

Vol. 17, n° 3

Logiciels libres et ouverts : impacts juridiques sur les utilisateurs québécois

Pierre Paul Lemyre et Richard Willemant*

1. Les logiciels libres et ouverts face au droit	599
1.1 La protection juridique des logiciels	599
1.2 Les différents types de licences de logiciel	602
1.3 Licences libres vs licences ouvertes	607
1.4 Les licences libres et ouvertes non-copyleftées	608
1.5 Les licences libres et ouvertes copyleftées	611
2. La validité juridique des licences libres et ouvertes.	613
2.1 La discussion à l'échelle internationale	614
2.2 Le droit québécois	621
2.2.1 Application du droit québécois	621

© Pierre Paul Lemyre et Richard Willemant, 2005.

* Pierre-Paul Lemyre, avocat, est responsable du volet international de LexUM. Richard Willemant est avocat au Barreau de Paris (Salans & associés). Cet article résulte d'un mandat octroyé aux auteurs par le gouvernement du Québec.

2.2.2	Validité en vertu du droit d'auteur	622
2.2.3	Validité en vertu du droit civil.	625
3.	La propriété intellectuelle	628
3.1	La protection du titulaire du droit d'auteur	628
3.2	L'établissement de la chaîne de titres	634
3.3	Les conflits entre licences.	639
3.4	Les brevets logiciels.	644
4.	La responsabilité contractuelle	648
4.1	La qualification du contrat de licence	648
4.2	Les obligations des parties	652
4.2.1	Les obligations spécifiques du licencié	653
4.2.2	Les obligations légales du donneur de licence	654
4.3	Les clauses d'exclusion de responsabilité	660
4.4	La protection du consommateur	664

1. Les logiciels libres et ouverts face au droit

Au cours des cinquante dernières années, le droit a dû s'adapter à une nouvelle discipline, l'informatique, et aux nouveaux types de créations qui la caractérisent. Aussi, loin de constituer une curiosité pour les juristes, les logiciels sont aujourd'hui encadrés par un ensemble de règles relativement bien définies. C'est d'abord le droit de la propriété intellectuelle, et plus particulièrement le régime du droit d'auteur, qui précise l'étendue et les modalités des droits des auteurs de logiciels. Ceux-ci étant autorisés à établir des conventions impliquant ces droits, dans le cadre de licences par exemple, le droit des contrats joue également un rôle important en la matière. Toutefois, la nature des licences de logiciel varie énormément : les licences propriétaires tendent à limiter les droits concédés, alors que les licences libres et ouvertes visent à les étendre. Au surplus, toutes les licences libres et ouvertes ne sont pas équivalentes.

1.1 La protection juridique des logiciels

Dans l'ensemble du monde occidental, une partie du produit de l'intellect humain est susceptible de faire l'objet d'une appropriation. Ce droit de propriété sur l'immatériel s'est développé au cours des siècles afin de favoriser la création artistique et l'avancement des connaissances en garantissant aux innovateurs un monopole sur l'exploitation de leurs créations. C'est en fonction de ces règles que l'auteur d'un logiciel est présumé être le premier titulaire des droits de propriété intellectuelle sur celui-ci. Puisque le logiciel, une fois fixé sur un support, possède avant tout une forme littéraire, ce sont les règles du droit d'auteur qui lui sont applicables.

À l'international, le droit d'auteur est régi par la *Convention de Berne pour la protection des œuvres littéraires et artistiques*¹ (Convention de Berne). Ce document établit un régime minimal de

1. *Convention de Berne pour la protection des œuvres littéraires et artistiques*, (2005) Juris International, source : <<http://www.jurisint.org/pub/01/fr/147.htm>>.

protection des œuvres littéraires et artistiques qui assure la conservation des intérêts de l'auteur. Celui-ci se voit accorder des droits sur l'expression de sa création, mais non sur l'idée qui en est à l'origine. Ainsi, par exemple, l'auteur d'un logiciel permettant d'effectuer un calcul mathématique détient des droits sur la technique choisie pour représenter le calcul, mais non sur l'algorithme qui le sous-tend. Il obtient donc le droit de contrôler notamment : la reproduction, la transformation et la distribution de son œuvre. Bien que le traitement des infractions au droit d'auteur demeure de compétence nationale, la Convention de Berne permet d'étendre les droits de l'auteur aux territoires de l'ensemble des 139 États qui en sont membres.

Le Canada fait partie des États ayant ratifié la Convention de Berne. Le droit d'auteur étant une compétence de juridiction fédérale², l'implémentation de ce traité en droit québécois se retrouve dans la Loi canadienne sur le droit d'auteur. Cette loi ne laisse aucun doute quant à son application aux logiciels, puisque son article 2 spécifie que les programmes d'ordinateur sont assimilables à des œuvres littéraires. De plus, la définition large donnée par la loi aux programmes d'ordinateur ne devrait laisser aucun logiciel hors de son champ d'application :

Ensemble d'instructions ou d'énoncés destinés, quelle que soit la façon dont ils sont exprimés, fixés, incorporés ou emmagasinés, à être utilisés directement ou indirectement dans un ordinateur en vue d'un résultat particulier.³

Toutefois, pour que l'auteur d'un logiciel puisse bénéficier du régime de protection accordé par la *Loi sur le droit d'auteur*, encore faut-il que ce dernier possède les caractéristiques d'une œuvre originale. À cet égard, les critères nouvellement formulés par la Cour suprême dans l'arrêt *CCH Canadienne Ltée c. Barreau du Haut-Canada* ont trait à l'exercice d'un talent et d'un jugement dans la production⁴. En fait, la plupart du temps, il suffit tout simplement que le logiciel ait été créé de façon indépendante. Ainsi, deux logiciels permettant d'effectuer le même calcul mathématique peuvent avoir droit à cette protection, à la condition qu'aucun des deux n'ait été copié sur l'autre. Les objectifs, les sources d'inspiration et même le

2. *Loi constitutionnelle de 1867*, art. 91(23), source : <http://www.canlii.org/ca/const_fr/const1867.html>.

3. *Loi sur le droit d'auteur*, (L.R.C. 1985, ch. C-42), art. 2.

4. *CCH Canadienne Ltée c. Barreau du Haut-Canada*, 2004 CSC 13, par. 24, source : <<http://www.canlii.org/ca/jug/csc/2004/2004csc13.html>>.

code informatique peuvent être identiques, l'originalité de chacun des logiciels dépendra de l'effort indépendant ayant été investi.

Par ailleurs, pour être protégé, un logiciel doit nécessairement être fixé sur un support quelconque, qu'il s'agisse d'un fichier informatique, d'une bande magnétique ou d'un coin de nappe. À ce propos, peu importe qu'il y soit fixé sous la forme de code source⁵ (version lisible par un être humain) ou sous la forme binaire⁶ (version exécutable par un ordinateur), puisque les deux font l'objet d'une protection. Par contre, tant qu'il demeure dans l'esprit de son concepteur, un logiciel reste hors de portée du champ d'application de la *Loi sur le droit d'auteur* par manque de support matériel consignnant l'expression de cette idée⁷. D'ailleurs, il ne faut pas confondre la propriété sur ce support (qui, elle, est matérielle) avec la propriété de l'œuvre (immatérielle). Bien que l'acheteur d'un cédérom soit propriétaire de ce disque, il ne possède *a priori* aucun droit d'auteur sur le contenu de ce disque.

Dans la mesure où un logiciel répond aux conditions décrites ci-dessus, le régime du droit d'auteur s'y applique automatiquement, sans aucune formalité. Il n'est absolument pas nécessaire de l'enregistrer ou de le marquer, le droit d'auteur existe dès sa création. Cependant, cela n'implique pas que ces opérations soient inutiles. Dans les deux cas, elles visent à faciliter la preuve de l'existence d'un droit d'auteur, ainsi que la titularité de l'auteur⁸. En conséquence, l'ajout d'un en-tête mentionnant le nom du développeur et l'existence d'un droit d'auteur dans le code source d'un logiciel empêche les tiers l'ayant téléchargé d'invoquer leur ignorance à ce sujet.

Une dernière particularité du droit d'auteur réside dans la possibilité de le démembrer à l'infini. Il appartient donc au titulaire des droits sur un logiciel de déterminer qui pourra en disposer, de quelle façon, pour quelle durée, à quel endroit, etc. Deux techniques permettant de transiger les protections accordées par le droit d'auteur sont prévues par la loi : la cession et la concession.

La cession implique le transfert de la titularité des droits sur le logiciel. Une fois celui-ci opéré, l'ancien titulaire se retrouve

5. *IBM Corp. c. Ordinateurs Spirales Inc.*, [1985] 1 C.F. 190.

6. *Apple Computer c. Mackintosh Computers Ltd.*, [1987] 1 C.F. 173.

7. Laurent Carrière, « Protection du logiciel et autres œuvres originales en vertu de la Loi sur le droit d'auteur et conventions usuelles en ce domaine » (1996) *Léger Robic Richard*, source : <<http://www.robic.ca/publications/Pdf/198-LC.pdf>>.

8. *Loi sur le droit d'auteur*, précité, note 3, par. 34(4) et 53(2).

dépourvu des droits, qui appartiennent désormais au cessionnaire. La cession permet donc, par exemple, au titulaire des droits de laisser à un tiers la responsabilité de l'exploitation d'un logiciel. Par contre, lorsqu'il s'agit justement d'exploiter le logiciel, la concession s'avère être la méthode la mieux adaptée. La concession, exprimée dans une licence, permet d'autoriser les tiers à accomplir certains actes qui, autrement, auraient enfreint le droit d'auteur, tout en conservant sa titularité. En somme, la cession est à la vente, ce que la concession est à la location. À cause de ces particularités, les logiciels sont presque exclusivement offerts aux utilisateurs dans le cadre d'une licence.

Par ailleurs, les licences de ce type ont pour effet d'établir une relation contractuelle entre le titulaire des droits et l'utilisateur du logiciel. D'un côté, le donneur de licence exprime son intention de concéder une partie de ses droits exclusifs sur le logiciel, alors que de l'autre, le licencié manifeste son consentement à utiliser le logiciel dans le respect des conditions précisées par la licence. Ce consentement peut être constaté de multiples façons : par le bris de l'emballage d'une boîte, par la pression d'un bouton s'affichant à l'écran ou, encore, par la simple utilisation du logiciel. La principale conséquence découlant de l'établissement de cette convention est l'assujettissement de la licence au droit des contrats⁹.

Puisque les règles juridiques gouvernant les contrats relèvent du droit privé, c'est le droit civil du Québec qui s'applique aux licences de logiciel québécoises. Ainsi, les dispositions relatives aux obligations du *Code civil du Québec* se trouvent à suppléer à la *Loi sur le droit d'auteur* pour toute question concernant la responsabilité contractuelle du donneur de licence et du licencié. De la même façon, toutes les lois québécoises comportant des dispositions relatives aux relations contractuelles trouvent application. Cela s'avère particulièrement utile étant donné le peu de précision de la *Loi sur le droit d'auteur* à ce sujet.

La liberté des parties étant la règle en matière contractuelle, il n'est donc pas étonnant qu'une grande diversité règne en matière de licences de logiciel.

1.2 Les différents types de licences de logiciel

Puisque le régime du droit d'auteur accorde à l'auteur d'un logiciel l'exclusivité des droits sur celui-ci, en plus de lui permettre de les

9. David Vaver, *Copyright Law* (Irwin Law, Toronto, 2000), p. 229.

démembrer comme bon lui semble, la rédaction des licences de logiciel est soumise à une très grande flexibilité. En conséquence, il existe un nombre quasi illimité de licences différentes, certaines extrêmement restrictives et d'autres très libérales. Il est cependant possible de les regrouper à l'intérieur de quelques catégories qui représentent assez fidèlement le contexte dans lequel les logiciels sont généralement mis à la disposition de leurs utilisateurs.

Aujourd'hui, la vaste majorité des logiciels disponibles sont propriétaires, c'est-à-dire qu'une entreprise ou un individu se réserve l'exclusivité de son exploitation. Les licences propriétaires n'accordent au licencié qu'un droit d'utilisation du logiciel, auquel se greffent de nombreuses restrictions¹⁰. Il lui est donc interdit de modifier, de copier ou de redistribuer la copie du logiciel qui lui est remise. Les autres limitations ont trait, par exemple, aux garanties accordées, aux questions de responsabilité, au choix de la juridiction, etc. Pour assurer l'efficacité de ces restrictions, les logiciels propriétaires sont distribués sous forme d'exécutables binaires incompréhensibles pour l'être humain.

Par ailleurs, les logiciels propriétaires ont recours à différentes méthodes de distribution sur Internet. Par exemple, la redistribution des gratuiciels, ou « freewares », est généralement permise car ils sont distribués gratuitement dès l'origine. Toutefois, leur utilisation reste limitée et leur modification interdite. De la même façon, les partagiciels, ou « sharewares », peuvent être redistribués et utilisés gratuitement pendant une certaine période de temps. Cependant, à l'expiration de ce délai, le licencié doit verser une redevance au donneur de licence pour continuer à utiliser le logiciel.

À l'opposé, certaines licences font entrer les logiciels qui leur sont soumis dans le domaine public. Cela signifie que leurs développeurs abandonnent toutes les protections qui leur sont accordées par le droit d'auteur¹¹. Selon ce type de licence, le titulaire des droits ne conserve aucun privilège particulier sur le logiciel, qui peut ainsi être utilisé, modifié et redistribué sans aucune restriction.

Les licences libres et ouvertes se situent à mi-chemin entre ces deux extrêmes. En vertu des critères établis par la FSF, un logiciel

10. William H. Neukom et Robert W. Gomulkiewicz, « Licensing Rights to Computer Software », (1993) 354 *PLI/Pat* 775.

11. Jean-Paul Smets-Solanes et Benoît Faucon, *Logiciels Libres : Liberté, Egalité, Business, Freepatents* (Edispher, 1999).

sera considéré libre si sa licence permet aux utilisateurs de bénéficier de quatre libertés fondamentales :

- la liberté d'exécuter le programme informatique pour n'importe quel usage ;
- la liberté d'étudier le fonctionnement du programme informatique et de l'adapter à leurs propres besoins ;
- la liberté de redistribuer des copies du logiciel ;
- la liberté d'améliorer le logiciel et de distribuer les copies modifiées¹².

L'existence de ces libertés implique premièrement qu'il ne doit pas être nécessaire de demander ou de payer pour obtenir l'autorisation de les exercer. Incidemment, le coût du logiciel ne doit pas représenter une compensation pour les droits d'auteur, contrairement à la pratique bien établie en matière de logiciels propriétaires. Seuls les frais de reproduction et de distribution pourront donc être réclamés dans le montant exigé en contrepartie du logiciel.

Deuxièmement, il est essentiel que le code source soit disponible pour que le licencié soit en mesure d'en étudier le fonctionnement et de le modifier. Celui-ci doit être joint au logiciel ou disponible sur demande. L'accès au code source constitue la caractéristique fondamentale des logiciels libres et ouverts.

Troisièmement, pour que ces libertés soient significatives, elles doivent être irrévocables. Aussi, si le donneur de licence se réserve la possibilité de révoquer unilatéralement les droits concédés, le logiciel ne peut être considéré comme libre et ouvert.

Dans ces conditions, les licences libres et ouvertes autorisent les utilisateurs du logiciel à accomplir la plupart des actes normalement interdits par le droit d'auteur, tout en assurant la conservation de la propriété des droits au donneur de licence. Cela permet à ce dernier, entre autres choses, d'inclure divers types de conditions liées à l'utilisation du logiciel. La plus connue de ces conditions est certainement celle incluse dans la GPL et obligeant les licenciés désirant distribuer une version modifiée du logiciel à le faire sous la même licence.

12. Free Software Foundation, « Qu'est-ce qu'un Logiciel Libre ? », (2005) GNU, source : <<http://www.gnu.org/philosophy/free-sw.fr.html>>.

Enfin, certains donneurs de licence, bien que séduits par les principes qui sous-tendent les logiciels libres et ouverts, ne sont pas prêts à subir toutes les conséquences qu'entraîne le recours à une licence de ce type. Cette hésitation a causé l'apparition d'une variété de licences dites néo-libres ou semi-libres. Ces licences sont beaucoup plus permissives que les licences propriétaires et prévoient toutes la mise à disposition du code source, mais posent certaines conditions aux libertés fondamentales des logiciels libres et ouverts.

Dans certains cas, il s'agit de logiciels dont la licence accorde des droits d'utilisation, de redistribution et de modification, mais qui en limite l'exercice aux usages sans but lucratif ou exige le paiement d'une redevance dans le cas d'un usage commercial. Ces licences à source publique permettent d'éviter que des tiers réalisent des bénéfices en utilisant ou distribuant un logiciel libre et ouvert sans que le titulaire des droits d'auteur puisse en bénéficier. C'est le cas de la *Aladdin Free Public License*¹³ par exemple. Ce type de licence enfreint la première des libertés recherchées par les logiciels libres et ouverts, soit celle concernant la non-discrimination quant à l'utilisation du logiciel.

Parfois, il s'agit de logiciels dont la licence autorise la modification du code source, mais à la condition que toute implémentation de ce code modifié respecte certains standards définis par le donneur de licence. Cela équivaut donc à soumettre la modification et la distribution de ce code à l'approbation de ce dernier. C'est, entre autres, le scénario privilégié par Sun Microsystems dans le cadre de la *Sun Community Source License*¹⁴.

En réponse aux demandes provenant de sa clientèle, même Microsoft a développé une licence semi-libre, appelée licence à source partagée¹⁵. Sa principale caractéristique est de permettre aux licenciés d'étudier une partie du code développé par Microsoft. Toutefois, la modification et la redistribution de ce code sont fortement restreintes.

13. Aladdin Enterprises, « Aladdin Free Public License », (2000) *University of Wisconsin*, source : <<http://www.cs.wisc.edu/~ghost/doc/cvs/Public.htm>>.

14. Sun Microsystems, « Sun Community Source Licensing (SCSL) – Principles », (2005) *Sun*, source : <<http://www.sun.com/software/communitysource/principles.xml>>.

15. Microsoft Corporation, « Microsoft Shared Source License », (2005) *Microsoft*, source : <<http://www.microsoft.com/resources/sharedsource/default.aspx>>.

Ces différentes solutions étant dérivées des logiciels libres et ouverts, il est probable que le cadre juridique de ces derniers leur soit applicable, du moins en partie. Cette affirmation doit toutefois être validée pour chaque licence, en fonction de ses termes spécifiques.

De plus, la flexibilité dont disposent les titulaires de droit sur un logiciel ne s'arrête pas là. En effet, chaque licence n'étant qu'une concession individuelle, rien n'empêche le donneur de licence de concéder des droits différents à un autre licencié¹⁶. Il est donc possible qu'un même logiciel puisse être soumis à différentes licences, ce qui permet parfois aux utilisateurs de choisir celle leur convenant le mieux. C'est le cas, par exemple, de la base de données MySQL qui est distribuée à la fois sous la GPL et sous une licence propriétaire¹⁷. Cela permet à MySQL AB de distribuer librement son logiciel sur le Web tout en le commercialisant auprès de clients intéressés à l'incorporer dans leur propre logiciel propriétaire.

De façon similaire, le mode sous lequel un logiciel est licencié est susceptible de changer avec le temps. Cela peut être réalisé en prévoyant l'éventuelle évolution des droits concédés dans le cadre d'une seule et même licence, ou en distribuant un logiciel sous des conditions différentes à divers moments. Ghostscript est un exemple de logiciel commercialisé de cette façon. Alors qu'un an après sa sortie le code de Ghostscript est disponible sous GPL, les utilisateurs désirant développer des applications commerciales sur la base des versions plus récentes doivent accepter les termes d'une licence propriétaire¹⁸.

En somme, la distribution des logiciels est caractérisée par la diversité des ententes contractuelles la régissant. De plus, la simple mise à disposition du code source ne suffit pas à octroyer aux utilisateurs d'un logiciel les libertés fondamentales prônées par les partisans des logiciels libres et ouverts. D'ailleurs, ces derniers ne s'entendent pas toujours eux-mêmes sur la nature exacte des logiciels qu'ils privilégient.

16. Andrew M. St. Laurent, *Understanding Open Source & Free Software Licensing* (O'Reilly, Sebastopol, 2004), p. 162.

17. MySQL AB, « MySQL Commercial License », (2005) *MySQL*, source : <<http://www.mysql.com/company/legal/licensing/commercial-license.html>>.

