

## RESEARCH OUTPUTS / RÉSULTATS DE RECHERCHE

### Le jeu du copyleft entre contrat et propriété

Dusollier, Séverine

*Published in:*  
Cahiers de droit de l'entreprise

*Publication date:*  
2015

*Document Version*  
le PDF de l'éditeur

[Link to publication](#)

*Citation for pulished version (HARVARD):*

Dusollier, S 2015, 'Le jeu du copyleft entre contrat et propriété', *Cahiers de droit de l'entreprise*, numéro 6, pp. 49-56.

#### General rights

Copyright and moral rights for the publications made accessible in the public portal are retained by the authors and/or other copyright owners and it is a condition of accessing publications that users recognise and abide by the legal requirements associated with these rights.

- Users may download and print one copy of any publication from the public portal for the purpose of private study or research.
- You may not further distribute the material or use it for any profit-making activity or commercial gain
- You may freely distribute the URL identifying the publication in the public portal ?

#### Take down policy

If you believe that this document breaches copyright please contact us providing details, and we will remove access to the work immediately and investigate your claim.

Contrats de licence

52 LE JEU DU COPYLEFT  
ENTRE CONTRAT  
ET PROPRIÉTÉ

Article rédigé par :

Séverine DUSOLLIER,  
professeure à l'École de Droit de Sciences Po

**L**e clivage est bien connu et répété à l'envi dans les écoles et manuels de droit. La propriété est un droit réel opposable *erga omnes* et le contrat ne crée que des droits personnels, opposables aux seules parties contractantes. Et si de nouveaux modes de transaction venaient ébranler cette solide distinction ?

L'hypothèse peut sembler iconoclaste et saugrenue. Elle ne va pas jusqu'à prétendre que le contrat créerait du droit réel, bien que la Cour de cassation ait désormais admis que les parties pouvaient constituer un droit réel<sup>1</sup>, même au-delà du *numerus clausus*, pensé jusque-là comme exhaustif. Les licences dites libres, également dénommées licences *copyleft*, constituent notre terrain d'étude de ce nouveau phénomène contractuel. Des licences *open source* en matière de logiciels aux licences *Creative Commons*, s'appliquant à tout type d'œuvres protégées par le droit d'auteur, ce type de contrat repose sur divers mécanismes qui en viennent presque à intégrer les conditions et droits qu'il impose, à l'objet même du contrat plutôt qu'aux seules parties.

Ces contrats de licence qui accompagnent les objets numériques ont pour effet d'obliger tous les utilisateurs du bien, créant ainsi un quasi droit de propriété opposable en pratique, sinon en théorie, à tous. S'appuyant sur du droit de propriété exclusif, ils le retournent pour créer des libertés pour tous. En somme le contrat crée, à partir d'un droit de propriété, un droit personnel d'usage tellement partagé qu'il en devient indissociable du bien et revêt une nature presque réelle (*in rem*).

Cette contribution exposera rapidement le mouvement des licences libres et les outils juridiques qu'il emploie (1), avant

d'explorer les traversées des territoires, entre contrat et propriété, entre droit personnel et droit réel, que ce type de contrat opère (2).

## 1. Les licences libres

## A. - Panorama des licences libres

L'idée des licences libres est née de Richard Stallman, chercheur en informatique au Massachusetts Institute of Technology et inventeur des concepts de logiciel libre et d'*open source*. Irrité par l'évolution de la commercialisation des programmes d'ordinateur, devenus des produits verrouillés et donnés en licences très restrictives qui empêchaient toute manipulation et amélioration du programme, Stallman fonde un nouveau cadre de développement et de création de logiciels basé sur l'échange et la connaissance du fonctionnement des logiciels, principes qui caractérisent, selon lui, le développement et la recherche informatique<sup>2</sup>. Dans son texte fondateur, *Pourquoi les logiciels devraient être libres*<sup>3</sup>, Stallman explique que « les programmeurs ont le devoir d'encourager les autres à partager, distribuer, étudier et améliorer les logiciels que nous écrivons :

1. Cass. 3<sup>e</sup> civ., 31 oct. 2012, n° 11-16.304 : *JurisData* n° 2012-024285 ; D. 2012, p. 2596, obs. A. Tadros ; D. 2013, p. 53, note L. d'Avout et B. Mallet-Bricout ; RTD civ. 2013, p. 141, obs. W. Dross. – Confirmé par Cass. 3<sup>e</sup> civ., 28 janv. 2015, n° 14-10.013 : *JurisData* n° 2015-001087.

2. Pour une histoire plus complète de l'*open source*, V. L. Lessig, *The Future of Ideas – The Fate of the Commons in a Connected World*: Random House, New York, 2001, spéc. chap. 4. – M. Clément-Fontaine, *L'œuvre libre*, Bruxelles : Larcier, 2014, p. 72 et s.

3. V. <http://www.gnu.org/licenses/old-licenses/gpl-1.0.html>.

autrement dit, d'écrire des logiciels libres »<sup>4</sup>. Il réfute l'argument affectif, lié à l'incarnation de la personnalité de l'auteur dans le programme, et l'argument économique des incitants à la création, qui justifient le modèle propriétaire qui régit l'industrie du logiciel et dénonce l'entrave à l'utilisation et à l'adaptation d'un programme et au développement de logiciels que ce modèle implique. Il propose un critère différent en matière de logiciels : « la prospérité et la liberté du public en général »<sup>5</sup>.

Le concept du logiciel libre est lancé à la fois par l'appel aux programmeurs en faveur de développement de logiciels distribués librement et avec divulgation du code source, et par la création de la *Free Software Foundation*<sup>6</sup> et de la première licence dite libre, la GPL, acronyme de *General Public Licence*. Son principe est d'accorder à l'utilisateur des droits d'utilisation, de reproduction, de distribution et de modification du logiciel à la condition que chaque copie du programme comporte une notice valable de copyright et une exonération de garantie. Le code source doit toujours être fourni ou disponible. Aucune garantie ne s'applique au programme ainsi distribué. La licence s'applique de manière automatique à chaque nouvelle copie du logiciel ainsi qu'à chaque logiciel dérivé ou modifié<sup>7</sup>. Nous reviendrons longuement sur cette obligation qui constitue le cœur du projet de Stallman et du mouvement dit du libre.

