

« *Free as in free speech not as in free beer* » (1). L'idée est lancée. Un logiciel dit libre dont le code source ne restera plus la propriété de son inventeur mais sera libre d'accès afin de favoriser le développement optimal des logiciels pour le bien de la communauté. Toute réappropriation ultérieure du logiciel libre ou « *open source* » est interdite, toute logique propriétaire étant écartée (2).

# EUPL : vers un dialogue harmonieux entre « *copyright* » et « *copyleft* » ?



Par Marina P.  
MARKELLOU  
Doctorante en Droit  
Montpellier I  
Boursier I.K.Y.

Ce concept rencontre un succès croissant en fonctionnant sur un modèle coopératif entre une communauté de développeurs. Depuis 2005, le célèbre Linux est devenu le principal concurrent de Microsoft menaçant son empire sur le marché. Cela dit, la réapparition du logiciel libre (3) attire l'intérêt non seulement des entreprises mais aussi des administrations publiques (4).

En Europe, la reconnaissance des logiciels libres par les administrations se constate à travers l'expansion de l'utilisation de ce type de systèmes libres dans plusieurs pays (5). Le besoin d'une amélioration de l'interopérabilité et de la capacité des administrations publiques de communiquer facilement avec leurs homologues à travers l'Europe, la meilleure sécurité et la réduction des coûts attirent un intérêt en croissance parmi des administrations publiques de l'Union européenne sur l'utilisation de logiciels libres. En effet, le logiciel libre a plusieurs caractéristiques qui s'adaptent particulièrement bien aux besoins des administrations du secteur public. Les caractéristiques des logiciels libres paraissent de surcroît correspondre aux principes fondamentaux des services publics, tels que la neutralité et la continuité du service, l'égalité de traitement et l'indépendance vis-à-vis des fournisseurs (6). Le programme communautaire IDABC (« *Interoperable Delivery of European eGovernment Services*

to public Administrations, Business and Citizens») vise à mettre en valeur des occasions offertes par les technologies de communication et d'information afin d'encourager la coopération des administrations publiques européennes et d'améliorer les services adressés aux citoyens et aux entreprises en Europe (7).

Ayant comme principal objectif de contribuer à la modernisation du secteur public européen, la Commission européenne a développé dans le cadre du programme IDABC plusieurs logiciels, tel le logiciel CIRCA. Il s'agit d'une structure logicielle fournissant des services en ligne qui offrent un espace virtuel commun pour des groupes fermés d'utilisateurs, permettant le partage efficace et sûr de documents. CIRCA est utilisé par plus de 700 groupes d'utilisateurs et 20 administrations, autres que l'administration des institutions européennes. Dans ce contexte, la question de savoir si une telle application développée avec des fonds communautaires pourrait être distribuée au grand public sous une licence libre s'est posée. Ainsi, la Commission européenne a pris l'initiative de lancer une discussion sur l'élaboration d'une licence libre européenne sous laquelle elle pourrait notamment distribuer le logiciel CIRCA.

Suite à un rapport, élaboré sous l'égide de la Commission européenne, sur l'application éventuelle d'une licence libre au logiciel CIRCA (8), les licences libres/*open source* les plus significatives (BSD, GPL, MPL, OSL et CeCILL) ont été comparées et analysées sous l'angle du droit européen. Il est apparu qu'aucune de ces licences ne répondait aux objectifs de la Commission européenne.

La Commission européenne a par conséquent décidé de créer une nouvelle licence libre spécifique et a présenté au public une première version du projet EUPL (« *Eu-*

ropean Union Public Licence») en juin 2005 (9). Après l'ouverture d'un forum public auquel des experts de la communauté du libre ont participé activement en proposant des modifications sur ce projet, une deuxième version du projet EUPL a été élaborée. Le processus de consultation semble avoir été très productif. Sans changer l'esprit de la première version, il a permis l'amélioration substantielle du projet de licence. Pour ne citer qu'un exemple, dix des quinze articles de la première version ont été modifiés. La deuxième version répondait en même temps mieux aux principes de la communauté OSI fournissant ainsi plus d'occasions que cette communauté soutienne l'EUPL (10). De plus, la dimension européenne de la licence EUPL a été mise en exergue par plusieurs participants au forum, qui ont en même temps souligné que cette dimension était révélatrice d'idées susceptibles d'être prises en considération pour l'élaboration de la licence GPL v.3. Ces dernières semblent être bien accueillies par des représentants de la FSF (11).

Le 9 janvier 2007 la version finalisée de la licence EUPL (v.1.0) a été approuvée par la Commission européenne. Des versions officielles en anglais, français et allemand accompagnées d'un préambule expliquant le but de cette licence libre sont à la disposition du public (12).

