

Vol. 16, n° 2

Les logiciels libres à l'assaut du droit d'auteur

Georges Azzaria*

1. Introduction	407
2. Les fondements du logiciel libre	408
2.1 Les origines	409
2.2 L'autorégulation.	413
3. La licence publique générale GNU.	415
3.1 Les effets recherchés	416
3.2 Les stipulations principales	418
4. Les impacts sur le droit d'auteur.	421
4.1 Les difficultés	421
4.2 Les transformations.	425
5. Conclusion.	427

© Georges Azzaria, 2003.

* Professeur à la Faculté de droit de l'Université Laval. L'auteur remercie pour ses commentaires le programmeur Marc Lavallée, utilisateur compulsif et convaincu de logiciels libres.

1. Introduction

À maintes reprises le droit d'auteur a démontré sa capacité à intégrer les technologies qui ont jalonné son histoire. Il suffit de penser à l'arrivée de la radio, du cinéma ou de la télévision pour se convaincre que, à première vue du moins, ces technologies n'ont pas anéanti ni même paralysé les principes du droit d'auteur. Elles ont, au contraire, permis que ce droit s'ajuste et se précise. Au Canada, l'affaire *Apple*¹ ou la décision de la Commission du droit d'auteur quant aux communications réalisées sur Internet² sont des illustrations parmi d'autres que la *Loi sur le droit d'auteur* cohabite avec les technologies. Si l'on tient pour acquis ce postulat de l'adaptation du droit d'auteur, on est tenté de voir l'Internet comme un défi supplémentaire, défi que le droit, en se «modernisant» à nouveau, peut aisément relever. Pourtant, sans nier cette capacité d'intégration du droit d'auteur, ce que l'Internet annonce est une reconfiguration profonde initiée par les titulaires de droits: les programmeurs informatiques assaillent aujourd'hui les assises du droit d'auteur. La situation a de quoi étonner, parce qu'elle met en présence des titulaires qui, en toute connaissance de cause par le biais des licences sur leurs logiciels, renoncent à certains droits acquis de longue lutte. Or, ce sont normalement les utilisateurs ou le législateur qui remettent en question ces droits. Ainsi, dans un modèle qui semble se confirmer, des groupements structurés d'auteurs, à qui la liberté contractuelle permet toutes les fantaisies, déclassent aujourd'hui le législateur.

Le logiciel est une suite d'instructions qui permettent à un ordinateur d'effectuer de multiples tâches: c'est la tête, alors que le corps

1. *Apple Computer Inc. c. Mackintosh Computers Ltd.*, (1986) 10 C.P.R. (3d) 1. La Cour fédérale reconnaît que le droit d'auteur protège le code source et le code objet d'un logiciel. La décision a été confirmée par la Cour suprême dans *Apple Computer Inc. c. Mackintosh Computers Ltd.*, [1990] 2 R.C.S. 209.
2. *Tarif des droits à percevoir pour l'exécution ou la communication par télécommunication, au Canada, d'œuvres musicales ou dramatico-musicales*, Commission du droit d'auteur, le 27 octobre 1999, (2000) 1 C.P.R. (4d) 417. Dans cette affaire, dite *Tarif 22*, la Commission conclut que la communication d'une œuvre par Internet est une télécommunication visée par la *Loi sur le droit d'auteur*.

est la machine elle-même. Tout logiciel est écrit dans un langage de programmation nommé code source, lequel est ensuite traduit en un code objet, une séquence de 0 et de 1. Il importe de retenir que ces codes sont protégés par le droit d'auteur au Canada³ comme dans d'autres législations mais, plus encore, que la connaissance du code source donne accès au mode de fabrication du logiciel. L'enjeu de la divulgation du code source est donc crucial pour tout titulaire de droits. Les grandes corporations qui fabriquent et distribuent aujourd'hui des logiciels sont presque toutes réfractaires à ce que le code source soit connu et elles le protègent féroce­ment. En réponse à cette approche dite «propriétaire», une communauté fort importante de programmeurs divulguent leur code source sur Internet et en permettent la reproduction, en proposant une «nouvelle terre dans le cyberspace»⁴. Et sur cette terre, les adeptes accourent.

Les pages qui suivent expliquent d'abord les fondements du phénomène, puis analysent les dispositions les plus significatives d'une licence qui a orchestré la pratique, la Licence publique générale GNU (ci-après «GPL») ⁵. Une dernière section est consacrée à la tentative de montrer en quoi cette approche, en menant un assaut délibéré à certains de ses principes, fragilise le droit d'auteur.

2. Les fondements du logiciel libre

La philosophie sous-jacente aux logiciels libres s'apparente à celle qui a présidé aux débuts de l'Internet. Les idéaux de liberté et de communauté, associés au projet scientifique de créer des œuvres bénéficiant de l'apport créatif de plusieurs chercheurs, en constituent le fondement. Nous verrons dans un premier temps les origines et les motivations du logiciel libre pour ensuite situer brièvement le phénomène dans une perspective plus large.

3. Sur cette question voir Nicolas SAPP, «La contrefaçon en matière de logiciel: où en sommes-nous?», dans *Développements récents en propriété intellectuelle*, vol. 138, (Cowansville, Éditions Yvon Blais, 2000), p. 173-175; Normand TAMARO, *Loi sur le droit d'auteur: texte annoté*, 5^e éd., (Scarborough, Carswell, 2000), p. 123-127. Voir également Denis BURON, «Droit d'auteur et logiciel», *Les Cahiers de Droit*, vol. 28, n^o 2, 1987, p. 424-426; Michel RACICOT, «La protection des logiciels en droit canadien», *Cahiers de propriété intellectuelle*, vol. 2, n^o 2, 1990, p. 161-169; Lise BERTRAND, «Droit de l'informatique: rétrospective canadienne», *Cahiers de propriété intellectuelle*, vol. 10, n^o 1, 1997, p. 237-240.

4. Richard STALLMAN, «La licence GNU GPL et l'American Way», *Multitudes*, n^o 5, 2001, p. 83.

5. En anglais «General Public License».

2.1 Les origines

De par sa nature, un logiciel représente une œuvre qui se démarque de celles généralement visées par le droit d'auteur. À la différence des œuvres associées au vaste champ des arts et de la culture, le logiciel comporte d'office une fonctionnalité⁶, comme par exemple effectuer des opérations comptables ou classer des données. Les fonctions d'un logiciel sont généralement perfectibles et il est fréquent d'assister à leur mise à jour, dans des versions expiées de défauts ou offrant plus de possibilités. On peut toujours améliorer les attributs d'un logiciel et, pour cette raison, le logiciel peut se concevoir comme un patrimoine d'informations où différents programmeurs ajoutent leur contribution afin d'en modifier les caractéristiques. De ce point de vue, le logiciel est un véhicule parfait pour que s'y déploie une approche plus collectiviste du droit d'auteur. À l'origine, les logiciels étaient d'ailleurs gratuits et leur code source disponible⁷.

Pour l'histoire, on peut faire remonter les débuts du logiciel libre à 1984, au moment où Richard Stallman quitte l'Institut de technologie du Massachusetts (MIT) afin d'écrire un système d'exploitation entièrement *non-propritaire*⁸. Il a élaboré les composantes d'un système nommé GNU à partir de la plate-forme Unix auquel s'est greffé le noyau Linux en 1991, de manière à offrir aux programmeurs et utilisateurs de logiciels une franche alternative au modèle dominant, à savoir un système complet d'exploitation dont le code source est accessible à tous. Depuis, la communauté des pro-

6. En droit canadien, il faut se référer à la définition de programme d'ordinateur: «Ensemble d'instructions ou d'énoncés destiné, quelle que soit la façon dont ils sont exprimés, fixés, incorporés ou emmagasinés, à être utilisé directement ou indirectement dans un ordinateur *en vue d'un résultat particulier*» (nos italiques); *Loi sur le droit d'auteur*, L.R.C. (1985), c. 42, art. 2.

