, Commission européenne, 2008, 466/3, point n°3.1.3, p.10.

159<<http://gallica.bnf.fr/>> (lien consulté le 05 mai 2009).

160<<http://books.google.fr/>> (lien consulté le 05 mai 2009).

161*Les œuvres libres*, Mélanie Clément-Fontaine, point n°798.

162Article L. 113-2 et suivants du CPI.

163Article L. 113-5 du CPI.

aisée¹⁶⁴. En conséquence de quoi, il est indispensable qu'une transmission des droits de propriété intellectuelle ait été réalisée et que l'ensemble des auteurs de l'œuvre puissent être identifiés afin que la transmission réalisée des droits puisse être vérifiée. Une bonne transmission des droits est la seule garantie de la sécurité juridique de l'éditeur de l'œuvre mais également des futurs possesseurs d'une œuvre libre.

3. Les difficultés soulevées par l'augmentation de la protection du droit d'auteur

134. Diversité des moyens mis en œuvre. Moutl moyens sont mis en œuvre afin d'augmenter la protection accordée par le droit d'auteur. Il peut s'agir de mesures techniques de protection. Celles-ci sont massivement décriées par le mouvement du libre. Il peut également s'agir de l'augmentation des peines pénales et des dommages et intérêts à verser en cas de contrefaçon, dont les premières applications de la loi du 29 octobre 2007 montrent une tendance à l'aggravation des sanctions prononcées¹⁶⁵. Plus classiquement, une autre technique d'augmentation de la protection par le droit d'auteur consiste en l'allongement de la durée du droit d'auteur. Nous allons prendre l'exemple de cette situation afin de comprendre les difficultés posées avec les licences libres.

135. Augmentation de la durée du droit. La durée de protection des droits de propriété intellectuelle fait l'objet d'interminables débats. Les exceptions au droit d'auteur mais également l'émergence de notions telles que « *l'intérêt du public* » ou encore le « *droit à l'information* » viennent ouvrir des limites aux droits de propriété intellectuelle. Ces notions pimentent la volonté croissante des exploitants de droits de propriété intellectuelle d'augmenter la durée de protection de ces derniers. Volonté largement entendue par le législateur. Ainsi, après avoir été étendus à 70

¹⁶⁴Voir au sujet de l'œuvre libre comme œuvre composite : « *Open source et copyleft : une remise en cause de la figure de l'auteur ?* », Séverine DUSOLLIER, publié dans *Autour de la figure de l'auteur*, ss. dir. Alan Strowel, éd. Bruylant, 2006.

¹⁶⁵Voir notamment C. Caron, *Droit de la propriété industrielle*, JCP, éd. E, chron. n° 2, 8 Janvier 2009.

ans *post mortem* en ce qui concerne le droit d'auteur¹⁶⁶, un débat relatif à l'augmentation de la durée de protection touche désormais des droits voisins. Dans un cas comme dans l'autre, cette augmentation de la protection n'est pas sans susciter de profondes remises en cause quant à leur opportunité¹⁶⁷. Cette extension n'est pas réservée à l'Union Européenne : aux États-Unis, la durée a été allongée en 1998 par le « *Copyright Term Extension Act* ». Ainsi, les œuvres individuelles sont protégées pendant une durée de 70 ans *post-mortem*. Aussi, les œuvres collectives sont protégées pendant 120 ans après leur création ou 95 ans à partir de leur publication¹⁶⁸. Néanmoins, l'augmentation de la durée de protection ne semble pas toucher la propriété industrielle. D'une part, la durée de protection semble largement suffisante pour la plupart des brevets¹⁶⁹. D'autre part, les marques peuvent être infiniment renouvelées : la durée de protection n'est alors pas une réelle difficulté. Seuls les dessins et modèles ne peuvent être protégés au-delà de 25 ans. De même, les logiciels ont été pendant quelques années protégés par une durée spéciale de 25 ans¹⁷⁰.

136. Conséquences sur la durée de la licence. Paradoxalement, l'augmentation ou la réduction de la durée de protection pose des difficultés quant à la durée de vie de la licence. Aucune des licences étudiées ne pose de limite temporelle. En principe, elles suivent le régime commun du droit des contrats : elles cessent de produire leurs effets

166 Sous l'impulsion d'une harmonisation réalisée par la directive communautaire du 27 septembre 1993 (transposée par la loi du 27 mars 1997, article L. 123-1 du code de la propriété intellectuelle), la durée de protection du droit d'auteur a été portée de 50 à 70 ans *post mortem*.

167 Voir notamment *La Proposition de Directive sur l'Extension de la Durée de Certains Droits Voisins : Une Remise en Cause Injustifiée du Domaine Public*, CÉIPI, janvier 2009, disponible sur <http://www.ceipi.edu/pdf/actualite/Proposition_directive_extension_28_janvier.pdf> (lien consulté le 05 mai 2009).

168 La durée de protection applicable est la plus courte des deux.

169 Selon le rapport « *L'utilisation des brevets par les entreprises françaises* » réalisé par le Sénat (disponible sur <<http://www.senat.fr/rap/r00-377/r00-37730.html>>, consulté le 15 avril 2009), l'Office Européen des Brevets estime que la durée moyenne de maintien d'un brevet est de 10 ans (sur les 20 années maximum).

170 L'article L. 123-5 du CPI résultant de la loi Lang de 1985 prévoyait en ce qui concerne les logiciels que « *les droits prévus par le présent code s'éteignent à l'expiration d'une période de vingt-cinq années à compter de la date de création* ». Cette disposition a été abrogée par la loi du 10 mai 1994, permettant une protection des logiciels en principe pendant 70 ans après la mort de l'auteur.

lorsque les droits de propriété intellectuelle appréhendés par la licence tombent dans le domaine public. Faute d'objet, la licence devient alors caduque¹⁷¹. Par conséquent, l'allongement de la durée des droits de propriété intellectuelle renforce également la protection juridique des œuvres libres. Cette situation est d'autant plus paradoxale que les licences libres utilisent le mécanisme du droit d'auteur à rebours : plutôt que d'interdire, il s'agit d'autoriser.

137. Si le droit d'auteur possède en son sein des difficultés, le droit moral pose de véritables interrogations face aux licences libres.

2. Les difficultés liées au droit moral du droit d'auteur

138. Le droit moral est prévu par les articles L. 121-1 et suivants du code de la propriété intellectuelle. Il comporte de nombreuses prérogatives¹⁷² et possède des caractères bien particuliers : il est « *perpétuel, inaliénable et imprescriptible* »¹⁷³. La jurisprudence est venue renforcer cette situation en qualifiant le droit moral de règle d'ordre public¹⁷⁴. L'incessibilité des prérogatives du droit moral s'oppose frontalement avec la logique des licences libres, qui garantissent l'exercice des libertés fondamentales. Or, en interdisant la cession du droit moral, l'acquéreur d'une œuvre sous licence libre ne peut avoir la certitude que des prérogatives relatives au droit moral ne seront pas remises en cause. Différentes situations apparaissent.

139. **Œuvres différentes, solutions différentes.** En matière de logiciel, le droit moral est réduit à sa plus simple expression sous l'influence de

171 À la différence de la nullité du contrat, la caducité ne vaut que pour l'avenir.

172 Droit à la paternité, droit à la divulgation, droit de repentir, ...

173 Article L. 121-1 al. 3 du CPI.

174 Cour Cassation, Civ 1ere, 28 mai 1991 (publié Bull. civ. I, n°172 ; D. 1993, 197, note J. Raynard ; RIDA, juillet 1991, p. 197 et 161 observation A. Kéréver ; JCP E 1991, II, 220, note J. Ginsburg et P. Sirinelli).

l'article L. 121-7 du CPI¹⁷⁵. Quant bien même une partie de la doctrine¹⁷⁶ s'émeut de la situation, ces débats n'ont que peu d'effets pratiques. Plus délicate est l'extension de la logique du libre à des œuvres autres que des logiciels. Elle pose de sérieuses difficultés face au droit moral, celui-ci devant être pris dans tous ses éléments.

140. Tentatives de médiation. Au sujet de l'exercice du droit moral, il est intéressant de voir que les licences voulant être compatibles avec le droit d'auteur, font par exemple état de l'absence de « *désaïssissement de vos droits intellectuels* »¹⁷⁷. De même, l'article 6 de la licence CeCILL prévoit que « *le Licencié s'engage à ne pas porter atteinte, directement ou indirectement, aux droits de propriété intellectuelle du Titulaire et/ou des Contributeurs sur le Logiciel et à prendre, le cas échéant, à l'égard de son personnel toutes les mesures nécessaires pour assurer le respect des dits droits de propriété intellectuelle du Titulaire et/ou des Contributeurs.* ». Il est intéressant de voir que les deux approches sont différentes mais que toutes les deux ont un but commun : ces licences ne prennent pas position à l'encontre de l'exercice des droits moraux. Bien au contraire, elles tentent de rendre compatible ce droit avec la licence. La LAL reconnaît implicitement leur existence sans pour autant donner de solution à cette situation. L'approche de la licence CeCILL est plus audacieuse, en tentant d'obliger l'acquéreur du logiciel à trouver une solution amiable avec les auteurs. Toutefois, cette approche semble un peu naïve. Si elle est l'assurance d'une démarche respectueuse, elle ne garantit en rien une éventuelle acceptation du ou des auteur(s) de l'œuvre.