Prenant en considération l'acquis communautaire et ayant préféré une terminologie techniquement neutre mais conforme aux principes du droit européen, la première licence libre européenne a comme ambition d'être traduite dans toutes les langues officielles de l'Union européenne afin de défendre la diversité culturelle européenne et d'éviter la prolifération de licences nationales, probablement incompatibles entre elles, qui ne satis-

feraient pas les administrations publiques européennes (13). Malgré l'importance d'une telle démarche et l'accueil chaleureux que l'EURL a eu suite à la consultation publique (14), il convient de s'interroger sur la validité de cette licence au regard du droit français (15). Sans prétendre à l'exhaustivité, notre étude sera limitée à l'application du droit français à l'EURL (16) et plus particulièrement sur la conformité de l'EURL aux règles spéciales applicables aux contrats d'exploitation d'auteur. Si le contrat doit être considéré comme l'outil juridique qui intervient pour répondre à l'attente des parties, sa formalisation doit répondre également aux exigences légales que le législateur français a instaurées dans un souci de protection de l'auteur, la partie réputée faible. Dans ce cadre, on doit rechercher les éléments constitutifs de la licence européenne qui déterminent son existence et sa validité. Ces précisions étant acquises, il convient d'examiner ces différents éléments en prenant en considération la spécificité du droit d'auteur français. Il faudra d'abord préciser que l'objet du contrat doit être constaté par une mention écrite (I). Ensuite, il doit être précis (II), existant (III) et possible (IV).

## I. – UN OBJET CONSTATÉ PAR ÉCRIT

Il existe en France un formalisme strict selon lequel les contrats d'édition, de représentation, de production et d'adaptation audiovisuelle doivent être constatés par un écrit sous peine de nullité (17). L'exigence de l'écrit s'étend aussi à toutes les « *autorisations gratuites d'exécution* » (18). « *Le droit de la propriété littéraire et artistique n'a pas attendu l'apparition des logiciels libres pour s'intéresser à la gratuité* » (19). D'après l'article L. 122-7 du Code de la propriété intellectuelle le droit de représentation et le droit de reproduction sont cessibles à titre gratuit (20). Avec la loi n° 2006-961 du 1<sup>er</sup> août 2006 transposant la directive 2001/29/CEE (21), le législateur a ajouté l'article L. 122-7-1 selon lequel « *l'auteur est libre de mettre ses œuvres gratuitement à la disposition du public, sous réserve des droits des éventuels coauteurs et de ceux des tiers ainsi que dans le respect des conventions qu'il a conclues* ».

On peut s'interroger sur la nécessité de l'introduction d'une telle disposition dans la mesure où elle réaffirme le principe de la cession à titre gratuit. Néanmoins, il convient de discerner une volonté législative d'exprimer son encouragement envers la communauté du libre (22).

Appliquant l'exigence probatoire de l'écrit aux logiciels libres qui sont des contrats liant le donneur de licence et le licencié, nous constatons que toutes les licences libres remplissent cette condition.

Plus particulièrement, la licence EURL dans son article 2 prévoit que le donneur de licence concède au licencié à titre gratuit et non exclusif le droit d'utiliser, de reproduire et de modifier l'œuvre originale et de faire des œuvres dérivées sur la base de l'œuvre, le droit de communiquer, présenter ou représenter l'œuvre ou copie de celle-ci au public, le droit de distribuer, de prêter et louer l'œuvre ou des copies de celle-ci et le droit de sous-licencier les droits concédés sur l'œuvre ou sur des copies de celles-ci (23).

Notons, à l'instar de la licence française CeCILL, la terminologie choisie européenne (24) qui englobe tous les droits patrimoniaux appartenant à l'auteur conformément à l'acquis communautaire et plus particulièrement les droits que la directive 91/250/CEE (25) et l'article 4 du Traité OMPI sur le droit d'auteur du 20 décembre 1996 accordent aux auteurs des logiciels.

## II. – UN OBJET PRÉCIS

La cession des droits portant sur le logiciel libre, à titre onéreux ou gratuit, doit être interprétée de façon restrictive. Les droits cédés doivent donc être précisément délimités quant aux modes d'exploitation, quant au lieu et quant à la durée (26). S'agissant de la délimitation de la portée de la cession dans le temps et l'espace, l'EURL mentionne expressément qu'il s'agit d'une licence mondiale qui concède les droits sur le logiciel libre original pour la durée de la protection du droit d'auteur sur l'œuvre originale (27).

Quant à la délimitation du domaine d'exploitation, après avoir énuméré de façon détaillée et distincte chaque droit concédé, l'EURL prévoit que « *ces droits peuvent être exercés sur tout média, support et format, connu ou encore à inventer, dans la mesure où le droit applicable le permet* » (28).