18. Artifex Software, « Licensing info... », (2005) *Artifex*, source : <<http://www.artifex.com/licensing/>>.

1.3 Licences libres vs licences ouvertes

En 1998, une rupture s'est opérée au sein de la communauté du logiciel libre¹⁹. Certains programmeurs, principalement sous l'influence d'Éric Raymond et de Bruce Perens, se sont distancés de l'idéologie de la FSF, qu'ils jugent mal adaptée à la réalité économique d'aujourd'hui. Selon eux, l'expression « logiciel libre » n'était pas susceptible d'inciter l'industrie du logiciel à adopter leur modèle de développement parce qu'elle implique la prédominance de notions éthiques et morales²⁰. Ils adoptèrent donc une nouvelle stratégie fondée sur la notion de logiciels ouverts (« open source »).

Tout comme la définition de la FSF, celle de l'Open Source Initiative (OSI) protège les droits d'utilisation, de redistribution, la disponibilité du code source et le droit de le modifier²¹. En fait, les logiciels libres et les logiciels ouverts sont théoriquement identiques. Seule la terminologie a été modifiée afin de mettre l'emphase sur la disponibilité du code source plutôt que sur la liberté de l'utilisateur. Aussi, la distinction est surtout philosophique, le modèle ouvert mettant l'accent sur le pragmatisme, alors que le modèle libre repose sur l'éthique²².

Toutefois, d'un point de vue pratique, certaines différences sont éventuellement apparues entre les deux mouvements. Celles-ci concernent principalement les entreprises qui offrent des logiciels en dévoilant leur code source tout en restreignant les autres droits essentiels de l'utilisateur. Ces pratiques ont parfois été acceptées par les promoteurs des logiciels ouverts, alors qu'elles sont définitivement rejetées par les partisans des logiciels libres. Ce fut le cas, par exemple, de la version initiale de la *Apple Public Source License*²³ (APSL) retenue par Apple pour son système d'exploitation Mac OS X. Celle-ci, en plus d'obliger les licenciés à publier toute version modifiée du programme informatique qu'ils ont déployée et à en notifier

19. Open Source Initiative, « History of the OSI », (1999) *Opensource*, source : <<http://www.opensource.org/docs/history.html>>.

20. Sam Williams, *Free as in Freedom : Richard Stallman's Crusade for Free Software* (O'Reilly, Sebastopol, 2002), p. 166.

21. Open Source Initiative, « The Open Source Definition », (2005) *Opensource*, source : <<http://www.opensource.org/docs/definition.html>>.

22. Brett Watson, « Philosophies of Free Software and Intellectual Property », (1999) *RAM*, source : <<http://www.ram.org/ramblings/philosophy/fmp/free-software-philosophy.html>>.

23. Apple Computer, « Apple Public Source License (Version 1.2) », (2001) *Apple*, source : <<http://www.opensource.apple.com/apsl/1.2.txt>>.

Apple, prévoyait la possibilité pour Apple de révoquer la licence dans l'hypothèse où l'entreprise serait poursuivie pour contrefaçon d'un droit d'auteur ou d'un brevet. Ces restrictions de la liberté des licenciés satisfaisaient les critères de l'OSI, mais non ceux de la FSF. Ce débat a pris fin avec les modifications apportées à l'APSL lors de la publication de sa version 2.0²⁴.

D'un point de vue juridique, il n'existe pas de différence entre les logiciels libres et les logiciels ouverts. Pour s'en convaincre, il suffit de constater que les deux mouvements reposent sur la même idéologie et les mêmes documents juridiques. Pour cette raison, les termes « libres et ouverts » sont adoptés tout au long de cette étude pour qualifier les logiciels concernés.

Malgré cette uniformité en ce qui a trait au régime juridique applicable, toutes les licences libres et ouvertes ne sont pas pour autant équivalentes les unes aux autres. Alors que certaines ne sont constituées que de quelques paragraphes, d'autres sont très élaborées. Il est cependant possible de les classer en deux groupes principaux, selon qu'elles ont recours au mécanisme du « copyleft » ou non.

1.4 Les licences libres et ouvertes non-copyleftées

Les licences non-copyleftées regroupent la plupart des licences libres et ouvertes ayant été élaborées dans un contexte académique. La majorité d'entre elles ont été rédigées par des universitaires désireux de mettre à la disposition du public les logiciels développés par leur institution, et cela en imposant le minimum d'obligations possibles aux licenciés. Ces licences, bien qu'assez simples, régissent une vaste gamme de logiciels composant l'infrastructure d'Internet.

Le statut juridique des licences libres et ouvertes non-copyleftées se rapproche de celui des logiciels du domaine public. Pour cette raison, certains auteurs y font référence en tant que « licences de type domaine public »²⁵. Ceci s'explique par l'étendue des droits que ces licences concèdent. En effet, elles autorisent généralement l'utilisation, la modification et la redistribution du code source, sans imposer d'autres restrictions. Cependant, les logiciels qui leur sont soumis ne font pas partie du domaine public puisque ces licences précisent que le titulaire des droits d'auteur conserve

24. Apple Computer, « Apple Public Source License (Version 2.0) », (2001) *Apple*, source : <<http://www.opensource.apple.com/apsl/2.0.txt>>.

25. J.-P. Smets-Solanes et B. Faucon, *op. cit.*, note 11.

ceux-ci. D'ailleurs, elles contiennent souvent l'obligation de divulguer l'existence de ces droits à l'intérieur des versions modifiées du logiciel.

Les licences libres non-copyleftées, contrairement à celles qui le sont, n'interdisent pas d'inclure le code source qui leur est soumis à l'intérieur de logiciels régis par une licence différente. Tout licencié peut donc modifier le logiciel et le redistribuer sous la licence de son choix, y compris sous une licence propriétaire.

Parmi toutes les licences libres non-copyleftées, la plus connue est sans aucun doute la licence *Berkeley Software Distribution* (BSD)²⁶. Celle-ci est utilisée, entre autres, par les différentes variantes du système d'exploitation BSD Unix. Cette licence est non-restrictive, permettant plus ou moins à n'importe qui de faire n'importe quoi avec le code concerné, pour autant que le licencié accepte :

- de mentionner l'existence d'un droit d'auteur sur le code source ;
- de mentionner l'existence d'un droit d'auteur sur le code binaire et la documentation ;
- de ne pas utiliser sans permission le nom du donneur de licence pour endosser ou promouvoir les versions modifiées du logiciel ;
- de reconnaître que le logiciel est fourni sans garantie.

Jusqu'en 1999, la licence *BSD* incluait également une clause publicitaire qui obligeait le licencié à mentionner le nom des auteurs du logiciel dans tout matériel publicitaire relié au logiciel. Après de nombreuses années de développement, cette clause entraîna un effet pervers : la mention obligatoire de certains logiciels contenait des dizaines, voire des centaines, de noms²⁷. La gestion de ces listes de noms devenait ainsi une entrave à la liberté de modifier le logiciel, ce qui est contraire à la philosophie des logiciels libres et ouverts. Pour cette raison, la licence fut modifiée afin de retirer la clause publicitaire.

26. Open Source Initiative, « The BSD License », (2005) *Opensource*, source : <<http://www.opensource.org/licenses/bsd-license.php>>.

27. Free Software Foundation, « Le problème de la licence BSD », (2004) *GNU*, source : <<http://www.gnu.org/philosophy/bsd.fr.html>>.

Le Massachusetts Institute of Technology (MIT) a également rédigé sa propre licence libre et ouverte²⁸. Celle-ci s'applique, entre autres, au logiciel de fenêtrage X. Ayant été rédigée en s'inspirant de la licence *BSD*, celle-ci lui est pratiquement identique depuis le retrait de la clause publicitaire de cette dernière. La licence MIT est toutefois légèrement plus permissive car elle ne contient pas la clause de non-endossement des versions modifiées du logiciel.

La licence *Apache*²⁹ est certainement la licence libre et ouverte non-copyleftée la plus élaborée. Ceci est particulièrement vrai depuis la publication de sa version 2.0, au début de l'année 2004. Cette licence, développée par la Apache Software Foundation (ASF) pour son célèbre serveur Web, est de plus en plus utilisée par les institutions académiques.

En plus des conditions édictées par la licence *BSD*, la licence *Apache* précise que la modification ou la distribution du code couvert nécessite :

- d'indiquer dans chaque fichier modifié que celui-ci a été modifié par le licencié ;
- d'inclure l'avis présent dans la licence lors de la distribution d'une version modifiée du logiciel.

Par ailleurs, cette licence contient plusieurs précisions qui sont absentes des autres licences libres et ouvertes non-copyleftées. Elle aborde notamment les autres régimes de la propriété intellectuelle, prévoyant une concession de tout brevet essentiel à l'exercice des autres droits concédés et excluant spécifiquement tout droit d'utiliser les marques de commerce du donneur de licence. Elle explicite également la possibilité pour le licencié de soumettre les versions modifiées du logiciel à une licence différente dans la mesure où les termes de la licence Apache 2.0 sont respectés. Cependant, la clause additionnelle la plus significative est celle précisant le régime applicable aux contributions faites par les licenciés avec l'intention de les voir intégrées dans le logiciel officiel. Si aucune autre licence n'est spécifiée, il est prévu que ces contributions sont automatiquement soumises à la licence Apache 2.0. Cette stipulation a l'avantage de

28. Open Source Initiative, « The MIT License », (2005) *Opensource*, source : <<http://www.opensource.org/licenses/mit-license.php>>.

29. Open Source Initiative, « Apache License, Version 2.0 », (2004) *Opensource*, source : <<http://www.opensource.org/licenses/apache2.0.php>>.

garantir au promoteur du projet la titularité de la totalité des droits dont il a besoin pour licencier à son tour le logiciel officiel intégrant les diverses contributions.

Les licences *Academic Free License*³⁰ et *Artistic License*³¹ sont d'autres licences libres et ouvertes non-copyleftées moins courantes. Celles-ci, comme plusieurs dizaines d'autres, constituent des dérivés des licences *BSD* ou *Apache*. Toutes ces licences ont pour principal objectif de favoriser la propagation du savoir, en restreignant le moins possible l'utilisation, la modification et la redistribution des logiciels. D'autres licences, par la technique du copyleft, tentent d'atteindre un objectif similaire en imposant des conditions supplémentaires aux licenciés.

1.5 Les licences libres et ouvertes copyleftées

Le terme « copyleft » fut mis de l'avant par la FSF et s'oppose au « copyright », équivalent anglophone du droit d'auteur. L'objectif du copyleft est d'utiliser les protections accordées par le droit d'auteur afin de garantir la liberté d'utilisation et de modification des logiciels.

Les licences copyleftées accordent tout d'abord un niveau élevé de liberté au licencié en lui permettant d'utiliser, de modifier et de redistribuer le logiciel. Toutefois, leur particularité consiste à garantir les mêmes libertés aux licenciés de tous les logiciels fondés sur la modification du code provenant du logiciel original³². Ceci se réalise par l'inclusion d'une clause empêchant le licencié qui désire redistribuer une version modifiée du logiciel de le faire sous des termes plus restrictifs. Par conséquent, l'inclusion de code informatique soumis à une licence copyleftée à l'intérieur d'un logiciel propriétaire est interdite.

La première licence de logiciel à avoir intégré le mécanisme du copyleft est la GPL. À ce jour, elle est toujours la licence libre et ouverte la plus connue et la plus utilisée. Celle-ci régit aujourd'hui la plus grande partie des logiciels libres et ouverts, dont le système

30. Open Source Initiative, « Academic Free License, v. 2.1 », (2005) *OpenSource*, source : <<http://www.opensource.org/licenses/afl-2.1.php>>.

31. Open Source Initiative, « Artistic License », (2005) *OpenSource*, source : <<http://www.opensource.org/licenses/artistic-license.php>>.

32. Free Software Foundation, « Qu'est-ce que le copyleft ? », (2005) *GNU*, source : <<http://www.gnu.org/copyleft/copyleft.fr.html>>.

d'exploitation GNU/Linux. Elle accorde aux licenciés les différents droits promus par la FSF, à condition que ceux-ci acceptent :

- de ne pas établir de droit de propriété dans le logiciel ;
- de fournir le code source à tout ceux qui se procurent le code binaire ;
- de placer une indication à l'intérieur du logiciel stipulant que la GPL s'y applique ;
- de reconnaître que le logiciel est fourni sans garantie ;
- de distribuer toute version modifiée sous les mêmes conditions.

Ce sont ces engagements requis de la part des licenciés qui poussent certains auteurs à parler de la « réciprocité » de la GPL³³. Le principal impact de cette réciprocité est l'accroissement continu de la masse de code soumise à la GPL. En effet, chaque fois que du code externe est intégré à du code protégé par la GPL, ou vice-versa, le résultat doit nécessairement être distribué sous la GPL. Les détracteurs de cette licence lui reprochent ce cloisonnement, qui empêche les personnes et les entreprises dans l'incapacité d'accepter les autres conditions de la GPL de bénéficier de tout ce code libre disponible. À l'inverse, ceux qui ont recours à la GPL répliquent que c'est justement ce mécanisme qui permet de garantir les libertés fondamentales qu'ils préconisent.

À tout le moins, le cas des librairies pose de réelles difficultés lorsque celles-ci sont soumises à la GPL. Le rôle d'une librairie est d'être liée à d'autres programmes dans le but de créer un logiciel exécutable. Or, il est possible d'interpréter la GPL de façon à laisser croire que tout logiciel résultant de l'utilisation d'une librairie régie par celle-ci doit nécessairement être distribué sous la même licence. Or, si cela s'avère exact, très peu de développeurs de logiciels propriétaires seraient enclins à utiliser des librairies copyleftées³⁴. Pour résoudre ce problème, la FSF a conçu une licence plus souple, la *GNU Lesser General Public License*³⁵ (LGPL). La LGPL vise princi-

33. Lawrence Rosen, *Open Source Licensing : Software Freedom and Intellectual Property Law* (Prentice Hall PTR, Upper Saddle River, 2004), p. 103.

34. Dennis M. Kennedy, « A Primer on Open Source Licensing Legal Issues : Copyright, Copyleft and Copyfuture », (2001) 20 *St. Louis U. Pub. L. Rev.* 345, 362.

35. Free Software Foundation, « GNU Lesser General Public License », (2005) *FSF*, source : <<http://www.fsf.org/licensing/licenses/lgpl.html>>.

pablement à préciser que, dans certaines circonstances, le logiciel résultant de l'utilisation d'une librairie LGPL n'est pas une version modifiée de cette librairie.

La *Mozilla Public License*³⁶ (MPL) est une autre licence libre et ouverte copyleftée. Conçue dans l'optique de permettre une utilisation moins contraignante du mécanisme du copyleft, celle-ci constitue un compromis entre les licences *BSD* et *GPL*. Ainsi, bien qu'elle intègre la plupart des conditions de la *GPL* relatives aux versions modifiées et à la redistribution du logiciel, elle autorise l'intégration du code couvert dans une œuvre plus large soumise à une licence différente, telle la *BSD*. Dans ce dernier cas, seule la portion modifiée à partir du code initialement couvert se doit de respecter les termes de la *MPL*, le reste de l'ensemble pouvant être soumis à une licence propriétaire. Toutefois, les litiges impliquant l'interprétation de la version officielle de la *MPL* ne sont pas susceptibles de recevoir l'application du droit québécois, une clause y spécifiant l'application du droit de la Californie.

Encore une fois, ces quelques licences ont donné naissance à une large variété de licences dérivées. Aussi, chaque difficulté découlant de leur application requiert l'analyse des termes spécifiques de la licence concernée. Malgré tout, il est possible d'identifier un certain nombre de problématiques juridiques communes à l'ensemble des licences libres et ouvertes, et dont la solution peut varier selon qu'elles soient copyleftées ou non.

2. La validité juridique des licences libres et ouvertes

Les licences des logiciels libres et ouverts possèdent une nature et un contenu qui leur sont propres. Certains assimilent même les licences copyleftées à des contrats viraux, puisque celles-ci suivent d'elles-mêmes le contenu numérique. En raison de ces particularités, les détracteurs des logiciels libres et ouverts contestent la validité de ces contrats et prétendent qu'ils ne peuvent être considérés comme des actes juridiques contraignants. Cette question est primordiale car leur validité permet d'assurer la sécurité juridique requise pour envisager leur utilisation. Or, le droit tarde encore à aborder directement les licences libres et ouvertes. On voit tout de même apparaître une jurisprudence sur la scène internationale (quoique embryonnaire) se prononçant en faveur de la validité de ces licences. Leur

36. Mozilla Organization, « Mozilla Public License Version 1.1 », (2005) Mozilla, source : <<http://www.mozilla.org/MPL/MPL-1.1.html>>.

confrontation avec le droit québécois mène d'ailleurs à un résultat similaire. Malgré tout, aucune instance judiciaire, au Québec ou ailleurs, n'a définitivement tranché cette question.

2.1 *La discussion à l'échelle internationale*

Aux États-Unis, certains auteurs questionnent la viabilité de la philosophie de la *FSF* dans la mesure où celle-ci irait à l'encontre des principes promus par le droit d'auteur. Selon cette conception, la validité d'une licence utilisant le régime du droit d'auteur pour éliminer la propriété sur les œuvres dérivées pourrait être remise en question³⁷. Cette argumentation s'appuie généralement sur l'article 8, clause 8, de la constitution américaine qui précise l'objectif de la propriété intellectuelle, soit « promote the Progress of Science and useful Arts ». Cet argument est toutefois insatisfaisant, dans la mesure où les logiciels libres et ouverts sont justement à l'origine d'une multitude d'innovations technologiques ayant vu le jour ces dernières années.

Allant un peu plus loin, certains prétendent que les licences copyleftées sont de simples restrictions informelles grevant l'information et qu'elles ne seraient pas exécutoires lorsque le licencié n'a pas contracté directement avec les nombreux donneurs de licence précédents³⁸. À cela, Eben Moglen, conseiller juridique de la *FSF*, répond :

There's no absence of privity [which isn't required anyway]. [...] In the case of the GPL, no one is bound to anything in particular unless she redistributes the software, modified or unmodified. Because copying and redistribution, or the making of derivatives, are never authorized in the absence of a license, undertaking to redistribute is clear acceptance of our terms for redistribution.³⁹

En effet, les licences libres et ouvertes semblent généralement conformes aux exigences juridiques dans la mesure où le consentement du licencié peut être constaté⁴⁰. C'est le fait de conclure à

37. Mark Lemley, Peter Menell, Robert Merges et Pamela Samuelson, *Software and Internet Law* (New York, Aspen Publisher, 2001), p. 532ff.

38. Robert P. Merges, « The End of Friction ? Property Rights and Contract in the « Newtonian » World of On-Line Commerce », (1997) 12 *Berkeley Tech. L. J.* 115.

39. Eben Moglen cité dans Denis E. Powell, « Judgment Day for the GPL ? », (2000) *LinuxPlanet*, source : <<http://www.linuxplanet.com/linuxplanet/reports/2000/1>>.

40. Mélanie Clément-Fontaine, « La licence publique générale GNU », (1999) *Juriscom*, par. 32, source : <<http://www.juriscom.net/uni/mem/08/presentation.htm>>.

l'acceptation des termes de la licence dès lors qu'il y a redistribution du logiciel qui laisse planer des doutes quant à l'opposabilité du contrat. En effet, si l'utilisateur ignore les implications de son geste, il n'est pas certain qu'une convention existe entre les parties. Pour cette raison, chaque situation représente un cas d'espèce soumis au pouvoir d'appréciation des tribunaux. De façon générale, pour que les conditions de la licence soient opposables au licencié, l'attention de ce dernier devra avoir été suffisamment portée sur ses clauses.

Le plus souvent, les licences libres et ouvertes sont jointes aux logiciels qu'elles grèvent. Cette façon de faire permet de les rapprocher du régime des licences « shrinkwrap », « clickwrap » et « browse-wrap », en vertu desquelles le consentement du licencié est obtenu par des méthodes similaires. Aujourd'hui, il ne fait plus aucun doute que le droit américain accepte les licences « shrinkwrap » et « clickwrap », la décision *ProCD, Inc. c. Zeidenberg*⁴¹ faisant référence en la matière. Toutefois, les tribunaux américains refusent généralement de reconnaître l'application des licences de type « browse-wrap », c'est-à-dire affichées sur un site Web, particulièrement lorsque l'utilisateur n'a pas à accepter ou visionner le document avant de télécharger le logiciel concerné⁴².

La question du consentement, poussée encore un peu plus loin, entraîne également des interrogations sur la capacité, pour un licencié d'un logiciel libre et ouvert, de sous-licencier à son tour le logiciel. En effet, il n'est pas certain qu'il dispose des droits et qu'ainsi il puisse accorder lui-même une licence. C'est l'absence de proximité entre les développeurs qui rend incertaine la titularité des droits portant sur le logiciel modifié, auquel plusieurs personnes ont participé sans nécessairement concéder leurs propres droits. Cette absence de « privity » au sens du droit américain, c'est-à-dire de relation contractuelle entre chaque individu, peut ainsi faire douter de la capacité de l'un d'entre eux à sous-licencier un logiciel sur lequel il ne dispose pas de tous les droits de propriété intellectuelle. Dans un tel cas de figure, la licence pourrait être invalidée, ou à tout le moins jugée non contraignante, précisément en raison de cette absence de proximité.