Loin d'être un projet anarchiste ou minoritaire, porté par quelques *geeks* épris de liberté, la licence libre va devenir un modèle d'affaires alternatif très répandu, notamment grâce au succès du système d'exploitation Linux qui y adhère. Des sociétés informatiques commerciales importantes, tels qu'IBM ou Sun, s'y mettent également, misant sur le marché de services que la distribution libre de logiciels ne manque pas d'engendrer. Le logiciel libre fonde ainsi quelques « success stories » dans le secteur économique de l'informatique, démontrant que la diffusion sous licence libre ne s'oppose pas à un modèle commercial rémunérateur.

Le modèle du libre a largement inspiré d'autres projets de *copyleft*, qui, cette fois, concernent toutes sortes d'œuvres. Un collectif d'artistes français a, dès 2000, développé une licence dite *Licence Art Libre*<sup>8</sup>, inspirée du modèle de la GPL s'appliquant aux logiciels. En 2002, Lawrence Lessig, professeur à Stanford, crée le projet *Creative Commons*, qui donne aux créateurs de toutes sortes, les outils juridiques, licences et autres, pour diffuser leurs œuvres dans un modèle libre<sup>9</sup>. L'auteur d'une œuvre artistique, littéraire, musicale, informa-

tionnelle ou autre, qui souhaite adhérer à ce modèle, autorise une large utilisation et distribution de ses œuvres, en déterminant les conditions et limites de cette autorisation : possibilité de modifier l'œuvre ou non, utilisation commerciale autorisée ou non, obligation de verser les modifications dans le même modèle ou non. Dans ces projets d'art libre, plus question de fournir le code source de l'outil informatique, mais surtout de favoriser la diffusion, le partage et l'appropriation aux fins de la création d'œuvres artistiques. La contagion du modèle d'*open source* de l'informatique aux autres formes d'art est un succès. Le recours aux licences *Creative Commons* est devenu une alternative significative à un modèle plus classique d'exercice du droit d'auteur et est pratiqué par de nombreux créateurs ainsi que par des projets majeurs de diffusion d'œuvres et d'informations. Par exemple, les contenus de *Wikipedia* sont tous soumis à une licence *Creative Commons* qui en autorise la libre copie, diffusion et modification.

Toutes ces initiatives, qui ont même trouvé un terrain d'expansion en droit des brevets<sup>10</sup>, partagent le projet de favoriser un accès partagé et collectif aux ressources intellectuelles, produites et diffusées dans une logique opposée à celle de la propriété exclusive. C'est aussi une contestation du modèle dominant de la propriété intellectuelle, visant à substituer au principe du « Tous droits réservés » que représente le droit d'auteur, un dogme du « Certains droits réservés ».

## B. - Caractéristiques des licences libres

En dépit de leur diversité, tant formelle que contextuelle, les licences dites *open source* ou *copyleft* partagent certaines caractéristiques<sup>11</sup>. Elles s'appuient sur du droit de propriété pour l'appliquer à rebours, d'où la transformation parodique de *copyright* en *copyleft* (1°) et, pour la plupart à tout le moins, elles contiennent un mécanisme d'extension des termes du contrat à toute nouvelle copie ou dérivation de l'œuvre, se propageant ainsi au-delà des seules parties au contrat (2°).

### 1° Des contrats reposant sur le droit de propriété

L'innovation des licences *open source* s'appliquant au logiciel est de ne pas avoir voulu renoncer au droit d'auteur qui les protégeait. C'était pourtant bien ce droit d'auteur qui était à la source du contrôle grandissant opéré par l'industrie informatique sur les programmes d'ordinateur que Richard Stallman, inventeur du logiciel libre, souhaitait combattre. Mais plutôt que d'en demander la suppression ou d'abandonner tout droit d'auteur sur les programmes, Stallman s'est appuyé sur ce droit d'auteur pour le retourner à l'avantage de la libre diffusion des œuvres.

La tactique adoptée par le mouvement *open source* est donc de prendre appui sur les droits exclusifs pour garantir et maintenir l'accessibilité publique des œuvres et de leurs dérivations.

4. V. R. Stallman, *Pourquoi les logiciels devraient être libres* : <http://www.fsf.org/philosophy/shouldbefree.fr.html>.

5. Sur les arguments en faveur de l'*open source* et du logiciel libre, V. E. Moglen, *L'anarchisme triomphant - Le logiciel libre et la mort du copyright* : *Multitudes*, mai 2001, p. 146-183.

6. V. <http://www.fsf.org>.

7. Sur les caractéristiques des contrats de logiciels libres, V. E. Montero (ed.), *Les logiciels libres face au droit* : Bruylant, Bruxelles, coll. Cahiers du CRID, 2005.

8. La Licence Art Libre, initiée par Antoine Moreau et le mouvement *Copyleft Attitude*, V. <http://artlibre.org>. - Ce modèle précurseur a été dépassé par le succès planétaire des licences *Creative Commons*.

9. V. <http://creativecommons.org>.

10. S. Boettiger & D. Burk, *Open Source Patenting: Journal of International of Biotechnology Law*, 2004, p. 221. - J. Hope, *Open Source Genetics: A Conceptual Framework*, in G. Van Overwalle (ed.), *Gene Patents and Collaborative Licensing Models. Patent Pools, Clearinghouses, Open Source Models and Liability Regimes*: Cambridge University Press, 2009, p. 171-193.

11. Pour une analyse approfondie de ces caractéristiques, V. M. Clément-Fontaine, *op. cit.*, § 46 et s.

Ne pas renoncer à la protection exclusive est une stratégie plus forte que l'abandon de son droit qui mettrait l'œuvre dans un domaine public, espace sans protection juridique, n'ayant aucune opposabilité et force contre une éventuelle réappropriation<sup>12</sup>. En d'autres mots, ces initiatives créent « un commun auto-contraignant plutôt qu'un domaine public non soumis à restriction »<sup>13</sup>.