Une première lecture de cette clause nous permettrait de constater une généralité de ses termes. En reprenant l'expression de la Cour de cassation dans un arrêt récent (29), les juges français auraient du mal à « *donner effet à une clause que la généralité de ses termes rendait inopérante quant à la destination de l'œuvre* ». Néanmoins, la bonne foi contractuelle et les circonstances extérieures peuvent permettre aux juges de retenir l'inten-

tion de l'auteur de céder ses droits (30). Quant à la légitimité de la cession des droits dont les formes d'exploitation sont imprévues ou imprévisibles au moment de la conclusion du contrat, le débat est fort intéressant. Il s'agit surtout d'une question d'interprétation de ce type des clauses par les juges qui varie en fonction de la culture juridique de chaque pays.

Ainsi, d'un côté, les juges allemands, dans un souci de protéger le contrôle effectué par l'auteur sur son œuvre, procèdent à une interprétation plutôt objective en considérant qu'un nouveau type d'exploitation comprend une forme d'exploitation de l'œuvre qui est indépendante économiquement et techniquement (31).

De l'autre côté, les juges américains qui confèrent une priorité à l'efficacité de l'exploitation des œuvres, procèdent à une interprétation purement subjective. C'est l'intention des parties, exprimée dans le contrat qui va être retenue. Et même, « *si le langage contractuel est susceptible aux interprétations différentes, l'interprétation du contrat devient une question de faits pour les juges et l'évidence extrinsèque de l'intention des parties est admissible* » (32).

S'agissant de l'interprétation de telles clauses par les juges français, le principe d'interprétation restrictive pour déterminer la portée d'une cession, conformément à l'article L. 122-7 al. 4, est bel et bien la règle. Ainsi, l'EURL ne peut concerner que des formes d'exploitation connues et prévues au moment où le programmeur distribue son logiciel sous cette licence. En revanche, dans le cas où les mentions de l'acte de cession peuvent se révéler ambiguës, « *les modes d'exploitation non compris à l'énumération légale et auxquels les parties ne se sont pas référés ne devraient être exclus de la cession que s'ils ont acquis une autonomie suffisante pour justifier raisonnablement une mention distincte* » soulignent les professeurs Lucas (33).

Et afin de caractériser si un mode d'exploitation a acquis ou pas « *une autonomie suffisante* », les juges n'hésitent pas à prendre en considération la commune intention des parties en se rapprochant de la technique d'interprétation américaine.

À titre d'exemple, à la question de savoir si une clause « *tous procédés vidéos* » vise non seulement les vidéogrammes mais aussi les DVD, la Cour d'appel de Paris a répondu que « *par la généralité de la rédaction retenue, les parties ont nécessairement, et sans ambiguïté, manifesté la volonté de prendre en considé-*

ration l'évolution rapide des techniques afin de ne pas les exclure du périmètre contractuel » (34).

Nous observons que les systèmes juridiques qui reflètent les deux conceptions philosophiques, droit d'auteur et *copyright*, prennent en considération différents principes de contrôle afin de servir différentes valeurs. L'EUPL a pour ambition de trouver une application non seulement exclusivement dans l'Union européenne mais également en dehors de celle-ci. Elle est rédigée soigneusement afin de permettre une cohabitation harmonieuse entre les pays du *common law* et les pays civilistes. Sensible à cette diversité d'interprétation opérée par les différents systèmes juridiques, elle renvoie explicitement à la tolérance ou non du droit applicable.

### III. – UN OBJET EXISTANT

L'existence de l'objet se pose spécifiquement concernant la cession des droits patrimoniaux sur des œuvres futures. Le Code français de la propriété intellectuelle prohibe la cession globale des droits patrimoniaux portant aux œuvres futures (35). Cependant, des nuances peuvent être apportées. Il faut convenir que les juges français manifestent un certain libéralisme dans la mesure où « les circonstances permettent d'individualiser avec une certaine précision les œuvres en cause » (36).

En appliquant cette règle aux licences libres, A. Metzger et T. Jaeger se sont prononcés en faveur de ce libéralisme à partir du moment où les œuvres en cause ont seulement besoin d'être déterminées ou déterminables, constat qui correspond parfaitement en cas de modification de logiciels spécifiques (37).

Par ailleurs, il convient d'observer que l'EUPL est une licence de logiciel libre, autrement dit, le licencié ne s'engage à céder ses droits que dans l'hypothèse où il souhaite distribuer sa version modifiée du logiciel. « Le programmeur conserve ses droits pour toute autre utilisation indépendante de ses modifications. Par exemple, il pourra distribuer sous licence propriétaire et de manière séparée un fichier qui ajoute une fonctionnalité supplémentaire au logiciel » (38).

