

RESEARCH OUTPUTS / RÉSULTATS DE RECHERCHE

Logiciels libres et droit d'auteur

De Patoul, Fabrice

Published in:

Les logiciels libres face au droit

Publication date:

2005

Document Version

le PDF de l'éditeur

[Link to publication](#)

Citation for pulished version (HARVARD):

De Patoul, F 2005, Logiciels libres et droit d'auteur: les droits moraux et les règles contractuelles. Dans *Les logiciels libres face au droit*. Cahiers du CRID, Numéro 25, Académia Bruylant, Bruxelles, p. 91-135.

General rights

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

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

Take down policy

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

PARTIE III

LOGICIELS LIBRES ET DROIT D'AUTEUR : LES DROITS MORAUX ET LES RÈGLES CONTRACTUELLES

Fabrice DE PATOUL

INTRODUCTION

157. La présente contribution abordera deux questions distinctes. Le premier chapitre examinera le sort des droits moraux en matière de logiciels libres (Chapitre 1). Le second chapitre analysera les règles contractuelles en matière de droit d'auteur dans le cadre des licences de logiciels libres (Chapitre 2).

La protection par le droit d'auteur des programmes d'ordinateurs octroie au développeur d'un logiciel des prérogatives patrimoniales et des prérogatives d'ordre moral. Les droits moraux ne font généralement pas l'objet de dispositions spécifiques dans les licences de logiciels libres. Cette situation s'explique notamment par l'influence du droit américain dans la rédaction des licences qui ne reconnaît aucun droit moral en matière de programmes d'ordinateurs. Chaque droit moral sera analysé individuellement et mis en perspective avec les licences de logiciel libre. Enfin, une dernière section abordera les limites des droits moraux à savoir la possibilité d'y renoncer ou de les exercer abusivement.

Les droits d'auteur peuvent faire l'objet d'une exploitation et de dispositions contractuelles. La législation belge sur le droit d'auteur établit des règles générales applicables à tous les contrats de licences ou de cession de droit d'auteur. Il conviendra d'envisager leur application aux licences des logiciels libres.

L'analyse se veut systématique. Il sera d'abord rappelé le cadre légal général du droit d'auteur, ensuite les dispositions spécifiques relatives aux programmes d'ordinateur pour enfin envisager leur application en matière de logiciel libre. Enfin, certaines licences seront étudiées de manière pragmatique.

CHAPITRE 1 : LE LOGICIEL LIBRE ET LES DROITS MORAUX

Section 1 : Considérations générales

§ 1. Les droits moraux

158. Les droits moraux protègent la personnalité de l’auteur dans son rapport à l’œuvre. Les droits moraux pourront être invoqués par l’auteur pour autant que l’atteinte en question ait un lien direct ou indirect avec son œuvre. Ainsi, une simple atteinte au nom de l’auteur sans rapport avec une de ses œuvres ne constitue pas une atteinte à son droit de paternité²⁴².

La loi belge générale sur le droit d’auteur (ci-après « LDA »)²⁴³ consacre trois prérogatives morales. Il s’agit des droits de divulgation, de paternité et d’intégrité (article 1^{er}, § 2 LDA).

Les droits moraux sont réputés inaliénables (article 1^{er}, § 2, al. 1^{er} LDA). La loi ajoute que la renonciation globale à l’exercice futur des droits moraux est nulle. Elle autorise *a contrario* les renoncements qui ne présentent pas ces deux caractéristiques. Les droits moraux peuvent également être exercés de manière abusive. Ce détournement de l’exercice du droit moral pourra ainsi être sanctionné par l’application de la théorie de l’abus de droit.

En l’absence de disposition spécifique, la doctrine belge s’accorde à dire que la durée des droits moraux est identique à celle des droits patrimoniaux²⁴⁴. La durée des droits moraux est dès lors de septante ans après le décès de l’auteur (article 2, al. 1^{er} LDA).

²⁴² En revanche, l’auteur pourra éventuellement trouver une base légale grâce à ses droits de la personnalité. A. & H. J. LUCAS, *Traité de la propriété littéraire et artistique*, Paris, Litec, 2001, p. 303, n° 367 et s.

²⁴³ Loi du 30 juin 1994 relative au droit d’auteur et aux droits voisins, *M.B.*, 27 juillet 1994, p.19297-19314.

²⁴⁴ A. BERENBOOM, *Le nouveau droit d’auteur*, Bruxelles, Larcier, 1997, p. 238, n° 183 ; F. DE VISSCHER, B. MICHAUX, *Précis du droit d’auteur et des droits voisins*, Bruxelles, Bruylant, 2000, p. 147, n° 182 ; A. STROWEL, E. DERCLAYE, *Droit d’auteur et numérique : logiciels, bases de données, multimédia - Droit belge, européen et comparé*, Bruxelles, Bruylant, 2001, p. 88, n° 90. Pour mémoire, en France, le droit moral est considéré comme perpétuel.

La loi sur les programmes d'ordinateur (LPO) prévoit un régime particulier de droits moraux en faveur des développeurs de logiciels qu'il convient d'examiner.