Toutes les licences dites libres font de même. De la GPL aux licences *Creative Commons*, elles affirment que les œuvres qui en sont l'objet sont protégées par le droit d'auteur, pour mieux autoriser sur cette base les libertés qu'elles accordent. L'assertion du droit intellectuel est d'ailleurs et paradoxalement la pierre fondatrice de l'édifice, et constitue la stratégie choisie pour empêcher toute reconstitution de l'exclusivité au détriment de l'idéologie d'ouverture. Les droits accordés à l'utilisateur le sont en vertu du droit exclusif de l'auteur qui décide d'inscrire la diffusion de son œuvre dans un modèle de *copyleft*. Seules ces licences accordent à l'utilisateur les droits nécessaires à l'exploitation de l'œuvre. Qu'il décide d'utiliser l'œuvre au-delà du cadre autorisé par l'auteur, de la modifier, de la distribuer ou de la copier sans en partager le code source ou la connaissance des modifications apportées, et le droit d'auteur reprend tout son pouvoir. Déroger aux conditions des licences constitue une violation du contrat, mais également une atteinte au droit d'auteur<sup>14</sup>.

Il ne s'agit finalement que de donner tout son sens à l'exclusivité du droit d'auteur. Le droit exclusif en propriété intellectuelle est en effet le droit de contrôler certains usages de l'objet auquel il s'attache. En droit d'auteur, il s'agit du droit d'autoriser ou d'interdire la reproduction ou la représentation de l'œuvre. Les licences libres insistent sur la branche "autorisation" du droit exclusif. En optant pour une licence *open source* ou *Creative Commons*, l'auteur exerce son droit non pour exclure autrui de l'usage de la création mais pour l'inclure en lui accordant des droits d'utilisation assez larges, au point dans de nombreuses licences, d'imposer au preneur de la licence d'inclure pareillement les utilisateurs successifs de l'œuvre. De telles licences envisagent l'exclusivité conférée par la propriété intellectuelle non comme un pouvoir excluant, mais comme le droit de décider de ne pas pratiquer d'exclusion, ce qui n'est pas paradoxal si l'on conçoit que l'exclusivité n'est pas synonyme d'exclusion, même si elle en comprend la possibilité.

12. Sur ce point, V. V.-L. Benabou & S. Dusollier, *Draw me a public domain*, in P. Torremans (ed.), *Copyright Law: A Handbook of Contemporary Research*: Edgar Elgar, 2007, p. 161.

13. V. A. Kapczynski, S. Chaijatz, Z. Katz & Y. Benkler, *Addressing Global Health Inequities: An Open Licensing Approach for University Innovations*: Berkeley Technology Law Journal, 2005, vol. 20, p. 1072.

14. Ce qui réduit les questions relatives à l'opposabilité des contrats de licence du libre aux utilisateurs successifs du logiciel, hormis les (rares) cas où la violation du contrat de licence ne constituerait pas une violation d'un droit exclusif de l'auteur, ce qui pourrait redonner une certaine jeunesse à la problématique du droit de destination. En ce sens, V. V.-L. Benabou, *Puise à la source du droit d'auteur*: RIDA avr. 2002, p. 59, qui analyse la licence GNU en « l'exercice par le créateur d'un tentaculaire droit de destination sur le logiciel ». Cette thèse est toutefois contestée par Ph. Laurent, *Les licences de type « open source » ou « open content » ne se fondent pas sur un « droit de destination »*: IRDI 2008, pp. 149-151.

Toutefois, le renversement du droit d'auteur s'opère bel et bien sur le plan idéologique et fonctionnel. L'idéologie des licences libres est de renoncer à l'exclusivité du droit d'auteur pour partager l'œuvre avec tout utilisateur. C'est en ce sens que le *copyright* devient *copyleft*, le droit étant (dé)laissé, tout en s'inscrivant dans une catégorisation politique (sans aucun doute simpliste) de droite (qui favoriserait la propriété et le droit privatif) contre gauche (en faveur des libertés).

Sur le plan fonctionnel, les licences libres réalisent leur objectif qui consiste en une utilisation à rebours des droits exclusifs pour mieux autoriser une large gamme d'utilisations d'œuvres, mais surtout pour substituer durablement une ressource partagée et collective à la réservation privative que permet le droit d'auteur<sup>15</sup>.

C'est en ce sens que la terminologie de *copyleft* en est venue à désigner également le mécanisme juridique qui permet la propagation de cette dé-réservation : la licence impose son modèle de distribution non-exclusive à toute circulation ou modification ultérieure de l'œuvre. Pour ce faire, l'unique combinaison du droit exclusif et du contrat<sup>16</sup> est indispensable. L'autorisation de l'auteur qui est requise pour intégrer une œuvre protégée à sa propre création, n'accorde les droits au preneur de licence d'user et de modifier l'œuvre qu'à la condition de rester dans le cadre libertaire de la licence et de perpétuer celui-ci dans les œuvres dérivées éventuellement produites. En cas de non-respect de cette obligation, le preneur de licence devra certes en répondre en responsabilité contractuelle, mais il se retrouvera également en position de violation du droit d'auteur du créateur de l'œuvre, l'autorisation d'utiliser celle-ci ayant été révoquée.

Cette combinaison de contrat et de droit exclusif n'est pas inédite, les licences autorisant l'utilisation d'objets soumis à des droits de propriété intellectuelle en sont des applications évidentes. Toutefois, la particularité des licences *open source* et libres réside dans la perpétuation des obligations contractuelles dans une chaîne de contrats, jusqu'à leur donner en pratique un effet quasi *erga omnes*.

## 2° Le partage imposé et la clause de *copyleft*

L'objectif des licences libres ne se limite pas à autoriser l'utilisation des œuvres concernées, qui serait une atteinte au droit d'auteur à défaut d'une telle licence, mais d'imposer le passage de ces libertés à tout utilisateur confronté à l'objet couvert par la licence. L'effet viral des licences permet la circulation à la fois de la « philosophie » du libre, soit de l'idée d'un partage et d'une communautarisation des œuvres, et de l'« obligation juridique » d'accorder les libertés qui lui sont inhérentes.

Lorsque la libre distribution ne concerne que des copies de l'œuvre soumise à la licence libre, on pourrait penser que

15. V. S. Dusollier, *Du gratuit au non-exclusif, les nouvelles teintes de la propriété intellectuelle*, in *Vers une rénovation de la propriété intellectuelle ?*: LexisNexis, coll. IRPI, t. 43, 2014, p. 29-48.