Reste à savoir quelles sont les sections identifiées d'une œuvre qui ne sont pas dérivées du logiciel original et donc elles sont susceptibles d'être indépendantes et de constituer des œuvres distinctes, question à laquelle il n'est pas évident à trouver une réponse (39). « Très pragmatiquement, nous dirons que, finalement, le plus simple est certainement d'en rester

à une logique purement contractuelle, en tentant, autant que faire se peut, de régler par anticipation dans le ou les contrats mêmes cette question du statut du logiciel libre » propose le Professeur Vivant (40), remarque qui n'a pourtant pas été retenue dans le texte de l'EUPL (41). Au-delà de l'application du principe de la prohibition de la cession des droits patrimoniaux portant sur des œuvres futures au régime spécifique du logiciel libre, il convient de procéder à l'examen de la finalité de ce principe.

L'intérêt de la prohibition de la cession des droits patrimoniaux portant sur des œuvres futures réside dans un souci de protection de l'auteur par rapport à son exploitant et plus spécifiquement d'annihiler le risque de ne pas obtenir de son partenaire la rémunération à laquelle il pourrait légitimement prétendre. S'agissant du logiciel libre, deux éléments attireront notre attention.

**Malgré l'accueil chaleureux que l'EUPL a eu suite à la consultation publique, il convient de s'interroger sur la validité de cette licence au regard du droit français.**

Premier élément, la finalité de la concession. En effet, il s'agit d'une concession volontaire à titre gratuit de tous les droits conférés à l'auteur d'une œuvre dérivée du logiciel original libre. « L'auteur (d'un logiciel) a, a priori toute latitude pour accorder aux utilisateurs autant de liberté qu'il souhaite » (42).

Deuxième élément : la particularité du logiciel, ce « produit complexe » (43), cet « assemblage technologique » (44) dont ses caractéristiques sont purement fonctionnels. Par conséquent, on ne voit pas en quoi un assouplissement de la prohibition en ce domaine affecterait le principe légitimement appliqué aux autres contrats d'exploitation (45).

### IV. – UN OBJET POSSIBLE

La possibilité de l'objet se pose particulièrement sur le principe d'incessibilité du droit moral énoncé à l'article L. 121-1 du Code de la propriété intellectuelle. S'agissant du logiciel, bien que le droit moral s'apparaît beaucoup plus faible qu'en droit commun de la propriété littéraire et artistique, il reste néanmoins imprescriptible, inaliénable et perpétuel (46).

L'EUPL prévoit dans son article 2 alinéa 4 que « dans les pays où les droits moraux sont d'application, le donneur de licence renonce à son droit d'exercer ses droits moraux dans la mesure nécessaire à ce que la licence des droits patrimoniaux ci-dessus explicités produise tous ses effets ». Cette clause de l'EUPL paraît proposer une renonciation partielle dans la mesure où l'invocation du droit moral par le bénéficiaire de cette licence ne pourrait affecter l'exercice paisible des droits patrimoniaux et notamment le droit de modification du logiciel original sous des conditions explicitement énoncées au texte de la licence.

Cette renonciation partielle constitue-t-elle une atteinte contractuelle au droit moral susceptible d'être sanctionnée par une nullité? Le juge, nous l'avons vu, porte souvent une lecture nuancée aux règles strictes dans un esprit réaliste afin de trouver l'intention commune réelle des parties. Dans ce contexte, nous observons que le juge procède à un contrôle de l'exercice du droit moral dans un souci de concilier les intérêts opposés en présence.

Les clauses contractuelles ont pour but de définir les responsabilités de chaque partie. L'auteur qui accepte explicitement l'utilisation de son œuvre sur un site internet, est forcément présumé d'avoir accepté une adaptation de son œuvre liée aux impératifs techniques et économiques sur des réseaux transfrontières. S'il n'a pas expressément défini dans le contrat par avance les limites de l'exploitation de son œuvre, c'est au pouvoir souverain du juge de trancher le litige en ménageant les intérêts de l'auteur et de son cocontractant de manière équitable. Telle est la solution prononcée par les Hauts magistrats français dans la fameuse affaire « Perret » (47). Selon les juges français, il n'y a pas d'atteinte au droit moral du seul fait de l'incorporation d'une chanson dans une compilation.

Autrement dit, une clause de renonciation globale et anticipée au droit moral de l'auteur par laquelle l'exploitant pourrait procéder à toute modification qui lui conviendrait est nulle. En revanche, une renonciation expresse, limitée au mode d'exploitation par avance consentie paraît être parfaitement valable. « Il est juste de penser qu'un auteur qui délivre une autorisation au titre des droits patrimoniaux pour une utilisation donnée, accepte nécessairement les conséquences liées à cette utilisation et qu'il ne peut pas invoquer le droit moral pour entraver une exploitation qu'il a autorisé » (48).

Ne serait-il pas plus opportun de prendre

en considération l'usage raisonnable et fonctionnel d'une œuvre telle que le logiciel, l'honnêteté des parties et la bonne foi contractuelle afin de ménager ce conflit ? « Il est parfaitement possible, dans le plus pur système de droit d'auteur, d'introduire des clauses qui, respectueuses du droit d'auteur, permettent une exploitation raisonnable de l'œuvre, autrement dit qui présentent toute la flexibilité souhaitée » (49).