141. L'impossible choc frontal. En conséquence de quoi, l'émergence de licences comme la licence Creative Commons « C0 »¹⁷⁸ pose de grandes

175« Sauf stipulation contraire plus favorable à l'auteur d'un logiciel, celui-ci ne peut :
1° s'opposer à la modification du logiciel par le cessionnaire des droits mentionnés au 2° de l'article L. 122-6, lorsqu'elle n'est pas préjudiciable ni à son honneur, ni à sa réputation ;
2° Exercer son droit de repentir ou de retrait. »

176Voir par exemple l'article *Les licences de logiciels dits « libres » à l'épreuve du droit d'auteur français*, Christophe Caron, Dalloz 2003, chron. n°23, p.1556.

177Article 6 de la Licence art libre.

178« *Creative Commons tend vers zéro* », Astrid Girardeau, 16 mars 2009, disponible sur <<http://www.ecrans.fr/Creative-Commons-tend-vers-zero,6638.html>> (lien consulté le 05 mai

difficultés. En choisissant cette licence, l'auteur abandonne l'ensemble de ses prérogatives, visant à mettre l'œuvre dans un état comparable à celui d'une œuvre dans le domaine public. Si cette situation est possible concernant les droits patrimoniaux, elle est très délicate en ce qui concerne les prérogatives liées au droit moral. Tout au plus, un auteur choisissant une telle licence ne peut que dévoiler son intention de ne pas faire valoir ses droits d'auteurs mais en aucun cas cette intention ne doit être considérée comme définitive en ce qui concerne l'aspect moral de son œuvre.

142. Quoi qu'il en soit, si des difficultés théoriques existent avec le droit d'auteur, et notamment avec le droit moral, en pratique, ces questions sont largement dépassées par d'autres difficultés liées à l'exploitation d'une œuvre sous une licence libre.

2. Des difficultés pratiques liées à l'exploitation de l'œuvre

143. Des difficultés pratiques d'exploitation de l'œuvre existent face aux licences libres. Nous allons successivement illustrer cette situation en abordant la question des difficultés existantes avec les sociétés d'auteur (1) puis avec les administrations (2).

1. Les difficultés avec les sociétés d'auteur

144. Les sociétés d'auteurs sont des organismes de droit privé, fonctionnant selon la volonté de leurs adhérents afin d'assurer la gestion collective des œuvres. Ainsi, elles ont vocation « à *négoier avec les utilisateurs éventuels, à leur accorder moyennant paiement d'une redevance appropriée, des autorisations en les assortissant des conditions voulues, à percevoir les redevances et à les répartir entre les titulaires de droits* »¹⁷⁹. La plupart de ces structures réservent un accueil pour le moins distant aux

2009).

¹⁷⁹Gestion collective des droits d'auteur et des droits voisins, Rapport du Bureau International de l'OMPI, selon A. et H.-J. Lucas, *Traité de la Propriété Littéraire et Artistique*, 3^{ème} édition, § 790 p. 557.

licences libres ainsi qu'aux auteurs utilisant ces licences.

145.Cas français. En France, la SACEM s'appuie sur l'article 3 de son règlement général prévoyant qu'en « *cas d'admission à adhérer aux Statuts de la société, le postulant devra, dans un délai de trois mois, signer un acte qui contiendra, outre son adhésion aux Statuts et Règlement Général et l'apport prévu aux articles 1, 2, 2 bis et 34 des Statuts, l'engagement [...] de déclarer au répertoire social toutes ses œuvres avant leur exécution ou leur reproduction mécanique* ». En conséquence de quoi, elle refuse l'adhésion d'auteur distribuant des œuvres sous licences libres, et notamment sous licence Creative Commons. Elle justifie sa position en estimant « *qu'il n'est pas de l'intérêt d'un auteur d'autoriser le téléchargement de ses œuvres à titre gratuit d'autant que cette autorisation demeure valable pendant toute la durée de protection par le droit d'auteur* »¹⁸⁰.

146.Cas espagnol. En Espagne, un café diffusait de la musique uniquement sous licence Creative Commons, sans s'acquitter d'une licence auprès de la SGAE (Sociedad General de Autores y Editores), une société de gestion collective espagnole. Un jugement rendu en première instance a refusé la reconnaissance des Creative Commons, considérant que cette licence était sans valeur en l'espèce, faute de matérialisation¹⁸¹. Cette motivation juridique, fort critiquée, sera probablement remise en question par une juridiction d'appel. Cependant, faute de pouvoir se prévaloir d'une licence, le propriétaire du café est potentiellement redevable de la licence SGAE sur les œuvres litigieuses si les œuvres diffusées ont été réalisées par des artistes également membres de cette société d'auteurs. Cette situation illustre parfaitement la profonde réticence des sociétés de gestion collective d'auteurs face aux licences libres.

180Source : <http://fr.creativecommons.org/menu3/main_faqqen.htm#7> (lien consulté le 05 mai 2009).

181Tribunal de première instance de Badajoz, 17 Février 2006 décision disponible sur <http://www.internautas.org/archivos/sentencia_metropoli.pdf> (version espagnole) et <<http://mirrors.creativecommons.org/judgements/SGAE-Fernandez-English.pdf>> concernant une traduction anglaise non officielle (liens consultés le 05 mai 2009).

147. **Cas états-unien.** Sous l'approche de la volonté de protéger les auteurs, l'ASCARP (American Society of Composers, Authors, and Publishers) s'est illustrée par l'organisation d'un dîner privé le 3 février 2009 sur le thème « *working together to counter the growing prevalence of the 'copy left/free culture' pontificators in the public discourse about creators rights* »¹⁸². L'événement a su créé la polémique¹⁸³.

148. Sous couvert de défendre les auteurs, l'ensemble de ces situations met également au jour la volonté de nombreuses sociétés d'auteurs de s'opposer à la « culture libre ». Dans tous les cas précités, il est probable que les sociétés d'auteurs voient dans l'usage des œuvres libres une diminution de leur rôle et probablement une baisse corrélative de leurs revenus. Néanmoins, la diffusion d'une œuvre sous licence libre n'implique pas nécessairement la gratuité de l'œuvre. L'émergence des œuvres libres implique le développement de nouveaux modèles économiques et d'une nouvelle répartition des rôles.

2. Les difficultés avec le droit public

149. **Les problèmes.** Le droit public pose également des difficultés pour les œuvres sous licences libres, et notamment en ce qui concerne l'accès aux marchés publics. De façon générale, les marchés publics sont soumis à des règles particulières, exigeant que les contrats soient rédigés en langue française¹⁸⁴. Ils peuvent également être soumis à des dispositions particulières, via des cahiers de clauses administratives¹⁸⁵. La doctrine

182 Traduction : « *Travailler ensemble afin de contrer le succès du copyleft / de la culture libre dans le discours public sur les droits des auteurs* ».

183 *ASCAP Working To Shut Up Free Culture Supporters*, Mike Masnick, 26 janvier 2009, disponible sur <<http://www.techdirt.com/articles/20090125/2201473533.shtml>> (lien consulté le 05 mai 2009).

184 Art. 5 de la loi n°94-665 du 4 août 1994 : « *Quels qu'en soient l'objet et les formes, les contrats auxquels une personne morale de droit public ou une personne privée exécutant une mission de service public sont parties sont rédigés en langue française. Ils ne peuvent contenir ni expression ni terme étrangers lorsqu'il existe une expression ou un terme français de même sens approuvés dans les conditions prévues par les dispositions réglementaires relatives à l'enrichissement de la langue française* ».

185 Différents cahiers existent : le Cahier des Clauses Administratives Générales Prestations Intellectuelles (CCAG PI), le Cahier des Clauses Administratives Générales Marchés Industriels (CCAG MI), ou encore le Cahier des Clauses Administratives Générales Fournitures Courantes de Services (CCAG FCS).

relève une opposition entre les règles habituelles du marché public et les licences libres¹⁸⁶. Ainsi, les développements réalisés par un prestataire ne peuvent être redistribués « *dans l'hypothèse du choix de l'option A du CCAG PI* »¹⁸⁷. Aussi, les clauses limitatives de responsabilité présentes dans les licences ne peuvent être opposables par le prestataire.

150. Tentative de solutions. Face à ces difficultés, une solution est celle adoptée par la licence CeCILL qui adapte la logique du libre à la situation française. Cette solution est limitée en ce que cette adaptation ne résout pas tous les problèmes, surtout lorsque des organisations comme la FSF refusent la rédaction de licences adaptées à un contexte juridique particulier¹⁸⁸. Une autre piste de réflexion permettant la résolution de ces difficultés serait la mise en place d'un cadre juridique spécialement adapté aux œuvres libres, que ce soit par des dispositions incluses dans le code de la propriété intellectuelle. Beaucoup plus simplement, on peut imaginer la création de règles spécifiques aux œuvres libres au sein des règles relatives aux marchés publics via une modification des cahiers de clauses administratives. Ceci permettrait de prendre en compte la situation particulière des œuvres libres.