16. Il faut noter que la qualification des licences libres en contrat est contestée. Sur la controverse (principalement américaine) et sa résolution en faveur du contrat, V. M. Clément-Fontaine, *op. cit.*, p. 44, § 52 et s.

l'imposition en chaîne de cette liberté se rattache tout simplement à l'exercice du droit exclusif du créateur. C'est dans le sort des œuvres dérivées que se révèle réellement la nature régulatoire des licences : l'auteur de l'œuvre première qui la dissémine sous licence *copyleft* détermine par contagion le principe de circulation de toute œuvre seconde qui l'incluerait ou la modifierait. L'auteur de l'œuvre dérivée n'a pas d'autre choix que de recourir à la même licence libre. Ce type de licence va ici bien au-delà du droit d'auteur. Celui-ci n'exige que l'autorisation de l'auteur de l'œuvre première pour créer une œuvre dérivée ou composite, il ne donne pas en principe le pouvoir au premier créateur de déterminer le mode d'exploitation de l'œuvre seconde dont le droit et la protection restent indépendants.

C'est la clause dite de *copyleft* qui est le moteur normatif de cette propagation de l'idéal de partage (idéal qui devient une obligation). En parallèle à la diffusion de l'idéologie du libre qui repose sur nombreux sites *web*, publications et conférences, la construction contractuelle mise en œuvre repose sur une chaîne de contrats qui, à chaque étape d'une création incrémentale, impose l'éthique du libre.

Ce mécanisme résulte, dans la première version de la licence GPL qui l'a inventé, de la clause suivante :

« Vous avez le droit de modifier votre copie ou des copies du Programme, ainsi que toute partie de celui-ci, formant ainsi une œuvre basée sur le Programme, et copier et distribuer ces modifications ou l'œuvre dans les conditions de la Section 1, pour autant que vous remplissiez les conditions suivantes : (...) b) vous devez faire en sorte que toute copie que vous distribuez ou publiez, qui, en tout ou en partie contient ou est dérivée du Programme ou d'une partie de celui-ci, soit donnée en licence, dans son entièreté et sans contrepartie pour quelque tiers que ce soit, sous les termes de la présente Licence »<sup>17</sup>.

Autre exemple en matière de logiciels, la licence EUPL qui se veut une licence *open source* répondant au droit européen et développée par la Commission européenne. On y retrouve la clause suivante : « Si le Licencié distribue ou communique des copies de l'Œuvre Originale ou des Œuvres Dérivées de

l'Œuvre Originale, la Distribution et/ou Communication se fera sous cette même Licence EUPL ou sous une version ultérieure de cette Licence, sauf si l'œuvre originale est expressément distribuée seulement sous la présente version de la Licence. Le Licencié (devenant Donneur de licence) ne peut pas offrir ou imposer d'autres termes ou conditions sur l'Œuvre ou les Œuvres Dérivées, qui restreindraient ou altéreraient les termes de la Licence »<sup>18</sup>.

Dans les licences *Creative Commons*, seules certaines licences contiennent un mécanisme de *copyleft* obligeant à la diffusion des œuvres dérivées sous la même licence. Elles sont appelées *Licences Share Alike* ou « Partage à l'Identique » et reposent sur la condition de viralité ainsi formulée :

« L'Acceptant peut distribuer ou représenter une Adaptation uniquement sous les conditions : (i) de cette Licence ; (ii) d'une version ultérieure de cette Licence comprenant les mêmes Éléments de la Licence ; (iii) d'une Licence Creative Commons non transposée or transposée dans une juridiction (dans cette version ou dans une version ultérieure de la licence) comprenant les mêmes Éléments de la Licence (...) ; (iv) d'une Licence Creative Commons Compatible. (...) L'Acceptant doit distribuer l'Adaptation selon l'une des licences mentionnées dans (i), (ii) ou (iii) (la « Licence Applicable ») à la condition de respecter les termes de la Licence Applicable d'une manière générale et les dispositions suivantes :

– L'Acceptant doit inclure une copie, ou l'URI, de la Licence Applicable à toute copie de chaque Adaptation qu'il Reproduit, Distribue ou Représente.

– L'Acceptant ne peut pas offrir ou imposer de conditions d'utilisation sur l'Adaptation qui restreignent les termes de la Licence Applicable, ou l'exercice des droits accordés au bénéficiaire de l'Adaptation par la Licence Applicable<sup>19</sup> ».

L'obligation de distribuer l'œuvre dans une licence libre est la contrepartie de l'autorisation de modification de l'œuvre. C'est le droit exclusif qui permet d'imposer ce partage. En quelque sorte, le *copyleft* affirme qu'il est interdit d'interdire.

Cette nature dite virale des schémas contractuels du libre est présente dans de nombreuses licences et garantit la propagation des améliorations ou dérivations de l'œuvre sous le même modèle de liberté. Une auteure américaine a décrit ce phénomène des licences virales comme « an attempt to make commitments run with the digital object »<sup>20</sup>, que l'on pourrait imparfaitement traduire par « une tentative d'associer les obligations à l'objet digital ». En d'autres termes, dans les licences libres avec effet *copyleft*, les termes du contrat accompagnent l'œuvre gouvernée par celui-ci, au point de se détacher des parties qui y consentent pour faire indissociablement partie de l'objet qu'il régule. Du contrat dit libre, c'est l'œuvre qui

17. V. Licence GPL, juin 1991, art. 2. – Traduction personnelle de : « You may modify your copy or copies of the Program or any portion of it, thus forming a work based on the Program, and copy and distribute such modifications or work under the terms of Section 1 above, provided that you also meet all of these conditions : (...) b) You must cause any work that you distribute or publish, that in whole or in part contains or is derived from the Program or any part thereof, to be licensed as a whole at no charge to all third parties under the terms of this License ».

La version actuelle de la licence GPL (art. 5) dispose que : « You may convey a work based on the Program, or the modifications to produce it from the Program, in the form of source code under the terms of section 4, provided that you also meet all of these conditions :

a) The work must carry prominent notices stating that you modified it, and giving a relevant date.

b) The work must carry prominent notices stating that it is released under this License and any conditions added under section 7. This requirement modifies the requirement in section 4 to « keep intact all notices ».

c) You must license the entire work, as a whole, under this License to anyone who comes into possession of a copy. This License will therefore apply, along with any applicable section 7 additional terms, to the whole of the work, and all its parts, regardless of how they are packaged. This License gives no permission to license the work in any other way, but it does not invalidate such permission if you have separately received it ».

18. V. European Public License, art. 5 : [https://joinup.ec.europa.eu/sites/default/files/eupl1.1.-licence-fr\\_0.pdf](https://joinup.ec.europa.eu/sites/default/files/eupl1.1.-licence-fr_0.pdf).