## CONCLUSION

L'EUPL est une licence libre à effet *copyleft* (50), compatible avec cinq autres licences libres, y compris la GPL v.2. (51). Conforme au droit européen, proposée en français, en anglais et en allemand avec la perspective d'être traduite dans toutes les langues officielles de l'Union euro-

péenne, l'EUPL est bel et bien l'exemple d'une licence soigneusement rédigée. S'agissant d'une licence écrite et approuvée par une des institutions de l'Union européenne, elle tente, malgré les difficultés rencontrées, d'établir un dialogue harmonieux entre la démarche du *copyleft* et le système du droit d'auteur à la lumière du droit communautaire. ♦

(1) Voir *The Free Software Definition*, <<http://www.gnu.org/philosophy/free-sw.html>>.

(2) Sur la distinction entre logiciel libre et *open source*, voir Metzger A. et Jaeger T., *Open Source Software and German Copyright Law*, IIC 1/2001, Vol. 32 sous note n° 3. Sur une analyse globale des œuvres libres, voir la remarquable thèse de M. Clément-Fontaine, *Les œuvres libres*, soutenue le 12 décembre 2006, à la Faculté de droit de Montpellier.

(3) Il convient de mentionner que jusqu'à la fin des années 1960, les programmes étaient en général fournis aux utilisateurs d'ordinateurs avec leur code source. Sur ce point voir, Postel-Vinay O., *Logiciels libres : brève histoire d'un débat*, janv. 2002, <[www.larecherche.fr](http://www.larecherche.fr)>.

(4) Egret B. et Kaplun Y., *La nécessaire interprétation des licences relatives aux logiciels libres*, RLDI 2006/12, n° 365, p. 52.

(5) Macrez F. et Rivière R., *Les logiciels libres, l'administration et les marchés publics*, RLDI 2006/16, n° 485, p. 58.

(6) Laurent Ph., *Un logiciel de la Communauté européenne en open source ? Le choix crucial d'une licence libre*, RDTI 2005/n° 23, p. 22.

(7) Voir <<http://ec.europa.eu/idabc/en/document/2627/5894>>.

(8) Dusollier S. (CRID), Laurent Ph. (CRID) et Schmitz P.-E. (Unisys Belgique), *Report on Open source Licensing of software developed by The European Commission applied to the CIRCA solution*, advice report, European Commission, IDA/GPOSS, 16 déc. 2004, <<http://ec.europa.eu/idabc/servlets/Doc?id=24394>>.

(9) L'élaboration du projet EUPL initial (v. 0.1) était le fruit d'un travail collaboratif de six juristes : S. Dusollier (CRID), R. Aiyer Ghosh (Merit), C. Koikas (Commission européenne), P. Laurent (CRID), P.-E. Schmitz (Unisys) et J.-P. Trialle (Dewolf & Partners), voir *Report on Outcomes of public consultation about the EUPL*, p. 6, <<http://ec.europa.eu/idabc/en/document/5425>>.

(10) L'OSI (*Open Source Initiative*) est une association qui impose dix conditions pour qu'une licence libre soit reconnue à la communauté du libre. Voir : <<http://www.opensource.org/docs/definition.html>>.

(11) Voir *Report on outcomes of public consultation about the EUPL*, op.cit., p. 17.

(12) Voir <<http://ec.europa.eu/idabc/en/document/6523>>.

(13) Voir aussi *Report on Open source Licensing of software developed by The European Commission applied to the CIRCA solution*, op.cit. p.42.

(14) Voir par ex. Skidmore D., *Too many Open Source Licenses ! But do the existing licenses adequately encompass the diverse needs and concerns of particular stakeholders ?*, in « *Towards Open Source Software adoption – Educational, Public, Legal and Usability Practices* », OSS 2006 tOSSad Workshop Proceedings, Como, Italy, 10 June 2006.

(15) Pour une étude analogue sur la conformité de l'EUPL au droit allemand, voir *Deutsche Gesellschaft für Recht und Informatik e.* (Société Allemande pour le Droit et l'Informatique), *Voit European Public License (EUPL) : Comment and Change proposals*, *Computer und Recht*, 12/2005, p. 1.