Une autre caractéristique des licences libres et ouvertes fait douter certains auteurs de la validité de ces contrats en droit américain. Il s'agit des clauses de « grantback » présentes dans les licences

41. *ProCD, Inc c. Zeidenberg*, 86 F.3d 1447 (7^e Cir. 1996).

42. *Specht c. Netscape Communications Corp.*, 150 F. Supp. 2d 585 (SDNY, 2001).

copyleftées. En effet, ces licences octroient un droit d'utilisation, de modification et de redistribution au licencié, à la condition que celui-ci transfère par avance son droit d'auteur sur l'œuvre dérivée qu'il pourrait créer à partir du logiciel licencié. Ces dispositions constitueraient, en droit américain, un cas de « copyright misuse », forme d'abus du droit d'auteur, qui priverait alors le contrat de sa force contraignante⁴³.

Malgré ces nombreuses remises en question soulevées par la littérature américaine, il n'en demeure pas moins que les licences libres et ouvertes sont généralement rédigées en considération du droit applicable aux États-Unis. Or, au regard des droits étrangers, certaines de leurs clauses peuvent être inapplicables, voire entachées de nullité, parce qu'elles entrent en conflit avec une règle d'ordre public locale. Ceci peut avoir pour effet de rendre invalide la clause en question ou la licence tout entière.

Ainsi, plusieurs clauses incluses dans la plupart des licences libres et ouvertes sont considérées comme inapplicables en France. Les principales difficultés proviennent de leur incompatibilité avec les dispositions du code français de la propriété intellectuelle. C'est le cas, notamment, en ce qui a trait au formalisme prévu en matière de cession et de concession de droits. À cet égard, le Code de la propriété intellectuelle français impose que « le domaine d'exploitation des droits cédés soit délimité quant à son étendue, sa destination, quant au lieu et quant à la durée »⁴⁴. Puisque les licences libres et ouvertes ne contiennent pratiquement jamais de telles délimitations du domaine d'exploitation des droits, elles sont inévitablement entachées de nullité. Il en résulte que le licencié, au moment de redistribuer le logiciel, va finalement accomplir des actes non autorisés. En outre, la clause par laquelle le licencié renonce par avance à ses droits patrimoniaux sur le logiciel dérivé pose également une difficulté en droit français. Sur ce point, la loi interdit toute renonciation à un droit futur⁴⁵ et prohibe toute cession globale d'œuvres futures⁴⁶. En tout état de cause, le formalisme mentionné plus haut n'étant pas respecté, la cession par avance est invalide et rend ainsi toutes les licences ultérieures invalides.

43. Christian H. Nadan, « Open Source Licensing Virus or Virtue » (2002) 10 *Tex. Intell. Prop. L.J.* 349.

44. Code de la propriété intellectuelle, art. L. 131-3.

45. J. Carbonnier, *Droit civil, Introduction*, PUF, 25^e éd., 1997, n° 185.

46. Code de la propriété intellectuelle, art. L. 131-1.

Outre ces incompatibilités majeures entre les licences libres et ouvertes et le droit français de la propriété intellectuelle⁴⁷, de nombreuses autres difficultés surgissent. À titre d'exemple, le droit de la consommation français n'est pas respecté, notamment en matière de clauses abusives⁴⁸ et de réglementation des contrats conclus à distance⁴⁹. Pourtant, celui-ci a vocation à s'appliquer dès lors que le licencié prend la qualification de consommateur. Les licences peuvent aussi se voir reprocher de ne pas respecter la loi Toubon relative à l'emploi de la langue française⁵⁰, les règles relatives à la formation des contrats électroniques⁵¹ et, surtout, la réglementation des clauses limitatives ou exonératoires de responsabilité. En effet, ces clauses ne sont admises par la jurisprudence française qu'à certaines conditions restrictives, notamment si elles ne méconnaissent pas l'engagement essentiel du donneur de licence⁵².

C'est en considération de ces nombreuses difficultés que le CEA, le CNRS et l'INRIA ont lancé un projet de rédaction d'une licence de logiciel libre et ouvert française, et cela afin d'assurer une meilleure sécurité juridique tout en conservant au mieux l'esprit de ces licences⁵³. De ce projet est née, en juillet 2004, la licence *CeCILL*. Si les pouvoirs publics français ont accueilli favorablement cette initiative⁵⁴, l'impact pratique de l'introduction d'une telle licence à caractère national reste encore à déterminer. En tout état de cause, on peut craindre qu'à trop vouloir se conformer au droit national, ce type de licence ne tienne pas compte du caractère international du modèle de développement des logiciels libres et ouverts. La répartition géographique des développeurs fera en sorte qu'une grande partie des logiciels libres et ouverts utilisés en France resteront soumis à la *GPL*. En outre, ceux qui seront soumis à *CeCILL* ne pourront

47. Christophe Caron, « Les licences de logiciel dits « libres » à l'épreuve du droit d'auteur français », (2003) 23 *Dalloz* 1556.

48. Code de la consommation, art. L. 132-1 et s.

49. Code de la consommation, art. L. 121-16 et s.

50. Voir M.-L. de Cordovez, S. Lipovetsky, « La loi Toubon confrontée aux nouvelles technologies de l'information », (2002) juin CCE 16 ; A. Lepage, « Libertés et droits fondamentaux à l'épreuve de l'internet », *Litec*, 2002, n° 196 et s.

51. Code de la consommation, art. L. 121-16 et s. ; *Loi n° 2004-575 du 21 juin 2004 pour la confiance dans l'économie numérique*, J.O. n° 143 du 22 juin 2004, p. 11168.

52. C. Cass. Com., 22 octobre 1996, Bull n° 261 (Arrêt *Chronopost*).

53. CEA, CNRS, INRIA, *loc. cit.*, note 54.

54. Communiqué de Presse : « Renaud Dutreil soutient CeCILL, la première licence française de logiciel libre élaborée par le CEA, le CNRS et l'INRIA », 5 juillet 2004, source : <<http://www.fonction-publique.gouv.fr/leministre/lescommuniqués/communiqué-200407061150.htm>>.

voir leur code source intégré à plusieurs projets libres et ouverts existants, notamment en raison des incompatibilités entre *CeCILL* et la *GPL*.

Sur la scène internationale, c'est plutôt le conflit opposant le groupe SCO à plusieurs éditeurs de logiciels, dont Novell, Red Hat et surtout IBM, qui retient l'attention quant à la validité des licences libres et ouvertes. Cet important litige est actuellement pendant devant la Cour de district de l'Utah, et perdure depuis mars 2003. SCO reproche à IBM, sous le couvert de violations de ses engagements contractuels et d'un secret commercial, d'avoir introduit des parties du code de Unix, sur lequel SCO détient les droits de propriété intellectuelle, dans le noyau de Linux⁵⁵. Cette affaire pourrait amener les juges de Salt Lake City à examiner la validité des licences *GPL* et *LGPL* en raison des demandes reconventionnelles d'IBM, mais surtout parce que SCO prétend qu'elles seraient inconstitutionnelles. SCO soutient que la *GPL*, sous laquelle le programme Linux est licencié, viole la Constitution des États-Unis, ainsi que les lois américaines sur le droit d'auteur et les brevets⁵⁶. Selon SCO, le système du copyleft équivaldrait à une négation totale du droit en vigueur et serait contraire aux buts et à l'esprit des textes mentionnés, qui protègent avec force les créations intellectuelles. Cependant, les juges n'ayant pas encore examiné les prétentions de SCO, aucune décision n'est prévue sur le fond avant l'automne 2005.

En fait, il existe toujours peu de décisions de justice, à l'échelle mondiale, susceptibles de démontrer ou de nier la validité des licences de logiciels libres et ouverts. Très souvent, les conflits à ce sujet sont résolus par la voie de la négociation et de la transaction entre les parties⁵⁷. En effet, les développeurs de logiciels préfèrent généralement retirer le code informatique en infraction, ou soumettre l'ensemble de leur logiciel à la licence, plutôt que d'avoir à supporter des dommages et intérêts, des amendes pour contrefaçon ou de se mettre à dos une part importante de leur communauté⁵⁸. Une raison supplémentaire pouvant être invoquée à cet effet a trait au caractère

55. Kerry D. Goettsch, « Sco Group v. IBM : the future of open-source software » (2003) *U. Ill. J.L. Tech. & Pol'y* 581.

56. Darl McBride, « Open Letter on Copyrights », (2003) *SCO*, source : <<http://www.sco.com/copyright/>>.

57. Ces transactions à l'amiable sont par nature confidentielles. Voir, par exemple, les transactions conclues par Netfilter avec Fujitsu-Siemens, Asus, Securepoint, source : <<http://www.netfilter.org/news/>>.

58. Mark H Webbink, « Open Source Software – Bridging the Chasm », (2002) 691 *PLI/Pat* 663, 683.

auto-exécutoire des licences libres et ouvertes. En effet, les obligations mises à la charge des licenciés sont si légères que ceux-ci n'ont généralement aucun avantage à remettre en question la validité de l'entente contractuelle qui les unit au titulaire du droit d'auteur⁵⁹. S'ils le font, ils se soumettent alors d'eux-mêmes aux règles génériques de la propriété intellectuelle, beaucoup plus contraignantes.

Deux décisions judiciaires relatives à la validité de la licence *GPL* peuvent tout de même être identifiées.

La première d'entre elles est un jugement du 28 février 2002, rendu en injonction provisoire, par la Cour du district du Massachusetts, aux États-Unis, dans l'affaire *MySQL c. Progress Software*⁶⁰. Ce litige concernait le logiciel propriétaire Gemini de Progress Software dont le code informatique est lié dynamiquement au logiciel de base de données libre et ouvert de MySQL. Comme le code source de Gemini n'était pas librement disponible, MySQL réclamait que sa distribution soit interrompue. Bien que le juge n'ait pas fait droit à cette demande en l'absence de preuve d'un préjudice, il a implicitement considéré que la *GPL* était une licence contraignante. Toutefois, une transaction étant intervenue ultérieurement dans cette affaire, aucune décision sur le fond n'est venue confirmer cette décision préliminaire⁶¹.

Une seconde décision, intervenant elle aussi en injonction provisoire, s'est prononcée plus nettement sur la validité des licences libres et ouvertes. Il s'agit d'un jugement rendu par la Cour de District de Munich, en Allemagne, le 2 avril 2004, dans l'affaire *Netfilter/iptables c. Sitecom Germany GmbH*⁶², confirmé en appel par la même Cour le 19 mai 2004⁶³. En l'espèce, la société Sitecom distribuait un logiciel de routage d'accès sans-fil développé à partir d'un autre logiciel réalisé, lui, par le consortium Netfilter/iptables, et soumis à la *GPL*. Sitecom offrait son produit sans que son code source

59. A. St. Laurent, *op. cit.*, note 16, p. 151.

60. *Progress Software Corp. c. MySQL AB*, 195 F.Supp.2d 328 ; Laura A. Majerus, « Court Evaluates Meaning of «Derivative Work» in an Open Source License », (2003) *Findlaw*, source : <<http://articles.corporate.findlaw.com/articles/file/00050/008924>>.

61. MySQL, « MySQL AB and Nusphere Corporation Announce Settlement », (2002) *MySQL*, source : <http://www.mysql.com/news-and-events/press-release/release_2002_14.html>.

62. Décision originale en allemand, source : <http://www.ifross.de/ifross_html/eVWelte.pdf>.

63. Traduction de la décision en anglais, source : <http://www.jbb.de/judgment_de_munich_gpl.pdf>.

soit disponible et sans inclure la *GPL*, ni même y faire référence. Dans ces circonstances, la Cour de Munich considéra que Sitecom avait violé les termes de la licence et l'a enjointe de s'y conformer ou de cesser de distribuer le logiciel mis en cause. Il s'agit ainsi de la première décision judiciaire à s'être prononcée clairement sur la validité de la *GPL* et d'en avoir ordonné l'exécution forcée. Néanmoins, il convient d'en relativiser la portée car il s'agit, encore une fois, d'une décision préliminaire n'ayant pas l'impact d'une décision finale sur le fond du litige.

En somme, le faible contentieux pouvant être constaté à l'échelle mondiale concernant les licences de logiciel libres et ouvertes ne permet toujours pas d'affirmer que ces contrats ont été validés en tous points par les tribunaux. Tout au plus peut-on constater que quelques juridictions regardent ces licences comme des contrats ayant une certaine force obligatoire. Il convient de souligner que leur validité reste conditionnée au respect du droit applicable, fortement variable compte tenu du caractère international du modèle de développement de ces logiciels. Il s'agit donc de solutions s'élaborant au cas par cas, en fonction des droits nationaux applicables.

Néanmoins, il semble intéressant d'envisager le recours à la coutume pour valider le mécanisme juridique privilégié par les licences libres et ouvertes, même lorsque leurs fondements légaux sont faibles ou contestés. C'est ce que certains invitent à faire en affirmant :

The positive legal framework on which licensing depends might have shaky conceptual foundations, but it might be supportable, nonetheless, if its historical and customary pedigree is sufficiently robust. The standard software licensing model might represent an enforceable legal form simply because licensing has become the customary form of dealing in computer software.⁶⁴

En matière de développement logiciel, il semble à tout le moins difficile de nier l'établissement d'une pratique relativement à l'utilisation des licences libres et ouvertes. Ainsi, clin d'œil de l'histoire, les logiciels les plus récents pourraient éventuellement être soutenus juridiquement par l'une des sources les plus anciennes du droit.

64. Michael J. Madison, « Reconstructing the Software License », (2003) 35 *Loy. U. Chi. L.J.* 275.

2.2 Le droit québécois

Malgré toute l'argumentation développée au sujet de la validité des licences libres et ouvertes par les auteurs étrangers, il n'en demeure pas moins que pour engendrer des effets contraignants sur le territoire québécois, ces dernières devront le plus souvent respecter le droit applicable au Québec. Pour ce faire, elles doivent d'abord être compatibles avec les dispositions fédérales relatives au droit d'auteur. Dans la mesure où c'est le cas, la relation contractuelle établie entre le donneur de licence et le licencié doit encore satisfaire les exigences du droit civil québécois. Considérant l'aspect international qui caractérise le développement de nombreux logiciels libres et ouverts, l'assujettissement de leurs licences au droit québécois nécessite toutefois quelques précisions préliminaires.

2.2.1 Application du droit québécois

L'article 5 de la *Loi sur le droit d'auteur* dispose qu'un droit d'auteur existe au Canada sur toute œuvre originale dont l'auteur était, à la date de sa création, citoyen, sujet ou résident habituel d'un pays signataire de la *Convention de Berne*. De façon similaire, toute œuvre dont la mise à la disposition du public a eu lieu pour la première fois dans un pays signataire bénéficie du droit d'auteur. En pratique, cela implique que la loi canadienne protège la quasi-totalité des auteurs de logiciels libres et ouverts sur le territoire canadien.

Toutefois, cette protection n'emporte pas automatiquement l'application du droit des obligations québécois à la relation contractuelle établie par la licence. Pour que ce soit le cas, un facteur de rattachement doit exister entre celle-ci et la juridiction québécoise. La désignation de la loi québécoise dans la licence constitue le facteur de rattachement privilégié⁶⁵. En l'absence d'une telle clause, la loi québécoise devrait trouver application uniquement si elle présente les liens les plus étroits avec la licence. Ce sera le cas si la résidence ou l'établissement de « la partie qui doit fournir la prestation caractéristique de l'acte » est situé sur le territoire du Québec⁶⁶. Le plus souvent, le droit civil québécois ne trouverait donc application que si le donneur de licence avait sa résidence au Québec. Cette solution est compréhensible dans la mesure où l'obligation principale en vertu

65. *Code civil du Québec*, (L.Q. 1991, ch. 64), art. 3111.

66. *Code civil du Québec*, précité, note 65, art. 3113.

d'une licence de logiciel libre et ouvert consiste, de la part du donneur de licence, à délivrer le logiciel au licencié⁶⁷. Une exception importante protège cependant les consommateurs, qui devraient bénéficier malgré tout des protections accordées par la loi du Québec⁶⁸.

À titre d'exemple, l'utilisation du logiciel de base de données MySQL suite à son téléchargement sur le site officiel de MySQL AB par un fonctionnaire devrait être soumis à l'application de la loi suédoise en fonction des règles du droit international privé en vigueur au Québec. Par contre, la même utilisation effectuée par un particulier dans le cadre de son site Web personnel tomberait sous la juridiction du droit québécois.

Néanmoins, en cas de litige, il est possible que les deux parties recherchent l'application du droit québécois ou qu'un juge préfère voir des liens plus étroits avec celui-ci, nonobstant le fait que le donneur de licence réside à l'étranger. En effet, l'exécution des termes de la licence peut requérir l'intervention de la justice québécoise et, dans ces circonstances, l'application d'un droit étranger peut s'avérer inutilement complexe pour tous.

Dans tous les cas, dès lors que le droit en vigueur au Québec trouve à s'appliquer, la compatibilité des licences libres et ouvertes avec la *Loi sur le droit d'auteur* doit être envisagée.

2.2.2 Validité en vertu du droit d'auteur

Tout d'abord, il ne saurait être question, au Canada, de mettre en doute les licences libres et ouvertes au motif qu'elles méconnaîtraient les principes fondamentaux du droit d'auteur. Contrairement à la constitution américaine, la constitution canadienne ne régit pas l'exercice des pouvoirs du gouvernement fédéral relativement au droit d'auteur. De plus, la *Loi sur le droit d'auteur* ne contient ni préambule, ni article définissant ses objectifs. Son article 3 précise simplement que « Le droit d'auteur sur l'œuvre comporte le droit exclusif de produire ou reproduire la totalité ou une partie importante de l'œuvre [...] ». C'est précisément de l'exercice de ce droit que les licences libres et ouvertes tirent leur signification.

67. Thibault Verbiest, « Droit international privé et commerce électronique : état des lieux », (2001) *Juriscom*, par. 6, source : <<http://www.juriscom.net/pro/2/ce20010213.htm>>.

68. *Code civil du Québec*, précité, note 65, art. 3117.

De plus, contrairement aux législations en vigueur dans la plupart des pays d'Europe continentale, la Loi canadienne sur le droit d'auteur n'encadre absolument pas les techniques permettant d'autoriser des tiers à accomplir des actes qui sont à prime abord interdits par le droit d'auteur. Ainsi, il ne saurait être question, au Québec, qu'une licence de logiciel manque de précision quant à la délimitation du domaine d'exploitation des droits concédés. Le donneur de licence est entièrement libre de rédiger le document servant à concéder ses droits de la façon dont il l'entend, au risque que celui-ci soit flou ou incomplet.

En fait, la seule formalité requise par la *Loi sur le droit d'auteur* est que cette licence soit rédigée par écrit et signée par le titulaire du droit⁶⁹. Bien que cette règle unique n'impose qu'un fardeau extrêmement léger aux donneurs de licences, elle pose néanmoins certaines difficultés lorsque confrontée aux licences libres et ouvertes. En effet, ces dernières étant le plus souvent jointes au logiciel à l'intérieur d'un fichier électronique, il n'est pas certain qu'elles répondent de façon universelle à l'exigence concernant la signature.

À ce propos, il semble maintenant bien établi que l'exigence d'une signature ne nécessite plus l'apposition d'une marque manuscrite. Un premier exemple est fourni par la *Loi sur la protection des renseignements personnels et les documents électroniques*, qui précise que la signature électronique peut parfois équivaloir à une signature prévue par les lois fédérales⁷⁰. Cette même loi définit la signature électronique comme étant une :

Signature constituée d'une ou de plusieurs lettres, ou d'un ou de plusieurs caractères, nombres ou autres symboles sous forme numérique incorporée, jointe ou associée à un document électronique.⁷¹

Cependant, les mesures que prévoit cette loi en matière de signature ne s'appliquent toujours pas à la *Loi sur le droit d'auteur*⁷².

Le droit civil québécois, qui trouve application de façon supplétive en pareille circonstance, fournit un second exemple. En effet, la

69. *Loi sur le droit d'auteur*, précitée, note 3, par. 13(4).

70. *Loi sur la protection des renseignements personnels et les documents électroniques*, (L.R.C. 2000, ch. 5), art. 43, source : <<http://www.canlii.org/ca/loi/p-8.6/>>.

71. *Loi sur la protection des renseignements personnels et les documents électroniques*, précitée, note 70, art. 31.

72. *Gazette du Canada*, Partie II, vol. 138, n° 26, DORS/2004-309, art. 1.