19. Ce texte est repris de la version française de la licence *Creative Commons* 3.0 adaptée pour le droit français. La dernière version de la licence *Creative Commons*, soit la version 4.0, est désormais une version internationale susceptible de s'appliquer dans tous les pays. Elle n'existe pas encore disponible en version française mais la clause de *copyleft* y est reprise dans des termes similaires.

20. V. M. Radin, *Human, Computers, Binding Commitment: Indiana Law Journal*, 2000, vol. 75, p. 1132.

désormais peut être qualifiée de libre tant elle change de nature en absorbant ses conditions d'utilisation.

## 2. L'œuvre libre

La terminologie d'« œuvre libre » a été développée par M. Clément-Fontaine pour décrire les logiciels et autres créations régis par des licences libres<sup>21</sup>. Elle explique son choix de ce terme pour revenir à la conceptualisation propre de l'œuvre libre, éclipsée par les études sur les licences libres<sup>22</sup>. Ainsi, dit-elle, « les licences libres ne sont plus l'objet central de la discussion mais la simple mise en œuvre d'une notion autonome qu'est l'œuvre libre »<sup>23</sup>. Il nous semble toutefois, que les licences libres ne font pas que traduire la nature libre de l'œuvre mais la constituent par une forme de régulation privée (A), dont le mécanisme repose sur les deux outils exposés ci-avant, d'une part le contrat, associé au droit exclusif, et d'autre part, la clause de *copyleft* qui multiplie le lien contractuel à tous les utilisateurs de l'œuvre. Cette multiplication, en créant une opposabilité *erga omnes*, sort de la relativité du rapport contractuel qui se fonde dans l'objet qu'il régule (B) et pose la nature du droit dont jouit tout utilisateur de l'œuvre libre (C). En dépit de cette extension étonnante du pouvoir contractuel, la viralité souhaitée reste néanmoins soumise aux aléas et faiblesses du lien contractuel (D).

### A. - Le contrat, régulation privée d'une œuvre libre

Le recours au contrat pour imposer et perpétuer la liberté a pu être critiqué précisément par son appel à un outil privé de réservation (le contrat) qui ne paraît pas apte à renoncer complètement à la logique propriétaire des droits intellectuels<sup>24</sup>. Le recours au contrat ou à des outils de régulation privée, autrement appelé *private ordering*, a été largement commenté en droit de la propriété intellectuelle, et surtout en droit d'auteur, pour caractériser l'usage de dispositifs techniques ou de contrats restreignant la jouissance des œuvres au-delà de ce que permet la propriété littéraire et artistique<sup>25</sup>.

21. V. M. Clément-Fontaine, *op. cit.*, p. 25.

22. *Ibidem*, p. 24 et p. 247, § 416.

23. *Ibidem*, p. 200.

24. V. N. Elkin-Koren, *What Contracts Cannot Do: The Limits of Private Ordering in Facilitating a Creative Commons*, *Fordham Law Review*, 2005, vol. 74, p. 398.

25. Par exemple, l'usage d'une œuvre permis par une exception, telle la copie privée, se voit obéré par un mécanisme empêchant la copie. Ce concept de *private ordering* a été défini de la manière suivante : « la procédure de réglementation de l'usage de l'information est privatisée et le pouvoir légal de définition des limites de l'accès du public à l'information est délégué à des personnes privées », V. N. Elkin-Koren, *A Public-Regarding Approach to Contracting over Copyrights*, in R. C. Dreyfuss, D. L. Zimmerman et H. First (eds.), *Expanding the Boundaries of Intellectual Property*, Oxford University Press, 2001, p. 192-193. – Sur l'utilisation du concept en droit d'auteur, V. P. Samuelson, *Copyright, Commodification, And Censorship: Past As Prologue-But to What Future ?*, in N. Netanel et N. Elkin-Koren (eds.), *The Commodification of Information*, The Hague/London/New York: Kluwer Law International, *Information Law Series*, n° 11, 2002, p. 72. – M. Madison, *Legal-Ware: Contract and Copyright in the Digital Age*, *Fordham L. Rev.*, 1998, vol. 67, p. 1028-1031. – S. Dusollier, *DRM at the Intersection of Copyright Law and Technology: a Case Study for Regulation*, in E. Brousseau, M. Marzouki & C. Méadel (eds.), *Governance, Regulations and Powers on the Internet*, Cambridge University Press, 2012, p. 297-317.

L'élargissement des libertés des utilisateurs d'œuvres que permet les licences libres est pareillement basé sur des instruments privés de régulation.

En revanche, en raison de leur assise contractuelle, les droits d'utilisation ainsi créés au bénéfice de l'utilisateur de l'œuvre ou de l'invention ne devraient être opposables qu'au preneur de licence (et non *erga omnes*) ce qui leur confère une relative fragilité<sup>26</sup>. Mais l'outil du *copyleft* vient justement remédier à cette carence, ce que traduit le choix de l'expression « instruments privé de régulation » (traduction imparfaite de *private ordering*). La normativité des licences libres s'étend en effet bien au-delà des seules parties au contrat, en raison du mécanisme de *copyleft* expliqué ci-dessus. Les libertés d'utilisation conférées par le libre s'attachent à l'œuvre dans toutes ses copies ou modes de circulation, et également en cas de modification de celle-ci. Chaque utilisateur d'une copie de l'œuvre ou d'une version dérivée de celle-ci bénéficiera donc de la licence, dont l'opposabilité s'embarasse peu d'un processus contractuel classique. Les licences libres prévoient généralement que l'utilisation de l'œuvre constitue le consentement requis pour que la licence soit valide, ce qui a été accepté par les tribunaux<sup>27</sup>. Et puisque la licence repose sur le droit exclusif, à défaut de consentement par le preneur de licence, l'utilisateur de l'œuvre ne disposera pas des autorisations nécessaires. Le passage par la licence est donc obligé.