151. Quoi qu'il en soit, en bénéficiant des évolutions du droit de la propriété intellectuelle, les licences libres s'inscrivent dans le paysage juridique comme étant compatibles avec le droit positif. Des difficultés subsistent toutefois, notamment avec les questions relatives au droit moral du droit d'auteur. Cependant, cette question apparaît avoir une dimension théorique. L'émergence de traités internationaux comme les accords de Marrakech de 1994 dits « ADPIC » accompagnant des mouvements de fond remettant profondément en cause la logique de « *l'exception culturelle* ». Tôt ou tard, il est probable que le droit moral du droit d'auteur cède sa

186 *Les logiciels libres, l'administration et les marchés publics*, Franck Macrez et Raphaël Rivière, RLDI, n°16, mai 2006, p. 57 et s., également disponible sur <<http://encyclo.erid.net/document.php?id=491>> (lien consulté le 05 mai 2009).

187 Idem.

188 Si l'organisation Creative Commons accepte de décliner des versions localisées de ces licences, la FSF s'y refuse catégoriquement : *Traductions non officielles* disponible sur <<http://www.gnu.org/licenses/translations.fr.html>> (lien consulté le 05 mai 2009).

place au profit d'outils plus proches du copyright, relevant davantage de mécanismes issus du droit de la responsabilité civile. Ce déclin du droit moral, accompagné de réelles difficultés de mise en pratique par les ayant-droits, permet aux licences libres de dépasser des incompatibilités apparaissant comme majeures avec le droit positif.

152.Ceci étant, il importe de ne pas uniquement s'arrêter à l'analyse des spécificités des licences libres avec le droit positif. Il convient également de voir quelles sont les spécificités intrinsèques de ces licences.

Section 2 Des spécificités liées aux licences libres elles-mêmes

153. Les spécificités des licences libres ne s'arrêtent pas dans leur confrontation avec le droit positif. En effet les licences libres possèdent des spécificités liées d'une part aux risques juridiques qu'elles possèdent (1) mais également d'autre part à des aspects stratégiques (2).

1. Des spécificités liées aux risques juridiques

154. Au delà des risques juridiques de responsabilité classiquement rencontrés avec une licence¹⁸⁹, deux spécificités principales peuvent apparaître avec les licences libres. La première est le risque d'incompatibilité entre licences (1). Le second est le risque d'interprétation par le juge (2).

1. Les risques d'incompatibilités entre licences

155. Les licences libres correspondent à des esprits parfois différents. Un véritable fossé culturel existe par exemple entre les différentes versions des Creative Commons et la GPL. Cependant, au delà de différences conceptuelles théoriques, existent également de véritables risques d'incompatibilité pratiques. Une œuvre diffusée sous une licence risque de ne pas pouvoir être placée sous une autre licence ou, plus simplement, d'une de ses versions ultérieures.

156. **Incompatibilités entre licences.** Selon Benjamin Jean, toutes les

¹⁸⁹Voir notamment *Licences de logiciels libres et risques juridiques*, Étude par Pascal GAUDILLÈRE, CCE 2005, n°4, étude n°16, qui étudie les questions relatives à la validité des clauses limitatives de responsabilité et de garantie, la possibilité d'une action sur le terrain de la responsabilité délictuelle ainsi que la limitation pratique des effets de telles clauses.

licences Free/OpenSource peuvent être compatibles entre elles¹⁹⁰. Deux solutions existent pour remédier aux éventuelles incompatibilités. La première consiste à cumuler toutes les interdictions sur la nouvelle œuvre. Cette solution n'a guère d'intérêt si l'on souhaite que l'œuvre distribuée puisse continuer à être considérée comme libre : le cumul de toutes les interdictions aura pour conséquence de ne pas permettre la garantie des libertés fondamentales. La seconde solution consiste à demander l'accord des auteurs et ayants-droits pour modifier le contenu de la licence initiale. Cette solution est techniquement intéressante mais elle se heurte à des difficultés pratique difficiles à surmonter. Un auteur qui a choisi une licence initialement n'acceptera pas systématiquement une autre licence. Cette difficulté étant qui plus est décuplée en cas de pluralité d'auteurs... quand il est possible de prendre contact avec les-dits auteurs !

157.Exemples de la difficulté pratique. Un passage de la Licence d'Art Libre à la licence CC BY-SA 3.0 par l'encyclopédie Ekopedia montre la considérable difficulté¹⁹¹ d'obtenir l'intégralité des accords de plusieurs milliers de contributeurs. Si l'utilisation des techniques contractuelles permettant d'obtenir l'accord des auteurs est possible en théorie, une telle approche est dangereuse en pratique tant le risque d'échec est élevé. De même, le projet OpenStreetMaps¹⁹², souhaite abandonner la licence CC-BY-SA afin d'adopter une licence adaptée non seulement au droit d'auteur mais également au droit des bases de données. Élaborée pour l'occasion, le passage à la licence « Open Database Licence » nécessite l'accord de chaque contributeur afin de réaliser le changement de licence. En cas de silence ou de refus, la contribution sera supprimée, nécessitant alors une nouvelle intégration des données concernées¹⁹³.

190« *Option Libre* » : *compatibilité entre contrats*, Benjamin Jean, mémoire ss. dir. M. Vivant, 2006.

191<<http://fr.ekopedia.org/Ekopedia:Changement-Licence-CC-BY-SA-3.0>> (lien consulté le 05 mai 2009).

192Projet de cartographie façon « wiki ».

193OpenStreetMap contemplates licensing, Jonathan Corbet, 22 octobre 2008 disponible sur <<http://lwn.net/Articles/304218/>> (consulté le 19 avril 2009) ; OpenStreetMap souhaite changer de licence, Nÿco, le 03 mars 2009, disponible sur <<https://linuxfr.org/2009/03/03/25099.html>> (lien consulté le 05 mai 2009).

158. **Le cas de la GFDL.** Une autre solution permettant de passer d'une licence à une autre est l'attitude adoptée par les rédacteurs de la GFDL. Outre la question des sections invariantes, cette licence possède des désavantages pratiques. Par exemple, la rediffusion d'une œuvre protégée par la GFDL oblige à incorporer dans l'œuvre une copie de la licence. Dans le cas d'une œuvre courte, le risque est d'avoir une licence plus longue que l'œuvre elle-même. La licence GFDL a été initialement choisie par le projet Wikipedia. Cependant, Wikipedia a souhaité changer de licence. Si les efforts du projet Ekopedia sont déjà considérables, obtenir l'accord individuel de tous les contributeurs de Wikipedia relève concrètement de l'impossible. Choisir une autre licence plus restrictive n'aurait aucun sens.

159. Par un changement de licence, la fondation Wikipedia souhaite utiliser une licence moins restrictive et permettre de meilleurs échanges de contenus avec d'autres encyclopédies. La fondation Wikipedia a fait le choix d'abandonner la licence GFDL au profit de la licence CC-BY-SA 3.0¹⁹⁴. Une solution fut prise lors de la publication de la version 1.3 de la GFDL permettant un transfert du contenu vers la licence concernée¹⁹⁵. En effet, la version 2.0 de la GFDL n'étant pas prête, la FSF a alors décidé d'incorporer dans la FDL un article 11 permettant, sous certaines conditions¹⁹⁶, de transférer des documents sous GFDL au profit de la

194 Résolution disponible sur <http://wikimediafoundation.org/wiki/Resolution:License_update> (lien consulté le 05 mai 2009).

195 *Wikipedia/CC news: FSF releases FDL 1.3*, Mike Linksvayer, 3 novembre 2008 <<http://creativecommons.org/weblog/entry/10443>> (lien consulté le 05 mai 2009).

196 Extrait de la GFDL :

« 11. RELICENSING

"Massive Multiauthor Collaboration Site" (or "MMC Site") means any World Wide Web server that publishes copyrightable works and also provides prominent facilities for anybody to edit those works. A public wiki that anybody can edit is an example of such a server. A "Massive Multiauthor Collaboration" (or "MMC") contained in the site means any set of copyrightable works thus published on the MMC site.

"CC-BY-SA" means the Creative Commons Attribution-Share Alike 3.0 license published by Creative Commons Corporation, a not-for-profit corporation with a principal place of business in San Francisco, California, as well as future copyleft versions of that license published by that same organization.

"Incorporate" means to publish or republish a Document, in whole or in part, as part of another Document.

An MMC is "eligible for relicensing" if it is licensed under this License, and if all works that were first published under this License somewhere other than this MMC, and subsequently incorporated in whole or in part into the MMC, (1) had no cover texts or invariant sections, and (2) were thus incorporated prior to November 1, 2008.

The operator of an MMC Site may republish an MMC contained in the site under CC-BY-SA on

licence CC-BY-SA 3.0. Cette possibilité a été créée à l'occasion d'un besoin ponctuel de la Fondation Wikipedia. Elle apparaît tout de même peu orthodoxe en raison de son aspect « *sur-mesure* », ce qui pose tout de même un sérieux problème éthique à la lumière des valeurs quasi-universalistes du mouvement du libre.