§ 2. *Les droit moraux et les logiciels*

159. La loi sur les programmes d'ordinateur précise que « *le droit moral se règle conformément à l'article 6bis, 1. de la Convention de Berne* » (article 4 LPO)²⁴⁵. Le législateur belge a suivi la logique de la directive du 14 mai 1991 concernant la protection juridique des programmes d'ordinateur qui laissait aux Etats membres le soin de réglementer la matière des droits moraux, tout en imposant le respect de la Convention de Berne²⁴⁶.

Le texte de la Convention de Berne dispose qu' « *indépendamment des droits patrimoniaux d'auteur, et même après la cession desdits droits, l'auteur conserve pendant toute sa vie le droit de revendiquer la paternité de l'oeuvre et de s'opposer à toute déformation, mutilation ou autre modification de cette oeuvre ou à toute autre atteinte à la même oeuvre, préjudiciables à son honneur ou à sa réputation* » (article 6bis).

La Convention de Berne reconnaît uniquement deux droits moraux aux créateurs de programmes d'ordinateur : d'une part, celui de revendiquer la paternité de leur oeuvre, d'autre part, celui de s'opposer à toute atteinte à leur oeuvre préjudiciable à leur honneur et à leur réputation (droit à l'intégrité).

Le renvoi partiel à la Convention de Berne pose des difficultés par rapport à la situation des développeurs de logiciels, dans la mesure où il est par ailleurs admis que les questions non traitées par la loi spécifique sont soumises à la loi

²⁴⁵ Loi du 30 juin 1994 transposant la directive européenne du 14 mai 1991 sur la protection juridique des programmes d'ordinateur, *M.B.*, 27 juillet 1994, p. 19315-19317. Le législateur a préféré le terme « programme d'ordinateur » à celui de « logiciel ». Cette dernière notion est habituellement plus large dans la mesure où elle couvre le matériel de conception préparatoire et la documentation d'utilisation. S. DUSOLLIER, « La protection des programmes d'ordinateur », *Rép. Not.*, à paraître.

²⁴⁶ Directive 91/250/CEE du Conseil, du 14 mai 1991, concernant la protection juridique des programmes d'ordinateur, *J.O.C.E.*, n° L 122 du 17/05/1991 p. 0042 – 0046. Comme le souligne A. PUTTEMANS, les droits moraux sont « *un aspect toujours délicat des systèmes de droit d'auteur latino-germanique, d'une part, et du copyright anglo-saxon, de l'autre. Les Etats membres étaient donc libres de régir le droit moral comme ils l'entendaient, à la seule condition de ne pas manquer aux règles de la Convention de Berne* » (A. PUTTEMANS, « Au bout du droit d'auteur : la nouvelle protection juridique des programmes d'ordinateur », *R.D.C.*, 1995, p. 775).

sur le droit d'auteur²⁴⁷. On peut dès lors s'interroger sur l'existence ou non d'un droit de divulgation, consacré par la loi sur le droit d'auteur, mais pas mentionné dans la Convention de Berne.

La portée du droit à l'intégrité est également incertaine, car la solution minimaliste de la Convention de Berne est contredite par la loi sur le droit d'auteur qui reconnaît un droit absolu à l'intégrité de l'œuvre.

Les réponses à ces questions nécessitent de trouver l'articulation correcte entre trois textes : la loi générale sur le droit d'auteur, la loi spécifique sur la protection juridique des programmes d'ordinateurs et la Convention de Berne. L'étude de chacun des droits moraux nous donnera l'occasion d'analyser ces interactions.

§ 3. *Les droits moraux et les logiciels libres*

160. Les droits moraux revêtent un intérêt particulier dans le domaine des logiciels libres. Selon le modèle libre, l'auteur accorde à l'utilisateur des droits patrimoniaux extrêmement larges. En règle générale, l'utilisateur dispose du droit d'utiliser, reproduire, distribuer et modifier le logiciel.

L'auteur invoquera ses droits économiques uniquement dans la mesure où le preneur de licence ne respecte pas les termes de celle-ci. La marge de manœuvre de l'auteur se limitera donc à contrôler si la distribution et l'exploitation du logiciel est conforme au prescrit de la licence.

Si le développeur concède une licence sur l'ensemble de ses droits patrimoniaux, il conserve néanmoins l'intégralité de ses droits moraux. L'auteur d'un logiciel ou d'une partie de logiciel libre garde en effet le droit d'agir sur base de ses prérogatives morales.

A première vue, le régime des droits moraux semble mal s'accommoder avec les licences de logiciels libres qui permettent la libre modification du code du logiciel. Ainsi, ces licences ne prennent *a priori* pas en compte le droit à l'intégrité du développeur.

En revanche, elles accordent une place significative au droit de paternité. Les licences libres accordent une importance particulière à la mention du nom de l'auteur lors de chaque modification apportée au programme. Il est clair qu'un

²⁴⁷ F. BRISON, J.-P. TRIAILLE, « La nouvelle loi sur la protection des programmes d'ordinateur dans le sillage de la loi sur le droit d'auteur », *J. T.*, 1995, p. 142.

développeur ne retire souvent aucun avantage économique dans l'élaboration d'un logiciel libre. En revanche, il bénéficiera de la reconnaissance de ses pairs et pourra éventuellement valoriser économiquement sa réputation sur le marché des services gravitant autour des logiciels libres.