7. «Originally, all software was free. That is to say, programmers had the legal right to copy, study, modify, and redistribute it. Indeed, in the beginning, you could not copyright a computer program and you could not patent any of its mathematics.», Robert J. CHASELL, «Software Freedom: Rights, Duty, Metaphor, and Making a Living», 2002, en ligne: <http://www.free-soft.org/FSM/english/issue01/bob.html>

8. Pour une documentation plus complète sur l'historique du mouvement, voir Chris DIBONA, Sam OCKMAN et Mark STONE (dir.), *Open Sources: Voices from the Open Source Revolution*, O'Reilly & Associates, 1999. Sous le titre *Tribune libre, Ténors de l'informatique libre* une version française est disponible en ligne à l'adresse suivante: <http://www.oreilly.fr/divers/tribune-libre/> Voir également Darren WERSHLER-HENRY, *Free as in speech and beer: open source, peer-to-peer and economics of the online revolution*, (Toronto, Financial Times Prentice Hall, 2002), p. 75-89.

grammeurs de logiciels libres développe et perfectionne un nombre incalculable de logiciels qui exécutent les mêmes tâches que les logiciels propriétaires et, en plus, en conçoivent d'autres accomplissant des tâches plus spécialisées. En 1998, certains programmeurs ont quitté le système GNU pour se regrouper sous l'appellation «Open Source», avec à l'esprit une conception plus diluée de l'accessibilité au code source et des visées commerciales, auxquelles souscrivent aujourd'hui des entreprises comme Netscape et IBM.

Quant aux motivations avouées des artisans du logiciel libre, il faut, suivant ce qu'en dit Stallman, les relier aux idéaux de la révolution américaine: liberté, communauté et coopération. C'est en se référant à Abraham Lincoln, pour affirmer la préséance de la liberté sur la propriété, que Stallman répond à Microsoft qui prétend que les licences «Open Source» ne sont pas en accord avec l'«American Way»⁹. Pour Stallman, la liberté doit être comprise comme suit:

[...] vous avez la liberté d'étudier, de modifier et de redistribuer les logiciels que vous utilisez. Ces libertés permettent aux citoyens de s'aider eux-mêmes, de s'aider les uns les autres et de participer ainsi à une communauté. Cette manière de procéder contraste avec celle du logiciel propriétaire, plus répandu, qui maintient les utilisateurs impuissants et divisés: l'architecture d'un programme est secrète et on vous interdit de le partager avec votre voisin.¹⁰

Ici, la liberté prime sur la propriété et, tel que nous l'indiquerons plus loin, tout ce passe comme si cette liberté l'emportait sur le droit d'auteur. Dans un manifeste datant de 1985 (*The GNU Manifesto*)¹¹, Stallman écrit que cette liberté n'est pas celle que connaît une œuvre qui entre dans le domaine public. Cette liberté doit plutôt faire en sorte que chaque modification soit accessible à tous de la même façon et que personne, au nom de ces modifications, ne s'approprie le logiciel. Ce sont les modifications dites «propriétaires» qui sont interdites, afin que toutes les versions des logiciels demeurent accessibles. Le droit d'auteur devient alors un outil garantissant la libre utilisation des logiciels et c'est principalement ce que dicte cet outil juridique qu'est la GPL. C'est dans ce manifeste que Stallman expose ses arguments quant aux visées des lois sur le droit

9. Voir Richard STALLMAN, «La licence GNU GPL et l'American Way», *op. cit.*, p. 82.

10. *Ibid.*, p. 82-83.

11. Voir *The GNU Manifesto*, disponible en ligne en français: www.gnu.org/gnu/manifesto.fr.html

d'auteur. S'agissant de la récompense financière auquel s'attend le créateur d'une œuvre, il objecte ceci: «Si quelque chose mérite une récompense, c'est bien la contribution sociale [...] Si les programmeurs méritent d'être récompensés pour la création de logiciels innovants, de même, ils méritent d'être punis s'ils limitent l'utilisation de leurs programmes». Plus loin, il exprime l'idée que «la créativité est une récompense en soi»¹². Stallman oppose liberté et copyright, les intérêts du public et les intérêts privés mais, selon lui, ces distinctions deviendront obsolètes avec le développement des modes de paiement sur les réseaux informatiques, aussi obsolète que le sera éventuellement le droit d'auteur¹³.

Stallman situe son mouvement dans la nature même de la propriété intellectuelle. Selon lui, le droit à la propriété intellectuelle n'est pas un droit inaliénable: «les différents droits de soi-disant propriété intellectuelle reconnus par le gouvernement ont été créés par des législations précises dans des buts bien précis»¹⁴. Un tel propos a été énoncé dans des contextes antérieurs à l'arrivée du logiciel libre: prétendre que la propriété intellectuelle représente un ensemble de droits conférés par l'État et non un droit inaliénable de la personne que la législation ne ferait que consacrer, représente une position classique sur la question. Chez Stallman on devine un discours qui cherche à faire un «bon usage» du droit d'auteur, un usage dicté par les impératifs sociaux et non par une quelconque valeur intrinsèque accordée à l'auteur. De la sorte, peu importe ce que prescrivent les lois sur le droit d'auteur, il faut les détourner, parce que le logiciel a une fonction sociale que le droit d'auteur ne reconnaît pas adéquatement. Conséquemment, appliquer la loi sans nuance cause un tort à la société¹⁵.

Si la liberté doit s'exercer au profit de la société, il existe également une motivation liée aux exigences de coopération et de

12. *Ibid.*

13. Voir Richard STALLMANN, «La liberté ou le Copyright?», *Multitudes*, n° 5, 2001, p. 63-65. Stallman pense qu'il existera d'autres mécanismes pour rémunérer l'auteur et donne l'exemple suivant: «cliquer ici pour envoyer un dollar à l'auteur».

14. *The GNU Manifesto*, *op. cit.*

15. Dans *The GNU Manifesto* on lit: «Le cas des logiciels aujourd'hui est très différent de celui des livres il y a un siècle. Le fait que la manière la plus répandue de copier un programme est entre voisins, le fait qu'un programme contient à la fois du code source et du code binaire bien distinct, et le fait qu'un programme est utilisé plutôt que lu comme divertissement, se réunissent pour créer une situation dans laquelle celui qui applique le droit d'auteur fait du tort à la société, matériellement et spirituellement; cette personne ne devrait pas appliquer le droit d'auteur, que la loi l'y autorise ou non».

recherche. Il faut savoir par exemple que l'Université Harvard avait au départ comme politique de n'installer que des logiciels dont le code source était accessible au public. Derrière tout ce phénomène il y a, comme le rappelle Pekka Himanen dans son ouvrage sur les «hackers», une méthode proprement scientifique:

Ce qui distingue Linux du modèle commercial incarné par Microsoft qui domine le secteur des logiciels, c'est avant tout son caractère ouvert. À l'instar des chercheurs scientifiques qui permettent à d'autres spécialistes du même domaine de consulter et d'utiliser leurs découvertes afin de les tester et de les développer, les hackers qui prennent part au projet Linux permettent aux autres d'utiliser, de tester et de développer leurs programmes. Dans les sciences, on appelle cela l'éthique scientifique.¹⁶