### B. - Le contrat comme un produit

Ces licences s'appliquant en outre à des objets numériques, leur attachement « physique » aux exemplaires de l'œuvre est aisément réalisé par la circulation simultanée du fichier digital de l'œuvre et du texte de la licence. Le projet *Creative Commons* en est un parfait exemple : l'outil en ligne qui permet de se composer une licence à la carte pour accompagner sa création<sup>28</sup> procure de manière complètement automatisée un code informatique qu'il suffit d'inclure dans le fichier numérique de l'œuvre pour que le contrat devienne indissociable de l'œuvre dans tous ses avatars, copies et dérivations. Le produit qu'est la licence est donc offert avec le produit qu'est l'œuvre. La section 5 de la licence GPL, dans sa version actuelle en est également une excellente illustration car elle impose de mettre sous licence GPL « the entire work, as a whole, under this License to anyone who comes into possession of a copy. »

En quelque sorte, il ne s'agit pas uniquement d'autoriser l'utilisation de l'œuvre par le preneur de licence mais d'inscrire l'utilisation autorisée dans l'œuvre elle-même, ce qui la rend opposable à tout utilisateur à l'instar d'un droit de propriété. Il a pu être dit que la perversion de l'exclusivité par les licences libres était « une sorte particulièrement moderniste de pro-

26. V. S. Dusollier, *Sharing Access to Intellectual Property through Private Ordering*, *Chicago-Kent Law Review*, vol. 82, 2007, p. 1391-1435.

27. Et ce, dans plusieurs pays, V. Civ. Nivelles, *Lichôdmapwa c. ASBL Théâtre de Spa*, 26 oct. 2010 : RDTI n° 42, mars 2011, p. 70. – *Rechtbank Amsterdam (ref.)*, *Curry v. Audax*, 9 mars 2006 : RDTI 2007, p. 330 et s. – *Landgericht Munchen, Welte c. Sitecom*, 19 mai 2004, No. 21 O 6123/04. – *Rechtbank Rotterdam, Netwise c. NTS Computers*, 5 déc. 2002.

28. V. l'outil de création des licences, <http://creativecommons.org/choose/>.

priété »<sup>29</sup>. Mais ce n'est pas que le retournement de l'exclusivité traditionnelle de la propriété en une inclusivité assumée<sup>30</sup> qui permet cette conclusion mais également l'attachement de la norme d'utilisation ainsi créée au bien et plus uniquement au contrat. Pour ainsi dire, le contrat en vient à se fondre dans son objet, tout comme les attributs du droit de propriété s'inscrivent dans le bien.

Il faut ici rappeler la remarquable distinction opérée par Margaret Radin entre le « contrat comme consentement » (*contract-as-consent*), vision qui domine notre Code civil, et le « contrat comme produit » (*contract-as-product*)<sup>31</sup>, approche économique du contrat dans lequel « les conditions font partie du produit, et ne sont pas un accord conceptuellement séparé de celui-ci ; le produit physique et les conditions contractuelles sont un tout »<sup>32</sup>. Définir le contrat comme un consentement entre deux parties pour créer des droits et obligations est une figure d'un « contrat relatif à un objet ». Le contrat envisagé comme produit ne sépare pas les droits et obligations convenues de l'objet ; la définition de l'objet géré par le contrat intègre ces droits et obligations : c'est un « objet construit par un contrat ».

Cette figure du contrat comme créant un objet transactionnel composé du produit et des conditions d'utilisation est parfaitement reflétée dans l'objet « logiciel libre » : utiliser un logiciel libre, c'est utiliser le code informatique pour ce qu'il permet comme fonction mais c'est aussi l'utiliser pour ce qu'il permet comme échange juridique. En acquérant du code informatique sous licence libre, on acquiert également le code juridique qui le régit et le rend opérationnel. On opte pour les libertés d'utilisation (les conditions contractuelles) mais en ce qu'elles composent une œuvre particulière (le produit composé de la création informatique et de sa liberté d'usage). De même, l'avertissement qui apparaît sur *Wikipedia* lorsqu'une page manque d'une photographie ou image (« une illustration sous licence libre serait la bienvenue ») en appelle tant à une œuvre permettant l'illustration du contenu qu'à des conditions libres d'utilisation de celle-ci. La valeur créative ou informationnelle de l'image fusionne avec sa valeur contractuelle, créant un *package* unique.

Au-delà du modèle du libre, ce contrat-produit s'impose pour de nombreux objets numériques, tels que bases de données, programmes d'ordinateur, jeux vidéo, sites *web*, images, applications pour smartphones, et pour les contrats qui les concernent lorsqu'ils sont conclus en ligne<sup>33</sup>. Parce que le contrat s'intègre désormais dans le code numérique de l'œuvre et que son utilisation présuppose le consentement préalable

aux termes de la convention, ceux-ci fusionnent avec l'objet pour former un seul produit. Les caractéristiques du produit ne sont plus seulement physiques ou fonctionnelles, elles sont aussi juridiques et comprennent les conditions et restrictions d'utilisation de l'objet<sup>34</sup>.

Dans cette évolution, les licences libres occupent une place spécifique car elles creusent des libertés dans un bien normalement soumis à une propriété exclusive et font circuler une propriété d'un autre genre par le truchement des créations qui y sont soumises. Le contrat viral que le libre a inventé et applique aux œuvres dérivées de l'œuvre mise originellement sous ce modèle de licence, intensifie cet attachement des conditions contractuelles au produit, en créant un produit évolutif toujours soumis au même contrat. Le contrat « court » (pour reprendre l'expression anglaise de Margaret Radin) non seulement avec l'œuvre mais avec ses modifications et produits dérivés.

### C. - Des droits d'utilisation *in rem*

Cette approche du contrat comme un produit rend les droits contractuels plus proches des droits réels. Intégrés dans l'objet, qui circule de manière autonome, les termes contractuels de l'utilisation de celui-ci lient tout utilisateur, sans qu'il soit besoin de les négocier comme s'il s'agissait de déterminer le contexte préalable et extérieur à l'objet. Par la multiplication des liens contractuels qui suivent chaque copie de l'œuvre, modifiée ou non, et s'imposent à chaque utilisateur, les droits et obligations de la licence libre deviennent de fait presque opposables *erga omnes* à l'inverse des dispositions contractuelles normalement opposables aux seules parties<sup>35</sup>.

Cela pose la question de la transformation des prérogatives ainsi créées ou conférées par le contrat : s'agit-il toujours de droits personnels pour le preneur de licence ? Ou, en raison de l'inscription de ces conditions dans l'œuvre et de leur opposa-

29. V. C. Rose, *Ostrom and the Lawyers: The Impact of Governing the Commons on the American Legal Academy: International Journal of the Commons*, 2011 (<https://www.thecommonsjournal.org>).