Chacun des droits moraux nécessite dès lors un examen particulier au regard des logiciels libres.

Section 2 : Le droit de divulgation

§ 1. Définition (art. 3, § 1^{er}, § 2, al. 3 et 4, LDA)

161. Le droit de divulgation permet à l'auteur de décider souverainement si son œuvre est achevée et quand et comment elle sera portée à la connaissance du public.

La notion de divulgation doit être comprise comme sa présentation au public en général et non à un tiers préalablement choisi (famille, ami, éditeur, etc.)²⁴⁸. Certains auteurs estiment que la divulgation comporte un élément matériel (l'acte de divulgation) et un élément moral (la volonté de l'auteur de divulguer son œuvre)²⁴⁹. Ainsi, une divulgation involontaire laisserait subsister le droit de divulgation.

L'auteur dispose également du droit de ne pas divulguer son œuvre même si elle est terminée. Le non-exercice du droit de divulgation a une incidence patrimoniale importante en ce qu'elle rend l'œuvre insaisissable (article 1^{er}, § 2, al. 4 LDA).

Selon la doctrine belge, le droit de divulgation est présenté habituellement comme définitif ou « irrévocable » dès qu'il est exercé par l'auteur. Ce droit s'épuise par la diffusion de l'œuvre par l'auteur auprès du public. En France, l'épuisement du droit de divulgation reste davantage controversé²⁵⁰.

²⁴⁸ A. STROWEL, E. DERCLAYE, *op. cit.*, p. 82.

²⁴⁹ B. MICHAUX, F. DE VISSCHER, *op. cit.*, p. 151, n° 190 ; F. GOTZEN, « De algemene beginselen van de vermogensrechten en van de morele rechten van de auteur volgens de wet van 30 juni 1994 », in *Belgisch auteursrecht van oud naar nieuw – Le renouveau du droit d'auteur en Belgique*, Bruxelles, 1996, p. 82.

²⁵⁰ A. et H.-J. LUCAS, *Traité de la propriété littéraire et artistique*, Paris, Litec, 2001, p. 316, n° 386.

§ 2. *Le droit de divulgation et les logiciels (art. 4, LPO)*

162. L'existence d'un droit de divulgation en matière de programmes d'ordinateur est controversée en doctrine. Pour mémoire, en matière de droits moraux, la loi belge sur les programmes d'ordinateur renvoie au contenu de la Convention de Berne qui ne reconnaît pas le droit de divulgation. La base légale de ce droit semble ainsi *a priori* faire défaut²⁵¹.

Faut-il dès lors considérer que le programmeur ne bénéficie pas du droit de divulgation ?

Certains commentateurs de la loi belge partagent cet avis²⁵². Ils considèrent que le renvoi exprès à la Convention de Berne exclut le droit de divulgation et déroge dès lors au droit commun. En outre, les travaux préparatoires précisent que le législateur entend ne mettre en place qu'« un droit moral minimal »²⁵³.

Toutefois, une partie de la doctrine, que nous rejoignons, considère que le droit de divulgation de la loi générale sur le droit d'auteur est d'application²⁵⁴. Cette opinion s'appuie sur la directive du 14 mai 1991 qui impose une assimilation des programmes d'ordinateurs aux œuvres littéraires. Or, l'article 1^{er}, § 2 LDA consacre un droit de divulgation à l'auteur d'une œuvre littéraire. Cette interprétation repose aussi sur l'exposé des motifs de la loi sur la LPO qui précise que « *le droit de divulgation se règle conformément au droit commun* »²⁵⁵. Enfin, l'expression de droit moral « minimum » utilisée dans les travaux préparatoires ne semble se rapporter qu'au droit à l'intégrité et non à l'ensemble des droits moraux (*infra*, n° 170 et s.). Par conséquent, rien ne permet d'affirmer avec certitude que le législateur ait souhaité priver les créateurs de programmes d'ordinateurs du droit de divulgation. Les exceptions au droit commun étant de stricte interprétation, il convient de privilégier le

²⁵¹ S. DUSOLLIER, « La protection des programmes d'ordinateur », *Rép. Not.*, à paraître.

²⁵² A. PUTTEMANS, *op. cit.*, p. 775 ; A. STROWEL, « La loi belge du 30 juin 1994 sur les programmes d'ordinateur : vers un droit d'auteur *sui generis* ? », *R. I. D. A.*, 1995, n° 164, p. 201 ; A. STROWEL, J.-P. TRIAILLE, *Le droit d'auteur : du logiciel au multimédia*, Diegem, Kluwer Editions Juridiques, , 1997, p. 165-166 ; A. BERENBOOM, *op. cit.*, p. 225, 172bis.

²⁵³ Rapport au nom de la Commission de la justice par M. DE CLERCK, *Doc. Parl.*, Ch. Repr., n°1071/6, sess. ord., 1993-1994, p. 11-14, , du 17 mars 1994 ; Rapport au nom de la Commission de la justice par M. ERDMAN, *Doc. Parl.*, Sén., sess. ord. 1991-1992, n°1054-2, p. 6.