160. Incompatibilités entre versions d'une même licence. Plus délicat, des incompatibilités peuvent apparaître entre deux versions d'une même licence¹⁹⁷. Le débat suscité par le passage de la GPL v2 à la GPL v3 montre que certains auteurs s'opposent catégoriquement à la mise de leur œuvre sous une licence dont l'évolution leur déplaît. De même, il n'est pas certain qu'une licence ultérieure soit en pratique compatible avec une licence antérieure. Cette situation apparaît de prime abord théorique mais elle peut avoir des effets pratiques désastreux. Alors que la licence porte le même nom, une incompatibilité entre deux versions peut empêcher l'intégration d'une œuvre dans une autre œuvre soumise à une licence dont la version est différente. S'il va de soi qu'un travail de compatibilité entre licences repose sur leurs rédacteurs, aucune garantie de compatibilité n'est assurée. On peut toutefois signaler la mise en place de documentations permettant de connaître l'état de compatibilité d'une licence avec d'autres licences. Tel est par exemple l'attitude de la FSF concernant la GPL¹⁹⁸.

161. Quoi qu'il en soit, si les licences posent des difficultés d'incompatibilité entre-elles, une difficulté majeure apparaît lors de l'interprétation de la licence par le juge.

the same site at any time before August 1, 2009, provided the MMC is eligible for relicensing. »

197 *Ou toute autre version ultérieure de la licence...*, Alexis Kaufmann, publié le 04 février 2009, disponible sur <<http://www.framablog.org/index.php/post/2009/02/04/licence-version-ulterieure-gpl-fsf-creative-commons-wikipedia>> (lien consulté le 05 mai 2009).

198 *What does it mean to say a license is "compatible with the GPL?"*, Frequently Asked Questions about the GNU Licenses, disponible sur <<http://www.fsf.org/licensing/licenses/gpl-faq.html#WhatDoesCompatMean>> (lien consulté le 05 mai 2009).

2. Les risques d'interprétation par le juge

162. Les licences libres reposent sur le droit des contrats et sur le droit de la propriété intellectuelle. Ces deux droits sont parfaitement connus et identifiés. Cela étant, les notions développées par le libre restent encore peu interprétées par les juridictions. Leurs limites nécessitent d'être éprouvées par les tribunaux.

163. **La notion de distribution ou l'affaire « freebox ».** Les juridictions françaises vont avoir la primeur de définir jusqu'où la notion de distribution doit être interprétée. Ainsi, le fournisseur d'accès à Internet Free procure à chacun de ses abonnés un modem appelé « freebox » et « Equipement Terminal » dans les conditions générales de vente. Cet équipement Terminal est défini dans le contrat comme « *le Point de terminaison du réseau de Free, constitué d'un appareil électronique et de ses accessoires, et qui sert d'interface entre l'équipement informatique et éventuellement téléphonique et/ou audiovisuel de l'Usager, et le réseau de Free, sans lequel l'accès aux Services Free Haut Débit n'est pas possible. L'Equipement Terminal est la propriété de Free et est mis à la disposition de l'Usager pour les seuls besoins du Contrat* »¹⁹⁹. Cet appareil permet en pratique de faciliter l'accès à des services fournis gratuitement aux abonnés. Selon l'article 9 des conditions générales de vente « l'Equipement Terminal » est simplement « *mis à disposition* » au profit de l'utilisateur. Cet équipement « *demeure la propriété pleine et entière* » du fournisseur d'accès. Ce dernier « *confère à l'Usager qui en a la garde un droit d'utilisation* ».

164. Quoi qu'il en soit, cet « équipement terminal » peut consister en la mise à disposition d'un modem plus connu sous le nom de « Freebox ». Ce dernier est notamment connu pour contenir des logiciels élaborés avec des éléments sous licence GPL, notamment des logiciels écrits par Harald

¹⁹⁹Extrait des conditions générales de vente du forfait Free Haut Débit applicables à compter du 01 février 2009, document disponible sur <http://adsl.free.fr/cgv/CGV_FORFAIT_hors_opt_01022009.pdf> (lien consulté le 05 mai 2009).

WELTE. Ce dernier reproche à Free qu'il y a distribution du logiciel et donc, de ne pas respecter la GPL, en ne fournissant pas les sources des logiciels présents sur la Freebox auprès de ses clients.

165. Toute la question est donc de savoir si la « *mise à disposition* » auprès d'un client doit être analysée comme une distribution. Selon le droit français pour qu'il y ait distribution, encore faut-il qu'il y ait une location ou un contrat de prêt. Deux critères d'analyse peuvent alors être adoptés. D'une part, il est possible de choisir une analyse dite « distributive » du contrat permettant à chaque partie du contrat. Cette méthode est particulièrement intéressante dans des contrats où chaque partie correspond à des objets différents. Si une telle analyse est adoptée, la mise à disposition de la Freebox peut alors être considérée comme un contrat de prêt, conformément aux articles 1875 et suivants du code civil (relatifs au prêt à usage et commodat). D'autre part, il est également possible de choisir une logique dite « globale ». Dans un tel cas, on recherche quel est l'objet le plus important du contrat, tous les autres objets étant accessoires à celui-ci. L'accessoire suivant le principal, une clause qui pourrait être analysée comme un contrat d'un autre genre suivra le régime posé par le régime applicable au contrat dans sa globalité. Les conditions générales de vente de Free ne peuvent être analysées comme un contrat de prêt : l'objet du contrat est de mettre à disposition de l'utilisateur un service d'accès à Internet. L'acheteur du service ne souscrit pas le contrat pour qu'il lui soit mis à disposition une Freebox, dont la mise à disposition est gratuite. Qui, plus est, cet appareil reste facultatif afin d'accéder aux services proposés par le fournisseur d'accès²⁰⁰.

166. En l'espèce, la mise à disposition est gratuite et aucun contrat de location n'existe, ne fût-ce à titre gratuit. Une analyse distributive du contrat semble alors pour le moins délicate. En outre, nul n'acquiert un abonnement chez Free dans le seul et unique but d'obtenir une Freebox.

²⁰⁰ Il est en effet techniquement et contractuellement possible d'utiliser un autre modem que celui mis à disposition par Free. De même, tous les services fournis peuvent être accessibles par d'autres moyens que par la Freebox. L'intention de Free lors de la mise à disposition du modem est de faciliter l'accès aux services fournis.

Faute de pouvoir faire cette analyse, il n'y a pas, juridiquement, de distribution de la Freebox, ni des logiciels l'accompagnant.

167. Au delà du débat relatif à la mise à disposition des sources des logiciels en question, il est intéressant de s'interroger sur la nature de l'obligation de la mise à disposition des sources. Cette condition n'apparaît pas être un critère de reconnaissance du statut de « libre ». Néanmoins, ce débat, et l'attachement des utilisateurs de logiciels libres à cette question, révèle probablement l'existence d'une obligation morale, mais non contraignante, de publication des sources d'une œuvre dérivée d'une œuvre libre.

168. En conséquence de quoi, les licences libres possèdent des risques juridiques qui leur sont propres. De tels risques s'inscrivent dans une politique de gestion des droits de propriété intellectuelle, qui révèlent des spécificités aux aspects stratégiques.

2. Des spécificités liées aux aspects stratégiques

169. Les licences libres possèdent des conséquences importantes pour un titulaire de droit. L'utilisation de telles licences sur des droits de propriété intellectuelle implique une réflexion quant à la stratégie relative à ses droits de propriété intellectuelle (1). Paradoxalement, les licences libres peuvent également participer à la remise au goût du jour de la culture du secret (2).

1. Un choix stratégique de gestion des droits de propriété intellectuelle

170. L'utilisation de licences libres impliquent-elle un abandon des prérogatives relatives aux droits de propriété intellectuelle dont on est titulaire ? La reconnaissance par le droit positif des licences libres et la possibilité de poursuites sous l'angle de la contrefaçon, impliquent

nécessairement une réponse négative. Néanmoins, l'utilisation des licences libres entraîne nécessairement une réflexion à adopter quant à la gestion des droits de propriété intellectuelle dont on est titulaire ou que l'on souhaite acquérir.

171.La nécessaire avance sur les autres. La durée de vie d'un logiciel tout comme d'une information peuvent être infimes. La protection offerte par le droit d'auteur est alors totalement démesurée. Sous l'impulsion des nouvelles technologies de l'information et de la communication, la publication ou la mise à disposition de l'œuvre possède un coût très faible. En revanche, le temps consacré à la conception de ces œuvres est inversement plus important. En choisissant une licence libre, les auteurs peuvent avoir un choix entre deux stratégies. D'un point de vue individualiste, il peut s'agir de faire un « coup » et de porter un dommage considérable à ses concurrents. Ceux-ci auront probablement dépensés du temps et de l'argent pour aboutir à une solution équivalente. La garantie des libertés fondamentales accompagnée d'une fréquente mise à disposition des sources de l'œuvre et de la gratuité du bien impliquent une considérable difficulté pour tout concurrent d'être économiquement plus intéressant. D'autre part, d'un point de vue collectif, il peut aussi s'agir d'une volonté de mutualiser des investissements, qui, individuellement, sont impossibles à réaliser. À long terme, cette solution implique de nouvelles façons de travailler²⁰¹. Implicitement, elle nécessite également de dépenser un temps conséquent pour rester à la pointe.

172.Reconnaissance de l'excellence technique. L'ancienneté et les arguments d'autorités ne priment pas au sein de la communauté du libre. L'intervention de Richard Stallman²⁰² à propos de la licence « *Microsoft's Sender-ID license* » dans un groupe de travail sur le spam²⁰³ a été fort mal

²⁰¹Logiciel Libre, la fin de l'entreprise ?, Thomas Petazzoni, 03 janvier 2005, disponible sur <<http://thomas.enix.org/Blog-20050103190940-Libre>> (lien consulté le 05 mai 2009).