L'adepte de logiciels libres n'est pas un «hacker» au sens où sont désignés les internautes qui rivalisent d'astuces pour saboter des systèmes de sécurité informatique. Il s'agit plutôt d'un «hacker» entendu comme un développeur de l'informatique et non comme un pirate¹⁷. Pour cette raison, il poursuit un dessein scientifique et doit nécessairement interagir avec ses collègues. Stallman veut éviter la mainmise des logiciels et de la recherche informatique au profit d'une minorité. Rendre le code source accessible permet à tous les chercheurs d'avoir accès aux découvertes de chacun et ainsi de rendre les logiciels encore plus performants. À cet égard, certains auteurs¹⁸ ne manquent pas de rappeler que des logiciels libres procu-

16. Pekka HIMANEN, *L'éthique hacker et l'esprit de l'ère de l'information* (Paris, Exils éditeur, 2001), p. 170. Sur cette question voir également Philippe AMBLARD, «Copyleft: une nouvelle forme de droit d'auteur à l'époque de l'Open Source?», 2000, en ligne: http://www.freescape.eu.org/biblio/article.php?id_article=87.

17. Le terme «bidouilleur» reçoit l'aval de l'Office québécois de la langue française et désigne la «personne passionnée d'informatique qui, par jeu, curiosité, défi personnel ou par souci de notoriété, sonde, au hasard plutôt qu'à l'aide de manuels techniques, les possibilités matérielles et logicielles des systèmes informatiques afin de pouvoir éventuellement s'y immiscer». Pour sa part, la Commission générale de terminologie et de néologie de France a opté pour le terme «fouineur». Il est révélateur de constater les différentes acceptions du vocable «hacker», selon la référence consultée. Ainsi peut-on lire ailleurs: «Personne qui, par jeu, défi ou souci de notoriété, cherche à contourner les protections d'un logiciel, à s'introduire frauduleusement dans un système ou un réseau informatique» (Le Petit Larousse, 2003) ou encore «Pirate informatique qui agit par goût du défi, sans intention de nuire» (Le Petit Robert, 2002).

18. Voir James BESSEN, «Open Source Software: Free Provision of Complex Public Goods», 2002, en ligne: <http://www.researchoninnovation.org/opensrc.pdf>. Voir également Jennifer KUAN, «Open Source Software As Consumer

rent au public l'avantage tangible d'être en présence de logiciels perfectionnés par une vaste équipe de programmeurs, pouvant être faits sur mesure et souvent de meilleure qualité: «traiter le logiciel comme une propriété produit de mauvais logiciels»¹⁹.

2.2 L'autorégulation

Sur le plan des affinités, le logiciel libre s'insère dans la mouvance du début de l'Internet au tournant des années soixante-dix. Le mot d'ordre de cette époque est la liberté, laquelle doit se comprendre dans toutes ses acceptions. Et liberté veut aussi dire autorégulation, c'est-à-dire la capacité de définir ses propres normes.

Pour plusieurs, Internet est l'occasion de voir des usages nouveaux redéfinir des modes de fonctionnement. On a souligné comment Internet, de par sa nature, «réduit l'importance des régimes juridiques» et, ce faisant, «porte atteinte à la force du droit»²⁰. Cette autorégulation déplace le centre de gravité décisionnel, qui passe du législateur aux usagers et il en résulte, inévitablement, une mise en cause de la stabilité des règles établies. La loi et la jurisprudence entrent alors en concurrence avec d'autres normes, définies par les intéressés eux-mêmes, pour eux-mêmes. Aux yeux de certains, Internet introduit un changement de paradigme d'une importance telle qu'il provoque une crise du droit d'auteur qui, à terme, pourra rendre ce dernier inadéquat s'il ne s'adapte pas à la dématérialisation des œuvres et l'importance de la piraterie:

C'est la vision romantique de la création qui est malmenée à l'ère de l'Internet, pas forcément le système de droit d'auteur en tant que cadre générateur de coordination pour les activités de création. Et c'est peut-être là son salut: débarrassé de contraintes qui n'ont plus toujours de justification, le système s'adaptera beaucoup plus facilement à son nouvel environnement.²¹

Integration into Production», 2001, en ligne: <http://www.idei.asso.fr/Commun/Conferences/Internet/OSS2002/Papiers/osskuan.pdf>.

19. Eben MOGLEN, «L'anarchisme triomphant: le logiciel libre et la mort du copyright», *Multitudes*, vol. 5, 2001, p. 152.
20. Joel R. REIDENBERG, «L'instabilité et la concurrence des régimes réglementaires dans le cyberspace», dans Ejan MACKAAY, (dir.), *Les incertitudes du droit* (Montréal, Thémis, 1999), p. 145-146. Voir aussi Michel VIVANT, «Internet et modes de régulation», dans E. MONTERO (dir.), *Internet face au droit*, Cahiers du C.R.I.D., Namur, Story-Scientia, 1997, p. 215-230.
21. Thomas PARIS, *Le droit d'auteur: l'idéologie et le système* (Paris, Presses universitaires de France, 2002), p. 217.

Pour le logiciel libre, l'idée est donc de conserver les principes du droit d'auteur et de profiter de ce qu'offre Internet pour créer des réseaux où les titulaires et utilisateurs de droits peuvent repenser ses fonctions et modeler le droit selon leurs besoins. De fait, les développements technologiques remettent à l'ordre du jour le débat séculaire entre la liberté et la propriété²². Ici, c'est la liberté qui est organisée. Le mouvement du logiciel libre ne milite pas pour une réécriture des législations sur le droit d'auteur; il use plutôt de la liberté contractuelle pour définir des règles qui n'engagent que ceux qui y souscrivent. Car les autres, ceux qui rejettent les principes du logiciel libre et qui fonctionnent selon le modèle propriétaire, se voient opposer une interprétation rigide du droit d'auteur, tel que nous le verrons plus loin.

Eben Moglen, l'un des rédacteurs de la GPL, présente cette tentative d'autorégulation comme la mise en cause d'un principe clé du droit d'auteur. Comme Stallman, il récuse l'idée que pour créer, le créateur doit savoir qu'il pourra être payé et que priver les auteurs de cette possibilité, c'est leur enlever la motivation de créer²³. Les logiciels libres se réclament d'une tradition où les auteurs créaient sans se soucier de la rétribution, sans qu'il existe des mécanismes coercitifs leur garantissant des droits de propriété. En cela, le phénomène des logiciels libres embrasse plus large que des modalités contractuelles et l'autorégulation qu'elle met de l'avant bouleverse le rapport entre le créateur et sa création.

L'expression «copyleft»²⁴ consacre le fondement de cette tendance, en insistant sur l'idée que le droit de copie, le «copyright» attribué à l'auteur, se retourne pour devenir un droit de copie voulu par les titulaires au profit d'une communauté. David Géraud en suggère la définition suivante: «attitude de communautés d'internautes, spontanément réunis autour d'un intérêt commun, se traduisant par un échange de savoir, privilégiant un travail de collaboration. Les normes de ces communautés relèvent de la liberté d'échange et du don de sa propre contribution au bénéfice de l'ensemble des membres du groupe»²⁵. C'est, autrement dit, le passage d'une restriction à une

22. Voir notamment la conclusion de l'étude de Séverine DUSOLLIER, Yves POULLET et Mireille BUYDENS, *Droit d'auteur et accès à l'information dans l'environnement numérique*, UNESCO, Congrès INFOéthique, 2000, p. 47-48.