Loi concernant le cadre juridique des technologies de l'information établit la neutralité technologique qui prévaut au Québec en spécifiant que « La signature peut être apposée au document au moyen de tout procédé qui permet de satisfaire aux exigences de l'article 2827 du Code civil. »⁷³. Les exigences de cet article sont de deux ordres : 1) la signature doit permettre l'identification de la personne concernée, et 2) représenter une manifestation de son consentement. Ainsi, en fonction des dispositions en vigueur au Québec, la forme de la signature apposée sur une licence n'est pas un élément déterminant de sa validité. Celle-ci doit plutôt être établie si le moyen retenu remplit les fonctions inhérentes à la signature⁷⁴.

Dans le cas des licences libres et ouvertes, la pratique veut généralement que le nom du titulaire des droits sur le logiciel soit apposé en en-tête ou en pied de page de la licence, voire à l'intérieur de chacun des fichiers composant le logiciel. Dans la mesure où le donneur de licence y insère une marque qu'il utilise de façon courante, le critère lié à l'identification est alors aisément respecté. Quant à la manifestation du consentement, il est peu plausible qu'un développeur appose son nom à proximité d'une licence qui elle-même est jointe à son logiciel, sans avoir l'intention d'en respecter les termes. Il semble donc que cette façon de procéder, fortement inspirée par le droit américain, permette de remplir les conditions de forme imposées par la *Loi sur le droit d'auteur*.

Par ailleurs, les tribunaux devraient démontrer une certaine flexibilité à cet égard puisque la jurisprudence va parfois jusqu'à reconnaître l'existence de licences implicites ou verbales, malgré l'apparente contradiction avec les termes de la loi. Les décisions de ce type sont généralement rendues lorsqu'une pratique ou une coutume allant dans le même sens peut être constatée⁷⁵. Vu la relative uniformité des licences libres et ouvertes en ce qui a trait à l'apposition du nom du donneur de licence et leur utilisation maintenant devenue courante dans l'industrie du logiciel, elles devraient pouvoir bénéficier du régime établi par ces précédents. Ceci est d'autant plus vrai que la jurisprudence fait preuve de plus de souplesse en matière de licences non exclusives⁷⁶.

73. *Loi concernant le cadre juridique des technologies de l'information*, L.R.Q., c. C-1.1, art. 39, source : <<http://www.canlii.org/qc/legis/loi/c-1.1/index.html>>.

74. Ivan Mukanov, « La teneur du standard de fiabilité des moyens électroniques de signature », (2004) 9 *Lex Electronica* 1, p. 36, source : <<http://www.lex-electronica.org/articles/v9-1/mukanov.htm>>.

75. *Robertson c. Thomson Corp.*, (2004) CanLII 32254, (ON C.A.), par. 95, source : <<http://www.canlii.org/on/cas/onca/2004/2004onca11384.html>>.

76. *Les Amusements Wiltron Inc. c. Mainville*, [1991] R.J.Q. 1930 (C.S.), p. 1935.

Dans l'hypothèse où la forme requise est respectée, la qualité du donneur de licence à concéder les droits concernés doit également être évaluée. À ce sujet, le principe directeur est que l'auteur d'un logiciel en est le titulaire des droits⁷⁷. Cependant, deux exceptions peuvent modifier cet état de fait. Tout d'abord, il est possible que l'auteur ait déjà cédé à un tiers la titularité de ces droits. Ensuite, la *Loi sur le droit d'auteur* stipule que, lorsqu'un employé développe un logiciel dans l'exercice de son emploi, son employeur est le titulaire des droits sur celui-ci⁷⁸. Dans un cas comme dans l'autre, toute licence concédée par une autre personne que celle possédant effectivement le droit d'auteur serait sans effet. Or, en ce qui concerne les logiciels libres et ouverts, les contributions effectuées par des employés peuvent aisément tomber dans cette situation, notamment si elles sont faites à l'insu de l'employeur. La validité d'une licence de logiciel libre et ouvert en fonction de ce critère devra donc être évaluée en tenant compte du contexte ayant circonscrit le développement du logiciel concerné.

Dans la mesure où les dispositions canadiennes sur le droit d'auteur ne semblent pas poser d'obstacle à la reconnaissance des licences libres et ouvertes au Québec, encore faut-il que celles-ci satisfassent aux exigences du droit civil québécois relatives aux ententes contractuelles.

2.2.3 Validité en vertu du droit civil

Au Québec, c'est l'article 1385 *CcQ* qui prévoit les modalités de la formation des contrats. Celui-ci précise que le seul échange de consentement entre les parties suffit à les engager l'une à l'autre, pour autant que l'entente dispose d'une cause et d'un objet respectant l'ordre public.

Ainsi, le critère déterminant réside dans la constatation du consentement, et particulièrement celui du licencié dans le cas des licences libres et ouvertes. Or, la jurisprudence québécoise est extrêmement flexible quand il s'agit de reconnaître la manifestation de la volonté des parties. Cela est compréhensible, eu égard à la liberté contractuelle dont elles jouissent généralement. Malheureusement, les tribunaux québécois n'ont pas encore eu l'occasion d'analyser la transposition de ces principes dans l'environnement électronique. Dans ces circonstances, il est possible de s'inspirer de la décision

77. *Loi sur le droit d'auteur*, précitée, note 3, art. 13.1.

78. *Loi sur le droit d'auteur*, précitée, note 3, art. 13(3).

ontarienne *Rudder c. Microsoft Corp.*, qui reconnaît qu'un clic peut constituer une acceptation valide⁷⁹. Ainsi, lorsque le licencié doit nécessairement activer une procédure d'acceptation multimédia avant de pouvoir utiliser ou télécharger le logiciel, la validité de la licence pose peu de difficultés. Afin de faciliter la preuve du consentement, le recours à ce type de procédure aurait avantage à être privilégié aussi souvent que possible par les donneurs de licences libres et ouvertes.

Cependant, la manifestation de la volonté du licencié n'a pas à être expresse, elle peut très bien être tacite⁸⁰. En fait, la forme d'acceptation généralement privilégiée pour les licences libres et ouvertes (le licencié est présumé en avoir accepté les termes car autrement il agirait dans l'illégalité) se rapproche beaucoup plus d'un consentement tacite. Le licencié se trouve alors dans une situation similaire à l'internaute qui se voit imposer les conditions d'utilisation d'un site Internet par son webmestre. Dans un tel contexte, la Cour supérieure de l'Ontario a considéré, dans l'affaire *Kanitz c. Rogers Cable Inc.*, qu'une clause « posée » sur le site suffit à engager ses utilisateurs⁸¹. Il est vrai que la portée générale de cette décision est fortement mise en doute à cause de la subjectivité du résultat, qui découle de l'attitude « non sincère » du plaignant⁸². Cependant, un élément important de cette décision réside dans le fait que la nature du service offert fut considérée par le juge dans l'évaluation de la clause contestée. Il est donc possible de présumer que, face à une licence libre et ouverte, l'amplitude des droits concédés au licencié et la gratuité de la mise à disposition du logiciel ferait pencher la balance en faveur de la validité de la licence.

En principe, rien en droit civil québécois ne s'oppose donc formellement à la manifestation de la volonté du licencié tel que les donneurs de licences libres et ouvertes le préconisent. Ceci est particulièrement vrai pour les professionnels des technologies de l'information qui, aujourd'hui, ne peuvent plus ignorer le mode de fonctionnement de ces licences. Par contre, il est possible que l'équité, ou l'application du droit de la consommation, amène un tribunal à rejeter cette technique novatrice pour établir le consen-

79. *Rudder c. Microsoft Corp.*, (1999) O.S.C.J., source : <http://www2.droit.umontreal.ca/cours/ecommerce/_textes/rudder.doc>.

80. *Code civil du Québec*, précité, note 65, art. 1386.

81. *Kanitz c. Rogers Cable Inc.*, (2002) 58 O.R. (3rd) 299, source : <http://www.dww.com/decisions/kanitz_v_rogers_cable_inc.pdf>.

82. Vincent Gautrais, « Les contrats de cyberconsommation sont presque tous illégaux ! » (2005) à être publié dans la *Revue du Notariat*, p. 11.

tement. Les risques d'un tel rejet sont néanmoins assez faibles puisque les juges québécois doivent tenir compte, dans de pareilles circonstances, des avantages qu'en retirerait le licencié⁸³.

En ce qui a trait à la cause de la licence, il s'agit de la raison qui détermine les parties à la conclure⁸⁴. Ainsi, la possibilité existe qu'une licence libre et ouverte soit déclarée nulle vis-à-vis un licencié québécois, si l'une des parties a transigé dans le but de commettre un acte illicite⁸⁵. Ce serait le cas, par exemple, du donneur de licence qui distribue un logiciel auquel est intégré un cheval de Troie ou du licencié qui a recours à un logiciel d'administration réseau afin d'accéder au système d'un tiers sans y être autorisé.

L'objet, pour sa part, constitue l'opération juridique envisagée par les parties⁸⁶. La concession de droit d'auteur étant prévue spécifiquement par la loi, cet élément de la formation du contrat n'est pas susceptible de mettre en cause la validité des licences libres et ouvertes.

Enfin, l'aspect viral des licences libres et ouvertes copyleftées étant invoqué par certains auteurs comme une cause de nullité, l'analyse de la position du droit civil québécois sur cette question prend une certaine importance. À ce propos, l'article 1382 *CcQ* reconnaît l'existence de contrats aléatoires, à savoir des conventions dont l'étendue des obligations est incertaine au moment de leur conclusion. De la même façon, l'article 1374 *CcQ* prévoit spécifiquement que l'objet d'une obligation peut être un bien futur. Le fait, pour le licencié, de s'engager sur les modifications et les distributions qu'il pourrait effectuer dans le futur, correspond précisément à ce concept d'incertitude. Ses obligations varient alors en proportion des gestes posés. La jurisprudence québécoise confirme d'ailleurs que « la cession du droit d'auteur d'une œuvre future, c'est-à-dire une œuvre qui n'est pas encore en existence, devient légale, et exécutoire dès que l'œuvre existe »⁸⁷. Bien que la solution soit probablement différente dans les provinces de common law, le mécanisme du copyleft serait donc parfaitement compatible avec le droit civil québécois.

83. *Loi sur la protection du consommateur* (L.R.Q. 1977, ch. P-40.1), art. 9, source : <<http://www.canlii.org/qc/legis/loi/p-40.1/index.html>>.

84. *Code civil du Québec*, précité, note 65, art. 1410.

85. *J. Donat Langelier Ltée c. Demers*, (1928) 66 C.S. 120.

86. *Code civil du Québec*, précité, note 65, art. 1411.

87. *Diffusion YFB Inc. c. Les Disques Gamma (Québec) Ltée*, (1999) C.S. n° 500-05-047570-997.

En définitive, les licences libres et ouvertes semblent parfaitement valides lorsqu'elles sont confrontées au droit applicable au Québec. En fait, la seule réserve importante a trait à l'exigence édictée par la *Loi sur le droit d'auteur* quant à la formalité de la signature. Malgré tout, l'interprétation susceptible de prévaloir à ce sujet laisse penser que leur validité sera retenue dans l'hypothèse où cette question ferait l'objet d'un litige devant les tribunaux québécois.

3. La propriété intellectuelle

Les logiciels libres et ouverts, en tant qu'œuvres de l'esprit, sont avant tout protégés par les règles du droit de la propriété intellectuelle. À ce niveau, le régime du droit d'auteur a comme rôle principal de protéger les droits patrimoniaux de leur titulaire, qui se voit accorder de multiples recours en cas de contrefaçon. La paternité de l'auteur, ainsi que le droit à l'intégrité de l'œuvre, sont également protégés en vertu de la loi canadienne. Ces protections, généralement bien adaptées au contexte du développement de logiciels propriétaires en milieu fermé, causent quelques problématiques lorsqu'elles sont confrontées au développement collaboratif retenu par de nombreux développeurs de logiciels libres et ouverts. Ainsi, la multiplication de concessions de droits successives requiert une étude approfondie de la chaîne de titres dans laquelle l'utilisateur est le dernier maillon. Les termes spécifiques des différentes licences sont également susceptibles de poser des difficultés lorsque vient le moment d'intégrer des parties de code provenant de projets distincts. Enfin, l'application du droit des brevets aux logiciels, tel qu'effectué dans certains pays, pose de sérieux dangers à la viabilité à long terme des logiciels libres et ouverts.

3.1 La protection du titulaire du droit d'auteur

L'objectif fondamental du droit d'auteur est d'accorder un monopole d'exploitation à la personne qui est titulaire des droits, qu'il s'agisse d'un logiciel ou de tout autre type d'œuvre. Il importe peu que ce titulaire soit l'auteur lui-même, son employeur, ou une autre personne s'étant fait céder les droits. Dans tous ces cas, le monopole octroyé au titulaire est opposable à toute personne soumise à la loi canadienne. Cela permet aux développeurs de logiciels libres et ouverts de faire valoir les protections accordées par la *Loi sur le droit d'auteur* aux tiers, c'est-à-dire à toute personne n'ayant pas consenti aux termes de la licence qu'ils privilégient. De la même

façon, les règles génériques prévues par la loi devraient trouver application dans l'hypothèse où la licence serait invalidée.

À l'inverse, si une convention a été établie entre le titulaire des droits sur le logiciel et un utilisateur de celui-ci, ce sont les dispositions de la licence qui régissent impérativement la relation. L'évaluation des obligations des parties doit alors se faire en fonction des règles de la responsabilité contractuelle, telles qu'elles seront précisées un peu plus loin. Or, la structure de l'ensemble des licences libres et ouvertes implique une concession de droit à la condition que certaines obligations soient respectées par le licencié. Si tel n'est pas le cas, elles ne précisent aucune conséquence spécifique, sinon que la concession cesse d'être effective. Ainsi, même dans cette situation, les protections prévues par la *Loi sur le droit d'auteur* jouent un rôle important.

Le droit d'auteur protège d'abord un certain nombre de droits, dits patrimoniaux, qui limitent les actions susceptibles d'avoir un impact économique sur le titulaire des droits. Quelques-uns touchent particulièrement les logiciels, dont le droit de les exécuter, de les reproduire, de les convertir à un autre langage informatique⁸⁸, de les communiquer au public et de les louer⁸⁹. Cependant, la spécificité des logiciels réside dans le fait que toute utilisation de ceux-ci implique presque inévitablement une reproduction. À titre d'exemple, l'installation d'un logiciel sur un ordinateur nécessite sa reproduction sur le disque dur de celui-ci. Par la suite, toute installation additionnelle impliquera une nouvelle reproduction. La protection accordée aux logiciels par le droit d'auteur se trouve donc accrue par rapport à la situation en vigueur dans l'univers papier. À titre de comparaison, le fait de prêter un livre à un ami pour qu'il le lise à son tour, ou de le vendre dans une boutique de livres usagés⁹⁰, n'enfreint aucun droit.

La loi prévoit cependant deux exceptions spécifiques autorisant la reproduction d'un logiciel, et cela même sans le consentement du titulaire des droits⁹¹. La première autorise le propriétaire d'un exemplaire à en faire une copie, soit par adaptation, modification ou conversion, afin d'assurer la compatibilité du logiciel avec un ordina-

88. *Prism Hospital Software Inc. c. Hospital Medical Records Institute et al.*, (1994) 57 C.P.R. (3d) 129 (B.C.S.C.)

89. *Loi sur le droit d'auteur*, précitée, note 3, par. 3(1).

90. Lawrence Lessig, « The Future of Ideas » (New York, Random, 2001), p.72.

91. *Loi sur le droit d'auteur*, précitée, note 3, art. 30.6.

teur en particulier. La seconde lui permet d'effectuer une copie de sauvegarde, qui doit toutefois être détruite dès qu'il n'est plus propriétaire de l'exemplaire.

Par ailleurs, tel que l'entend la loi canadienne, le droit de reproduction d'un logiciel concerne la totalité ou une partie importante de celui-ci. Chaque ligne de code, prise individuellement, n'est donc pas protégée et il est toujours possible de copier des extraits d'un logiciel. Ainsi, dans l'affaire *Delrina Corp. c. Triolet Systems Inc.*, un juge a établi que 60 lignes de code ne constituent pas une partie importante d'un logiciel qui en compte plus de 14 000, particulièrement si leur réécriture aurait réclamé environ 20 minutes de programmation⁹². Le code source des logiciels libres et ouverts étant rendu disponible, ceux-ci sont particulièrement sujets à être ainsi copiés. L'évaluation de l'importance de la reproduction est donc déterminante pour assurer leur protection. Les critères généralement reconnus à ce niveau sont :

- le caractère distinct de la partie copiée (est-ce qu'elle a nécessité des efforts, des talents ou de l'ingéniosité ?) ;
- le degré de protection mérité par un logiciel de ce type ;
- les impacts sur l'exploitation du logiciel ;
- l'enrichissement injustifié de celui qui a reproduit une partie du logiciel aux dépens de son auteur ;
- l'existence d'un seul marché où les deux logiciels sont en compétition⁹³.

De plus, lorsque les logiciels sont concernés, peut-être y a-t-il lieu d'ajouter un critère fonctionnel à cette liste. De cette façon, les éléments susceptibles d'une certaine autonomie, qu'il s'agisse d'une fonction ou d'un module par exemple, pourraient bénéficier d'une protection, même lorsqu'ils sont constitués d'un faible nombre de lignes de code par rapport à l'ensemble du logiciel.

En plus des droits patrimoniaux, la loi canadienne reconnaît l'existence de certains droits moraux, soit le droit de paternité et le droit à l'intégrité⁹⁴. Ces droits appartiennent toujours à l'auteur du

92. *Delrina Corp. c. Triolet Systems Inc.* (1993) 47 C.P.R. (3d) 1, p. 44.

93. D. Vaver, *op. cit.*, note 9, p. 146.

94. *Loi sur le droit d'auteur*, précitée, note 3, art. 14.1.

logiciel car ils sont incessibles, bien que celui-ci puisse y renoncer. Ces droits sont inspirés du droit continental européen et n'existent pas en droit américain. En conséquence, la plupart des licences libres et ouvertes n'ont pas été conçues de façon à en tenir compte. Or, ceux-ci peuvent avoir un impact relativement important sur l'évolution des projets de logiciels libres et ouverts.

Le droit de paternité représente avant tout le droit de revendiquer la création du logiciel, et cela particulièrement à l'encontre de tiers qui s'attribuent faussement sa création. La jurisprudence québécoise reconnaît spécifiquement la possibilité pour l'auteur d'un logiciel de revendiquer sa paternité⁹⁵. Par contre, ce droit doit toujours être utilisé en tenant compte des usages raisonnables dans le milieu concerné. Lorsque les logiciels libres et ouverts sont impliqués, cela signifie donc le droit de voir son nom mentionné avec celui des autres auteurs s'il est oublié. Au contraire, cela ne devrait pas permettre de forcer la mention de l'auteur si la pratique fait en sorte que ce n'est pas le cas. En effet, les problèmes liés à la clause publicitaire de la licence *BSD* originale ont, par le passé, démontré le caractère déraisonnable de l'attribution excessive de crédit aux auteurs de logiciels libres et ouverts. Par ailleurs, certaines licences libres et ouvertes, telle la licence *Apache*, contiennent des clauses abordant la problématique de la paternité. Cette stipulation équivaut alors à une protection contractuelle de ce droit, qui n'est pas reconnu partout dans le monde.

Le droit à l'intégrité, de son côté, implique la possibilité de faire cesser toute mutilation, déformation, modification ou utilisation du logiciel qui porterait atteinte à l'honneur ou à la réputation de l'auteur. Ainsi, tous les contributeurs à un logiciel libre et ouvert, peu importe qu'ils aient cédé leurs droits patrimoniaux à une institution chargée de la gestion du projet, sont en mesure de forcer une rectification si leur honneur ou leur réputation est atteinte par des développeurs subséquents. Ce pourrait être le cas, par exemple, d'un logiciel modifié par un licencié pour faciliter la création d'organismes génétiquement modifiés (OGM)⁹⁶. De plus, la Cour suprême du Canada semble pousser encore plus loin l'interprétation du droit à l'intégrité. Ainsi, dans l'arrêt *Galerie d'art du Petit Champlain Inc. c. Théberge*⁹⁷, celle-ci a établi que le droit à l'intégrité protégerait éga-

95. *Marquis c. DKL Technologies Inc.*, (1989) 24 C.I.P.R. 289 (C.S.Q.).

96. Greg R. Vetter, « The Collaborative Integrity of Open-Source Software », (2004) *Utah L. Rev.* 563, 665.

97. *Galerie d'art du Petit Champlain Inc. c. Théberge*, 2002 CSC 34, source : <<http://www.canlii.org/ca/jug/csc/2002/2002csc34.html>>.

lement les modifications pouvant être effectuées à la structure de l'œuvre. Selon cette interprétation, l'auteur d'un logiciel libre et ouvert aurait toujours un droit de regard sur les modifications effectuées par des licenciés subséquents, malgré les termes permissifs de la licence. Par exemple, il lui serait probablement permis de s'opposer à certaines bifurcations du code, qui impliquent le plus souvent une réorganisation importante du logiciel. L'application du droit à l'intégrité aux logiciels libres et ouverts s'oppose donc à l'esprit fondamental qui sous-tend ce mouvement. Il est vrai cependant que la doctrine est généralement en désaccord avec cette interprétation élargie du droit à l'intégrité⁹⁸ et que cette décision de la Cour suprême a fait l'objet d'un verdict serré (4 juges contre 3). Il est donc possible d'envisager un revirement de la jurisprudence à ce sujet au cours des années à venir.