(16) S'agissant de la loi applicable à l'EUPL, l'article 15 alinéa 1 prévoit que son interprétation sera conforme à la loi de l'État membre de l'Union Européenne où le donneur de licence réside ou a établi son siège social. La Convention de Rome du 19 juin 1980 introduit une présomption selon laquelle en cas d'inexistence de précision explicite dans le texte de la licence, la loi applicable sera la loi du pays où la partie qui doit fournir la prestation caractéristique a sa résidence habituelle au moment de la conclusion du contrat. D'après les rapporteurs de l'EUPL, la prestation caractéristique doit être considérée le fait d'offrir la licence d'utiliser le logiciel, voir *Report on Open source Licensing of software developed by The European Commission applied to the CIRCA solution*, op.cit. p. 12. Contra Rojinsky C. et Grynbaum V., *Les licences libres et le droit français*, op.cit., p. 31. Au-delà de cette observation, il convient néanmoins de citer une particularité de l'EUPL qui a provoqué de nombreuses réactions. L'article 15 alinéa 2 prévoit que le droit belge sera applicable dans deux hypothèses : en premier lieu, si un contentieux intervient entre la Commission européenne et un licencié et en deuxième lieu, si le donneur de licence, autre que la Commission, n'a pas établi de siège social ou de résidence sur le territoire d'un État membre de l'Union Européenne. De réserves sérieuses ont été observées (voir particulièrement les commentaires du Prof. A. Metzger (19 sept. 2005) et de C. Swiger qui parlent d'un « *hard-coding Belgian law into a European-wide license*... ») et d'une éventuelle extension injustifiée des obligations de droit européen hors du territoire de l'Union Européenne. Ph. Laurent remarque qu'on peut lier ce choix au fait que le siège de la Commission européenne est à Bruxelles. (Voir *infra* note n° 7, p. 34) Sans doute, des raisons de sécurité juridique pourraient également avoir prévalu.

(17) C. propr. intell. art. L. 131-2 al. 1 et 131-3 al. 3. Il s'agit néanmoins d'une nullité relative puisque seul l'auteur peut l'invoquer.

(18) Lucas A. et H.-J., *Traité de la propriété littéraire et artistique* 2006, 3<sup>e</sup> éd., p. 434. Nous rejoignons l'observation des professeurs Lucas sur l'application de l'exigence de l'écrit à tous les contrats d'exploitation puisque pratiquement l'exigence légale de la mention distincte de chaque droit cédé dans l'acte de cession ne pourrait être respectée autrement qu'à travers un écrit. Pour un exemple jurisprudentiel, voir aussi TGI Paris, 3<sup>e</sup> ch., 5 mai 1991, Expertises 1992, p. 72 qui considère que toute cession de droit d'auteur sur un logiciel doit être constatée par écrit.

(19) Caron Ch., *Les licences de logiciels dits libres à l'épreuve du droit d'auteur français*, D. 2003, n° 23, p. 1558.

(20) Il convient d'observer que, s'agissant du logiciel libre, la gratuité concerne la cession des droits concédés et non les services. Sur ce point, voir aussi l'article 9, alinéa 1 EUPL : « *Lors de la Distribution de l'œuvre Originale ou d'œuvres dérivées, vous pouvez conclure un contrat distinct pour offrir, contre rémunération, une aide, une garantie, des indemnités, ou d'autres obligations de responsabilité, et/ou d'autres services compatibles avec la présente Licence* ». Il semblerait que tout l'intérêt surtout pour les PME est la possibilité de rémunération des services.

(21) Directive 2001/29/CEE sur l'harmonisation de certains aspects du droit d'auteur et de droits voisins dans la société d'information, JOCE 22 juin 2001, LE 167, p. 10.

(22) Cette volonté législative a été exprimée également concernant l'articulation de l'apposition des mesures techniques de protection (MTP) et le logiciel libre. D'après le nouvel article n° L. 331-5 alinéa 3 du Code de la propriété intellectuelle « *Un protocole, un format, une méthode de cryptage, de brouillage ou de transformation ne constitue pas en tant que tel une mesure technique au sens du présent article* ». Sur ce point, voir : Rojinsky C., *Quelle finalité pour l'interopérabilité ?* et G. Vercken, *Quel est le nouveau rôle des mesures techniques ?*, RLDI 2006/20, suppl., respectivement p. 11-13 et p. 15-20.

(23) Sur ce point, voir la particularité de la licence EUPL concernant la prévision expresse de permettre à son bénéficiaire de sous-licencier les droits concédés. En faisant comme ça, elle apporte une solution en cas de retraite d'un des contributeurs de la chaîne, puisque chaque contributeur a le droit d'accorder une licence sur le logiciel entier. Voir sur ce point, Laurent Ph., *Logiciels libres et droit d'auteur : Naissance, titularité et exercice des droits patrimoniaux*, in *Les logiciels libres face au droit*, cahiers du CRID, n° 25, Bruxelles, Bruylant, 2005, p. 56 et *Report on Open source Licensing of software developed by the European Commission applied to the CIRCA solution*, op.cit. p. 16.