²⁰²RMS Weighs In On SPF/Sender-ID License, Timothy, 25 juillet 2004, disponible sur <<http://it.slashdot.org/article.pl?sid=04/07/25/1343228&tid=111>> (lien consulté le 05 mai 2009).

²⁰³Les spams sont des messages électroniques non sollicités, le plus fréquemment à vocation commerciale.

accueillie. Aussi anecdotiques soient-elles, les réponses²⁰⁴ qui lui ont été apportées illustrent le refus d'une stérile idolâtrie. En conséquence de quoi, un auteur ou un ayant droit souhaitant « libérer » ses œuvres doit également s'attendre à ce qu'il ne soit plus « *sacralisé* », ce qui tranche fortement avec le droit de la propriété intellectuelle, et le droit d'auteur en particulier²⁰⁵. Cela explique pourquoi une œuvre « libérée » peut être utilisée dans des contextes que l'auteur n'aurait probablement jamais pu concevoir lors de sa création, grâce notamment à la possibilité de développements alternatifs²⁰⁶ de l'œuvre. Alors que la notion de licence libre est particulièrement dogmatique, l'influence d'un créateur découle d'avantage de son excellence technique que de son influence dogmatique.

173.La tentation de créer des interdictions. L'utilisation d'une licence libre implique pour le créateur une certaine forme de dépossession. Il est alors tentant d'utiliser les autres outils rendus disponibles par la propriété intellectuelle pour recréer une certaine forme de dépendance. Tel est par exemple le cas de la Fondation Mozilla qui ne « libère » pas les marques associées à des logiciels comme le navigateur Mozilla Firefox ou le lecteur de courrier électronique Mozilla Thunderbird. Faisant suite à un rapport d'anomalie²⁰⁷, Branden Robinson affirme²⁰⁸ la volonté de réaliser un développement alternatif à la version de la Fondation Mozilla, afin d'être davantage en conformité avec l'esprit²⁰⁹ du point 8 du contrat social

204Un message synthétisant les différents messages postés sur le sujet est disponible sur <<http://www.linux-france.org/lug/gulliver/ml-archives/juillet-2004/msg00136.html>> (lien consulté le 05 mai 2009).

205Voir notamment *Le sacre de l'auteur*, Bernard Edelman, 2004.

206Des « forks » en anglais.

207*Debian Bug report logs - #354622 Uses Mozilla Firefox trademark without permission*, disponible sur <<http://bugs.debian.org/cgi-bin/bugreport.cgi?bug=354622>> (lien consulté le 19 avril 2009).

208« *Under these conditions, we, and our users, retain the essential right to fork. We can decide to take the Mozilla Firefox codebase and replace the marks within it with references to frost-encrusted mustelidaeans*», (Traduction : Dans ces conditions, nous, et nos utilisateurs, conservons le droit essentiel à des développements alternatifs. Si nous le souhaitons, nous pouvons décider de prendre le code source de Mozilla Firefox afin d'y remplacer toutes les marques qui y sont présentes faisant référence à de la gelée incrustée de « *mustelidaeans* »), Branden Robinson (Debian Project Leader), 07 juillet 2005, disponible sur <<http://lists.debian.org/debian-devel-announce/2005/07/msg00002.html>> (lien consulté le 05 mai 2009).

209« *That, to me, is the spirit behind section eight of the DFSG* » (Traduction : Tel est, en ce qui me concerne, l'esprit du point 8 du contrat social Debian), Branden Robinson (Debian Project Leader), 07 juillet 2005, disponible sur <<http://lists.debian.org/debian-devel->

Debian²¹⁰.

174. Cet usage pour le moins stratégique des licences libres ne doit pas faire oublier que les licences libres sont un excellent prétexte pour faire réapparaître de nouvelles formes du secret d'invention, pourtant pourchassé par le droit de la propriété industrielle.

2. Une possible remise au goût du jour du secret

175. **Secret et droit d'auteur.** En admettant la protection par le droit d'auteur, la divulgation de la mise au point de l'œuvre n'est pas une condition préalable à leur protection. Cette absence de divulgation a permis l'émergence des logiciels « captifs ». En outre, si la divulgation de la méthode de fabrication peut être pertinente pour les logiciels, un tel critère est inapplicable face aux créations relevant des « beaux-arts ». Ce critère constitue par ailleurs une différence considérable entre le droit d'auteur et le droit des brevets. Quoi qu'il en soit, si l'on souhaite obtenir une définition unitaire des œuvres libres, l'obligation de la divulgation des sources ne peut être retenue comme un critère de qualification d'une licence comme « licence libre ».

176. Néanmoins, sur un plan technique, la conception d'une œuvre peut être particulièrement complexe. Cela n'a pas empêché de nombreux artistes d'utiliser le secret lors de la mise au point de leurs œuvres, comme ceci fut le cas dans le domaine de la peinture²¹¹. L'usage de techniques secrètes est de peu d'intérêt lors du maniement d'un simple papier et d'un crayon. Tel n'est plus forcément le cas en présence d'une œuvre dont la création nécessite la maîtrise d'outils d'une grande complexité, à l'image de

announce/2005/07/msg00002.html> (lien consulté le 05 mai 2009).

210 Le contrat social Debian (également appelé « DFSG » ou Debian Free Software Guidelines) prévoit dans son point 8 que (« *La licence ne doit pas être spécifique à Debian* », selon <http://www.debian.org/social_contract.fr.html> (lien consulté le 05 mai 2009).

211 Voir par exemple *Le secret des Van Eyck*, « *il était détenteur d'un secret qu'il n'a jamais communiqué à personne et qui consistait probablement dans la composition d'un agglutinant à base d'ambre ce qui amena à penser qu'il avait réussi la dissolution de l'ambre à froid* », Jean-Charles FUMOUX, 06 février 2009, disponible sur <<http://www.meublepeint.com/secret-van-eyck.htm>> (lien consulté le 05 mai 2009).

l'informatique. Si les œuvres logicielles en sont un parfait exemple, la généralisation de l'informatique dans la mise au point des œuvres littéraires ou artistiques remet au goût du jour le culte du secret. S'agissant d'œuvres dont la réplication à l'infini est techniquement possible, les enjeux financiers sont importants. À propos du logiciel, Mousseron estimait que « *les programmes secrets paraissent bien appartenir à cet acquis technologique qu'est le know-how, point toujours inventif mais toujours représentatif de temps et d'argent* ». ²¹² Il ne fait nul doute que ce qui est valable pour les logiciels, peut être appliqué à toute œuvre réalisée grâce à des outils nécessitant une importante maîtrise technique.

177. Secret commercial. La divulgation du code source des logiciels libres est imposée par la plupart des licences libres. Néanmoins, le modèle commercial des logiciels libres ne repose pas uniquement sur la seule vente du programme informatique. Bien au contraire, les logiciels libres deviennent financièrement profitables grâce aux prestations de services. Précisons toutefois que cette situation n'est toutefois pas limitée aux seuls logiciels libres. Quoi qu'il en soit, cette prestation de service peut déceler de nombreux secrets commerciaux : la connaissance technique n'est pas systématiquement divulguée et l'acquisition d'une telle connaissance peut avoir un coût considérable, notamment en terme de temps. Ceci explique l'importance attachée par de nombreux tenants du libre à ce que l'œuvre soit documentée, qu'elle soit elle-même fabriquée avec des logiciels libres, etc etc. Une telle attitude est révélatrice de l'hostilité envers le secret mais également de la crainte que ce dernier puisse être utilisé par des créateurs d'œuvres libres. L'affaire « freebox » constitue une excellente illustration de cette situation, où, en l'absence de publication du code source, une certaine forme de secret apparaît et déclenche immédiatement les hostilités. Une forme d'obligation morale à combattre le secret existe. Cette obligation n'est pas systématiquement contenue dans les licences

²¹²Jean-Marc Mousseron, « *La protection juridique des programmes d'ordinateurs* », Colloque de Strasbourg, oct. 1967, publié dans *La protection des résultats de la recherche face à l'évolution des sciences et des techniques*, Paris, 1969, p. 128 ; selon François Magnin, *Know-How et Propriété Industrielle*, éd. Librairies Techniques, 1974, p. 124.

libres et surtout, le secret peut apparaître dans des cas où l'œuvre n'est pas cédée. En l'absence de cession, un telle obligation ne peut devenir contraignante, sans quoi, toute information doit devenir publique.

Conclusion

178. Grâce aux licences libres, le libre parcours des idées est non seulement encouragé nous faisons également face à un libre parcours des créations. La singulière utilisation du droit de la propriété intellectuelle associée au droit des contrats permet aux licences libres de créer de nouveaux usages et une protection renouvelée des créations intellectuelles. Elles cultivent un aspect « *poil à gratter* », bousculent les usages et font réapparaître de profondes remises en question de la propriété intellectuelle.

179. Une définition précise des licences libres soulève de nombreuses difficultés. Les moult divergences existantes ouvrent la voie à la prise en considération de droits à l'envergure politique. À nos yeux, pour qu'une licence puisse être considérée comme libre, elle doit, au minimum, garantir dans toutes les circonstances les libertés d'étude, de copie, de distribution et de modification de l'œuvre elle-même ou de sa copie.