²⁵⁴ B. MICHAUX, F. DE VISSCHER, *op. cit.*, p. 229, n° 269. ; F. BRISON, J.-P. TRIAILLE, « La nouvelle loi sur la protection des programmes d'ordinateur dans le sillage de la loi sur le droit d'auteur », *J. T.*, 1995, p. 142. Pour une position nuancée : A. STROWEL et E. DERCLAYE, *op. cit.*, p. 211, n° 238.

²⁵⁵ Rapport DE CLERCK, *op. cit.*, p. 3.

régime de droit commun de la LDA en cas de doute sur la volonté du législateur.

Comme le soulignent A. STROWEL et E. DERCLAYE, le droit de divulgation est susceptible de jouer un rôle important en pratique²⁵⁶. En effet, de la divulgation dépend le caractère saisissable ou non du programme informatique. Ainsi, si un logiciel est développé « en interne » par une société informatique qui tombe ensuite en faillite, ce logiciel ne pourra être saisi par les créanciers de la société s'il n'a pas été préalablement divulgué au public.

§ 3. *Le droit de divulgation et les logiciels libres*

163. Internet constitue le moyen de communication privilégié des concepteurs de logiciels libres. La mise à disposition d'un logiciel libre sur un site web, un babilleur électronique (ou « *bulletin board system* ») ou tout autre moyen le rendant accessible au public constitue une divulgation du logiciel. Dans cette hypothèse, le droit du concepteur de divulguer son programme ou son apport à celui-ci sera en principe épuisé.

Une licence de logiciel libre ne peut imposer à un développeur de diffuser les modifications qu'il apporte au logiciel. Une telle obligation priverait en effet le développeur du droit ne pas divulguer son logiciel. En vertu du principe d'inaliénabilité du droit moral et de l'interdiction de toute renonciation globale et future, une clause formulée de manière générale qui exigerait la divulgation de toute modification apportée au logiciel serait, à notre avis, nulle²⁵⁷.

Le mode de conception des logiciels libres ne permet pas toujours d'établir quand, comment et par qui la divulgation se réalise. Un logiciel libre est souvent développé par une communauté de programmeurs où chacun propose et discute les améliorations possibles. Ce logiciel en cours de conception, sorte de « *work in progress* », est généralement accessible et soumis à l'évaluation des seuls participants au projet et non du grand public. Différentes versions du programme vont ainsi se succéder et être testées avant d'aboutir à une version stable et en état de fonctionnement. Seule cette dernière version sera mise à disposition du public.

Selon nous, cette mise à la disposition du logiciel à la communauté et au public en général sera la seule qui épuisera le droit de divulgation de chacun des auteurs, pour autant que chacun d'eux ait marqué son accord tacite ou exprès sur cette publication.

²⁵⁶ A. STROWEL et E. DERCLAYE, *op. cit.*, p. 210, n° 238.

²⁵⁷ Sur le principe d'inaliénabilité, voyez *infra* n° 175.

A défaut, un des concepteurs du logiciel pourrait théoriquement s'y opposer sur la base de son droit exclusif de divulgation. Rappelons que l'exercice du droit de divulgation est limité par la théorie de l'abus de droit (*infra*, n° 178 et s.). Le programmeur exercerait abusivement son droit de divulgation si son but était notamment de porter préjudice à autrui, de causer un dommage sans intérêt pour lui-même ou de s'octroyer un avantage économique. Tel serait le cas d'un programmeur qui attendrait le dernier moment pour poser son veto à la sortie du logiciel malgré l'accord de l'ensemble des autres programmeurs ayant participé à sa création.

Vu le nombre élevé de personnes participant à la création d'un logiciel libre, il existe des risques de désaccord sur l'état d'avancement du logiciel et sa date éventuelle de sortie. En cas de conception collective d'un logiciel libre, des solutions juridiques pourraient être mises en oeuvre pour éviter d'éventuels conflits liés à l'exercice du droit de divulgation.

164. Des aménagements contractuels sont envisageables. Le responsable ou le gérant d'un projet pourrait demander aux membres de respecter un code de bonne conduite ou une charte avec des conditions générales. Dans ce cadre, la divulgation du logiciel pourrait être modalisée contractuellement ou organisée selon une procédure précise. Ainsi, tout concepteur de logiciel pourrait être consulté préalablement à la publication d'un logiciel et disposerait d'un délai pour s'y opposer en indiquant les motifs d'un éventuel refus de publication.

Cette simple modalisation de l'exercice du droit de divulgation permettrait de faciliter la preuve d'un éventuel abus de droit. Néanmoins, ce type de clause ne pourrait-il pas être analysé comme une renonciation globale et future au droit de divulgation prohibée en droit d'auteur ? Ces clauses seraient à notre avis valables si le programmeur ne renonce pas à l'exercice de son droit au moment de la conclusion du contrat ou de manière absolue.

Par ailleurs, les membres ayant conçu le logiciel pourraient également s'engager à accepter la divulgation du logiciel dès qu'il remplit certaines caractéristiques et fonctions préalablement définies²⁵⁸.