23. Eben MOGLEN, «L'anarchisme triomphant: le logiciel libre et la mort du copyright», *op. cit.*, p. 151.

24. Parfois traduite par «gauche d'auteur».

25. David GÉRAULD, «Le copyleft: un ver dans le verger des titulaires de droits», *Réseaux*, vol. 19, n° 110, 2001, p. 157.

permission. Le principe est celui de la libre circulation du savoir et des œuvres et l'auteur refuse d'exercer ses droits d'auteur de la manière habituellement prescrite. Il importe maintenant de voir comment, dans la formalisation contractuelle de cette idée, les droits d'auteur sont effectivement collectivisés.

3. La licence publique générale GNU

Les licences usuelles de logiciels domestiques reprennent invariablement le modèle propriétaire auquel les a accoutumées le droit d'auteur²⁶. Ces licences ne contiennent pas de stipulations qui avoisinent celles des logiciels libres. Comme seul droit consenti à l'acquéreur, les logiciels propriétaires permettent généralement celui d'utiliser le logiciel²⁷, ce qui donne à penser que l'on est en présence d'une vente et non d'une licence²⁸. Les licences de logiciels libres s'adressent d'abord aux programmeurs: un utilisateur peut certes en tirer profit mais, le plus souvent, cet utilisateur s'intéresse aux fonctionnalités d'un logiciel et non à son code source. À ce sujet, une étude américaine a démontré que les logiciels qui visent les programmeurs utilisent des modèles de licences plus permissifs que les logiciels destinés aux utilisateurs²⁹.

Pour mener à bien le projet de mettre en commun des auteurs et leurs œuvres, les penseurs du logiciel libre ont rédigé une licence qui impose la liberté du code source. Ce contrat devient l'outil privilégié pour installer une distorsion dans les règles de propriété du droit d'auteur de manière à modifier le lien indéfectible qui unit classiquement l'auteur et son œuvre. La licence se substitue à la loi pour cons-

26. Voir par exemple Philippe LE TOURNEAU, *Contrats informatiques et électroniques*, 2^e éd. (Paris, Dalloz, 2002).

27. Il faut toutefois préciser qu'en droit canadien, il est permis de produire un seul exemplaire d'un programme d'ordinateur à certaines fins définies par la loi. Voir *Loi sur le droit d'auteur*, art. 30.6.

28. La question de savoir si l'acquisition d'un logiciel se fait par vente ou par licence a été développée dans Ejan MACKAAY, «Le marché du logiciel – licence ou vente?», *Cahiers de propriété intellectuelle*, vol. 6, n^o 3, 1994, p. 401-416. L'auteur démontre, à juste titre selon nous, que les logiciels de masse ne sont, comme les livres ou les disques, assortis d'aucune licence autre que celle permettant l'utilisation normale du produit. Voir au même effet André LUCAS et Henri-Jacques LUCAS, *Traité de la propriété littéraire et artistique*, 2^e éd. (Paris, Litec, 2001), p. 523.

29. Josh LERNER et Jean TIROLE, «The Scope of Open Source Licensing», Harvard NOM Research Paper No. 02-42, 2002, en ligne: http://ssrn.com/abstract_id=354220 Les auteurs présentent une analyse de près de 40 000 projets de développement de logiciels qui utilisent les données disponibles sur le site www.SourceForge.net.

tituer une législation sur le droit d'auteur modelée aux aspirations des programmeurs. Les effets juridiques voulus par les licences des logiciels libres seront d'abord décrits, pour ensuite tenter de voir comment, dans la GPL, on rend le code source accessible.

3.1 Les effets recherchés

La majorité des modèles de licences de logiciels libres s'accorde à garantir à l'auteur un droit à la paternité de l'œuvre. On inscrit généralement une obligation de bien identifier les auteurs qui ont successivement contribué à la création du logiciel. Dans la licence BSD³⁰ par exemple, le code source doit être publié avec indication, entre autres, du nom de l'auteur. Quant à elle, la licence MIT exige également que les «crédits», lesquels incluent le nom des titulaires de droits, soient reproduits avec chaque exemplaire du logiciel³¹. La communauté que l'on cherche à créer n'est pas une corporation anonyme: pour sa contribution, chaque programmeur a droit à l'estime de ses pairs. L'incitation à créer n'est pas l'argent mais la reconnaissance et, en ce sens, le droit moral prime sur le droit de contrôler l'exploitation de l'œuvre. La licence BSD insiste aussi sur la nécessité de protéger la réputation de l'auteur en interdisant l'utilisation des noms des coauteurs du logiciel pour faire la promotion de produits dérivés du logiciel³². Par contre, le versant du droit moral qui protège l'intégrité de l'œuvre est à l'évidence absent, nié par la philosophie des logiciels libres qui favorise précisément la modification des logiciels sans le consentement préalable des coauteurs.

De même, les différentes licences de logiciels libres correspondent toutes à une conception relativement similaire de l'accessibilité au code source et de la possibilité de le modifier³³. La principale ligne de démarcation a trait à l'obligation de publier les modifications du code source, de manière à garantir leur disponibilité au profit de la communauté. À cet égard, une licence comme la BSD ou la MIT ne rend pas obligatoire la publication des ajouts ou des modifications

30. «Berkeley System Distribution».

31. «The above copyright notice [copyright (c) <year> <copyright holders>] and this permission notice shall be included in all copies or substantial portions of the Software». En ligne: <http://www.opensource.org/licenses/mit-license.php>.

32. «Neither the name of the <organisation> nor the names of its contributors may be used to endorse or promote products derived from this software without specific prior written permission». En ligne: <http://www.opensource.org/licenses/bsd-license.php>.

33. Pour un aperçu relativement complet des licences, voir l'index à l'adresse suivante: <http://www.opensource.org/licenses/>.

apportées au logiciel et permet de faire basculer un logiciel libre en modèle propriétaire.

Cela étant, en comparaison avec les autres licences fédérées sous l'appellation «Open source», la GPL représente la tentative la plus achevée de conserver le logiciel sous une forme non-propriétaire. Le préambule de la licence est l'occasion d'affirmer à nouveau les préceptes des logiciels libres, soit l'opposition aux logiciels qui limitent ou encore qui suppriment la liberté de l'utilisateur³⁴. Toutefois, l'intention n'est pas que le code source tombe volontairement dans le domaine public et, partant, soit donné à tous³⁵. Pousser le principe du logiciel libre jusqu'à permettre que le logiciel entre immédiatement dans le domaine public pourrait s'avérer néfaste. En effet, si en raison d'une accélération fictive du temps, l'œuvre se retrouve, dès sa création, à la fin de son cycle de propriété, un programmeur pourrait y apporter quelques modifications, replacer l'œuvre en mode propriétaire et conserver le nouveau code source secret. Sans le mécanisme de contrainte que pose la licence, il ne resterait que l'honneur et la bonne foi des programmeurs pour préserver la liberté des logiciels³⁶.