Par ailleurs, les protections accordées par le droit d'auteur ne sont pas absolues. Ainsi, il demeure toujours possible de reproduire un logiciel à des fins d'étude privée ou de recherche⁹⁹. De la même façon, on peut le reproduire dans le cadre d'une critique ou d'un compte rendu, dans la mesure où l'auteur est mentionné¹⁰⁰. Ces exceptions permettent, par exemple, de faire circuler un logiciel libre et ouvert au sein d'une entreprise ou de citer du code dans un article scientifique, sans nécessairement reproduire la licence à laquelle il est soumis. Pour le reste, le recours aux principes de l'utilisation équitable a peu d'applications potentielles en matière de logiciels libres et ouverts, vu le caractère permissif de leurs licences qui, le plus souvent, autorisent déjà les actes en question.

Les droits accordés sont également limités dans le temps. Ainsi, au Canada le droit d'auteur cesse d'exister cinquante ans après la mort de l'auteur¹⁰¹. Dans le cas des logiciels créés en collaboration, comme c'est souvent le cas des logiciels libres et ouverts, cette période s'étend à cinquante ans après la mort du dernier auteur. Toutefois, lorsque des auteurs étrangers ont contribué au développement du logiciel, ceux-ci ne sont pas autorisés à se prévaloir, au Canada, d'une période de protection plus longue que celle qui existe dans leur pays d'origine. Après cette période, le logiciel tombe dans le domaine public et peut donc être utilisé par tous sans aucune con-

98. Normand Tamaro, *The 2004 Annotated Copyright Act* (Thomson/Carswell, Toronto, 2004), p. 486.

99. *Loi sur le droit d'auteur*, précitée, note 3, art. 29.

100. *Loi sur le droit d'auteur*, précitée, note 3, art. 29.1.

101. *Loi sur le droit d'auteur*, précitée, note 3, art. 6.

trainte. Il est vrai que, vu la disproportion entre le temps de protection accordé et la durée de vie moyenne des logiciels, ces règles ont peu de chance d'avoir un jour un impact réel sur les logiciels libres et ouverts.

Enfin, l'article 27 de la *Loi sur le droit d'auteur* précise que l'accomplissement d'un geste réservé au titulaire de l'un des droits énumérés ci-dessus constitue une violation du droit d'auteur. En ce qui concerne les logiciels, la jurisprudence et la doctrine ont déterminé que cette contrefaçon peut être établie en effectuant un test en cinq étapes :

- Abstraction : séparer l'idée de l'expression ;
- Évaluation : le logiciel est-il original ? ;
- Comparaison : y a-t-il assez de similitudes ? ;
- Filtration : ces similitudes sont-elles justifiées ? ;
- Quantification : les similitudes protégées portent-elles sur une partie importante du logiciel¹⁰² ?

Lorsque ce test peut être rempli, le titulaire des droits sur un logiciel libre et ouvert se voit octroyer toute une série de recours afin de faire respecter son droit d'auteur auprès de la personne ayant commis l'infraction¹⁰³. Le plus connu de ces recours est certainement l'injonction, qui permet de forcer le contrevenant à respecter les termes de la licence ou à cesser ses agissements. C'est d'ailleurs sur cette base qu'ont été rendues les deux seules décisions impliquant des licences libres et ouvertes à ce jour. Le recours en dommages et intérêts, régi par le droit civil québécois, est nécessairement beaucoup moins utile dans ce contexte puisque celui-ci a un objectif purement compensatoire. Or, quels dommages peut invoquer le développeur qui distribue gratuitement son logiciel sur Internet ? De la même façon, les dommages statutaires prévus spécifiquement par la loi ne sont pas d'une grande utilité pour le titulaire de droits sur un logiciel libre et ouvert. Bien que l'article 38.1 de la *Loi sur le droit d'auteur* permette à un juge de remplacer les dommages et intérêts par un montant variant entre 500 \$ et 20 000 \$, il est fort probable

102. Nicolas Sapp, « La contrefaçon en matière de logiciel : où en sommes-nous ? », (2000) 138 *Développements récents en propriété intellectuelle* 161, p. 189.

103. *Loi sur le droit d'auteur*, précitée, note 3, art. 34.

que le plus petit montant soit retenu, vu le faible impact économique de l'infraction¹⁰⁴. Seul l'octroi d'une proportion des profits réalisés par le contrevenant, tel que prévu à l'article 35 de la loi, est susceptible de résulter en un réel avantage économique pour le titulaire des droits sur un logiciel libre et ouvert. Ceci est particulièrement vrai si ce logiciel a été illégalement incorporé à l'intérieur d'un logiciel propriétaire ayant connu un certain succès. Toutefois, les coûts résultant d'un tel litige, spécialement les honoraires d'avocats, sont généralement démesurés par rapport aux montants recouvrables. Pour cette raison, les développeurs de logiciels libres et ouverts possèdent un fort incitatif à régler leurs différends hors cour.

En plus des recours civils auxquels il s'expose, le contrevenant à la *Loi sur le droit d'auteur* commet également une infraction pénale¹⁰⁵. Cet élément constitue peut-être la principale protection octroyée aux logiciels libres et ouverts, puisque celui qui est reconnu coupable de contrefaçon encourt une amende pouvant aller jusqu'à un million de dollars et un emprisonnement maximal de cinq ans.

3.2 L'établissement de la chaîne de titres

Traditionnellement, les logiciels résultent des efforts d'un groupe restreint de programmeurs travaillant ensemble à l'intérieur d'une organisation hiérarchisée. Au contraire, « the structure of work and communication in the hacker community is decentralized and distributed »¹⁰⁶. En effet, l'évolution de la majorité des logiciels libres et ouverts repose sur la contribution volontaire de leurs utilisateurs. Ceux-ci, tout en étant dispersés sur la surface du globe, s'y impliquent en fonction de leur expertise et de leurs besoins respectifs.

L'article « The Cathedral and the Bazaar »¹⁰⁷ d'Eric Raymond contient certainement la description la plus connue de cette méthode de développement. La communauté du libre y est assimilée à un bazar où les marchands interagissent en public sans être soumis à une structure organisationnelle. À l'opposé, le développement pro-

104. L. Rosen, *op. cit.*, note 33, p. 274.

105. *Loi sur le droit d'auteur*, précitée, note 3, art. 43.

106. Eric S. Raymond, cité dans William C. Taylor, « Inspired by Work », (1999) 29 *Fastcompany* 200, source : <<http://www.fastcompany.com/online/29/inspired.html>>.

107. Eric S. Raymond, « The Cathedral and the Bazaar », (1998) 3 *First Monday*, source : <http://www.firstmonday.org/issues/issue3_3/raymond/index.html>.

priétaire traditionnel y est comparé à une cathédrale où les tâches sont effectuées dans un milieu clos et hiérarchisé.

Le modèle du bazar ne colle cependant pas exactement à la réalité. Tous les projets de logiciels libres et ouverts possèdent un minimum d'organisation¹⁰⁸. Le plus souvent, celle-ci est assurée par le promoteur du projet qui sert de guide à l'évolution du code informatique, met en place des procédures et insuffle la motivation aux développeurs. De plus, une structure est nécessaire afin de résoudre les conflits qui peuvent survenir lorsque des solutions contradictoires sont proposées. D'ailleurs, un petit nombre de promoteurs contribuent souvent à l'élaboration de la plus grande partie du code des logiciels libres et ouverts, les nombreux développeurs occasionnels ne fournissant qu'une aide complémentaire. Par conséquent : « Free Software development is less a bazaar of several developers involved in several projects [and] more a collation of projects developed single-mindedly by a large number of authors »¹⁰⁹.

Aussi, la première structure contractuelle découlant de cette méthode de développement prend la forme d'une chaîne de contrats. Selon cette structure linéaire, le donneur de licence initial, le premier licencié et une multitude de sous-licenciés se succèdent¹¹⁰. Dans cette configuration, chacun tire ses droits de son cocontractant, qui garantit lui-même qu'il était bien antérieurement titulaire d'une licence sur le logiciel. Ce schéma n'est, en réalité, pas le plus courant.

En pratique, le développement de la quasi-totalité des logiciels libres et ouverts peut être schématisé sous la forme d'une étoile où le promoteur du projet occupe le centre, alors que les divers contributeurs se trouvent aux extrémités¹¹¹. D'un point de vue juridique, c'est d'abord la nature du lien existant entre chaque contributeur et le promoteur qui a un impact sur l'établissement de la chaîne de titres devant nécessairement relier les auteurs du logiciel à ses utilisateurs.

108. Charles Connell, « Open Source Projects Manage Themselves ? Dream On », (2000) *Lotus Development Network*, source : <<http://www-10.lotus.com/ldd/devbase.nsf/articles/doc2000091200>>.

109. Rishab Gosh et Vipul Ved Prakash, « The Orbiten Free Software Survey », (2000) 5 *First Monday*, source : <http://www.firstmonday.dk/issues/issue5_7/ghosh/index.html>.

110. C. Rojinsky et V. Grynbaum, *Les licences libres et le droit français*, Propriétés intellectuelles, juill. 2002/4, p. 33.

111. C. Caron, *loc. cit.*, note 47.

Tout d'abord, certains promoteurs de projets exigent que les contributeurs leur cèdent la totalité de leur droit d'auteur sur le code qu'ils soumettent. C'est le cas de la FSF dans le cadre de son projet GNU¹¹². Dans une telle situation, bien que le nombre d'auteurs impliqués puisse être important, le promoteur est le seul titulaire du droit d'auteur sur chaque contribution, ainsi que sur le logiciel dans son ensemble. Il est donc libre de le distribuer comme bon lui semble.

D'autres promoteurs se contentent plutôt d'obtenir une concession par le biais d'une licence, qui doit nécessairement être identique ou plus permissive que celle utilisée pour la distribution officielle du logiciel. L'ASF agit de la sorte en exigeant que chaque contributeur soumette son code à une licence lui octroyant un droit non exclusif de poser l'ensemble des gestes protégés par le droit d'auteur¹¹³. Il s'ensuit que chaque contributeur demeure le titulaire des droits sur sa contribution et les conserve même après son intégration dans le logiciel. De son côté, l'ASF possède tous les droits nécessaires pour relicencier le logiciel.

Enfin, la grande majorité des promoteurs agissent de manière beaucoup plus informelle. Ils n'exigent le respect d'aucune formalité et acceptent d'introduire dans le logiciel toute contribution qui leur est soumise à cette fin. Une application stricte de la *Loi sur le droit d'auteur* laisse croire que ces opérations seraient sans effet, le promoteur ne disposant alors d'aucune autorisation d'exercer les droits attribués aux contributeurs. Toutefois, il paraît plus approprié de considérer qu'une licence implicite a été consentie lorsque cela s'avère possible. Vis-à-vis des licenciés futurs, chacun des contributeurs demeure détenteur d'un droit dans le logiciel. Il n'en demeure pas moins que cette forme de contribution constitue un maillon faible dans la chaîne de titres.

Les quatre situations décrites ci-dessus possèdent cependant toutes un point en commun. Une fois rassemblées, les contributions sont intégrées les unes aux autres pour former un logiciel autonome. À partir de ce point, il devient difficile de distinguer la part créée par un contributeur de celles créées par les autres. Or, la *Loi sur le droit d'auteur* attache à ce genre de réalisation le statut d'œuvres créées en collaboration¹¹⁴.

112. Free Software Foundation, « Information For Maintainers of GNU Software », (2005) *GNU*, source : <<http://www.gnu.org/prep/maintain/maintain.html#Legal-Matters>>.

113. Apache Software Foundation, « Individual Contributor License Agreement », 2005 *ASF*, source : <<http://www.apache.org/licenses/icla.txt>>.

114. *Loi sur le droit d'auteur*, précitée, note 3, art. 2.

La loi étant muette sur les effets de ce statut, c'est vers le droit civil québécois qu'il faut se tourner. En vertu du *Code civil du Québec*, la plupart des logiciels libres et ouverts sont donc soumis à la copropriété indivise, telle qu'elle est définie à son article 1010. La principale conséquence de l'indivision est l'existence d'un seul droit d'auteur global sur l'ensemble du logiciel. Il en découle également une présomption d'égalité entre les parts des contributeurs et l'autorisation, pour chacun d'eux, d'accomplir des actes concernant le logiciel, à condition de ne porter atteinte ni à sa destination, ni aux droits des autres développeurs¹¹⁵. Ainsi, dans l'affaire *Tremblay c. Nguyen*, la Cour supérieure du Québec a confirmé la possibilité, pour un titulaire indivis de droit d'auteur, de s'adresser seul aux tribunaux en cas de violation de ce droit¹¹⁶. Dans le même ordre d'idées, toute licence concédée par l'un des titulaires indivis devrait être valide dès lors que le logiciel était destiné à être distribué sous une licence libre et ouverte. Évidemment, cette indivision cesse d'avoir des effets lorsque, comme dans le cas de la FSF, toutes les parts sont transférées entre les mains de la même personne.

Une fois cette étape du développement initial franchie, la chaîne de titres, loin de s'arrêter, ne fait que s'étirer. En effet, une fois le logiciel distribué sur Internet, les licences libres et ouvertes favorisent la multiplication des concessions successives à son égard. À chacune de ces étapes un nouveau contributeur (ou groupe de contributeurs) accepte de concéder des droits sur le code nouvellement ajouté, tout en retenant la titularité de ceux-ci. L'indivision continue ainsi de s'accroître. Cette situation posera généralement peu de problèmes tant que les contributeurs s'entendront sur la licence adoptée. Cependant, le changement de licence par l'un des contributeurs risque fortement d'engendrer le mécontentement des autres¹¹⁷.

Un problème majeur est susceptible de survenir si l'un des maillons de cette chaîne fait défaut, c'est-à-dire que la concession de droit octroyée n'est pas effective. Dans un tel cas, tous les licenciés subséquents se trouvent dans une situation irrégulière car les gestes qu'ils ont posés à l'égard du logiciel ont contrevenu au droit d'auteur des titulaires précédant le maillon défectueux.

Deux situations peuvent mener à ce résultat. La première est l'invalidité de l'une des licences faisant partie de la chaîne de titres.

115. L. Carrière, *op. cit.*, note 7, p. 14.

116. *Tremblay c. Nguyen*, (1997) 24 C.P.R. 289.

117. L. Rosen, *op. cit.*, note 33, p. 33.

La seconde est l'introduction illicite, dans le logiciel, de code protégé par les droits d'un tiers.

L'invalidité d'une licence libre et ouverte peut résulter de plusieurs motifs. L'exemple le plus évident est peut-être la contribution effectuée par un employé sans le consentement de son employeur. De la même façon, un juge québécois pourrait toujours refuser de reconnaître une telle licence en prétextant l'absence de signature. Dans tous les cas, le caractère international que prend le développement des logiciels libres et ouverts fait en sorte que chaque maillon de la chaîne de titres est potentiellement invalide en fonction d'un droit national différent.

L'introduction illicite de code protégé par les droits d'un tiers est précisément le fondement du recours de SCO dans le litige qui l'oppose actuellement à IBM. SCO allègue qu'IBM aurait introduit dans le noyau de Linux des éléments de UNIX protégés par le droit d'auteur. Mis à part les questions de bris de contrat et de divulgation de secrets industriels qui sous-tendent le dédommagement réclamé à IBM, c'est précisément la prétendue présence de code propriétaire à l'intérieur de Linux qui justifie les réclamations de SCO à l'égard de milliers d'utilisateurs de ce système d'exploitation¹¹⁸. Même si, plus de deux ans après le début de cette affaire, l'on peut s'interroger sur la capacité de SCO d'apporter la preuve de ses allégations, la voie de recours utilisée est valable et ce genre de litige pourrait se reproduire dans le futur.

Finalement, un dernier élément est susceptible de complexifier encore un peu la chaîne de titres des logiciels libres et ouverts. Il s'agit des distributions, qui amalgament des logiciels développés indépendamment et les regroupent ensemble. C'est le cas, par exemple, de nombreuses distributions de Linux, dont celle offerte par l'entreprise Red Hat. Leur particularité tient dans le fait qu'en plus de la protection individuelle dont bénéficie chacun des logiciels qui y sont inclus, la distribution en elle-même est protégée. Le droit d'auteur sur celle-ci est reconnu par la *Loi sur le droit d'auteur*¹¹⁹ ainsi que par la jurisprudence¹²⁰, dans le cadre de la protection accordée aux compilations. Par ailleurs, les distributions de logiciels libres et ouverts sont généralement elles-mêmes soumises à une licence

118. K. D. Goettsch, *op. cit.*, note 55.

119. *Loi sur le droit d'auteur*, précitée, note 3, art. 2.

120. *Télé-direct (Publications) Inc. c. American Business Information, Inc.*, [1998] 2 C.F. 22, source : <<http://www.canlii.org/ca/jug/caf/1997/1997caf10177.html>>.

autorisant leur utilisation, leur modification et leur redistribution. L'exercice de ces droits implique cependant de porter une attention particulière au respect de la licence de la compilation, en plus des licences relatives à chacun des logiciels inclus à l'intérieur de celle-ci.

Dans l'ensemble, la présence d'un défaut dans la chaîne de titres constitue sans aucun doute le plus important risque juridique pour les utilisateurs de logiciels libres et ouverts. En effet, dès lors qu'un maillon de la chaîne devant les relier à chacun des développeurs est manquant, ceux-ci se trouvent à commettre une infraction au droit d'auteur. Malheureusement, aucune technique ne permet d'établir aisément la fiabilité de cette chaîne de titres et les utilisateurs ne découvriront généralement l'infraction qu'au moment de faire l'objet d'une poursuite. Il est vrai que même lorsqu'un défaut existe, la vaste majorité des titulaires de droits n'ont aucun intérêt à l'invoquer et, ainsi, paralyser le développement d'un logiciel dont ils ont eux-mêmes besoin. À cet égard, le mode de développement des logiciels libres et ouverts repose donc en grande partie sur la bonne foi des développeurs impliqués.

Compte tenu de la pratique, ce risque doit tout de même être relativisé. Après plus de quinze ans d'utilisation intensive des logiciels libres et ouverts, le litige initié par SCO est le seul exemple où la chaîne de titres de l'un d'eux a été mise en doute. De plus, la même problématique a toujours prévalu en matière de logiciels propriétaires, même si elle se pose à une échelle beaucoup plus limitée étant donné leur mode de développement plus fermé. Les logiciels libres et ouverts, loin de reposer sur de nouveaux mécanismes, ne font que pousser à leur extrême limite les règles encadrant la concession successive des droits de propriété intellectuelle.

3.3 Les conflits entre licences

En plus des risques reliés aux défauts de la chaîne de titres, la façon dont les licences libres et ouvertes abordent la propriété intellectuelle cause un certain nombre de difficultés lorsque vient le temps d'intégrer du code provenant de projets distincts. À ce propos, plutôt que de réinventer la roue chaque fois qu'un problème connu ressurgit, le modèle de développement collaboratif des logiciels libres et ouverts pousse leurs développeurs à réutiliser, autant que possible, le code existant. Pourtant, les clauses contradictoires que contiennent certaines licences posent de sérieuses limites à de telles combinaisons, le licencié désirant agir de la sorte étant tenu de les respecter l'une comme l'autre.

Malgré tout, tant que les licences libres et ouvertes sont concernées, aucune incompatibilité ne limite l'utilisation concurrente de logiciels. Ainsi, il demeure toujours possible d'installer un logiciel de traitement de texte libre et ouvert (OpenOffice) sur un système d'exploitation propriétaire (Windows). Les interactions entre ces outils n'enfreignent en rien les termes des licences libres et ouvertes, qui permettent toute forme d'utilisation sans imposer de restrictions particulières.

De plus, même lorsqu'une modification du logiciel s'avère nécessaire, celle-ci peut généralement être réalisée pour répondre aux besoins personnels du licencié. En effet, la plupart des licences libres et ouvertes imposent des conditions uniquement en cas de redistribution du logiciel qui leur est soumis à des tiers. Ainsi, une institution est autorisée à intégrer du code soumis à la *GPL* avec celui provenant d'un logiciel dont le code source n'est pas librement accessible tant et aussi longtemps que le logiciel en résultant est confiné à un usage interne. Toutefois, il est généralement recommandé d'éviter d'agir de la sorte afin de réduire les risques qu'une éventuelle distribution illicite ne se produise.