Enfin, des accords ou des clauses de confidentialité sont également envisageables en matière de logiciels libres. Ainsi, un développeur de logiciel libre peut s'engager à ne pas diffuser les modifications avant la sortie « officielle » du logiciel décidée par le gérant de la communauté. Par ailleurs, une société peut également faire signer à un développeur une clause de confidentialité par laquelle il accepte de ne pas communiquer les adaptations

²⁵⁸ F. BRISON, B. MICHAUX, « De nieuwe auteurswet (2de deel) », *R.W.*, n° 59/16, 1995, p. 524-525; B. MICHAUX, F. DE VISSCHER, *op. cit.*, p. 153, n° 194.

réalisées sur un logiciel libre pour les besoins de sa société. Cela ne dispense toutefois pas la société de respecter les termes de la licence libre qui, le cas échéant, l'obligera à divulguer une modification si elle souhaite commercialiser la nouvelle version du logiciel.

§ 4. *Le droit de divulgation et les licences de logiciels libres*

165. Les licences de logiciels analysées ne prennent pas en compte le droit de divulgation. Ces licences imposent que les adaptations apportées aux logiciels libres soient diffusées dans les mêmes conditions que la licence.

Ces licences de logiciels libres n'imposent pas aux développeurs de divulguer les modifications apportées aux logiciels. Un particulier ou une société ont ainsi le droit de modifier un logiciel libre et de l'utiliser de manière privée ou de manière interne sans jamais diffuser cette version modifiée du logiciel. Selon certaines licences « copyleft », en cas de diffusion de cette nouvelle version dans le public, les codes sources du logiciel doivent néanmoins être communiqués et diffusés sous la licence appropriée.

C. CARON s'inquiète d'une possible « paralysie du système » dans l'hypothèse où un développeur ne diffuse pas la modification qu'il a apportée à un logiciel²⁵⁹. Cette crainte nous paraît injustifiée dans la mesure où souvent plusieurs versions du logiciel circulent simultanément et font l'objet de modifications. L'absence de contribution d'un développeur sera rapidement compensée par celle d'un autre qui travaille en parallèle sur une autre version du logiciel.

Certaines des licences libres analysées imposent des conditions en cas de divulgation d'un programme. Par exemple, l'obligation de diffuser le logiciel avec une licence identique (ex. la G.P.L.). Certains commentateurs français estiment que ces conditions sont susceptibles de constituer des atteintes au droit de divulgation dans la mesure où elles limitent les modalités de divulgation de l'auteur²⁶⁰. Rappelons qu'en France, le caractère inaliénable des droits moraux est considéré comme étant d'ordre public. On ne peut renoncer ou poser des conditions à l'exercice des droits moraux. En revanche, le législateur belge a uniquement interdit les renonciations globales à l'exercice futur du droit. Des renonciations partielles au droit de divulgation sont par conséquent autorisées.

²⁵⁹ C. CARON, « Les licences de logiciels dits « libres » à l'épreuve du droit d'auteur français », *D.*, 2003, p. 1559.

²⁶⁰ C. ROJINSKY, V. GRYNBAUM, « Les licences libres et le droit français », *Propriétés Intellectuelles*, Juillet 2002, n° 4, p. 36.

Le développeur est tenu de respecter la licence qui accompagne le logiciel. Par conséquent, il accepte implicitement que l'exercice de son droit de divulgation soit soumis aux termes de la licence, à l'instar de ses droits patrimoniaux.

Bien que la plupart des licences ne le mentionnent pas toujours clairement, seuls les apports dérivés du logiciel sont soumis aux termes de la licence. S'il s'agit d'une œuvre indépendante et autonome, le programmeur demeure libre de déterminer les conditions de divulgation et de diffusion du logiciel (article 2§2 G.P.L.).

Les licences libres analysées demeurent souvent très souples et peuvent être combinées avec des accords de confidentialité.

Prenons l'exemple de la G.P.L.

Une société peut demander à un développeur d'adapter un logiciel libre à ses besoins et de garder confidentielles les modifications apportées. Dans cette hypothèse, les termes de la G.P.L. seront respectés dans la mesure où la société conserve la possibilité de distribuer le logiciel. En pratique, elle n'aura souvent aucun intérêt à exercer cette faculté.

Par contre, un développeur ne pourra pas commercialiser une version modifiée d'un logiciel sous G.P.L., en interdisant à son client toute distribution du logiciel. En effet, dans ce cas, le développeur ne respecte pas les termes de la G.P.L. dans la mesure où la société ne dispose plus du droit de distribuer cette version amendée du logiciel.

Section 3 : Le droit de paternité ou d'attribution

§ 1. Définition (art. 1^{er}, § 2, al. 5, LDA)

166. Le droit de paternité permet à l'auteur de revendiquer ou de refuser la paternité de l'œuvre.

En vertu du droit de paternité, l'auteur peut exiger que son nom figure sur les exemplaires de l'œuvre ou, au contraire, souhaiter l'anonymat ou encore l'utilisation d'un pseudonyme. Le droit de paternité permet également à l'auteur de s'opposer à tout tiers qui tenterait d'usurper la qualité d'auteur.

L'exercice du droit de paternité présente également un intérêt pratique non négligeable. La mention de la signature de l'auteur sur une œuvre ou d'un signe permettant de l'identifier constitue une présomption légale de paternité (article

6, al. 2 LDA). En d'autres termes, la personne physique ainsi identifiée est réputée être l'auteur de l'œuvre.