180. Dans l'optique de la mise au point d'une définition unifiée des œuvres libres et des licences qui les définissent, la question de la mise à disposition des sources ouvre des difficultés conceptuelles importantes entre les différentes œuvres protégées par le droit d'auteur. Bien que généralement imposée par la licence, cette obligation ne constitue pas nécessairement un critère relatif à la garantie des libertés. Par conséquent, à notre sens, cette obligation ne saurait être imposée au sein d'une licence dite « libre ».

181. Ceci étant, cette définition doit être comprise comme une définition *a minima*. Hormis dans des contextes de pure opportunité, le respect de critères minimums n'est pas une fin en soi. En outre, en pratique, ces licences pourraient être rejetées par les auteurs et les acquéreurs d'œuvres libres, en raison de l'insuffisance de garantie d'exercice des libertés.

182.C'est pourquoi la plupart des licences libres posent des conditions supplémentaires en vue d'offrir plus de moyens garantissant une grande liberté de l'utilisateur de l'œuvre. Tel est le cas de la fourniture des sources, mais également celui d'une documentation détaillée de la compréhension de l'œuvre. Afin de les utiliser dans des conditions satisfaisantes, ces obligations sont, en pratique, particulièrement utiles en présence d'œuvres à dimension « technique ». De plus, de telles obligations permettent d'apporter à l'œuvre considérée un degré de « liberté » plus important. Ce degré de liberté est utilisé par les communautés selon leurs propres systèmes de valeur afin de reconnaître ou rejeter la qualification de la licence comme étant libre. Cette systématisation de la qualification peut s'analyser à un travail de labéllisation, dont les contours restent fragiles.

183.Néanmoins, des critères exigeants permettent de créer une logique vertueuse. Cette logique vertueuse est indispensable face à une résurgence possible du secret. Historiquement, la technique juridique permet de limiter le secret grâce au droit des brevets. Cependant, l'Europe fait face à un droit des brevets incapable d'appréhender de nouveaux domaines comme les méthodes commerciales ou les logiciels. La protection par le droit d'auteur ou par le secret ne peuvent constituer que des pis-aller. En effet, dans le premier cas la durée de protection est disproportionnée et difficilement adaptée à des œuvres techniques. Dans le second cas, ni la collectivité, ni l'inventeur ne peuvent être satisfaits par la présence du secret surtout lorsqu'il est conjugué à une faible protection des innovations.

184.Cette situation constitue probablement un appel à la mise au point de nouveaux moyens de protection.

185.Les licences libres innovent en permettant au cocontractant du titulaire d'un droit de propriété intellectuelle d'acquérir des droits très étendus sur

la création acquise. Au service de nouveaux modèles économiques, elles constituent probablement l'aspect émergé de l'iceberg préfigurant une nouvelle génération de la propriété intellectuelle.

186. Quoi qu'il en soit, la mise au point d'un droit spécialement adapté aux œuvres libres ne semble pas forcément actuellement adapté : la mise au point d'une définition des œuvres libres et d'un droit *ad hoc* relève probablement davantage d'une approche politique que juridique. D'une part, le concept du « libre » repose sur l'utilisation à retors du droit positif, et, même si quelques difficultés demeurent, tend à s'intégrer dans celui-ci. Si des aménagements face à des cas particuliers peuvent être nécessaires, le développement d'un droit spécial des licences et des œuvres libres semble inutile. D'autre part, la définition juridique du « libre » est l'objet de profondes controverses conceptuelles. L'absence de théorie générale de la propriété intellectuelle rend par exemple très délicate la question de l'obligation de la divulgation de la méthode de fabrication d'une œuvre libre, puisque l'approche entre la propriété littéraire et artistique et la propriété industrielle sont très différentes sur ce point.

187. La reconnaissance par le législateur d'une définition des œuvres libres pourrait permettre d'adopter une définition uniforme. Face au chaos de définitions actuelles, ceci pourrait permettre de donner un cadre juridique un peu plus strict. Cependant, encore faut-il que ce cadre soit mondialement reconnu pour qu'il ne soit pas contre-productif.

188. De plus, les licences libres restent un phénomène encore balbutiant, le cadre de leur protection est, en pratique, satisfaisant. En l'absence d'un consensus sur la définition du « libre », l'intervention du législateur nécessitera des choix politiques délicats afin de créer des dispositions spécifiques pour les licences libres. Face à un domaine aux contours délicats ... Après les débats pour le moins houleux ayant entourés les lois DADVSI et HADOPI, il ne fait aucun doute que l'élan créateur du législateur sera timoré par la délicate question du « libre ».

Index alphabétique

A

abandon.....	68, 79
appellation d'origine.....	52
ASCARP.....	70

B

base de donnée.....	74
beaux-arts.....	48, 82
brevet.....	10 sv, 19, 47, 65, 82, 86

C

cartographie.....	17
cession.....	16, 18, 61 sv, 66
contrefaçon.....	21, 58 sv, 64, 79
copyleft.....	20, 27, 29 sv, 55 sv
copyright.....	12, 19 sv, 65, 72
couture.....	17

D

dépendance.....	81
domaine public.....	66, 68
droit à l'information.....	64
droit moral.....	66 sv
durée des droits d'auteur.....	64 sv, 86

E

effet contaminant.....	42, 50, 58
exception culturelle.....	71

F

FLOSS.....	28
Freebox (affaire).....	77, 83
Freedom Task Force.....	60
freeware.....	15

H

Harald WELTE.....	59, 77
-------------------	--------

I	
incompatibilité.....	28, 72 sv, 76
indication géographique.....	52
intérêt du public.....	64
K	
know-how.....	83
L	
Licence SGAE.....	69
logiciel captif.....	15, 82
M	
marché public.....	70
marque.....	10, 18 sv, 65, 81
mesures techniques.....	21, 42, 44 sv, 64
R	
res nullius.....	15
S	
SACEM.....	69
secret.....	11, 14, 47 sv, 79, 82 sv, 86
section invariante.....	38, 42, 49 sv
shareware.....	15
solidarité.....	14, 39
T	
tivoïsation.....	43
œ	
œuvre collective.....	63
œuvre composite.....	63
œuvre de collaboration.....	63

Les numéros renvoient à la page correspondante

Table des matières

Introduction.....	9
Chapitre I La qualification ambiguë de « licence libre ».....	24
Section 1 Des critères indispensables quant à la qualification de licence libre.....	26
1.L'alternative entre unicité et diversité de critères de qualification	26
1.Le logiciel : une œuvre à l'origine des critères de qualification..	26
2.Les œuvres non-logicielles : trouble-fête des critères de qualification.....	28
3.Une logique identique, des critères communs.....	31
2.L'étroite unicité de critères de qualification.....	32
1.Une sur-enchère de définitions.....	32
2.Tentative de définition unifiée.....	34
1.La licence doit garantir une liberté d'usage dans tous contextes.....	35
2.La licence doit garantir une liberté d'étude et de modification de l'œuvre.....	37
3.La licence doit garantir les libertés de copie et de distribution	39
Section 2 Des critères facultatifs quant à la qualification de licence libre.....	41
1.La présence facultative de moyens d'exercice des libertés.....	42
1.L'absence d'utilisation de mesures techniques de protection....	42
2.La mise à disposition des sources de l'œuvre.....	46
3.L'absence de section invariante dans l'œuvre.....	49
4.l'effet contaminant.....	50
2.La classification des licences en fonction de leur degré de liberté	51

Chapitre II Le régime complexe des « licences libres ».....	53
Section 1 Des spécificités liées aux interactions avec le droit applicable.....	54
1.Des licences reconnues par le droit positif.....	54
1.Une acceptation par le droit positif des œuvres placées sous licences libres	54
2.La mise en place d'une protection des œuvres placées sous licences libres	58
2.Des licences confrontées au droit positif.....	60
1.Des difficultés théoriques liées au droit d'auteur.....	60
1.Des difficultés liées au droit patrimonial du droit d'auteur.....	60
1.Les difficultés liées au formalisme du droit d'auteur.....	61
2.Les difficultés posées par les œuvres orphelines.....	62
3.Les difficultés soulevées par l'augmentation de la protection du droit d'auteur.....	64
2.Les difficultés liées au droit moral du droit d'auteur.....	66
2.Des difficultés pratiques liées à l'exploitation de l'œuvre.....	68
1.Les difficultés avec les sociétés d'auteur.....	68
2.Les difficultés avec le droit public.....	70
Section 2 Des spécificités liées aux licences libres elles-mêmes.....	73
1.Des spécificités liées aux risques juridiques.....	73
1.Les risques d'incompatibilités entre licences.....	73
2.Les risques d'interprétation par le juge.....	77
2.Des spécificités liées aux aspects stratégiques.....	79
1.Un choix stratégique de gestion des droits de propriété intellectuelle.....	79
2.Une possible remise au goût du jour du secret.....	82
Conclusion.....	85
Bibliographie.....	92