C'est donc particulièrement au moment de la distribution d'un logiciel résultant d'une combinaison de codes soumis à des licences différentes que les incompatibilités entre ces dernières sont susceptibles de surgir. La solution varie alors en fonction du type de licences impliquées.

À ce titre, la situation la plus simple concerne l'intégration d'un logiciel libre et ouvert avec un logiciel faisant partie du domaine public. Aucune condition n'étant rattachée à ce dernier, il peut donc être combiné avec n'importe quel logiciel, peu importe la licence sous laquelle celui-ci est distribué. Le produit final de cette opération sera généralement soumis à la licence libre et ouverte grevant l'autre partie du code initial.

La situation est un peu plus complexe lorsque l'un des logiciels impliqués est soumis à une licence propriétaire. Dans ce cas, les conditions restrictives de la licence propriétaire interdiront le plus souvent toute modification du code, et donc toute intégration avec un logiciel libre et ouvert. Dans l'hypothèse où cela serait permis, lorsque l'intégration est effectuée par le titulaire des droits lui-même, par exemple, les licences libres et ouvertes posent des contraintes différentes, selon qu'elles sont copyleftées ou non. Tout d'abord, les licences non copyleftées étant extrêmement permissives,

rien ne s'oppose à ce que le code leur étant soumis soit intégré à l'intérieur d'un logiciel propriétaire, et cela tant que leurs conditions sont respectées. Le logiciel Acrobat Reader d'Adobe en est un excellent exemple, son fichier d'informations juridiques reproduisant une multitude de licences libres et ouvertes, tel que ces dernières le requièrent. À l'opposé, les licences copyleftées sont toujours incompatibles avec les licences propriétaires puisque le logiciel qui résulterait d'une telle combinaison serait nécessairement soumis à des contraintes supplémentaires.

Les licences non copyleftées, pour leur part, sont généralement compatibles les unes avec les autres, mais également avec tous les autres types de licences¹²¹. En effet, les plus simples (*BSD*, *MIT*) ne contiennent aucune clause pouvant créer des interactions avec une autre licence. Cependant, les licences non copyleftées plus élaborées peuvent parfois entrer en conflit avec certaines licences copyleftées. Ainsi, la FSF refuse les contributions soumises à la licence *Apache*, invoquant les conditions additionnelles qu'impose cette licence par rapport à la *GPL*, particulièrement en ce qui a trait à la suspension des brevets logiciels. Un tel résultat est paradoxal puisque la FSF invoque l'incompatibilité des deux licences tout en reconnaissant l'intérêt des clauses de la licence *Apache*¹²².

En ce qui concerne les licences copyleftées, leur particularité est justement d'anticiper leur application à tout logiciel dérivé du code leur étant initialement soumis. C'est, par exemple, ce que précise l'article 2 b) de la *GPL* :

You must cause any work that you distribute or publish, that in whole or in part contains or is derived from the Program or any part thereof, to be licensed as a whole at no charge to all third parties under the terms of this License.

Il en résulte que les licences copyleftées sont totalement incompatibles avec toute licence plus restrictive, mais également avec toutes les autres licences copyleftées. Cela est vrai même lorsque deux licences copyleftées accordent exactement les mêmes droits, puisque chacune d'entre elles requiert que le logiciel résultant soit soumis à ses propres clauses. Il est donc uniquement possible d'intégrer du code copylefté avec du code provenant du domaine public ou soumis à une licence libre et ouverte non copyleftée.

121. A. St. Laurent, *op. cit.*, note 16, p. 161.

122. Free Software Foundation, « Various Licenses and Comments about Them », (2005) *FSF*, source : <<http://www.fsf.org/licensing/licenses/license-list.html#GPLIncompatibleLicenses>>

Quelques licences copyleftées contiennent cependant des exceptions à ce principe. C'est le cas de la *MPL*, qui différencie le code initial du logiciel du code provenant de contributions subséquentes, permettant l'attribution d'une autre licence aux modifications apportées aux contributions. Dans un tel contexte il s'avère donc possible de respecter les termes d'une autre licence libre et ouverte copyleftée. Toutefois, l'identification adéquate du code assujéti à cette exception demande beaucoup de prudence.

Le tableau ci-dessus illustre le résultat des interactions décrites ci-dessus :

	Domaine public	BSD	Apache	GPL	MPL	Propriétaire
Domaine public	oui	oui	oui	oui	oui	oui
BSD	oui	oui	oui	oui	non	non
Apache	oui	oui	oui	non	non	non
GPL	oui	oui	non	oui	non	non
MPL	oui	non	non	non	oui	non
Propriétaire	oui	non	non	non	non	non

Tableau 1 : Compatibilité des licences les plus courantes

Malheureusement, les données de ce tableau ne peuvent être simplement appliquées mécaniquement. En effet, les licences qui y sont spécifiées sont souvent utilisées comme des modèles afin d'en élaborer de nouvelles, dont les termes s'éloignent plus ou moins de l'originale. Il est d'ailleurs généralement déconseillé d'agir de la sorte puisque chaque nouvelle licence amène son lot d'incompatibilité avec les précédentes¹²³.

À cause des contraintes qu'entraînent ces conflits entre licences, certains logiciels libres et ouverts sont maintenant offerts sous

123. David A. Wheeler, « Make Your Open Source Software GPL-Compatible. Or Else », (2005) *DWheeler*, source : <<http://www.dwheeler.com/essays/gpl-compatible.html>>.

plus d'une licence différente¹²⁴. Dans une telle situation, il s'avère possible de choisir la licence la mieux adaptée à l'utilisation envisagée du logiciel. Cette dualité de licence est rendue possible par la nature même des licences de logiciel, qui concèdent uniquement un droit non exclusif de poser certains gestes qui autrement seraient interdits. Rien n'empêche donc le donneur de licence à autoriser un autre licencié de poser les mêmes gestes, à d'autres conditions. Cela permet toujours d'obtenir de lui la permission de déroger aux termes d'une licence libre et ouverte. C'est d'ailleurs ce que prévoit l'article 10 de la *GPL* :

If you wish to incorporate parts of the Program into other free programs whose distribution conditions are different, write to the author to ask for permission. For software which is copyrighted by the Free Software Foundation, write to the Free Software Foundation ; we sometimes make exceptions for this. Our decision will be guided by the two goals of preserving the free status of all derivatives of our free software and of promoting the sharing and reuse of software generally.

Ces requêtes spéciales sont souvent acceptées, les développeurs de logiciels libres et ouverts ayant un fort intérêt à ce que leurs logiciels soient utilisés. D'ailleurs, l'objectif de ces licences étant précisément de favoriser la libre circulation du code des logiciels, il est paradoxal que leur multiplication freine sa mise en commun.

De plus, tout comme pour la détermination de la chaîne de titres, les compilations de logiciels libres et ouverts posent des difficultés supplémentaires lorsqu'il s'agit d'évaluer la compatibilité des termes de leurs licences. Tout d'abord, compte tenu de la structure des licences libres et ouvertes, les logiciels de ce type assemblés au sein d'une même compilation n'ont pas à respecter les termes de licences compatibles. En effet, tant que les différents logiciels de la compilation demeurent indépendants, c'est-à-dire qu'ils ne sont pas intégrés les uns aux autres, leur distribution peut aisément s'effectuer dans la mesure où leurs licences respectives les accompagnent. Toutefois, en plus de ces licences, s'ajoute maintenant une licence sur la compilation en elle-même. Aussi l'intégration de multiples compilations est sujette à l'ensemble des conflits de licences exposés ci-dessus. C'est ce qui explique qu'une compilation soumise à une licence *BSD* pourrait être combinée à une compilation *Apache*,

124. Julien Linsolas, « Le statut juridique du logiciel libre », (2003) 2 *Droit NTIC* 2, source : <<http://www.droit-ntic.com/pdf/revuefevrier2003.pdf>>.

alors qu'une compilation *GPL* ne le pourrait pas, et cela indépendamment des multiples licences s'appliquant à leurs composantes. Par ailleurs, il demeure toujours possible de sortir un ou plusieurs éléments d'une compilation, voire de les intégrer avec ceux provenant d'autres compilations. Dans un tel cas, l'originalité de cette nouvelle compilation ne nécessite pas le respect des licences des compilations antérieures¹²⁵.

Enfin, les librairies de logiciels font également l'objet de particularités lorsque les conflits entre licences sont invoqués. Ceci découle de la possibilité qu'une librairie soit soumise à une licence différente de celle du logiciel original. Dans la mesure où l'un de ces deux éléments est copylefté, il est probable que le logiciel résultant de leur interaction doive être soumis à cette licence. Cependant, ce résultat n'est pas définitif puisqu'il dépend de l'interprétation de chaque licence et que la réponse est loin d'être aisée¹²⁶. Même la *LGPL*, conçue spécifiquement pour résoudre cette difficulté, soulève de multiples interrogations. Aussi, d'ici à ce que ce point soit éclairci, la solution la plus avantageuse est certainement de limiter l'utilisation des librairies à celles dont la licence est clairement compatible avec celle du logiciel original.

3.4 Les brevets logiciels

Jusqu'ici, la protection des logiciels libres et ouverts a été abordée exclusivement sous l'angle du droit d'auteur. Pourtant, le droit de la propriété intellectuelle dispose d'un autre régime juridique susceptible de jouer un rôle en matière de logiciels, celui des brevets. L'objectif fondamental des brevets est de protéger les inventions utiles, originales et non évidentes. Tout comme pour le droit d'auteur, il ne s'agit donc pas d'octroyer un droit sur une idée, mais bien de protéger sa mise en œuvre physique, c'est-à-dire la fabrication d'un objet la matérialisant. Ainsi, l'invention est brevetable alors que la découverte ne l'est pas.

La loi fédérale sur les brevets définit ce qu'est une invention de la façon suivante :

Toute réalisation, tout procédé, toute machine, fabrication ou composition de matières, ainsi que tout perfectionnement de

125. L. Rosen, *op. cit.*, note 33, p. 242.

126. L. Rosen, *op. cit.*, note 33, p. 124.

l'un d'eux, présentant le caractère de la nouveauté et de l'utilité.¹²⁷

Bien que les logiciels répondent le plus souvent à ces critères, l'article 27(8) de la même loi ajoute une exception lorsque l'invention repose sur de simples principes scientifiques ou des conceptions théoriques. Il faut alors se tourner vers le *Recueil des pratiques du Bureau des brevets*, dont une version révisée vient d'être publiée en février 2005, pour connaître l'interprétation donnée à cette disposition par les autorités fédérales chargées de l'attribution des brevets au Canada :

Le logiciel exprimé sous forme de lignes de code ou de listes est considéré comme un ouvrage littéraire en vertu de la *Loi sur le droit d'auteur*. Le logiciel qui se présente sous forme de modèle de données ou d'algorithme est automatiquement exclu de la brevetabilité en vertu du paragraphe 27(8) de la *Loi sur les brevets*, tout comme les formules mathématiques, et il est considéré comme l'équivalent d'un simple principe scientifique ou d'un théorème abstrait. Toutefois, un objet relié à l'ordinateur n'est pas exclu de la brevetabilité si on satisfait aux critères traditionnels de brevetabilité. Le logiciel qui a été intégré à un objet traditionnellement brevetable peut être brevetable.¹²⁸

Ainsi, les logiciels sont en principe exclus du champ des inventions brevetables au Canada. Cette position découle en grande partie de la décision de la Cour d'appel fédérale dans l'arrêt *Schlumberger Canada Ltd. c. Commissaire des brevets*¹²⁹. À cette occasion, la cour déterminait qu'il n'y avait rien de nouveau dans le fait d'utiliser un ordinateur pour faire des calculs et qu'une formule mathématique n'était qu'un simple principe scientifique ou une conception théorique. Elle ajouta que le même calcul, s'il était réalisé par un être humain, aurait constitué une séquence d'opérations mentales et intellectuelles, non brevetable au Canada.

Il n'en demeure pas moins que depuis cet arrêt de principe, de nombreuses demandes de brevet touchant des logiciels ont été accep-

127. *Loi sur les brevets* (L.R.C. 1985, ch. P-4), art. 2, source : <<http://www.canlii.org/ca/loi/p-4/>>.

128. Office de la propriété intellectuelle du Canada, « Recueil des pratiques du Bureau des brevets », (2005) *OPIC*, source : <http://strategis.ic.gc.ca/sc_mrksv/cipo/patents/mopop/mopop_dnld-f.html>.

129. *Schlumberger Canada Ltd. c. Commissaire des brevets*, (1981) 56 C.P.R. (2d) 204 (C.A.F.).

tées. Dans la plupart des cas, ces brevets concernent des logiciels intégrés avec un élément traditionnellement brevetable, tel qu'une imprimante¹³⁰, un système de télécommunication¹³¹, et un système d'ascenseur¹³². Dans certains cas, de « purs » logiciels ont même été brevetés sur le seul argument que l'on pouvait les rattacher à au moins une composante physique, comme ce fut le cas dans les affaires *Motorola*¹³³. Cette jurisprudence semble donc indiquer une tendance assez libérale de la Commission d'appel du Bureau des brevets en matière de brevet logiciel. Ainsi, il est maintenant admis qu'il suffit de transformer un logiciel en appareil, en le rattachant à une pièce matérielle déterminée, pour que celui-ci devienne brevetable¹³⁴.

Le principe de la non-brevetabilité des logiciels correspond cependant à la position de la vaste majorité des États à travers le monde. En fait, seuls les États-Unis et le Japon reconnaissent officiellement les brevets logiciels¹³⁵. En Europe, le Bureau européen des brevets les accepte malgré l'exception expressément prévue par la *Convention sur le brevet européen*, qui précise que ne sont pas considérés comme des inventions « les plans, principes et méthodes dans l'exercice d'activités intellectuelles, en matière de jeu ou dans le domaine des activités économiques, ainsi que les programmes d'ordinateurs »¹³⁶. Les Européens débattent de la pertinence de cette disposition depuis maintenant plus de trois ans, dans le cadre de diverses propositions de directives visant à réglementer les brevets logiciels.

Ce mouvement d'ouverture des instances administratives envers les brevets logiciels, que l'on constate aussi bien en Europe qu'au Canada, découle en grande partie des pressions effectuées à cette fin par le gouvernement américain sur la scène

-
130. *Application for Patent of International Business Machines Corp.*, (1984) 6 C.P.R. (3d) 99.
131. *Re Application for Patent of Janssens*, (1984) 6 C.P.R. (3d) 213.
132. *Re Application for Patent of Westinghouse Electric Corp.*, (1985) 6 C.P.R. (3d) 58.
133. *Re Application for Patent of Motorola Inc.*, (1999) 86 CPR (3d) 71 et (1999) 86 CPR (3d) 76.
134. Louis-Pierre Gravelle, « De la vie aux ordinateurs – développements récents en matière de brevetabilité des organismes vivants, des méthodes de traitement et des technologies informatiques », (2000) 138 *Développements récents en propriété intellectuelle* 104, p. 106, source : <<http://www.robic.ca/publications/Pdf/254-LPG.pdf>>.
135. Russell McOrmond, « A Review of Software Patent Issues », (2003) *Digital Copyright Canada*, source : <<http://www.flora.ca/patent2003/>>.
136. *Convention sur la délivrance de brevets européens*, (1973), art. 52, source : <http://www.european-patent-office.org/legal/epc/index_f.html>.

internationale¹³⁷. En effet, les États-Unis travaillent activement à la promotion des brevets logiciels, dans l'objectif d'assurer une meilleure protection de la propriété intellectuelle de leurs grands éditeurs de logiciels.

Toutefois, en plus des difficultés qu'ils impliquent pour l'ensemble de l'industrie du logiciel, les brevets constituent un risque majeur pour l'avenir des logiciels libres et ouverts. Plusieurs facteurs permettent d'expliquer cette menace :

- les brevets permettent de protéger des techniques anodines mais qui sont parfois nécessaires aux développeurs de logiciels libres et ouverts ;
- les possibilités de réécrire un algorithme sous une forme non protégée diminuent en proportion de l'augmentation des brevets logiciels ;
- avec l'accroissement du nombre de brevets émis, il devient pratiquement impossible de ne pas utiliser l'un d'eux sans même le savoir, comme c'est le cas actuellement aux États-Unis ;
- les coûts d'enregistrement des brevets, ainsi que les honoraires d'avocats nécessaires pour les faire appliquer, avantagent les grands éditeurs d'un arsenal anti-concurrentiel dont ne pourront jamais disposer les développeurs de logiciels libres et ouverts, majoritairement composés de PME et d'individus ;
- la brevetabilité des formats de fichiers ou des protocoles de communication permet de monnayer l'« interopérabilité », ce qui n'est généralement pas à la portée des développeurs de logiciels libres et ouverts ;
- la preuve qu'un brevet a été enfreint est plus facile à effectuer à l'encontre des développeurs de logiciels libres et ouverts puisque le code de ces logiciels est mis à disposition et peut être examiné.

137. Brian Kahin, « Information Process Patents in the US and Europe : Policy Avoidance and Policy Divergence », (2003) 8 First Monday 3, source : <http://www.firstmonday.dk/issues/issue8_3/kahin/#author>.

En conséquence, la croissance et le développement technologique par les logiciels libres et ouverts nécessitent le maintien du principe de la non-brevetabilité des logiciels¹³⁸. Au Québec, cela revient à assurer l'application effective des conclusions de l'arrêt *Schlumberger*. Une telle solution paraît d'autant plus avantageuse que même certains opposants aux logiciels libres et ouverts reconnaissent que les brevets ne représentent pas une méthode efficace de protection des logiciels¹³⁹.

4. La responsabilité contractuelle

Lorsqu'un licencié accepte les termes d'une licence libre et ouverte, une relation contractuelle s'établit avec le ou les titulaires du droit d'auteur sur le logiciel. Ce contrat à la qualification juridique variable sert d'abord les fins du donneur de licence. Celui-ci est conçu de manière à s'effacer au profit des règles plus strictes de la propriété intellectuelle, dès que l'une de ses clauses n'est pas respectée. Au contraire, la licence constitue la principale base de recours dont dispose le licencié en cas de défaut du logiciel ou de manquement du prestataire. Pour cette raison, l'étude de ce contexte contractuel est en grande partie orientée vers l'établissement des critères qui déterminent la responsabilité des donneurs de licences libres et ouvertes. Pour y arriver, il est nécessaire de démontrer que le donneur de licence n'a pas exécuté une obligation mise à sa charge au titre du contrat de licence ou au titre des garanties prévues par la loi. Les licences libres et ouvertes étant spécialement conçues pour limiter la responsabilité civile du donneur de licence, le fardeau de cette preuve peut s'avérer difficile à surmonter. Parfois, le régime de protection des consommateurs est susceptible de faciliter l'établissement de cette responsabilité.

4.1 La qualification du contrat de licence

L'une des principales caractéristiques des licences libres et ouvertes réside dans le fait qu'elles sont imposées par les donneurs

138. Price Waterhouse Coopers, Rethinking the European ICT Agenda : Ten ICT-Breakthroughs for Reaching Lisbon Goals, (2004) *Price Waterhouse Coopers*, p. 52, source <[http://www.pwc.com.nyud.net:8090/Extweb/pwcpublishations.nsf/docid/EC6DE73A846581CE80256EFD002E41FB/\\$file/pwc_rethinking_european_ict_agenda.pdf](http://www.pwc.com.nyud.net:8090/Extweb/pwcpublishations.nsf/docid/EC6DE73A846581CE80256EFD002E41FB/$file/pwc_rethinking_european_ict_agenda.pdf)>.

139. Mathias Strasser, « A New Paradigm in Intellectual Property Law ? The Case Against Open Sources », (2001) *Stan. Tech. L. Rev.* 4, par. 45, source : <http://stlr.stanford.edu/STLR/Articles/01_STLR_4/article.htm>.

de licence. Le plus souvent, ceux-ci reprennent l'intégralité d'un contrat-type (tel que la *GPL*) et l'imposent à tous ceux qui désirent utiliser leur logiciel. Le licencié n'a donc *a priori* aucune possibilité d'en négocier les termes. Pour cette raison, ces licences peuvent être considérées comme des contrats d'adhésion¹⁴⁰. Cette qualification n'influence pas directement les droits et les obligations des parties. Néanmoins, elle peut avoir un impact sur la validité des clauses d'exclusion de responsabilité qui y figurent. Celles-ci peuvent en effet être considérées comme des clauses abusives prohibées par l'article 1437 *CcQ*.

En revanche, la question de la qualification juridique des licences libres et ouvertes, c'est-à-dire leur rattachement au régime de l'un des contrats nommés, est de plus grande importance. Elle conditionne en effet l'application des règles légales relatives à l'opération juridique considérée et peut ainsi influencer les droits et obligations des parties. Malheureusement, même lorsque les logiciels propriétaires sont concernés, la problématique de la qualification juridique des contrats de licence de logiciels ne fait pas l'objet d'une solution ferme et unanime.