Des tensions peuvent naître entre l'auteur et le propriétaire matériel du support de l'œuvre. Le droit de l'auteur d'exiger l'apposition de son nom peut entrer en conflit avec le droit de propriété de celui qui a acquis l'objet incorporant l'œuvre.

Est-ce que l'auteur peut toujours en toutes circonstances exiger que son nom figure sur le support incorporant l'œuvre ? Sur base d'une jurisprudence ancienne de la Cour de cassation, certains commentateurs considèrent que le droit de paternité ne contient pas un « droit positif de signature » en faveur de l'auteur qui l'autoriserait à imposer la mention de son nom au propriétaire de l'objet incorporant son œuvre²⁶¹. D'autres auteurs sont moins catégoriques ou appellent à un examen des modalités contractuelles d'exécution de l'œuvre²⁶². Ces auteurs renvoient donc implicitement à une analyse de la commune intention des parties. Une solution qui privilégie le droit de propriété ou le droit de paternité sera toujours délicate dans la mesure où chaque intervenant s'appuie sur des prérogatives légitimes.

§ 2. *Le droit de paternité et les logiciels (art. 4 LPO)*

167. La Convention de Berne à laquelle le législateur belge renvoie, consacre un droit de paternité en faveur du programmeur.

Le créateur du logiciel se voit reconnaître le droit de revendiquer la paternité de son programme d'ordinateur. En pratique, les logiciels sont souvent développés par des sociétés où travaillent des équipes d'informaticiens. Il est dès lors difficile de mentionner les noms de tous les « auteurs » du programme. Un nouveau logiciel est ainsi commercialisé comme le produit d'une société et non d'un ou plusieurs développeurs particuliers²⁶³.

Certains logiciels continuent néanmoins à être développés par des programmeurs indépendants. Dans ce cas, le droit de paternité s'exercera

²⁶¹ A. STROWEL, E. DERCLAYE, *op. cit.*, p. 83, n° 82 ; Cass., 16 janvier 1941, *Pas.*, 1941, I, p. 11 : la mention du nom de l'architecte sur un édifice requiert le consentement de son propriétaire.

²⁶² A. BERENBOOM, *op. cit.*, p. 140, n° 100 ; F. DE VISSCHER et B. MICHAUX, *op. cit.*, p. 155, n° 195.

²⁶³ Certains logiciels particuliers mentionnent parfois l'ensemble des développeurs du programme. Tel est le cas notamment des jeux informatiques où les noms de tous les créateurs du logiciel sont indiqués.

généralement par une mention du nom de l'auteur sous la forme de lignes de code dans le langage de programmation, ou dans la licence accompagnant le logiciel ou dans une fenêtre lors de l'installation ou de l'exploitation du logiciel.

Dans le monde informatique, les développeurs affectionnent l'emploi de pseudonymes sous forme de surnoms (ou en anglais « nicknames »). L'usage du pseudonyme est un mode d'exercice du droit de paternité autorisé par la loi²⁶⁴. Le recours à un pseudonyme peut toutefois avoir une influence sur la durée de protection. En effet, si le pseudonyme ne permet pas de déterminer avec suffisamment de certitude l'identité du programmeur, la durée du droit d'auteur sera de septante ans à partir du moment où le programme est licitement rendu accessible au public (article 2, § 1, al. 2 et 3 LDA).

§ 3. *Le droit de paternité et les logiciels libres*

168. Comme indiqué précédemment, le droit de paternité acquiert une importance particulière dans le cadre des logiciels libres.

Différentes raisons peuvent expliquer ce regain d'intérêt pour le droit de paternité. Un logiciel libre est souvent développé par des informaticiens indépendants et non une société spécifique. L'auteur d'un logiciel libre accorde dès lors de l'importance à être reconnu comme l'auteur ou co-auteur de celui-ci dans la mesure où le rapport à son œuvre est plus direct et personnel.

Le développeur d'un logiciel libre revendiquera sa qualité d'auteur et l'originalité de son apport dans le logiciel. Dans l'univers plus fonctionnel et économique de l'informatique, on assiste à un renouveau de la figure classique de l'auteur qui est à la source de l'œuvre et qui marque celle-ci de son « empreinte personnelle »²⁶⁵.

Si l'auteur est prêt à « sacrifier » certaines de ses prérogatives patrimoniales, il entend conserver et valoriser ses droits moraux dont celui d'être présenté comme le créateur de l'œuvre. Cet exercice du droit moral de paternité n'est toutefois pas complètement désintéressé. En effet, le marché croissant des services dérivés entourant l'utilisation des logiciels libres constitue une opportunité commerciale pour les développeurs de logiciels libres. Le fait de pouvoir se présenter comme l'auteur d'un logiciel constitue un avantage

²⁶⁴ V. CASTILLE, « Les droits moraux et la bande dessinée », in *Le droit d'auteur et la bande dessinée*, Bruylant, 1997, p. 272.

²⁶⁵ Pour une réflexion plus philosophique sur la figure de l'auteur dans le logiciel libre, voyez S. DUSOLLIER, « *Open source et Copyleft* : une remise en cause de la figure de l'auteur ? », in A. STROWEL (éd.) *Autour de la figure de l'auteur*, Bruxelles, Bruylant, à paraître.

concurrentiel non négligeable sur d'autres informaticiens ou sociétés informatiques.