30. Le terme « inclusivité » vise à créer un concept exactement contraire à l'exclusivité. V. S. Dusollier, *Inclusivity in Intellectual Property*, in G. Dimwoodie (ed.), *Intellectual Property and General Legal Principles – Is IP a Lex Specialis ?*, Edward Elgar, 2015, p. 101-118.

31. V. M. Radin, *op. cit.*, p. 1125-1126.

32. *Ibidem*, p. 1126 (traduction libre).

33. V. l'analyse de M. Radin qui ne se limite pas aux licences libres, mais explore de nombreux contrats liés à l'informatique.

34. Cette évolution est ce qui bouleverse l'application des dispositions protectrices des consommateurs aux produits numériques, notamment téléchargés en ligne, par exemple dans l'impossibilité de juger ces conditions comme constituant des clauses abusives si elles définissent des caractéristiques du produit.

35. Un exemple du déséquilibre qui peut en résulter est donné dans une récente décision de la Cour de Justice de l'Union européenne, relative à une base de données en ligne d'horaires de vols d'avion (V. CJUE, 15 janv. 2015, aff. C-30/14, *Ryanair*). Développée par la société *Ryanair*, cette base de données ne bénéficiait pas d'un droit exclusif, par exemple au titre du droit d'auteur ou du droit *sui generis* sur les bases de données, n'en remplissant pas les conditions. Mais son utilisation était soumise à des clauses contractuelles qui interdisaient la reprise de données à des fins non personnelles. Le droit *sui generis* lorsqu'il s'applique à une base de données, se voit limité par le droit (auquel le contrat ne peut déroger) de pouvoir extraire et réutiliser des parties non substantielles de celle-ci. La cour de justice a pourtant considéré que la base de données n'étant pas protégée par ce droit, les limitations qu'il comporte ne lui sont pas applicables et le contrat peut parfaitement interdire une telle reprise de données. Les juges européens n'y ont pas vu malice car ils ont appliqué une vision traditionnelle du contrat comme un mode de régulation applicable aux seules parties y ayant consenti et non, comme l'est le droit *sui generis*, comme un droit de propriété opposable *erga omnes*. Mais c'est oublier que la base de données en ligne, comme l'est celle de *Ryanair*, est soumise à un contrat qui est le passage obligé pour toute utilisation de la base. Il n'est donc pas d'autre utilisation que celle qui se voit encadrée par les conditions du contrat et l'équilibre instauré par la loi pour réduire l'ampleur du droit exclusif pourrait avantageusement être appliqué à la protection contractuelle qui n'est plus relative qu'en théorie.

bilité de fait à tout utilisateur du bien, ces droits pérennes d'utilisation ne se rapprochent-ils pas des droits réels ?

Certes, ces droits et libertés résultent du contrat de licence qui, à défaut d'un transfert du droit d'auteur, ne crée pas véritablement un droit de propriété sur l'œuvre dans le chef de son utilisateur. Y aurait-il alors un droit hybride entre droit réel et droit personnel ? La seule figure juridique que nous connaissons à mi-chemin est l'obligation réelle ou *propter rem*. Celle-ci consiste en une « obligation liée à une chose (et dite *propter rem*) qui pèse, non sur un débiteur personnellement, mais sur le propriétaire de cette chose en tant que tel, de telle sorte que celui-ci peut s'en affranchir en aliénant la chose (l'obligation passe à l'acquéreur même à titre particulier) ou en délaissant sa propriété (abandon, déguerpissement) »<sup>36</sup>. Or, dans notre hypothèse, le contrat libre crée autant des droits qu'une obligation (celle de perpétuer la liberté) et ceux-ci ne sont pas accessoires à une propriété, le contrat n'ayant pas transféré le droit d'auteur au preneur de licence. On est donc dans une catégorie nouvelle de droits métissés entre droits contractuels et propriété, ressource hybride s'arcoutant sur de l'exclusivité pour refuser celle-ci, et reposant sur du contrat, donc un rapport relatif entre parties, pour viser un rapport absolu lié à la chose concernée.

#### D. - Les écueils du mécanisme de *copyleft*

Le contrat, s'il est la force du mécanisme, en est aussi la faiblesse et la génération de droits presque absolus d'utilisation liés à la chose libre, risque quelques écueils liés à la nature contractuelle du transfert des droits. Principalement, le succès de la transformation du statut de l'œuvre par le contrat et l'imposition de celui-ci à tout utilisateur de l'œuvre exige que la chaîne des contrats qu'instaure le mécanisme du libre ne soit pas rompue afin de permettre la propagation de la liberté à tout stade du développement du logiciel ou de l'œuvre.

Une rupture de la chaîne peut survenir dans divers cas. En premier lieu, l'étendue de la viralité est déterminée par la définition des œuvres dérivées auxquelles s'imposera la clause de *copyleft*. Seules les modifications qui pourront être qualifiées de dérivations de l'œuvre initialement soumises à la licence devront être diffusées dans le même modèle. Une inclusion fortuite dans une œuvre seconde ne devrait pas être suffisante pour enclencher l'application de la licence<sup>37</sup>. Par exemple, les licences *Creative Commons* réfèrent aux traductions, arrangements musicaux, adaptations, résumés ou abrégés. La simple reprise de l'œuvre dans une œuvre seconde n'étant pas clairement visée, alors que les licences libres en matière de logiciel comprennent plus explicitement des hypothèses d'intégration de l'œuvre première.