Le préambule de la GPL précise que la liberté recherchée n'est pas synonyme de gratuité, nuance que la langue anglaise rend ainsi: «To understand the concept, you should think of *free* as in *free speech*, not as in *free beer*»³⁷. La rémunération n'est certes pas exclue et un programmeur peut vendre un logiciel qui a été créé en partie par d'autres, tout comme il peut y vendre un service associé au logiciel ou une garantie³⁸. Le préambule de la GPL se lit comme suit: «Liberté

34. «Les licences d'utilisation de la plupart des programmes sont définies pour limiter ou supprimer toute liberté à l'utilisateur. À l'inverse, la Licence publique générale (General Public License) est destinée à vous garantir la liberté de partager et de modifier les logiciels libres, et de s'assurer que ces logiciels sont effectivement accessibles à tout utilisateur.» Voir le préambule de la *Licence Publique Générale GNU*, version 2, juin 1991. Il s'agit de la version qui est toujours en vigueur, en ligne: www.gnu.org/licenses/gpl.txt Pour la traduction française non officielle, voir en ligne: www.linux-france.org/article/these/gpl.html L'identité du traducteur n'est pas connue.

35. Il est à noter qu'un tel abandon de droits occasionnerait des problèmes de compatibilité avec les principes du droit d'auteur.

36. Robert W. GOMULKIEWICZ, «How Copyleft Uses License Rights to Succeed in the Open Source Software Revolution and the Implications for Article 2B», *36 Hous. L. Rev* 179, 186.

37. <http://www.gnu.org/philosophy/free-sw.html>.

38. «Vous pouvez demander une rétribution financière pour la réalisation de la copie et demeurez libre de proposer une garantie assurée par vos soins, moyennant finances». *Licence Publique Générale GNU*, art. 1.

des logiciels ne signifie pas nécessairement gratuité. Notre licence est conçue pour vous assurer la liberté de distribuer des copies des programmes, gratuitement ou non [...]»³⁹. L'essentiel est que le code source demeure accessible à un prix qui ne soit pas prohibitif⁴⁰, bien que les logiciels soient le plus souvent gratuits. Tout est disponible au plus grand nombre, à la condition expresse que les ajouts soient remis au profit de tous et que l'œuvre modifiée retourne dans le fonds commun d'où elle vient. En somme, il s'agit de «créer une économie du libre fondée sur l'absence d'appropriation»⁴¹.

3.2 Les stipulations principales

Il existe plusieurs angles pour étudier la GPL. Mélanie Clément Fontaine a produit une étude sur la formation du contrat et de ses effets en droit français, pour conclure que ce type de licence ne contrevient pas au droit des obligations⁴². Nous tenterons de caractériser la GPL du point de vue du droit d'auteur et, plus spécifiquement, de faire ressortir la stratégie adoptée pour rendre effectif le principe de l'ouverture permanente du code source. Pour ce faire la GPL procède en deux étapes: d'abord elle autorise l'accessibilité au code source et offre la possibilité de modifier ce code et, ensuite, elle pose l'impératif de rendre ces modifications disponibles à tous, selon les mêmes règles.

La liberté du code source est à la base du mouvement des logiciels libres, tel qu'il a été vu précédemment. Cette liberté, qui passe par un accès au code source, est mise en évidence à quelques endroits dans la licence où il est question de la liberté «de recevoir le code source ou de pouvoir l'obtenir»⁴³. Un droit général de reproduction, ou du moins de copie du logiciel, est donc permis. L'article 1 de la licence atteste ce droit de copie tout en indiquant quelques obligations qui en découlent:

39. *Licence Publique Générale GNU*, préambule.

40. L'article 3b) de la GPL fait mention d'un tarif qui ne peut être supérieur au coût de la copie.

41. David GÉRAULD, «Le copyleft: un ver dans le verger des titulaires de droits», *op. cit.*, p. 160.

42. Voir Mélanie CLÉMENT FONTAINE, *La licence publique générale gnu [logiciel libre]*, Mémoire de D.E.A., Université de Montpellier I, en ligne: <http://www.freescape.eu.org/biblio/IMG/pdf/gpl.pdf> Pour une analyse faite à partir du droit américain, voir David McGOWAN, «Legal Implications of Open-Source Software», en ligne: http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=243237.

43. *Licence Publique Générale GNU*, préambule.

Vous pouvez copier et distribuer des copies conformes du code source du programme, tel que vous l'avez reçu, sur n'importe quel support, à condition de placer sur chaque copie un copyright approprié et une restriction de garantie, de ne pas modifier ou omettre toutes les stipulations se référant à la présente licence et à la limitation de garantie, et de fournir avec toute copie du programme un exemplaire de la licence.⁴⁴

La possibilité de modifier le code est inscrite dans le préambule de la GPL⁴⁵ et, ici encore, cette exigence est au cœur du fonctionnement des logiciels libres. L'article 2 énonce: «Vous pouvez modifier votre copie ou vos copies du programme ou partie de celui-ci, ou d'un travail basé sur ce programme, et copier et distribuer ces modifications selon les termes de l'article 1 [...]»⁴⁶. La licence s'affaire à donner les mêmes droits d'accès à tout le monde, afin de sortir de la logique du droit d'auteur où un auteur oppose son titre de propriété aux autres. On demeure malgré tout dans les paramètres du droit d'auteur, parce que les principes de propriété et d'autorisation, bien que détournés de leur fonction usuelle, sont toujours présents.

C'est toutefois l'étape suivante qui permet à la GPL de véritablement prétendre être des défenseurs de la liberté des logiciels et d'exprimer une divergence avec les licences de type «Open Source». Ainsi, l'autorisation aveugle qui est donnée au programmeur est assortie d'une condition immuable: il doit, lui aussi, déposer sa contribution dans le fonds commun:

Afin de garantir ces droits, nous avons dû introduire des restrictions interdisant à quiconque de vous les refuser ou de vous demander d'y renoncer. Ces restrictions vous imposent en retour certaines obligations si vous distribuez ou modifiez des copies de programmes protégés par la licence. En d'autres termes, il vous incombera en ce cas de:

- transmettre aux destinataires tous les droits que vous possédez,
- expédier aux destinataires le code source ou bien tenir celui-ci à leur disposition,

44. *Licence Publique Générale GNU*, art. 1.

45. «Notre licence est conçue pour vous assurer la liberté [...] de modifier les programmes ou d'en utiliser des éléments dans de nouveaux programmes libres [...]». *Licence Publique Générale GNU*, préambule.

46. *Licence Publique Générale GNU*, art. 2.

- leur remettre cette licence afin qu'ils prennent connaissance de leurs droits.⁴⁷

L'impératif est repris à l'article 2b) où l'on commande à l'auteur, en contrepartie des droits accordés, de «distribuer sous les termes de la licence publique générale l'ensemble de toute réalisation contenant tout ou partie du programme, avec ou sans modifications». C'est ce type d'obligation qui permet à l'ensemble du noyau Linux de constituer un gigantesque patrimoine d'œuvres auquel on peut seulement ajouter et jamais retirer⁴⁸. La licence GPL contient de plus une disposition qui utilise l'acceptation usuelle de la propriété du droit d'auteur, mais sous la forme d'un avertissement:

Ne l'ayant pas signée, vous n'êtes pas obligé d'accepter cette licence. Cependant, rien d'autre ne vous autorise à modifier ou distribuer le programme ou quelque travaux dérivés: la loi l'interdit tant que vous n'acceptez pas les termes de cette licence. En conséquence, en modifiant ou en distribuant le programme (ou tout travail basé sur lui), vous acceptez implicitement tous les termes et conditions de cette licence.⁴⁹

Cet article pose, voire impose, la philosophie derrière le logiciel libre⁵⁰. Il symbolise toute l'astuce menant à l'assurance que le logiciel demeurera non-proprétaire. Comme l'a déjà affirmé Stallman: «Personne n'est forcé de rejoindre notre club, mais ceux qui veulent participer doivent nous offrir la même coopération que celle qu'ils reçoivent de nous»⁵¹. Il faut alors s'accorder avec le fondement de l'échange, soit que prendre et donner ne forment qu'un seul geste. À défaut, l'article 5 se rabat sur une interprétation rigoureuse du principe d'autorisation, pivot du droit d'auteur: une personne ne peut modifier et ensuite distribuer ou vendre un logiciel sans offrir ses propres modifications à la communauté⁵² car, en procédant de la sorte, cette personne se trouverait à enfreindre les droits d'auteur

47. *Licence Publique Générale GNU*, préambule. L'article 3 précise les modalités de cette obligation.