(24) D'après les rapporteurs du projet EUPL, une licence adaptée à la terminologie européenne pourrait instaurer la sécurité juridique et éviter une interprétation judiciaire aléatoire : « *Un des problèmes éventuels des licences examinées, sauf la CeCILL, c'est le fait qu'elles sont écrites conformément au droit américain. Par conséquence, les droits concédés ne correspondent pas parfaitement aux catégories légales européennes des droits. La notion américaine « de distribution » englobe la diffusion de copies partout dans le Web, tandis que le droit de distribution européen concerne seulement la distribution des copies tangibles du programme, comme le CD, des disques... La notion européenne de communication au public inclut le droit de publiquement exécuter ou diffuser des œuvres par l'air ou les réseaux (la TV et la diffusion de radio, la diffusion par l'Internet...) tandis que la loi américaine distingue 'the right to perform the work' et 'the right to display the work to the public' et aucun de derniers n'englobe le droit de distribuer les copies de l'œuvre sur internet* ».

(25) Directive 91/250/CEE concernant la protection juridique de programmes d'ordinateur, JOCE, 17 mai 1991, L 122, p. 42.

(26) C. propr. intell., art. L. 131-3 al. 1.

(27) Article 2 al. 1 de l'EUPL.

(28) Article 2 al. 3 de l'EUPL.

(29) Cass. 1<sup>re</sup> civ., 12 juill. 2006, *Mussette c/Sté Nestlé Waters France et autres*, Propr. intell., 2006, n° 21, p. 446 obs. Lucas A. : Un contrat de commande est passé entre un photographe et une agence de publicité. Le bon de commande prévoyait une clause selon laquelle « *sauf convention contraire expresse, l'exécution de cette commande entraîne, de la part du fournisseur (photographe), au profit de l'agence, la cession de la propriété de l'œuvre y compris tous les droits d'exploitation, notamment les droits de reproduction et de représentation, et ce sans limitation de temps, d'espace, de moyens et de formes aucune* ».

(30) Voir à titre d'exemple, CA Paris, 4<sup>e</sup> ch., sec. B, 12 mai 2006, *Prop. intell.* 2006 n° 21, p. 447 obs. Lucas A., CA Paris, 4<sup>e</sup> ch., 20 janv. 1999, *RIDA* 1999, p. 374.

(31) Affaire « *Magic Mountain* », BGH 19 mai 2005 cité par G. Poll in *New Types of Exploitation "The Magic Mountain" on DVD*, *EIPR* 2006, p. 355-356. Voir aussi l'étude de A. Lucas-Schloetter, *Le droit contractuel d'auteur allemand depuis la réforme du 22 mars 2002*, *Prop. intell.* 2005, n° 17.

(32) Affaire *Bourne c/Walt Disney Co.* (1995), cité par S. Presser, J. Williams, D. Nelson et a. in *Interpreting old grants in a digital world : a US perspective*, *Mélanges in honneur de W. Nordemann*, 2005, p. 726-744.

(33) Lucas A. et H.-J., op.cit., p. 456. Il convient d'observer sur ce point que le code français de la propriété intellectuelle introduit une dérogation au formalisme strict énoncé en prévoyant dans son article L. 131-6 que l'exploitation de l'œuvre sous une forme non prévisible ou non prévue à la date du contrat est possible si les parties ont inséré une clause expresse qui doit stipuler une participation corrélatrice aux profits de l'exploitation, condition qui est pourtant très difficile à se concrétiser.

(34) CA Paris, 4<sup>e</sup> ch., 26 avr. 2006, D. 2006, p. 2991, obs. Sirinelli P.

(35) La prohibition de la cession globale des droits patrimoniaux sur des œuvres futures est prévue à l'article L. 131-1 du Code de la propriété intellectuelle. Pourtant, il existe deux exceptions légales qui dérogent au principe de prohibition concernant le pacte de préférence en matière d'édition et le contrat général de représentation conclu entre l'entrepreneur de spectacles et la société de gestion collective, édictées respectivement aux articles L. 132-4 et L. 132-18 Code de la propriété intellectuelle.

(36) Lucas A. et H.-J., *op. cit.* p. 452. Voir aussi Gautier P.-Y., n° 275, p. 545 : « Ce que la loi prohibe est la cession "globale", de sorte qu'il ne semble pas interdit à l'auteur de céder par avance ses œuvres, en nombre déterminé ou pour une période déterminée ».

(37) Metzger A. et Jaeger T., *Open Source Software and German Copyright Law*, *op. cit.*, p. 63.