Bibliographie

I) Ouvrages généraux

1. Traités

- **LUCAS André et Henri-Jacques**, *Traité de Propriété Littéraire et Artistique*, 3^{ème} édition, 2006, Litec, ISBN 9782711005185
- **POUILLET Eugène**, *Traité théorique et pratique de la propriété littéraire et artistique et du droit de représentation*, Paris, Imprimerie générale de jurisprudence, 3^{ème} édition, 1908

2. Manuels et précis

- **AZÉMA Jacques, GALLOUX Jean-Christophe**, *Droit de la propriété industrielle*, 6^{ème} édition, 2006, Précis Dalloz, ISBN 9782247041268
- **BÉNABENT Alain**, *Droit civil, les obligations*, 10^{ème} édition, 2006, Montchrestien, ISBN 2 7076 1422 X
- **BÉNABENT Alain**, *Droit civil, Les contrats spéciaux civils et commerciaux*, 7^{ème} édition, 2006, Montchrestien, ISBN 2 7076 1423 8
- **BERTRAND André**, *Le droit d'auteur et les droits voisins*, 2^{ème} édition, 1999, Dalloz, ISBN 2 2470 2422 X
- **BOURGUET Frédéric, LEROUX Isabelle**, *Litiges de contrefaçon de brevets – Une étude comparative des systèmes juridictionnels*, 2006, La documentation Française, ISBN 2 1100 6201 0

- **BRUGUIÈRE Jean-Michel**, *Droit des propriétés intellectuelles*, 2005, Ellipse, ISBN 2 7298 2587 8
- **BURST Jean-Jacques**, *Breveté et licencié : leurs rapports juridiques dans le contrat de licence*, Centre d'Études Internationales de la Propriété Industrielle (Strasbourg), 1970, Librairies techniques
- **BURST Jean-Jacques**, *Concurrence déloyale et parasitisme*, éditions Dalloz, 1993, ISBN 2 2470 1482 8
- **CARBONNIER Jean**, *Droit civil, Volume 2, Les biens, Les obligations*, octobre 2004, Presses Universitaires de France, ISBN 2 1305 4739 7
- **CARON Christophe**, *Droit d'auteur et droits voisins*, 2006, Litec, ISBN 2 7110 0668 9
- **DESBOIS Henri**, *Le droit d'auteur en France*, 3^{ème} édition, 1978, Dalloz, ISBN 2 2470 0223 4
- **FOYER Jean, VIVANT Michel**, *Le droit des brevets*, 1991, PUF, ISBN 2 1304 3196 8
- **GALLOUX Jean-Christophe**, *Droit de la propriété industrielle*, 2^{ème} édition, Dalloz, 2003, ISBN 2 2470 5110 3
- **LE TOURNEAU Philippe**, *Le parasitisme : agissements parasitaires et concurrence parasitaire, protection contre les agissements et la concurrence parasitaires, sauvegarde du savoir-faire, des informations, des données et des connaissances des entreprises*, 1998, Litec, ISBN 2 7111 2964 0

- **MALAURIE Philippe, AYNÈS Laurent, GAUTIER Pierre-Yves**, *Les Contrats spéciaux*, 2004, Defrénois, ISBN 2 8562 3052 0
- **MAGNIN François**, *Know-How et Propriété Industrielle*, éd. Librairies Techniques, 1974
- **PASSA Jérôme**, *Droit de la propriété industrielle*, Tome 1, Marques et autres signes distinctifs, dessins et modèles, 2006, Dalloz, ISBN 2 2750 3002 6
- **POLLAUD-DULIAN Frédéric**, *Le droit d'auteur*, 2005, Economica, ISBN 2 7178 4926 2
- **POLLAUD-DULIAN Frédéric**, *Droit de la Propriété Industrielle*, 1999, Montchrestien, ISBN 2 7076 1010 0
- **ROUBIER Paul**, *Le droit de la propriété industrielle*, Dalloz, tome 1 (1952) et tome 2 (1954)
 - Recueils de Jurisprudence
- **Les Grands Arrêts de la Jurisprudence Civile (GAJC)**, 11^{ème} édition, tome 1, Éditions Dalloz, ISBN 2 2470 3105 6
- **Les Grands Arrêts de la Propriété Intellectuelle (GAPI)**, Éditions Dalloz, ISBN 2 2470 5401 3

II) Ouvrages spéciaux

1. Monographies

- **AMBLARD Philippe**, « Copyleft : une nouvelle forme de droit d'auteur à l'époque de l'Open Source ? », publié dans *Hypernietzsche*, modèle d'un

hypertexte savant sur Internet pour la recherche en sciences humaines, Questions philosophiques, problèmes juridiques, outils informatiques, ss. dir. d'Iorio Paolo, éd. PUF, Paris, 2000

- **BREESE Pierre**, « *Communauté du logiciel libre et communauté du brevet réunit dans un même combat pour des brevets de qualité* », Chroniques de la propriété intellectuelle, consultable sur <<http://breese.blogs.com/pi/2009/02/communaut%C3%A9-du-logiciel-libre-et-communaut%C3%A9-du-brevet-r%C3%A9unit-dans-un-m%C3%Aame-combat-pour-des-brevets-de-.html>>
- **COOL Yorick, MONTÉRO Étienne et alii**, *Les logiciels libres face au droit*, 2005, Bruylant, ISBN 2 8027 2055 4
- **DUSSOLLIER Séverine**, *Droit d'auteur et protection des œuvres dans l'univers numérique, Droits et exceptions à la lumière des dispositifs de verrouillage des œuvres*, 2005, Bruxelles, ISBN 2 8044 2835 4
- **DUSSOLLIER Séverine et alii**, « *Le droit d'auteur : un contrôle d'accès aux œuvres ?* » *Copyright, Copywrong*, actes du colloque, 2000, ISBN 2 8027 1460 0
- **EDELMAN Bernard**, *Le sacre de l'auteur*, 2004, ISBN : 2 0206 2949 6
- **HAMERLY Jim, PAQUIN Tom et WALTON Susan**, *Open sources - voices from the Open Source Revolution*, ISBN 1-56592-582-3, janvier 1999, O'Reilly & Associates
- **KAUFMANN Alexis**, « *Ou toute autre version ultérieure de la licence...* », 2009, disponible sur <<http://www.framablog.org/index.php/post/2009/02/04/licence-version-ulterieure-gpl-fsf-creative-commons-wikipedia>>

- **LATRIVE Florient**, « *La propriété intellectuelle : l'irruption du public* », *La propriété intellectuelle, en question(s), Regards croisés européens*, Litec, collection IRPI 2006, p. 15

- **LATRIVE Florient**, *Du bon usage de la piraterie*,
 - édition octobre 2004, Exils, ISBN : 2 9129 6959 X
 - édition mars 2007, La Découverte Poches essais, ISBN : 2 7071 5135 1

- **LESSIG Lawrence**, *Free Culture, How Big Media Uses Technology and the Law to Lock Down Culture and Control Creativity*, éd. The Penguin Press, 2004, New York, ISBN 1 5942 0006 8

- **MOUSSERON Jean-Marc**, « *La protection juridique des programmes d'ordinateurs* », Colloque de Strasbourg, octobre 1967, publié dans *La protection des résultats de la recherche face à l'évolution des sciences et des techniques*, Paris, 1969, p. 128

- **OBADA François**, « *Creative Commons : une liberté en nuances et à nuancer* », François Obada, 2005, disponible sur <<http://www.framasoft.net/article3994.html>>

- **PROUDHON Pierre-Joseph**, *Les majorats littéraires*, 1868, Paris

- **RAYMOND Eric** et alii, *The Cathedral & the Bazaar*, éd. O'Reilly, 2001, ISBN 9780596001087

- **ROUSSEAU Raphaël**, *Non commercial : est-ce cela qui importe dans les Licences dites "Libres" ? La diabolisation de l'argent* », 2005, disponible sur <<http://www.libroscope.org/Non-commercial-est-ce-cela-qui>>

- **STALLMAN Richard**, *Le Manifeste GNU*, 1985 (version française disponible sur <<http://www.gnu.org/gnu/manifesto.fr.html>>)

- **STALLMAN Richard**, *Pourquoi l'« open source » passe à coté du problème que soulève le logiciel libre*, 2007, (version française disponible sur <http://www.gnu.org/philosophy/open-source-misses-the-point.fr.html>>)

2. Mémoires

- **CLÉMENT-FONTAINE Mélanie**, *La licence publique générale GNU*, Mémoire, DEA Droit des créations immatérielles, Université Montpellier I, 1999
- **JEAN Benjamin**, « *Option Libre* » : *compatibilité entre contrats*, Mémoire, Master II Recherche Droit des créations immatérielles, Université Montpellier I, 2006

3. Thèses

- **ABELLO Alexandra**, *La licence, instrument de régulation des droits de propriété intellectuelle*, Université Paris Dauphine, 2006
- **CLÉMENT-FONTAINE Mélanie**, *Les œuvres libres*, Université Montpellier I, 2006
- **LUCAS André**, *La Protection des créations industrielles abstraites*, Centre d'études internationales de la propriété industrielle, 1973, ISBN : 8 4600 1876 8

III) Articles, chroniques et notes de jurisprudence

- **ARHEL Pierre**, commentaire arrêt CJCE, 29 avril 2004, IMS Health, Petites affiches, 19 juillet 2004, n°143, p. 26