48. Eben MOGLEN, «L'anarchisme triomphant: le logiciel libre et la mort du copyright», *op. cit.*, p. 167-168.

49. *Licence Publique Générale GNU*, art. 5.

50. De même, l'article 10 prévoit les cas où l'on veut incorporer des éléments d'un logiciel sous GPL à un autre logiciel libre dont la licence diffère de la GPL. En ces cas, il faut obtenir l'autorisation écrite de l'auteur.

51. Richard STALLMAN, «La licence GNU GPL et l'American Way», *op. cit.*, p. 83.

52. La publication ne semble pas être imposée à toutes les formes de modifications et il appert que les modifications n'ont pas à être publiées si le logiciel n'est pas lui-même distribué ou vendu.

attachés au logiciel. Cette manœuvre a le mérite de fidéliser une communauté de programmeurs au principe du logiciel libre.

4. Les impacts sur le droit d'auteur

Les promoteurs du logiciel libre tiennent le pari que la validité juridique de leur mouvement ne fait pas de doute et que le vaste champ de la liberté contractuelle et du droit d'auteur est assez flexible pour accueillir un tel projet. Nous verrons que certaines embûches, qui ne sont probablement pas insurmontables, se dressent sur leur route et que, de manière plus fondamentale, cette pratique interroge l'arrimage du droit d'auteur et des pratiques développées par l'entremise des nouvelles technologies.

4.1 Les difficultés

Les licences des logiciels libres ne peuvent faire en sorte que le droit d'auteur ne s'applique pas à ceux-ci: nul ne se soustrait à la loi du seul fait qu'il ne partage pas ses préceptes. Les licences, la GPL comme les autres, doivent nécessairement cohabiter avec un cadre juridique que leurs rédacteurs n'ont pas choisi, au risque de voir apparaître certaines incompatibilités. Nous identifierons quelques-unes des difficultés auxquelles peut être confrontée la GPL, sans prétendre proposer une analyse définitive à leur égard. Il faut dire que peu d'études ont abordé ce thème⁵³ et cela, combiné à une jurisprudence à peu près inexistante⁵⁴, laisse toute la place à des hypothèses encore à valider.

Tout d'abord, la question de l'œuvre de collaboration nécessite quelques remarques. Tel que l'indique le libellé de la loi canadienne, une œuvre de collaboration est une «œuvre exécutée par la collaboration de deux ou plusieurs auteurs, et dans laquelle la part créée par l'un n'est pas distincte de celle créée par l'autre ou les autres»⁵⁵. Les logiciels libres sont, presque par définition, des œuvres de collabora-

53. Au Québec, il existe une étude sur la responsabilité civile des programmeurs de logiciels libres. Voir Pierre-Paul LEMYRE, «Les logiciels libres sous l'angle de la responsabilité civile», 2003, en ligne: <http://www.juriscom.net/pro/visu.php?ID=106>.

54. Au mois d'août 2003, dans le cadre d'une poursuite contre IBM, la société SCO a annoncé son intention d'attaquer la GPL et de démontrer qu'elle est contraire à la législation américaine sur le droit d'auteur. Une documentation est disponible en ligne: <http://www.zdnet.fr/actualites/business/0,39020715,39115870,00.htm>.

55. *Loi sur le droit d'auteur*, art. 2.

tion puisque, à partir du moment où une première version est rendue publique, d'autres auteurs viennent y intégrer leur propre apport créatif⁵⁶. On se retrouve donc presque toujours en présence de coauteurs, ce qui peut occasionner certains problèmes. À ce sujet, l'association du Barreau américain a signalé que, du point de vue de l'auteur, l'une des difficultés de ce type de licence est la potentielle responsabilité pour contrefaçon, occasionnée par l'absence de contrôle des autres coauteurs et par le fait que les coauteurs ne déclarent pas explicitement que leur contribution est originale et exempte de violation de droits d'auteur⁵⁷.

Au-delà de cet avatar bien réel, la GPL cherche à fidéliser, ou à forcer la fidélisation, des nombreux auteurs qui offrent leur contribution. Qu'en est-il du consentement de ces auteurs? Le consentement donné par les programmeurs lorsqu'ils accèdent au logiciel et décident de le modifier peut s'assimiler au consentement donné par un consommateur lorsqu'il est en présence d'une licence sous emballage dans lequel il n'est pas possible de négocier les modalités d'utilisation. S'agissant de la GPL on peut qualifier le contrat de contrat d'adhésion, avec comme repère la formule d'acceptation de l'article 5 qui stipule que la modification ou la distribution du logiciel constitue une acceptation implicite des conditions de la licence⁵⁸. Il est permis de postuler que la GPL, ou du moins le mouvement des logiciels libres, campe une position sur le droit d'auteur que n'ignore pas la grande majorité des programmeurs; conséquemment, le programmeur qui utilise ces logiciels le fait en connaissance de cause. Notons toutefois que rien n'indique que l'utilisateur de la GPL est instruit quant aux différences entre celle-ci et d'autres types de licences. Quoi qu'il en soit, la licence à laquelle souscrit le programmeur doit s'interpréter comme une licence non exclusive, étant donné qu'en droit canadien du moins, les exigences de l'article 13(4) ne sont pas rencontrées⁵⁹. Cela dit, on peut se demander si un programmeur

56. Sur la question du logiciel libre comme œuvre collective au sens du droit français, voir Mélanie CLÉMENT FONTAINE, *La licence publique générale gnu [logiciel libre]*, op. cit., p. 9-13.

57. <http://www.abanet.org/intelprop/opensource.html>.

58. Telle est la position de Mélanie CLÉMENT FONTAINE, position que nous partageons. Voir *La licence publique générale gnu [logiciel libre]*, op. cit., p. 21-22.