Une partie de la doctrine privilégie la qualification juridique de contrat de vente pour les logiciels fournis avec du matériel, par application de la théorie de l'accessoire¹⁴¹. C'est en ce sens que s'est prononcée en 1985 la Cour supérieure du Québec dans l'affaire *Olier, Grisé & Cie Ltée c. Équipements de bureau Maskoutan Inc.*¹⁴², en qualifiant une licence de logiciel de vente pure et simple, considérant que le logiciel faisait partie intégrante du matériel fourni. De manière analogue, plusieurs arrêts de la Cour d'Appel de Paris¹⁴³ ont fait application du régime de la vente à un ensemble contractuel, en raison de la dépendance du contrat de mise à disposition de logiciels (licence) avec le contrat de fourniture de matériel qui en est le support. Il s'agissait en l'espèce d'actions pour vices cachés fondées sur la garantie des défauts de la chose vendue¹⁴⁴.

140. M. Clément-Fontaine, *loc cit.*, note 40, par. 26.

141. Philippe Le Tourneau, « Très brèves observations sur la nature des contrats relatifs aux logiciels », (1982) 1 *JCP* 3078.

142. *Olier, Grisé & Cie Ltée c. Équipements de bureau Maskoutan Inc.*, [1985] C.S. 680-683.

143. CA Paris 3 oct. 1989, *Sté SNDA c/ Sté ICL France*, Cahiers Lamy, fév. 1990(K) ; CA Paris 8 fév. 1990, *Sté ICL France c/ Sté Lanvaux-Ronsard*, juris-data n° 20232 ; CA Paris, 25e ch. B, 22 juin 2001 ; voir également CA Bastia, ch. civ., 19 nov. 2002, Juris-Data n° 2002-00772.

144. Code civil, art. 1641.

De même, en matière de progiciels, c'est le régime juridique de la vente qui a la préférence de certains auteurs¹⁴⁵. Ces derniers adoptent en effet une approche « matérialiste » et envisagent le régime de la licence au travers de la vente d'exemplaires du logiciel. Par conséquent, de manière générale, le régime de la vente pourrait être appliqué aux contrats (ou groupes de contrats) qui prévoient la fourniture de systèmes informatiques comprenant du matériel, des progiciels, voire des développements spécifiques, à la condition que le matériel et les progiciels constituent une part prépondérante du système fourni. Cependant, cette qualification de vente n'est pas satisfaisante au regard du droit de la propriété intellectuelle, puisque la plupart des donneurs de licences de progiciels réservent leurs droits, de sorte que ces contrats ne transfèrent aucun droit immatériel.

C'est en raison de cette absence de transfert de droit sur le logiciel que la quasi-unanimité des auteurs considèrent que le contrat de licence s'apparente davantage au contrat de location¹⁴⁶. Cette qualification semble pertinente eu égard à « l'économie » du contrat de licence : le donneur de licence concède au licencié la jouissance d'une chose incorporelle (le logiciel), en contrepartie du paiement d'un loyer (redevance), pendant une durée limitée¹⁴⁷. En outre, la notion de location permet au donneur de licence de limiter les actes que le licencié est autorisé à accomplir, de sorte qu'il ne dispose pas librement du logiciel. Elle permet également au donneur de licence de recevoir une rémunération régulière pendant le temps d'utilisation du logiciel, prenant la forme d'une redevance. La qualification de louage apparaît ainsi la plus adaptée au contrat de licence, même si la doctrine ne manque pas de souligner quelques réserves. Il est vrai que l'analogie n'est pas parfaite car le donneur de licence, à la différence du loueur, ne se dépossède pas du bien qu'il met à disposition, d'autant plus qu'il conserve le droit de le « louer » à d'autres utilisateurs.

C'est certainement pour cette raison que les tribunaux québécois préfèrent généralement considérer qu'une licence de logiciels n'a ni la nature d'une vente, ni la nature d'un louage, mais celle d'un contrat innommé conférant un droit personnel d'usage. Cette solution ressort clairement de l'affaire *Informatique L.G.A. Inc. c. Compagnie d'arrimage de Québec Ltée*¹⁴⁸, dans laquelle le juge souligne que la

145. Ejan Mackaay, « Le marché du progiciel – licence ou vente », (1994) 6 *CPI* 401.

146. Michel Vivant et al., *Lamy droit de l'informatique et des réseaux* (Lamy, Paris, 2001, n° 840), p. 522.

147. *Code civil du Québec*, précité, note 65, art. 1851.

148. *Informatique L.G.A. Inc. c. Compagnie d'arrimage de Québec Ltée*, [1991] R.J.Q. 1767 (C.Q.).

licence ne transfère aucun droit réel mais confère un simple droit personnel d'utilisation d'une chose incorporelle. Il résulte de cette solution une conséquence très importante en pratique : puisque ni le régime de la vente, ni celui du louage ne s'appliquent à la licence, les garanties légales prévues par ces régimes sont automatiquement exclues.

Cette jurisprudence se trouve cependant nuancée depuis 1994, par la décision *Unicel Inc. c. Contalitec Informatique Inc.*¹⁴⁹ À cette occasion, la Cour du Québec confirma son analyse de la licence en contrat *sui generis*, en précisant toutefois qu'il présente certaines caractéristiques du contrat de louage (*i.e.*, contrat de location). Les juges ont alors estimé que le donneur de licence devait être soumis aux obligations qu'impose le *Code civil du Québec* au loueur, c'est-à-dire les garanties légales associées au contrat de location.

S'agissant du développement et de la fourniture d'un logiciel spécifique, la jurisprudence québécoise s'attache à maintenir la qualification de contrat innommé¹⁵⁰, à la différence du droit français qui y voit un contrat d'entreprise. En effet, selon la doctrine française, il faut distinguer le cas des logiciels dits spécifiques, ce qui pourrait être le cas d'un logiciel libre et ouvert développé spécifiquement pour le licencié qui le commanderait.

Par ailleurs, lorsque l'économie générale du contrat comporte deux aspects (fourniture de matériel et adaptation d'un logiciel), les tribunaux québécois vont même parfois jusqu'à scinder la qualification de l'opération en deux avec, d'une part, un contrat de vente pour le matériel et, d'autre part, un contrat innommé pour le logiciel spécifique¹⁵¹.

Enfin, la qualification juridique est encore différente lorsque le logiciel est distribué gratuitement. Dans ce cas, le licencié n'étant tenu à aucune redevance, l'application du droit de la vente ou du louage est exclue. En droit civil québécois, il est alors possible de considérer ce type de contrat comme un prêt à usage. L'obligation de restitution, qui est à la base du contrat de prêt, perd alors de son importance puisque le logiciel est un bien immatériel pouvant être reproduit facilement¹⁵².

149. *Unicel Inc. c. Contalitec Informatique Inc.*, (1994) J.E. 94-1910 (C.Q.).

150. *Sillons Le Disquaire Inc. c. Datagil Informatique Inc.*, (1998) J.E. 98-1148 (C.Q.).

151. *Sillons Le Disquaire Inc. c. Datagil Informatique Inc.*, précité, note 150.

152. M. Clément-Fontaine, *loc. cit.*, note 40, par. 24.

En définitive, l'ensemble de ces opinions doctrinales et de cette jurisprudence non uniforme et variable démontre à quel point le contrat de licence de logiciel est difficilement identifiable à l'un des contrats nommés prévus par le *Code civil du Québec*. Pourtant, cette opération de qualification juridique n'est pas sans importance. En effet, la liberté contractuelle en l'espèce est doublement limitée : d'une part, la commune intention des parties ne doit pas permettre de faire obstacle aux règles d'ordre public prévues par un régime contractuel donné ; d'autre part, il arrive souvent que, pour déterminer cette commune intention, la qualification du contrat permette au juge de disposer des règles applicables en cas d'ambiguïté, de lacune ou de « zones d'ombre » de la licence.

La qualification de contrat innommé paraît finalement bien appropriée aux licences de logiciel. Elle est justifiée tout autant par leur objet spécifique (produit immatériel) que par le contenu des droits que le contrat confère (droit d'usage limité et non exclusif)¹⁵³, mais cette solution n'est pas fixée en jurisprudence et certains tribunaux préfèrent appliquer aux licences le droit de la vente ou du louage afin d'y introduire les garanties implicites prévues par ces régimes.

Appliquée aux logiciels libres et ouverts, la qualification juridique du contrat de licence de logiciel reste donc variable selon les circonstances propres à chaque espèce. Pourtant, cette qualification est susceptible d'influencer de manière déterminante les droits et les obligations des parties et de décider du régime de garanties légalement applicable. Le licencié doit donc être particulièrement vigilant à la qualification que pourraient revêtir les licences qu'il sera amené à conclure, afin d'anticiper, au cas par cas, les risques juridiques liés à la qualification considérée.

4.2 Les obligations des parties

L'objet des licences de logiciel est de définir dans quelles conditions et dans quelles limites le licencié peut utiliser le logiciel en question. C'est pourquoi elles contiennent généralement plus d'obligations expressément mises à la charge du licencié que d'obligations pour le donneur de licence, et ce d'autant plus s'il s'agit d'un contrat d'adhésion. Les licences de logiciels libres et ouvertes ne font pas exception à cette pratique. Elles délimitent même précisément

153. Frédérique Toubol, *Le logiciel : Analyse juridique*, (Feduci – L.G.D.J., Paris, 1986), p. 128.

les conditions dans lesquelles le licencié peut exercer les libertés qui lui sont accordées, tout en omettant de mentionner une quelconque obligation pour le donneur de licence. Par conséquent, lorsque le licencié est en mesure de négocier de gré à gré une licence libre et ouverte avec un prestataire, il est à son avantage de rééquilibrer le contrat, dans le sens d'un accroissement des obligations que la licence mettrait expressément à la charge du titulaire des droits. Si, comme c'est plus fréquemment le cas, aucune négociation n'est possible, il n'en demeure pas moins que le donneur de licence doit se conformer à certaines obligations légales.

4.2.1 Les obligations spécifiques du licencié

Ces obligations varient en fonction des licences libres et ouvertes considérées. En général, elles prennent cependant la forme particulière de « droits avec charge », c'est-à-dire d'autorisation d'accomplir un acte particulier sous réserve du respect de certaines conditions ou obligations. Ainsi, par exemple, l'article 2 de la *GPL* stipule :

You may modify your copy or copies of the Program or any portion of it [...] provided that you also meet all of these conditions :

- a) You must cause the modified files to carry prominent notices stating that you changed the files and the date of any change.
- b) You must cause any work that you distribute or publish [...] to be licensed as a whole at no charge to all third parties under the terms of this License.
- c) If the modified program normally reads commands interactively when run, you must cause it, [...] to print or display an announcement [...].

Les obligations mises à la charge du licencié sont ainsi le plus souvent des « obligations de faire » (obligations positives), mais les contrats comportent aussi des obligations expresses « de ne pas faire » (obligations négatives). Par exemple, l'article 4 de la *GPL* dispose :

you may not copy, modify, sublicense, or distribute the Program except as expressly provided under this License. Any attempt otherwise to copy, modify, sublicense or distribute the Program is void, and will automatically terminate your rights under this License. [...].

Enfin, à ces obligations particulières s'ajoute bien entendu l'obligation de payer le prix de la redevance, si la licence est consentie à titre onéreux.

L'évaluation de la rencontre de ces obligations est avant tout une question de fait dont le résultat dépend des agissements du licencié. De plus, la seule sanction contractuelle généralement prévue en cas de non-respect des termes de la licence est la fin de la concession établie par celle-ci. Dans une telle situation, le droit de la propriété intellectuelle se trouve donc à prendre le relais du droit civil québécois.

4.2.2 Les obligations légales du donneur de licence

La loi et la jurisprudence mettent à la charge du donneur de licence d'une part une obligation de délivrance du logiciel libre et ouvert, qui s'accompagne d'une obligation d'information et, d'autre part, une obligation de garantie.

Comme le rappelle la doctrine, « l'obligation essentielle d'un prestataire est la délivrance de l'objet du contrat »¹⁵⁴. Dans le cas des licences libres et ouvertes, cela signifie que le donneur de licence est tenu de mettre le logiciel à la disposition du licencié. Cette délivrance peut prendre plusieurs formes : remise d'un support physique ou remise en ligne par téléchargement.

La principale problématique relative à l'obligation de délivrance découle de la mise à disposition du code source du logiciel libre et ouvert. En principe, le licencié qui accepte les termes d'une licence libre et ouverte peut légitimement s'attendre à obtenir communication de ce code. D'ailleurs, les licences libres copyleftées obligent le licencié à le fournir s'il redistribue lui-même le logiciel. Toutefois, cette obligation le rend responsable envers son propre donneur de licence et non envers ses licenciés¹⁵⁵. En raison de la nature des licences libres et ouvertes, l'on peut considérer que la remise du code source constitue l'une des obligations essentielles à la charge du donneur de licence, obligation en l'absence de laquelle les engagements contractuels perdraient tout leur sens. Si le licencié n'obtient pas ce code, il peut alors engager la responsabilité contractuelle du donneur de licence, le code étant nécessaire à l'exercice des droits qui lui sont conférés par la licence. À l'inverse, le code binaire perd, lui, de son importance. Il n'est pas essentiel puisqu'il ne permet pas de modifier le logiciel, sachant qu'en tout état de cause il peut toujours être obtenu par compilation. En définitive, il est possible de

154. M. Vivant et al., *op. cit.*, note 146, n° 1282, p. 734.

155. Free Software Foundation, *loc. cit.*, note 12, préambule, source : <<http://www.gnu.org/licenses/gpl.html>>.

considérer que l'objet des contrats de licences libres et ouvertes soit précisément la délivrance du logiciel sous la forme de code source. En ce sens, l'obligation de délivrance demeurerait inexécutée tant que celui-ci n'est pas mis à disposition.

L'obligation de délivrance peut également être interprétée de façon à inclure la documentation du logiciel à titre d'accessoire. C'est, entre autres, la solution qu'ont retenue les tribunaux français en matière de licences propriétaires¹⁵⁶. Il est loin d'être certain que ce principe puisse être appliqué aux licences libres et ouvertes puisqu'il s'oppose à l'esprit de ces conventions. En effet, la documentation et le programme informatique y sont perçus comme des éléments autonomes. Alors que le licencié d'un logiciel propriétaire s'attend à ce que la documentation soit jointe à celui-ci, le licencié d'un logiciel libre et ouvert s'attend plutôt à trouver cette documentation au sein de la communauté qui gravite autour du logiciel. L'étendue de l'obligation de délivrance étant soumise à la volonté des parties, la documentation devrait donc en être exclue en matière de logiciels libres et ouverts. En outre, l'obligation de délivrance doit être interprétée en tenant compte de la *Loi sur le droit d'auteur*. Or, celle-ci définit les programmes d'ordinateur en faisant référence à un ensemble d'instructions destinées à être utilisées dans un ordinateur¹⁵⁷. La documentation, le matériel didactique et les schémas structurels peuvent difficilement être inclus dans cette définition. Par contre, ces éléments peuvent être protégés en soi, par un droit d'auteur autonome, et devraient alors faire l'objet d'un contrat indépendant. De plus, bien que certains auteurs définissent la notion de code source de façon à y inclure les commentaires nécessaires à sa compréhension¹⁵⁸, les licences libres et ouvertes font uniquement référence au programme informatique. Il ne serait donc pas possible de tenir un donneur de licence responsable pour le manque de commentaires à l'intérieur du code source.

La seconde obligation essentielle à la charge du donneur de licence vise l'information qu'il doit fournir au licencié. En effet, le droit civil fait parfois reposer une obligation minimale de renseignement sur les épaules du cocontractant qui détient des informations

156. Philippe Le Tourneau, *Théorie et pratique des contrats informatiques* (Éditions Dalloz, Paris, 2000), p. 97.

157. *Loi sur le droit d'auteur*, précitée, note 3, art. 2.

158. Hervé Croze, Franck Saunier, *Logiciels : retour aux sources* (JCP éd. Générale, Paris, 1996, doctrine 3909, s. 7) p. 94.

dont la connaissance peut être utile à l'autre partie¹⁵⁹. Dans le cadre des contrats informatiques, la jurisprudence et la doctrine estiment généralement qu'une assez lourde obligation de renseignement, d'information et de conseil pèse sur le prestataire. En matière de logiciels libres et ouverts, les renseignements que le donneur de licence doit donner au licencié sont essentiellement relatifs aux conditions et aux risques¹⁶⁰ liés à l'utilisation du logiciel (le matériel préalablement requis au bon fonctionnement du logiciel ou les principaux bogues). De même, tant que la première version officielle d'un logiciel n'est pas opérationnelle, il paraît important que le donneur de licence mentionne clairement qu'il s'agit d'une version préliminaire (ou bêta). En cas de manquement à cette obligation de renseignement, le donneur de licence pourrait être condamné à réparer les dommages qu'il a causés, et ce d'autant plus si la licence libre et ouverte a été conclue à titre onéreux.

Le donneur de licence peut également être tenu de garantir le logiciel qu'il distribue. Ces garanties peuvent être expresses, ce qui est très rare dans le cas des licences libres et ouvertes. En revanche, il peut toujours conserver à sa charge des obligations implicites de garantie d'origine légale.

Lorsque les développeurs font la promotion des caractéristiques et des fonctions de leur logiciel, il est possible que les tribunaux considèrent que leurs déclarations constituent des obligations de garantie (garanties expresses). Aussi, le donneur de licence qui désire éviter d'engager sa responsabilité civile doit agir prudemment quant à la façon dont il présente le logiciel libre et ouvert au licencié, car ses déclarations pourraient être interprétées comme des engagements. Par exemple, ce pourrait être le cas s'il prétend que le logiciel est compatible avec un standard reconnu. Pour bénéficier de ces garanties, le licencié devra prouver que les déclarations en question sont entrées dans le champ contractuel et ont par conséquent une force contraignante pour le cocontractant. Compte tenu des circonstances, le fardeau de cette preuve peut s'avérer difficile à surmonter. Toutefois, certaines législations allègent la charge du licencié en élargissant l'étendue de l'entente entre les parties. La *Loi sur la protection du consommateur* du Québec contient de telles dispositions¹⁶¹.

159. Claude Lucas De Leyssac, « L'obligation de renseignements dans les contrats », *coll. L'information en droit privé* (LGDJ, Paris, 1978), p. 305.

160. M. Vivant et al., *op. cit.*, note 146, n° 924, p. 556.

161. *Loi sur la protection du consommateur*, précitée, note 85, art. 41.

Les obligations contractuelles à la charge des donneurs de licences ne sont pas les seuls éléments susceptibles d'être invoqués par le licencié au soutien de l'action en responsabilité contractuelle qu'il pourrait engager en cas de dommage. Dans bien des cas, celui-ci bénéficie également d'une ou plusieurs garanties implicites d'origine légale. Celles-ci sont insérées automatiquement par la loi au sein du champ contractuel afin de rétablir l'équilibre des obligations entre les parties.

Ces garanties sont propres à chaque régime juridique et varient donc en fonction de la qualification donnée au contrat. Parmi les multiples garanties implicites existantes, trois d'entre elles sont susceptibles d'être appliquées aux contrats de licences libres et ouvertes.

La garantie contre l'éviction est la première. Elle a valeur de principe général et trouve application dans le cadre du contrat de vente¹⁶² et du contrat de location¹⁶³. Concrètement, elle assure au licencié que son utilisation du logiciel ne sera perturbée, ni en fait, ni en droit, par son cocontractant ou par des tiers. Cela garantit au licencié que le donneur de licence n'aurait pas accordé un droit déjà cédé. Elle l'empêche donc de revenir sur l'objet de la licence ou de priver le licencié de l'utilisation du logiciel tant que celui-ci n'a pas excédé les droits qu'il tenait de lui¹⁶⁴. C'est également la garantie que le donneur de licence devra répondre de toute action en contrefaçon que pourraient intenter des tiers à l'égard du licencié.

Cette garantie est par nature particulièrement protectrice pour le licencié. Son application la plus courante en matière de logiciels a trait aux troubles de droit provenant de tiers. En effet, un risque existe que l'utilisation d'un logiciel libre et ouvert se fasse en violation des droits de propriété intellectuelle d'un tiers, et cela même malgré l'ignorance des développeurs du logiciel. Néanmoins, les conséquences découlant d'une telle situation sont réduites par la garantie légale contre l'éviction qui permet au licencié, dans la mesure où ce trouble dans la jouissance du logiciel libre et ouvert lui cause un dommage, de réclamer des dommages-intérêts ou d'appeler en garantie le donneur de licence¹⁶⁵.

162. *Code civil du Québec*, précité, note 65, art. 1723 et s.

163. *Code civil du Québec*, précité, note 65, art. 1858.