- **BÉNABOU Valérie-Laure**, commentaire de l'arrêt IMS Health, Propriétés Intellectuelles, juillet 2004, n°12, p. 821, commentaire arrêt CJCE, 29 avril 2004
- **CARON Christophe**, « *Les licences de logiciels dits « libres » à l'épreuve du droit d'auteur français* », Dalloz, 2003, chron., p. 1556,
- **CARON Christophe**, commentaire de l'arrêt CJCE, 29 avril 2004, IMS Health, CCE, juin 2004, p. 29
- **CARON Christophe**, note sous CA Paris, 4^{eme} chambre A, 16 février 2005, SA Eos c/ E. Chaussade, CCE 2005, n°11, p. 23, comm. n°169
- **CARON Christophe**, note sous Cour de Cassation, 1^{ere} Chambre civile, 21 novembre 2006, CCE 2007, comm., n°3
- **CARON Christophe**, « *La Loi du 29 octobre 2007 : un an après* », CCE, 2008, n°124, p. 33
- **CARON Christophe**, « *Droit de la propriété industrielle* », JCP, éd. E, 2009, chron. n°2
- **COOL Yorick**, « *Aspects contractuels des licences de logiciels libres : les obligations de la liberté* », Les logiciels libres face au droit, Bruxelles, Bruylant, 2005, p. 137
- **CLÉMENT-FONTAINE Mélanie**, « *Les licences creative commons chez les Gaulois* », RLDI, janvier 2005, p. 33-34
- **DE MATTOS Olivier**, « *Doit-on taxer les fournisseurs d'accès à Internet pour financer la création artistique et culturelle ?* », Communication Commerce électronique n°9, Septembre 2004, Alerte 189

- **DUSSOLIER Séverine**, « *Les Creatives Commons : les outils du maître à l'assaut de la maison du maître* », Propriétés Intellectuelles, janvier 2006, n°18, p. 10
- **EDELMAN Bernard**, « *L'arrêt Magill : une révolution ? (à propos de l'arrêt de la CJCE du 6 avril 1995)* » Dalloz, 1996, chronique, p. 119
- **EDELMAN Bernard**, note sous Cour de Cassation, Assemblée Plénière, 7 mars 1986, Babolat c/ Pachot, Dalloz, 1986, 405
- **FRANÇON André**, note sous Cour de Cassation, 1^{ère} Chambre civile, 13 octobre 1993, RTD Com. 1994, 272
- **GAUDILLÈRE Pascal**, *Licences de logiciels libres et risques juridiques*, CCE 2005, n°4, étude n°16
- **GAUTIER Pierre-Yves**, note sous Cour de Cassation, 1^{ère} Chambre civile, 13 octobre 1993 (pourvoi n°91-11241) , publié au D. 1994, p. 166
- **GEIGER Christophe**, « *Les droits fondamentaux, garanties de la cohérence du droit de la propriété intellectuelle?* », JCP, éd. G, 2004, I, 150
- **GEIGER Christophe**, « *Breveter le logiciel ? Une analyse juridique et socio-économique* », Propriétés Intellectuelles, juillet 2005, n°16
- **GINSBERG Jane et SIRINELLI Pierre**, note sous Cour de Cassation, 1^{ère} Chambre civile, 28 mai 1991, JCP, éd. E, 1991, II, 220
- **KÉRÉVER André**, note sous Cour de Cassation, 1^{ère} Chambre civile, 28 mai 1991, RIDA, juillet 1991, p. 197
- **KÉRÉVER André**, note sous CA Paris, 4^{ème} chambre A, 16 février 2005, SA Eos c/ E. Chaussade, RIDA, juillet 2005, p. 323

- **LE TOURNEAU Philippe**, « *Folles idées sur les idées* », CCE, février 2001, chronique n°4
- **LUCAS André et VIVANT Michel**, note sous Cour de Cassation, Assemblée Plénière, 7 mars 1986, Babolat c/ Pachot JCP, éd. E, 1986, I, 15791, n. 1
- **LUCAS André**, note sous Cour de Cassation, 1^{ère} Chambre civile, 21 novembre 2006, Propriétés Intellectuelles, 2007, n°22, p. 93
- **MACREZ Franck et RIVIÈRE Raphaël**, *Les logiciels libres, l'administration et les marchés publics*, RLDI, n°16, mai 2006, p. 57 et s..
- **MOUSSERON Jean-Marc, TEYSSIÉ Bernard et VIVANT Michel**, note sous Cour de Cassation, Assemblée Plénière, 7 mars 1986, Babolat c/ Pachot, JCP éd. E, 1986, II, 14713 et 14737 bis
- **PLAISANT Robert**, *La protection du logiciel par le droit d'auteur*, Gaz. Pal., 27 septembre 1983, doctrine, p. 348
- **POLLAUD-DULLIAN Frédéric**, note sous Cour de Cassation, 1^{ère} Chambre civile, 21 novembre 2006, RTD Com. 2007, 363
- **RAYNARD Jacques**, note sous Cour de Cassation, 1^{ère} Chambre civile, 28 mai 1991, Dalloz, 1993, 197
- **ROUBIER Paul**, « *Théorie générale de l'action en concurrence déloyale* », Revue de Droit Commercial, 1948, I, p. 554,
- **SAINT-GAL Yves**, « *Concurrence déloyale et concurrence parasitaire, ou agissements parasites* », RIPIA 1956, p. 37

- **SARDIN Frédéric**, observations à propos du jugement TGI Paris, 3^{ème} Chambre, 28 mars 2007, Educafixx c/ CNRS et a., JCP, éd. Entreprise, 2008, n°38, 2130, § 7, p. 22
- **SAUREL Pierre et OHAYON Benjamin**, note sous TGI Paris, 3^{ème} Chambre, 28 mars 2007, Educafixx c/ CNRS et a., Gaz Pal. 2008, 1, somm., p. 503
- **SIRINELLI Pierre**, note sous Cour de Cassation, 1^{ère} Chambre civile, 21 novembre 2006, RIDA, janv. 2007, p. 265
- **VIVANT Michel**, « *La propriété intellectuelle entre abus de droit et abus de position dominante : à propos de l'arrêt Magill de la CJCE* », JCP, 1996, éd. G, n°47, doctrine, 3883.
- **VIVANT Michel**, note sous CA Paris, 13^{ème} Chambre, 4 juin 1984 Atari c/ Sidam et Valadon, JCP, éd. E, 1985, II, 14409

IV) Conférences et colloques

- « *L'avenir de la propriété intellectuelle* », IRPI, n°11, Paris, 26 octobre 1992, ISBN 2 7111 2075 9
- « *Arbitrage et propriété intellectuelle* », IRPI, n°12, Paris, 26 janvier 1994, ISBN 2 7111 2383 9
- « *L'efficacité des mesures de lutte contre la contrefaçon : étude comparée* », Colloque du 9 décembre 2005, Société de législation comparée, ISBN 2 9081 9949 1
- « *Digital Restrictions Management Should be Illegal* » (La gestion des droits numériques devrait être illégale), débat avec Richard Stallman, 18 octobre 2007

V) Ressources diverses

1. Ressources officielles et institutionnelles

- CES, Rapport « *Les droits d'auteur* », Michel Muller, 23 juin 2004 - Cour suprême du Canada, 30 juin 2004, CSC 45
- Conseil Supérieur de la Propriété Littéraire et Artistique (CSPLA), Avis sur « *Les œuvres orphelines* », adopté le 10 avril 2008, disponible sur <<http://www.cspla.culture.gouv.fr/CONTENU/avisoo08.pdf>>
- Conseil Supérieur de la Propriété Littéraire et Artistique (CSPLA), Commission sur les œuvres orphelines, Rapport, 19 mars 2008, disponible sur <<http://www.cspla.culture.gouv.fr/CONTENU/rapoeuvor08.pdf>>
- Commission Européenne, *Le droit d'auteur dans l'économie de la connaissance*, Livre Vert, juillet 2008, disponible sur <http://ec.europa.eu/internal_market/copyright/docs/copyright-infso/greenpaper_fr.pdf>
- *Gestion collective des droits d'auteur et des droits voisins*, Rapport du Bureau International de l'OMPI
- *La Proposition de Directive sur l'Extension de la Durée de Certains Droits Voisins : Une Remise en Cause Injustifiée du Domaine Public*, CÉIPI, janvier 2009
- « *L'utilisation des brevets par les entreprises françaises* », Rapport d'information n° 377 (2000-2001) de M. Francis GRIGON, déposé au Sénat le 13 juin 2001

2. Sites Internet institutionnels

- Conseil d'État : <<http://www.conseil-etat.fr/>>
- Commission européenne : <http://ec.europa.eu/index_fr.htm>
- Cour de cassation : <<http://www.courdecassation.fr/>>
- Legifrance : <<http://www.legifrance.gouv.fr/>>
- OMPI : <<http://www.wipo.int/>>

3. Sites Internet généraux

- CeCILL : <<http://www.cecill.info/>>
- Copyleft Attitude : <<http://www.artlibre.org/>>
- Creative Commons : <<http://fr.creativecommons.org/>>
- FSF : <<http://fsffrance.org/>>
- Le jargon Français, dictionnaire d'informatique : <<http://jargonf.org/>>
- Jurispedia : <<http://fr.jurispedia.org/>>
- Wikipedia : <<http://www.wikipedia.org/>>