59. «Le titulaire du droit d'auteur sur une œuvre peut céder ce droit, en totalité ou en partie, d'une façon générale ou avec des restrictions relatives au territoire, au support matériel, au secteur du marché ou à la portée de la cession, pour la durée complète ou partielle de la protection; il peut également concéder, par une licence, un intérêt quelconque dans ce droit; mais la cession ou la concession n'est valable que si elle est rédigée par écrit et signée par le titulaire du droit qui en fait l'objet, ou par son agent dûment autorisé.» *Loi sur le droit d'auteur*, art. 13(4).

peut mettre fin à l'autorisation qu'il donne sur son apport. Il a été souligné que la chose pose problème en droit français:

[...] d'après la Loi française, l'auteur d'un logiciel libre peut à tout moment «invoker» la nullité de la licence de ce logiciel, et ce pour une simple raison d'écriture de la licence. En effet, le Code de la propriété intellectuelle stipule que *La transmission des droits de l'auteur est subordonnée à la condition que chacun des droits cédés fasse l'objet d'une mention distincte dans l'acte de cession et que le domaine d'exploitation des droits cédés soit délimité quant à son étendue et à sa destination, quant au lieu et quant à la durée* [Article L131-3]. Et ce n'est pas le cas de la GPL, ni d'autres licences libres. En clair, cela veut dire qu'en France, ou bien ailleurs si l'auteur est français, ce qui est GPL pourrait repasser propriétaire du jour au lendemain.⁶⁰

Les licences soulèvent une autre difficulté, celle d'identifier une loi applicable et une juridiction compétente, difficulté augmentée par le constat que les logiciels libres rassemblent des contributions d'auteurs de plusieurs pays. La GPL ne précise pas de loi et de juridiction et cette absence d'indications, en plus de poser la question de la juridiction compétente, ne rend que plus aigus les problèmes de compatibilité entre les lois nationales ainsi que les interprétations divergentes qui pourraient être faites d'une licence. Une recension a relevé que seules trois licences de logiciels libres font explicitement référence à une juridiction: la QPL qui réfère aux lois de la Norvège, ainsi que la IBM Public Licence et la Mozilla Public Licence, lesquelles renvoient aux législations américaines⁶¹.

Enfin, la lecture de la GPL permet d'identifier un élément qui, sans être une embûche sur le plan du droit, demeure une réelle difficulté pour le programmeur salarié. Si la GPL veut «mettre le droit à sa main», l'inverse est peut-être aussi vrai. La licence se termine

60. Entretien avec Cyril Rojinski et Vincent Grynbaum, dans «Le libre mérite mieux que ces licences approximatives», en ligne: http://www.linuxfrench.net/article.php?id_article=1043#nb2. On remarque une conclusion similaire dans un ouvrage français: «Ils [les contrats] prévoient également dans certains cas que tous développements sur la base d'un logiciel libre de droits deviendront par principe également libres de droit. Or, une telle affirmation est contraire aux principes du droit d'auteur français pour lequel toute cession de droits suppose l'autorisation expresse de son auteur ainsi que la liste exhaustive des droits cédés». Voir *Lamy droit de l'informatique et des réseaux* (Paris, Lamy, 2003), p. 15.

61. Entretien avec Cyril Rojinski et Vincent Grynbaum, dans «Le libre mérite mieux que ces licences approximatives», *op. cit.*

avec des conseils prodigués aux programmeurs, dont celui-ci: «Si vous officiez en tant que programmeur, n'omettez pas de demander à votre employeur, votre établissement scolaire ou autres de signer une décharge stipulant leur renoncement aux droits qu'ils pourraient avoir sur le programme [...]»⁶². Selon la législation américaine⁶³ ou canadienne⁶⁴, un tel «conseil» représente une entorse au droit régissant l'œuvre exécutée dans l'exercice d'un emploi. Quant à elle, la législation française prévoit une exception sur la titularité des droits sur les logiciels exécutés dans le cadre d'un emploi⁶⁵. Il faut alors présumer que les programmeurs pourront convaincre leur employeur que les logiciels qui seront développés dans le cadre de leurs fonctions appartiendront à la communauté de programmeurs et non à cet employeur.

On peut constater d'autres difficultés que risquent de créer les licences de logiciels libres comme, par exemple, le fait que les logiciels n'offrent pas de garantie⁶⁶. À tout prendre, ces possibles incohérences ne sont pas insurmontables et une version plus détaillée de la GPL pourrait aplanir certaines de ces difficultés – il suffit de songer aux questions de la loi et de la juridiction ou à la délimitation plus franche des droits consentis – laissant les autres volontairement irrésolues.

62. *Licence Publique Générale GNU*, notes sous le titre «comment appliquer ces directives à vos nouveaux programmes».

63. Voir la définition de «Work made for hire», 17 U.S.C., s. 101.

64. Au Canada par exemple, la *Loi sur le droit d'auteur* indique ceci: 13.(3) «Lorsque l'auteur est employé par une autre personne en vertu d'un contrat de louage de service ou d'apprentissage, et que l'œuvre est exécutée dans l'exercice de cet emploi, l'employeur est, à moins de stipulation contraire, le premier titulaire du droit d'auteur [...]».

65. Pour la France, il s'agit d'une exception au principe voulant que l'auteur conserve ses droits d'auteur, même s'il est salarié. L'article L113-9 du *Code de la propriété intellectuelle* indique ceci: «Sauf dispositions statutaires ou stipulations contraires, les droits patrimoniaux sur les logiciels et leur documentation créés par un ou plusieurs employés dans l'exercice de leurs fonctions ou d'après les instructions de leur employeur sont dévolus à l'employeur qui est seul habilité à les exercer».

66. «[...] la conception et la distribution d'un logiciel sous licence libre stricte n'impliquent pas l'obligation de fournir une garantie, en outre l'auteur n'est pas tenu pour responsable des dommages liés aux dysfonctionnements de son logiciel. En excluant toute responsabilité de l'auteur du logiciel libre sans pour autant préciser que le logiciel diffusé s'adresse à un public averti cette licence contrevient aux dispositions de la Directive du 25 juillet 1985 sur "la protection du consommateur contre les logiciels défectueux" et à la recommandation de la Commission des clauses abusives du 7 avril 1995 concernant "les clauses abusives dans les contrats conclus avec les consommateurs".» Yannick BAILLY, «La protection juridique des logiciels libres», 2000, p. 10, en ligne: http://www.droit-technologie.org/2_1.asp?dossier_id=13.

4.2 Les transformations

Les logiciels libres, et la GPL en particulier, n'annoncent pas la mort du droit d'auteur. Leur logique s'est au contraire bâtie sur une restructuration de ce droit qui, pour être effective, doit opérer à l'intérieur de certains des paramètres du droit d'auteur. Cette transformation se cristallise particulièrement autour de la collectivisation de l'œuvre et, menée par l'idée que la liberté l'emporte sur la propriété, elle heurte les principes de la titularité et l'exploitation de l'œuvre. En l'occurrence, le droit d'auteur n'est pas pensé comme un droit exclusif que le titulaire oppose à tous.

La propriété de l'œuvre issue de la GPL est certes un des aspects les plus déterminants de la licence. Nous avons mentionné plus haut que le principe marquant de la GPL – celui qui a donné naissance à la licence et qui aujourd'hui encore la démarque de Microsoft⁶⁷ – est celui de l'ouverture permanente du code source. Cette ouverture est voulue afin de s'assurer que le logiciel ne devienne jamais «propriétaire». Du coup, étant donné que nombre de collaborateurs s'associent au développement d'un logiciel, ce dernier est la propriété d'une communauté et non d'un auteur. Contrairement à ce que l'on admet habituellement, l'auteur ne se conçoit donc plus comme une seule personne mais comme le membre d'une communauté avec laquelle il détient, en copropriété, les droits sur l'œuvre. La GPL n'abolit pas la propriété de l'œuvre, mais elle en fait une notion collective. La propriété comme fondement du droit d'auteur demeure son socle mais l'ouverture du code source empêche que cette propriété devienne individuelle ou exclusive. La propriété collective devient la règle: l'auteur est membre d'une chaîne d'auteurs, il en est un maillon et ne connaît pas les coauteurs qui ajouteront à sa contribution, ni ce que ces derniers feront de sa contribution. L'œuvre produite échappe à chacun des auteurs en particulier mais elle est exploitable par tous. Ce n'est plus l'auteur qui importe mais l'œuvre, c'est elle qui a désormais une valeur intrinsèque. Comme le souligne Mélanie Clément Fontaine, on assiste à un renversement de la logique du droit d'auteur puisque tout est mis en œuvre pour que l'œuvre demeure libre, c'est-à-dire impossible d'appropriation⁶⁸. Pour un logiciel dont les fonctionnalités sont toujours perfectibles, l'œuvre est évolutive, dans un mouvement presque sans fin, puisqu'un nouveau collaborateur peut toujours modifier l'œuvre et relan-

67. Pour un entretien de Bill Gates, patron de Microsoft, sur la GPL, voir <http://www.zdnet.fr/actualites/business/0,39020715,2089671,00.htm>.