§ 4. *Le droit de paternité et les licences de logiciels libres*

169. La licence G.P.L. souligne à plusieurs reprises l'importance de la mention du droit d'auteur (« *copyright notice* ») lors de l'exploitation des logiciels²⁶⁶. Chaque copie du logiciel distribuée sous la licence G.P.L. doit être accompagnée de la notice (article 1^{er} G.P.L.). En outre, la G.P.L. impose à tous les utilisateurs de conserver toutes les précédentes notices de droit d'auteur qui se réfèrent à la licence. Il s'agit en réalité de la seule partie du logiciel que l'utilisateur ne pourra modifier. Selon le principe du modèle libre, toute autre modification est autorisée pour autant qu'elle soit clairement indiquée et datée par l'utilisateur (article 2, a) G.P.L.). En cas de programmes utilisant des commandes interactives, la licence impose qu'une annonce avec la notice de droit d'auteur s'affiche automatiquement lors de la mise en œuvre du logiciel (article 2, c) G.P.L.).

La licence G.P.L. ne précise pas le contenu de cette notice sinon qu'elle doit être « appropriée » (article 1^{er} G.P.L.).

Le site web www.gnu.org, qui héberge les licences G.P.L., propose des modalités pratiques afin d'appliquer la licence à un programme informatique²⁶⁷. Des modèles de notices sont proposés reprenant la mention classique « Copyright © année nom de l'auteur ». Il est ensuite conseillé de rappeler l'identité et les coordonnées du programmeur, les fonctionnalités du logiciel et les principes de la G.P.L.

Les rédacteurs de la licence précisent également que les auteurs des modifications indiquent leur nom afin de distinguer les différentes versions du logiciel et protéger la réputation des autres auteurs²⁶⁸. Une telle obligation risque d'être en contradiction avec le droit dont disposent les développeurs de se voir ou non attribuer leur contribution au logiciel.

²⁶⁶ En ce qui concerne le droit de paternité, la L.G.P.L. contient les mêmes types de dispositions que la G.P.L. Les commentaires de la licence G.P.L. peuvent dès lors être transposés à la L.G.P.L.

²⁶⁷ Voyez la section « How to apply these terms to your new programs » sur le site <http://www.gnu.org/licenses/gpl.html>.

²⁶⁸ Voyez la foire aux questions accessible à l'adresse <http://www.gnu.org/licenses/gpl-faq.html>.

L'O.S.L. traite expressément la question du droit de paternité en son article 6 intitulé « *attribution rights* ». Cette licence oblige l'utilisateur à conserver toutes les notices de droit d'auteur, de brevets ou de droit des marques comprises dans la licence lors de la distribution de chaque copie du logiciel ou d'une de ses versions dérivées.

L'O.S.L. impose également que toute modification du logiciel par l'utilisateur soit expressément mentionnée par une notice d'attribution appropriée. La notice semble devoir contenir l'existence de la modification et l'identité de son auteur (« (...) *to carry a prominent Attribution Notice reasonably calculated to inform recipients that You have modified the Original Work* »).

Les licences B.S.D. et Q.P.L. prévoient également l'obligation de conserver les notices de droit d'auteur en cas de copies ou de modifications du logiciel. Ces licences ne précisent pas si les auteurs des modifications doivent être indiqués, ni de quelle manière.

L'imposition d'une signature constitue à notre avis une violation du droit de paternité qui permet à l'auteur de refuser l'attribution d'une œuvre²⁶⁹. Par conséquent, une clause qui impose une obligation positive au programmeur de mentionner son nom sur son œuvre est nulle.

L'analyse des différentes licences démontre que le respect du droit de paternité est souvent pris en compte dans les licences de logiciels libres. L'écueil à éviter est de vouloir imposer la mention de leur identité aux auteurs des modifications.

Section 4 : Le droit à l'intégrité ou au respect de l'œuvre

§ 1. Définition (art. 1^{er}, § 2, al. 6 et 7, LDA)

170. Le droit à l'intégrité ou au respect de l'œuvre permet à l'auteur de s'opposer à toute modification de son œuvre (article 1^{er}, § 2, al. 6, LDA).

La loi précise que l'auteur conserve son droit de s'opposer à toute déformation, mutilation ou autre modification de son œuvre préjudiciable à son honneur ou à sa réputation même en cas de renonciation à son droit moral (article 1^{er}, § 2, al. 7, LDA).

²⁶⁹ Du même avis, A. METSGER, T. JAEGER, « Open source Software and German Copyright Law », *IIC*, vol. 32, 2001/1, p. 66.

On distingue dès lors habituellement deux niveaux au droit à l'intégrité.

Le premier niveau permet à l'auteur de s'opposer à toute modification de son œuvre sans qu'il ait à démontrer un quelconque préjudice dans son chef. L'auteur pourra valablement renoncer à exercer ce droit à l'égard de certaines modifications préalablement définies ou raisonnablement déterminables²⁷⁰.

Un second niveau au droit à l'intégrité est plus fondamental et subsiste même en cas de renonciation par l'auteur à l'exercice de son droit. La loi permet à l'auteur de s'opposer à toute atteinte à son œuvre qui serait préjudiciable à son honneur ou à sa réputation.