164. M. Clément-Fontaine, *op. cit.*, note 40, par. 24.

165. Stephen M. McJohn, « The Paradoxes of Free Software », (2000) 9 *Geo. Mason L. Rev.* 25, 35.

En tout état de cause, en cas de trouble dans la jouissance du licencié, la doctrine française considère que « le problème ne saurait se poser » dès lors que :

l'utilisateur légitime d'un logiciel tire de la loi elle-même le droit d'accomplir des actes qui devraient normalement donner prise au droit exclusif. Or, le Client qui a obtenu la mise à disposition d'un logiciel de la part d'un cocontractant qu'il pense être titulaire des droits doit, semble-t-il, être regardé comme utilisateur légitime. Cela devrait suffire à le mettre à l'abri d'une revendication visant à le priver du droit d'user du logiciel.¹⁶⁶

Le licencié qui est un utilisateur légitime semble donc relativement bien protégé par la garantie d'éviction, tant et aussi longtemps que le donneur de licence est solvable et contraignable.

Le droit québécois prévoit un deuxième mécanisme de garantie implicite : la garantie contre les vices cachés. Elle s'applique essentiellement aux contrats de vente¹⁶⁷ et de louage¹⁶⁸. Elle peut aussi trouver à s'appliquer dans le cadre des contrats de prêt, mais uniquement lorsque le prêteur connaissait le vice affectant la chose prêtée. Cette garantie protège le licencié lorsqu'un vice affecte le logiciel et le rend impropre à l'usage auquel il est destiné. Plusieurs conditions président à la mise en œuvre de cette garantie. Tout d'abord, le vice doit être inhérent à la chose qui est l'objet du contrat et antérieur à la conclusion de celui-ci¹⁶⁹. Ce vice doit être caché, c'est-à-dire qu'il ne doit pas être apparent au moment de la délivrance et qu'il ne doit pas être connu du licencié au moment où celui-ci accepte les termes de la licence. À ce propos, le *Code civil du Québec* définit le mot « apparent » comme « ce qui peut être constaté par un acheteur prudent et diligent sans avoir besoin de recourir à un expert »¹⁷⁰. Ainsi, l'examen du logiciel délivré au licencié devra avoir été raisonnable selon les circonstances¹⁷¹, ce que les juges apprécieront à l'aide de facteurs tels que la compétence technique du licencié, la nature du

166. A. Lucas, J. Devèze, J. Frayssinet, « Droit de l'informatique et de l'internet », PUF, coll. *Thémis Droit privé*, n° 760.

167. *Code civil du Québec*, précité, note 65, art. 1726 et s.

168. *Code civil du Québec*, précité, note 65, art. 1854.

169. Denys-Claude Lamontagne, *Droit de la vente* (Cowansville, Éditions Yvon Blais, 1995), p. 97.

170. *Code civil du Québec*, précité, note 65, art. 1726, al. 2.

171. La jurisprudence semble poser comme critères un examen sérieux et attentif, quoique pouvant avoir été fait rapidement et de façon non approfondie, voir *Trottier c. Robitaille*, (1994) J.E. 94-1591 (C.A.).

logiciel, ainsi que les affirmations, éventuellement trompeuses, qui auraient pu être faites avant la vente elle-même. De plus, ce vice doit rendre la chose impropre à l'usage auquel elle est destinée ou diminuer tellement cet usage que le licencié n'aurait pas contracté ou aurait payé un prix inférieur. En matière de logiciel, un tel vice correspond donc à un défaut majeur. Il peut s'agir, par exemple, d'une anomalie relative à une fonctionnalité essentielle d'un logiciel empêchant celui-ci de fonctionner normalement. L'appréciation du vice se fait *in abstracto*, c'est-à-dire selon un test objectif, prenant en compte le fonctionnement normal d'un logiciel, les inconvénients que représente le défaut pour le licencié et le coût potentiel de réparation engendré¹⁷². La défektivité en cause peut donc être purement fonctionnelle et le simple mauvais fonctionnement d'un logiciel libre et ouvert pourrait donc être qualifié de vice caché au sens du *Code civil du Québec*¹⁷³.

Dans le cas où une application de la garantie est acquise, elle est due par tout donneur de licence, et non seulement, comme c'est le cas dans plusieurs juridictions de common law¹⁷⁴, par les seuls professionnels. Ceci dit, en cas d'application du régime de la vente, si le donneur de licence est effectivement un professionnel, le défaut sera présumé avoir existé au moment de la conclusion du contrat¹⁷⁵. En outre, il convient de préciser que la garantie contre les vices cachés est due tout aussi bien par le développeur, le distributeur, le fournisseur ou l'importateur du logiciel libre et ouvert¹⁷⁶.

La troisième et dernière garantie implicite qui est susceptible de s'appliquer à la fourniture d'un logiciel libre et ouvert est la garantie de conformité. En droit civil, cette garantie est depuis longtemps considérée comme une composante de l'obligation de délivrance¹⁷⁷, sans qu'un texte ne la prévoie expressément. La garantie de conformité oblige le donneur de licence à fournir un logiciel libre et ouvert conforme aux spécifications, aux besoins et aux objectifs particuliers du licencié, à condition que ces éléments soient entrés

172. *Averback c. Meunier*, (1992) J.E. 92-941 (C.S.) ; *Pominville c. Demers*, [1990] R.D.I. 97 (C.Q.) ; *Eldon Industries Inc. c. Eddy Metal Products Co.*, (1990) J.E. 90-822 (C.A.).

173. La défektivité n'a pas à être un bris matériel, voir *Bosa-Chatigny c. Roberge*, [1990] R.L. 1 (C.A.).

174. Voir, par exemple, *Sale of Goods Act*, R.S.O. 1990, c. S.1, art. 15, qui utilise le concept de « merchant sellers ».

175. *Code civil du Québec*, précité, note 65, art. 1729.

176. *Code civil du Québec*, précité, note 65, art. 1730.

177. F. Toubol, *op. cit.*, note 153, p. 131.

dans le champ contractuel. Compte tenu de cette dernière condition, le recours à la garantie de conformité est assez limité pour les logiciels libres et ouverts, dès lors que la licence possède les caractéristiques d'un contrat d'adhésion. En revanche, son application est envisageable lorsque la licence est négociée ou lorsque la fourniture du logiciel libre et ouvert fait partie d'un ensemble contractuel plus large au sein duquel des spécifications ont été exprimées par le licencié ou, encore, lorsqu'il s'agit du développement sur commande d'un logiciel libre et ouvert spécifique.

Dans la mesure où ces garanties implicites d'origine légale peuvent faire partie intégrante des contrats de licences libres et ouvertes, sous réserve de la qualification juridique qui leur sera octroyée par les tribunaux, le droit québécois oblige les développeurs à concevoir des logiciels possédant des qualités minimales. C'est précisément dans le but de se soustraire à ces garanties que des clauses d'exclusion de responsabilité sont systématiquement incluses dans les contrats de licences libres et ouvertes.

4.3 Les clauses d'exclusion de responsabilité

Les garanties implicites constituent le principal risque de responsabilité contractuelle pour les donneurs de licences libres et ouvertes. C'est pourquoi ils tentent d'éviter leur application en ayant recours à des clauses évasives de responsabilité insérées en caractères apparents dans les contrats. Il s'agit là du principal point commun de toutes les licences libres et ouvertes¹⁷⁸.

Ainsi, par exemple, la licence *BSD* contient la clause suivante :

This software is provided by the author "as is" and any express or implied warranties, including, but not limited to, the implied warranties of merchantability and fitness for a particular purpose are disclaimed. In no event shall the author be liable for any direct, indirect, incidental, special, exemplary, or consequential damages (including, but not limited to, procurement of substitute goods or services ; loss of use, data, or profits ; or business interruption) however caused and on any theory of liability, whether in contract, strict liability, or tort (including

178. Bruce Perens, « The Open Source Definition », dans Dibona, Ockman et Stone (dir.), *Open Sources : Voices from the Open Source Revolution*, O'Reilly, 1999, source : <<http://www.oreilly.com/catalog/opensources/book/raymond.html>>.

negligence or otherwise) arising in any way out of the use of this software, even if advised of the possibility of such damage.¹⁷⁹

De la même façon, la *GPL* stipule à son article 11 :

No warranty. Because the program is licensed free of charge, there is no warranty for the program, to the extent permitted by applicable law. Except when otherwise stated in writing the copyright holders and/or the other parties provide the program « as is » without warranty of any kind, either expressed or implied, including, but not limited to, the implied warranties of merchantability and fitness for a particular purpose. The entire risk as to the quality and performance of the program is with you. Should the program prove defective, you assume the cost of all necessary servicing, repair or correction.

Cependant, le droit québécois ne permet pas toujours aux parties contractantes d'exclure entièrement leur responsabilité civile. De surcroît, lorsque les clauses d'exclusion sont autorisées, les tribunaux se réservent généralement le droit d'en limiter la portée en tenant compte des circonstances. Par conséquent, les clauses évasives de responsabilité incluses dans les licences libres et ouvertes ne sont pas toujours opposables et peuvent parfois être privées de leurs effets.

En droit civil québécois, la validité des clauses limitatives ou évasives de responsabilité dépend de la qualification donnée au contrat. Le régime de la vente est le seul à interdire les clauses de non-garantie dans certaines circonstances, particulièrement lorsque le vendeur est un professionnel¹⁸⁰. À l'inverse, elles sont généralement permises en matière de louage. En ce qui concerne les garanties contre l'éviction, elles empêchent le licencié de réclamer des dommages et intérêts mais son droit à la résiliation de la licence ou à la diminution du prix n'est pas affecté¹⁸¹. En matière de vices cachés, rien n'interdit aux parties de faire peser la totalité des risques sur les épaules du licencié. Ce dernier principe vaut également en matière de prêt, dans la mesure où la garantie contre les vices cachés peut y être appliquée.

Toutefois, l'exclusion de responsabilité sera toujours inopérante lorsque le donneur de licence a commis une faute lourde ou

179. Open Source Initiative, *loc. cit.*, note 26.

180. E. Mackaay, *loc. cit.*, note 145, 415.

181. Marcel Planiol, Georges Ripert, *Traité élémentaire de droit civil*, t. 2, 10^e éd. (L.G.D.J., Paris, 1926), n^o 525.

intentionnelle¹⁸². La bonne foi et l'absence d'intention de nuire du donneur de licence est donc un élément déterminant lors de l'évaluation de la validité des clauses évasives de responsabilité.

Au Québec, les clauses de non-garantie peuvent aussi être inefficaces quant à certains types de dommages. Ainsi, le *Code civil du Québec* interdit d'« exclure ou limiter sa responsabilité pour le préjudice corporel ou moral causé à autrui »¹⁸³. L'exclusion demeure tout de même utile dans ces circonstances puisqu'elle équivaut à la dénonciation d'un danger, ce qui peut mener à la réduction de la responsabilité du donneur de licence.

Il est également possible que l'une de ces clauses soit déclarée inopérante dans le cadre d'une situation particulière. En effet, les tribunaux ont tendance à les interpréter de façon restrictive et se réservent généralement le privilège d'en atténuer les effets¹⁸⁴. Plusieurs éléments sont susceptibles d'être pris en considération lors de la prise d'une telle décision :

- le pouvoir de marchandage des parties ;
- les options disponibles ;
- les avantages accordés en contrepartie de la clause ;
- la possibilité d'obtenir une entente sans clause similaire avec une autre personne ;
- la connaissance de l'existence de la clause¹⁸⁵.

Lorsqu'un logiciel libre et ouvert est impliqué, quelques éléments jouent en faveur de l'intervention judiciaire. Premièrement, il est évident que le pouvoir de marchandage y est monopolisé par le donneur de licence. À ce propos, la simple qualification de contrat d'adhésion peut parfois suffire à faire tomber l'exclusion de responsabilité¹⁸⁶. Deuxièmement, il est important de considérer que toutes les licences de logiciel, qu'elles soient libres et ouvertes ou propriétai-

182. Jean-Louis Baudouin, Pierre-Gabriel Jobin, *Les obligations*, 5^e éd. (Cowansville, Éditions Yvon Blais, 1998, n^o 872), p. 707.

183. *Code civil du Québec*, précité, note 65, art. 1474.

184. M. Vivant et al., *op. cit.*, note 146, n^o 1129, p. 662.

185. David Slee, « Liability for Information Provision », (1992) 3 *The Law Librarian* 155, 157.

186. *Code civil du Québec*, précité, note 65, art. 1437.

res, contiennent des clauses similaires. En ce sens, le licencié n'a souvent d'autre choix que d'accepter de se soumettre à ce régime. Troisièmement, lorsque le logiciel est exploité commercialement, l'absence de protection contractuelle risque d'être injustifiée en raison du montant payé. Quatrièmement, les licences libres et ouvertes qui tentent d'exclure d'emblée toute forme de responsabilité civile par le biais d'une clause unique peuvent être défavorisées. En effet, cette technique pourrait être considérée comme abusive puisqu'il est possible d'utiliser des clauses spécifiques pour chaque risque envisagé¹⁸⁷.

À l'inverse, plusieurs arguments peuvent être apportés à l'appui des clauses d'exclusion de responsabilité des licences libres et ouvertes. Tout d'abord, il existe une alternative à l'acceptation des risques puisque le licencié possède toujours l'option de s'assurer ou de contracter avec un fournisseur de service garantissant la solution informatique qu'il met en place. Ensuite, il est essentiel de prendre en compte la quantité de droits concédés par les développeurs de logiciels libres et ouverts en échange de cette exonération. Le licencié se voyant accorder l'autorisation de copier, de modifier et de redistribuer le logiciel, l'équilibre contractuel semble respecté. De plus, la clause d'exclusion étant toujours mise en évidence et rédigée en termes clairs, le licencié peut difficilement prétendre qu'il n'en avait pas connaissance au moment où il a accepté les termes de la licence. Finalement, il faut considérer le fait que les donneurs de licence font, le plus souvent, don de leur temps et de leurs connaissances. Dans l'hypothèse où leur responsabilité contractuelle est exclue, un très grand nombre de personnes ont les moyens de s'impliquer dans le développement des logiciels libres et ouverts et leur coût de production peut demeurer bas¹⁸⁸.

Dans l'ensemble, il semble que la balance des probabilités penche en faveur de la validité des clauses de non-garantie des logiciels libres et ouverts gratuits. En ce qui concerne les logiciels libres et ouverts distribués contre une rémunération, la solution sera probablement différente pour chaque cas d'espèce, compte tenu des circonstances particulières et du montant payé par le licencié.

187. D. Slee, *loc. cit.*, note 185, 158.

188. Robert W. Gomulkiewicz, « How Copyleft Uses License Rights to Succeed in the Open Source Software Revolution and the Implications for Article 2b », (1999) 36 *Hous. L. Rev.* 179, 192.

4.4 La protection du consommateur

En plus du droit commun des contrats, le droit québécois dispose d'une loi visant spécifiquement à protéger les consommateurs : la *Loi sur la protection du consommateur*¹⁸⁹. Cette législation peut avoir des effets importants sur les contrats qui y sont soumis. Or, son application aux licences libres et ouvertes pose tout d'abord le problème de la qualification des parties. Il convient en effet de déterminer si le licencié correspond à la définition qui est donnée du consommateur et si le donneur de licence peut être considéré comme un commerçant.

De façon générale, le licencié pourra invoquer la loi s'il est un particulier et que le contrat de licence n'a pas de rapport direct avec l'activité professionnelle qu'il exerce. En effet, la loi précise qu'un consommateur est « une personne physique, sauf un commerçant qui se procure un bien ou un service pour les fins de son commerce »¹⁹⁰. Cette définition exclut donc d'emblée l'administration publique du champ d'application de la *Loi sur la protection du consommateur*. De même, dans le cas où un fonctionnaire, personne physique, contracterait une licence libre et ouverte dans le cadre de son emploi, le lien direct existant entre ce contrat et son activité professionnelle le priverait de cette protection.

Dans le contexte particulier des logiciels libres et ouverts, la qualification du donneur de licence en tant que commerçant doit aussi être évaluée. En effet, une grande partie des développeurs de logiciels libres et ouverts ne sont manifestement pas des commerçants puisqu'en ayant recours aux licences libres et ouvertes, ils n'accomplissent pas des actes de commerce dans le cadre de leur profession. Ces derniers, bien que fréquemment professionnels de l'informatique, agissent le plus souvent sans but lucratif et en dehors du cadre de leur activité principale. *A priori*, la *Loi sur la protection du consommateur* ne devrait donc pas leur être appliquée. En revanche, les entreprises dont le modèle économique est fondé sur la distribution de logiciels libres et ouverts peuvent certainement être considérées comme des commerçants, ce qui a pour conséquence de les assujettir à cette loi.

Si l'application de la loi est acquise, le droit de la consommation vient alors protéger le licencié. Cette protection est particulièrement

189. *Loi sur la protection du consommateur*, précitée, note 83.

190. *Loi sur la protection du consommateur*, précitée, note 83, art. 1.

utile en matière de clauses abusives¹⁹¹. Ainsi, son article 8 précise que :

le consommateur peut demander la nullité du contrat ou la réduction des obligations qui en découlent lorsque la disproportion entre les prestations respectives des parties est tellement considérable qu'elle équivaut à de l'exploitation du consommateur, ou que l'obligation du consommateur est excessive, abusive ou exorbitante.

Cette disposition pourrait éventuellement être appliquée par un tribunal au regard d'une clause exonératoire de responsabilité stipulée par une licence libre ou ouverte. Ce pourrait également être le cas si des obligations particulièrement contraignantes étaient mises à la charge du licencié en vertu d'une licence spécifique.

Parmi les autres moyens de protection accordés par la loi, se trouvent notamment des garanties supplémentaires et des dispositions visant à renforcer les garanties existantes. Ces protections additionnelles équivalent au régime de la garantie de qualité loyale et marchande de la common law¹⁹². Ainsi, tant que la *Loi sur la protection du consommateur* trouve application, un donneur de licence ne pourrait jamais s'exonérer de la garantie contre les vices cachés (art. 53), ni de la garantie d'éviction de son fait personnel (art. 10). Il doit également garantir que le bien est libéré « de tout droit appartenant à un tiers » (art. 36), ce qui correspond à la garantie d'éviction du fait de tiers. La loi prévoit également expressément une garantie de conformité du bien à sa description et à la publicité qui en est faite (art. 40 et 41). Par ailleurs, elle précise que toute déclaration écrite ou verbale et toute garantie écrite au sujet du logiciel constitue une garantie expresse qui lierait le donneur de licence (art. 42 et 43). Ces dispositions étant toutes d'ordre public, les clauses exonératoires ne suffisent pas à les exclure. Aussi, dans l'hypothèse où la *Loi sur la protection du consommateur* s'applique à une licence libre et ouverte spécifique, la responsabilité civile du donneur de licence se trouverait grandement accrue et, corrélativement, la protection du licencié serait fortement renforcée.

A priori, il semble que cette loi devrait à tout le moins protéger les licenciés ayant payé pour obtenir un logiciel libre et ouvert. Cela

191. Pierre-Emmanuel Moysse, Vincent Gautrais, « Droit des auteurs et droit de la consommation dans le cyberspace : la relation auteur/utilisateur », (1996) *Léger Robic Richard*, source : <<http://www.robic.ca/publications/Pdf/070-PEM.pdf>>.

192. *Loi sur la protection du consommateur*, précitée, note 83, art. 37 et 38.

ne pose aucune difficulté dans la mesure où ces conventions sont qualifiées de vente ou de louage puisqu'il s'agit du champ d'application traditionnel de cette législation. Par contre, si elles sont considérées en tant que contrats innommés, il n'est pas certain que le consommateur puisse en bénéficier. Il est fort probable que les tribunaux rectifient cette situation en considérant tout de même ces contrats de licence comme des contrats de consommation. Ceci s'explique par l'interprétation large et libérale que doit recevoir la *Loi sur la protection du consommateur* qui a « vocation à englober tous les contrats que le consommateur conclut dans le marché de masse »¹⁹³.

Il est peu plausible que les logiciels libres et ouverts gratuits reçoivent le même traitement. Dans l'hypothèse où leurs licences sont perçues comme des prêts, celles-ci devraient être automatiquement exclues du régime de la protection des consommateurs, qui cible particulièrement les contrats de vente et de louage. D'autre part, l'objectif de cette loi est de protéger les intérêts économiques d'une partie faible, le consommateur, face à ceux d'une partie forte, le commerçant. Il serait paradoxal qu'elle trouve application dans une situation où le consommateur se voit accorder de nombreux droits par un commerçant renonçant à toute compensation.

193. Vincent Gautrais, Ejan Mackaay, « Les contrats informatiques », dans Denys-Claude Lamontagne, *Contrats spéciaux* (Cowansville, Éditions Yvon Blais, 2001), p. 279.