68. Mélanie CLÉMENT FONTAINE, *La licence publique générale gnu [logiciel libre]*, op. cit., p. 52.

cer le cycle de propriété collective, faisant en sorte que l'œuvre ne tombe jamais dans le domaine public.

Une transformation du droit d'auteur s'opère également quant au mode d'exploitation de l'œuvre. L'idée d'autorisation, centrale en droit d'auteur, est passablement amoindrie. Il n'y a pas d'autorisation à la pièce, il y a, comme dans certaines formes de gestion collective, une autorisation générale qui est donnée et qui vaut pour les utilisations à venir. En fait, l'autorisation est valablement donnée au départ – c'est une condition d'accès au code source – mais par la suite l'œuvre est pour ainsi dire sans contrôle. Il n'y a pas de procédure ou de guichet central autorisant la reproduction et la modification de l'œuvre, sinon que celle qui est contenue dans la licence et qui repose sur la bonne foi des coauteurs et des usagers⁶⁹. De plus, la rémunération de l'auteur n'est pas un préalable à l'autorisation d'exploiter. On a vu précédemment que la GPL n'empêche pas un auteur de vendre le logiciel, mais la rémunération n'est pas obligatoire et, lorsqu'elle existe, elle n'est pas copieuse. Il ne se retrouve pas de grilles tarifaires ou de mécanisme organisé de perception des droits, et la chose met à mal l'équation centenaire voulant que le droit d'auteur représente le salaire de l'auteur. C'est le principe de la motivation pécuniaire qui est nié, alors qu'il est généralement soutenu que le monopole individuel d'exploitation permet aux auteurs d'être intéressés par l'acte de création. Comme il a été affirmé: «En décentrant la problématique de la valeur, la fondant ainsi sur la liberté de circulation et le partage communautaire du savoir et de la connaissance, [le mouvement des logiciels libres] contribue à déstabiliser ces fameuses lois naturelles de l'économie et réactive peut-être cette vieille utopie de la libre association des producteurs»⁷⁰.

Enfin, il a été souligné auparavant que le projet des logiciels libres en est un de réciprocité, où prendre et donner vont de pair, étant inextricablement liés. Par conséquent, il n'est pas question d'un rejet du droit auteur au sens où le formule Joost Smiers dans sa mise en cause radicale de l'application actuelle du droit d'auteur⁷¹,

69. La seule forme de dissuasion explicite contenue dans la GPL est la mise en garde de l'article 5, qui rappelle que la loi interdit l'utilisation d'une œuvre sans le consentement des titulaires.

70. Olivier BLONDEAU, «La déstabilisation des lois naturelles de l'économie?» *Le Monde*, 31 janvier 2001.

71. Voir notamment Joost SMIERS, «The abolition of copyrights: better for artists, Third World and the public domain» dans Ruth TOWSE (dir.) *Copyright in the Cultural Industries*, (Cheltenham, Edward Elgar Publishing, 2002), p. 119-139.

bien que des parallèles puissent être tracés entre les thèses de Smiers et de Stallman quant à leur méfiance envers la monopolisation du droit d'auteur. Il ne s'agit pas non plus de vol ou de contrefaçon, mais d'une utilisation éclairée et ciblée du droit d'auteur, à travers laquelle le programmeur renonce à exercer son droit d'autorisation. La pratique est certes paradoxale: utiliser les règles du droit d'auteur pour en modifier les principes, pour imposer la liberté. Ce qui en ressort est une forme d'autorégulation où le titulaire est toujours intéressé à créer, en dépit du fait qu'il n'exerce pas son droit exclusif d'autorisation. L'objectif de ces pratiques en est un que n'a jamais ignoré le droit d'auteur, à savoir la diffusion des œuvres et des connaissances. Dans ce cas cependant, ce n'est pas la garantie d'exclusivité qui sert d'incitatif à la création, mais plutôt l'émulation de la communauté de programmeurs, où chacun a continuellement accès aux travaux des autres. Pour le droit d'auteur, la liberté contractuelle semble aussi comporter le possible renoncement à la propriété exclusive. Plus encore, la GPL veut favoriser la diffusion des connaissances et l'accès de la collectivité à celles-ci et témoigne d'une volonté claire de délimiter, à la place du législateur, l'équilibre entre le droit d'autoriser et le droit d'accès aux œuvres.

5. Conclusion

Il faut se garder de traiter le mouvement des logiciels libres comme une excentricité ou un phénomène propre à la culture des «hackers». Au nom d'idées apparentées, des initiatives émergent. Cette reconfiguration des droits d'auteur va bon train et une tendance semble se dégager, bien qu'il soit hasardeux et vain de tenter un pronostic sur sa longévité et son ampleur. Réunie sous la bannière du «copyleft», la pratique déborde maintenant de la communauté des programmeurs informatiques pour interpeller tous les créateurs d'œuvres. Le principe sous-jacent aux logiciels libres n'est plus l'apanage du monde informatique et des logiciels perfectibles, il s'est disséminé aux auteurs qui créent des œuvres littéraires, dramatiques, musicales ou artistiques. Par exemple, des structures telles que la licence Art libre⁷² ou Creative Commons⁷³ accordent à

72. www.artlibre.org.

73. <http://new.creativecommons.org/licenses/by/1.0> Ce site permet à l'auteur de modeler son accord en fonction du droit à la paternité, du droit d'autoriser des utilisations commerciales et du droit de modifier l'œuvre. Il est intéressant de noter que ce site américain ne propose que des obligations relatives au droit moral, un droit que connaît peu la législation américaine. Tout se passe donc comme si ce qui importait le plus à ces auteurs est précisément ce qui fait défaut dans leur loi.

l'avance des autorisations libres de rémunération, en contrepartie notamment du respect des droits moraux.

L'Internet a surtout retenu l'attention autour de questions relevant de la gratuité de l'accès aux œuvres et des actes de contrefaçon, comme le démontrent les affaires *iCraveTV* et *Kazaa*. Ici, le phénomène est d'une tout autre nature que ces appropriations d'œuvres par des diffuseurs ou des usagers qui ne participent pas à la création de l'œuvre. Lorsqu'on tente de saisir l'ensemble des transformations que subit aujourd'hui le droit d'auteur, on constate que le mouvement des logiciels libres amplifie une turbulence déjà sentie. À l'évidence, les principes à l'origine du droit d'auteur font l'objet de charges emportées: sur un front le législateur avance avec de plus en plus d'exceptions au droit exclusif de l'auteur et, sur un autre front, de nombreux usagers se croient justifiés de passer outre l'autorisation de l'auteur. Pendant ce temps, de l'intérieur, des titulaires reformulent eux-mêmes leurs droits.