(38) de Patoul F., Logiciels libres et droit d'auteur : Les droits moraux et les règles contractuelles, in Les logiciels libres face au droit, *op.cit.* p.131 *Contra* Caron Ch., *op.cit.* p. 1558. Sur ce point concernant la non obligation du licencié de redistribuer son œuvre dérivée, voir le commentaire par la *Deutsche Gesellschaft für Recht und Informatik e.V.* (Société Allemande pour le Droit et l'Informatique), *European Public License (EURL) : Comment and Change proposals*, *op.cit.* : « we understand that EURL does not impose upon any Licensor the obligation to distribute or communicate the Work to anybody in the public, even if he has decided to distribute it to certain third parties. We suggest, however, to insert a clear statement to that avail, as public authorities and companies are voicing their concerns whether they might be obliged to make public the source code even if they decide to use the software exclusively within their concern or within the public authorities ». Cette suggestion a été prise en compte par la Commission européenne (voir article 3 de l'EURL sur l'obligation de communication du code source).

(39) On l'a vu qu'une telle question a été posée devant les juges à propos de l'affaire MySQL. AB : Le programme exécutable est-elle une œuvre dérivée des logiciels originaux ou s'agit-il de logiciels indépendants regroupés au sein d'un package ne nécessitant pas de placer le tout sous licence libre ? voir Rojinsky C. et Grynbaum V., Les licences libres et le droit français, *op. cit.* p. 29.

(40) Vivant M. et *alii*, Lamy informatique et réseaux 2006, n° 2902, p. 1698.

(41) Voir l'opinion des rapporteurs de l'EURL in « *Comments received about the Draft European License Public V. 0.1* » : "Due to the complexity of the question and the few concrete applications in case law, it is preferable to let a Judge (or a designated expert in the practice) to appreciate if a Work is derivated or not", p. 8, <<http://ec.europa.eu/idabc/servlets/Doc?id=24391>>.

(42) Clément-Fontaine M., Pluralité et singularité des licences libres, Cahiers Lamy droit de l'informatique et des réseaux, 2003, n° 157, p. 15.

(43) Définition qui a été retenue récemment par la Cour de cassation sur la qualification d'un progiciel : Cass. com. 11 juill. 2006, n° 04-17093.

(44) CA Paris 13<sup>e</sup> ch., 4 juin 1984, Atari, JCP E 1985, II, 14409, note Vivant M.

(45) Comme légitimement observent Metzger A. et Jaeger T. «... la validité du contrat de licence est dans l'ensemble soumise à la conformité avec cela et non simplement limitée dans le contenu », *op. cit.* p. 63.

(46) Pour une étude analytique sur l'application du droit moral aux logiciels libres, voir de Patoul F., Logiciels libres et droit d'auteur : Les droits moraux et les règles contractuelles, in Les logiciels libres face au droit, *op. cit.*, p. 92 et s. Sur la compatibilité du droit moral et des licences libres au regard du droit français, voir Clément-Fontaine M., La licence publique générale GNU, Mémoire DEA 1999 et Pluralité et singularité des licences libres, *op. cit.*, p. 18. Sur l'insécurité d'une cohabitation harmonieuse entre droit moral et licences libres, voir Caron Ch., Les licences de logiciels dits libres à l'épreuve du droit d'auteur français, *op. cit.* et Rojinsky C. et Grynbaum V., Les licences libres et le droit français, *op. cit.* p. 35.

(47) Cass. soc. 10 juill. 2002, JCP 2003, II, 10000, note Caron Ch. et Cass. 1<sup>re</sup> civ., 28 janv. 2003, LP 2003, III, n° 201, note Maffre-Beaugé A. ; Sur renvoi, respectivement, CA Versailles, 7 avr. 2004 et CA Paris, 15 déc. 2004, D. 2005, n° 22, p. 1482, note Sirinelli P.

(48) Vercken G. et Vivant M., Le contrat pour la mise en ligne d'œuvres protégées : figures anciennes et pistes nouvelles, JCP 2000, n° 2, p. 22.

(49) Voir l'étude passionnante de M. Vivant, Contre la logique de l'instant. Le droit et l'air du temps à travers l'exemple de la propriété intellectuelle, *Mélanges J. Beguin*, Litec 2005, p. 769-785.

(50) Voir article 5 de l'EURL : «... *Clause Copyleft* : 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 EURL. 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... ».

(51) La première version du projet de la licence ne prévoyait pas la compatibilité de l'EURL avec aucune autre licence libre. Néanmoins, vu l'intérêt technique de sa compatibilité surtout avec la GPL, qui est la licence la plus utilisée dans des projets libres, la version finalisée de l'EURL comprend un mécanisme de compatibilité. L'EURL introduit, dans son article 5, un mécanisme de compatibilité selon lequel, seules les licences qui sont citées en annexe puissent être compatibles avec celle-ci. Ces licences sont la GPL v. 2, l'OSL v. 2.1 et v. 3.0, la *Common Public License v. 1.0*, l'*Eclipse Public License v. 1.0*, et la *CeCILL v. 2.0*. Sur le mécanisme de la compatibilité, voir le rapport préparé pour la Commission européenne par F. Bastien et Ph. Laurent : <<http://ec.europa.eu/idabc/servlets/Doc?id=27472>>.