Une deuxième limite à la pérennité de l'objet libre réside dans l'opposabilité de la clause contractuelle de *copyleft*. Si la validité des licences libres ne fait plus aucun doute et a été

reconnue par les cours et tribunaux<sup>38</sup>, elle reste assise sur une construction contractuelle qui requiert la capacité et le consentement des parties<sup>39</sup>. La licence libre ne transfère pas les droits qu'elle accorde par une sous-licence mais s'additionne plutôt à des nouvelles licences pour chaque nouveau créateur qui se joint au processus de création collective. L'édifice est en réalité assez complexe. Un logiciel A créé par un auteur A distribué sous licence libre permet à un auteur B de modifier ce logiciel mais lui impose de distribuer le logiciel AB qui en résulte sous une licence similaire. De même, l'utilisateur C reçoit les libertés d'utilisation de la partie A de l'auteur A et de la partie B du logiciel de l'auteur B, le logiciel modifié ABC restant un objet libre soumis à des libertés sous condition de pérennisation de celle-ci. Techniquement toutefois, ce logiciel ABC est soumis à trois licences qui s'additionnent : une licence conclue avec A pour la partie A, une licence avec B pour la partie B et une licence avec C pour la partie C. Chaque auteur ne dispose pas du droit d'autoriser l'utilisation des parties de l'œuvre créées par d'autres. Un logiciel ou toute autre œuvre libre, qui serait constituée de dizaine d'ajouts et transformations, est donc soumis à un patchwork de licences libres correspondant au nombre de modifications intervenues. Cette construction n'est pas à l'abri d'un accident. Si l'un des contrats se révèle invalide, par exemple parce que l'auteur est mineur et ne jouit pas de la capacité légale de conclure cette licence, l'autorisation d'utiliser et de modifier la portion de l'œuvre à laquelle se rapporte ce contrat est soudainement manquante et le retour au droit exclusif de propriété littéraire et artistique présuppose que l'autorisation requise pour toute modification ou réutilisation de la partie concernée fait défaut<sup>40</sup>.

Une dernière difficulté réside dans la compatibilité des licences. Intégrer des parties d'œuvres soumises à des licences libres différentes dans une nouvelle création pose un dilemme à l'auteur de celle-ci. Quelle licence choisir pour sa création dérivée si les deux licences des œuvres utilisées exigent leur adoption ? En dépit de la volonté de constituer une œuvre libre dans laquelle se fonderaient les termes contractuels, il peut ainsi arriver que les termes précis de la licence s'appliquant à une création libre soient difficiles à déterminer, en fragmentant l'encadrement contractuel de l'usage d'une création dérivée, composée sous l'empire de plusieurs licences libres<sup>41</sup>. Cette fragmentation s'oppose à l'uniformité plus lisse d'un droit de propriété.

38. Outre les décisions citées *supra* n° 27, V. pour la France, l'arrêt du Conseil d'État qui n'a pas considéré dans une affaire de marchés publics que la licence était un mode invalide d'exercice des droits d'auteur, *CE, 7<sup>e</sup> sect., 30 sept. 2011, n° 35031, Région Picardie : JurisData n° 2011-020388*.

39. V. A. Guadamuz Gonzalez, *Viral Contracts or Unenforceable Documents: Contractual Validity of Copyleft Licenses*, *Eur. Intell. Prop. Rev.*, 2004, p. 331.

40. Sauf à supposer que le consentement est implicite et résulte de la volonté de régir la distribution de l'œuvre sous licence libre, même si ce contrat est considéré comme nul sur le plan juridique.

41. Sur cette question de compatibilité, V. M. Clément-Fontaine, *op. cit.*, p. 78 et s.

36. V. G. Cornu (*ss dir.*), *Vocabulaire juridique* : PUF, 8<sup>e</sup> éd., 2007.

37. V. la discussion sur la licence GPL et les différentes interactions entre logiciels, Ph. Laurent, *Logiciels libres et droit d'auteur : Naissance, titularité et exercice des droits patrimoniaux*, in *Les logiciels libres face au droit, op. cit.*, *spéc. p. 77-86*.

### 3. Conclusion

Si les licences libres se jouent du droit d'auteur pour en faire mentir l'exclusivité au profit du partage et de la collectivisation de la propriété, elles modifient également l'exercice du contrat pour lui donner une force inédite. C'est le contrat qui accroche à la propriété les libertés d'utilisation et de modification de l'œuvre, et, par une combinaison d'une clause de viralité et d'un processus de circulation des licences avec les objets qu'elles régulent, ces libertés s'imposent à tout utilisateur. Du contrat libre, on passe certainement à l'œuvre libre qui com-

prend dans son objet même les libertés créées par la licence. C'est un bel exemple d'une nouvelle vision du contrat, comme un produit et non plus seulement comme la rencontre de consentements sur un objet qui lui serait extérieur. Ainsi le contrat change d'ambition, il crée des droits *in rem* presque opposables *erga omnes* et use de la propriété pour la nier. L'œuvre libre en tout cas défie la distinction traditionnelle entre contrat et propriété, entre droit réel et personnel, entre exclusivité et partage de l'usage d'un bien. De quoi remettre en question bon nombre de nos certitudes juridiques.

**presse-juridique.lexisnexus.fr**  
7 hebdomadaires LexisNexis s'offrent à vous!

Tout le savoir-faire éditorial LexisNexis à découvrir sur ce site éphémère.


Une sélection d'articles marquants de l'actualité juridique 2015 issus :

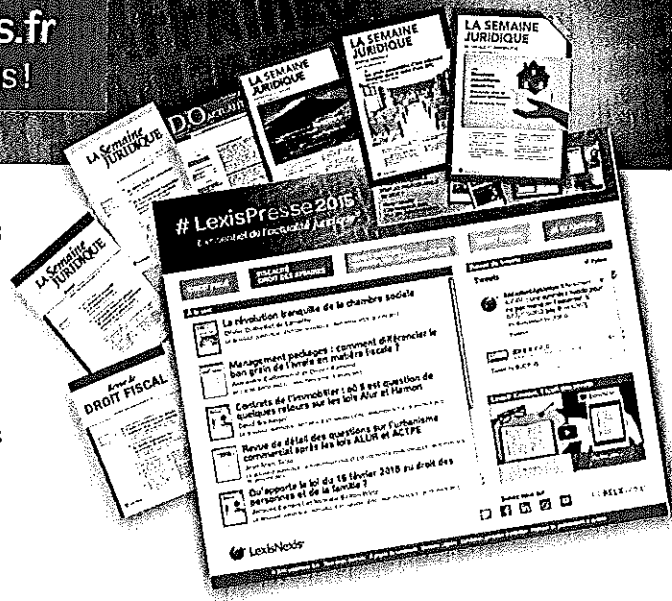
- des 5 éditions de La Semaine Juridique : (Générale ; Notariale et Immobilière ; Entreprise et Affaires ; Social ; Administrations et Collectivités territoriales),
- de la revue « D.O Actualité »,
- de la revue de Droit fiscal.

Tous les domaines du droit :

> Droit privé > Fiscalité-droit des affaires > Droit notarial-immobilier-construction > Droit public

 LexisNexis®

 Suivez l'actualité @LexisNexisFr



552 023 431 RCS PARIS

15REIN0061-07/2015