En principe, ce droit au respect plus restreint est soumis au respect de deux conditions cumulatives :

- une modification au sens large de l'œuvre (« *déformation, mutilation ou autre modification de cette oeuvre ou à toute autre atteinte à la même oeuvre* »)
- préjudiciable à l'honneur ou à la réputation de l'auteur

Toutefois, la définition large de la notion de modification (« *toute atteinte* ») facilite la réalisation de la première condition. Ainsi, un simple changement d'environnement ou une atteinte à l'esprit de l'œuvre peut suffire²⁷¹. C'est essentiellement le préjudice à l'honneur ou à la réputation de l'auteur qu'il faudra établir.

§ 2. Le droit à l'intégrité et les logiciels (art. 4 LPO)

171. Le droit à l'intégrité du concepteur d'un logiciel se limite au second niveau du droit à l'intégrité, qui suppose l'établissement d'un préjudice à

²⁷⁰ La doctrine diverge sur la portée de la notion de « modification » reprise à l'al. 6, A. STROWEL et E. DERCLAYE considèrent qu'il s'agit uniquement de modifications relatives à l'objet de l'œuvre. Par conséquent, un simple changement de l'environnement ne sera pas considéré comme une atteinte sauf si la preuve d'un préjudice à l'honneur ou à la réputation exigée au dernier alinéa de l'article 1^{er}, § 2, LDA est apportée (*op. cit.*, p. 84, n° 83 et note 276). En revanche, F. DE VISSCHER, B. MICHAUX soulignent l'étendue du terme « modification » qui permet à l'auteur de s'opposer à toute atteinte même ne portant pas sur l'objet lui-même (*op. cit.*, p. 157, n° 200 et note 375).

²⁷¹ A. STROWEL et E. DERCLAYE, *op. cit.*, p. 84, n° 83. Les auteurs donnent l'exemple du déplacement d'une sculpture conçue pour s'intégrer à un ensemble architectural donné. Voyez également F. DE VISSCHER, B. MICHAUX, *op. cit.*, p. 157, n° 200 et s. Voy. égal. C. CARREAU, « Droit d'auteur et esprit de l'œuvre », *RIDA*, Juillet 2004.

l'honneur ou à la réputation. Cette limitation du droit à l'intégrité résulte du renvoi à l'article 6 *bis* de la Convention de Berne par le législateur belge²⁷².

En pratique, le préjudice à l'honneur ou à la réputation d'un concepteur d'un logiciel s'avère difficile à démontrer. En effet, le caractère habituellement fonctionnel d'un programme d'ordinateur, rend malaisé l'appréciation d'une atteinte à l'honneur ou à la réputation. Tel pourrait être le cas lors de la traduction d'un programme dans un autre langage ou de modifications à un logiciel qui rendraient le programme moins performant ou en y introduisant des bugs qui nuiraient à la réputation de l'auteur²⁷³.

§ 3. *Le droit à l'intégrité et les logiciels libres*

172. Le logiciel distribué sous forme de licence libre a, par nature, vocation à être modifié à de nombreuses reprises. En effet, le concepteur du logiciel autorise sous forme de licence la modification du logiciel par les tiers. Si ces stipulations contractuelles permettent une modification au point de vue des droits patrimoniaux, elles laissent intacts les droits moraux.

Est-ce que le concepteur d'un logiciel libre pourrait dès lors invoquer son droit à l'intégrité à l'encontre d'un autre programmeur ayant modifié le logiciel de telle manière qu'il porte atteinte à sa réputation ?

En principe, le concepteur d'un logiciel qui le distribue sous licence libre conserve son droit à l'intégrité. Par conséquent, quel que soit le prescrit de la licence, le développeur d'un logiciel libre est toujours en mesure de s'opposer à une modification de son logiciel qui porterait atteinte à son honneur ou à sa réputation.

Prenons l'exemple d'un logiciel sans défaut connu qui est distribué sous licence libre. Est-ce que le concepteur initial peut agir contre un développeur qui aurait introduit des bogues dans son logiciel ?

En pratique, le concepteur est tenu d'établir le préjudice à sa réputation ou à son honneur. On connaît l'importance que revêt la réputation pour un développeur de logiciel libre qui ne dispose plus de ses prérogatives patrimoniales. Ses qualités de programmeur constituent sa « carte de visite » pour proposer ses services. L'association de son nom avec un programme défaillant pourrait, à notre avis, lui être préjudiciable et lui donner une base pour agir en justice.

²⁷² Le Code français de la propriété intellectuelle L. 121-7 adopte une solution identique.

²⁷³ A. PUTTEMANS donne l'exemple de la modification d'un jeu pour enfants en programme faisant l'apologie du nazisme. A. PUTTEMANS, *op. cit.*, p. 775, note 34.

D'autres cas de figures sont envisageables. En effet, l'altération de l'objet même du programme n'est pas exigée pour permettre au programmeur d'invoquer son droit moral au respect. Le simple changement de contexte du logiciel ou une dénaturation de l'«esprit» de celui-ci peut constituer une atteinte à l'honneur ou à la réputation de son auteur.

Que penser de l'utilisation d'un logiciel libre par une grande société informatique adepte du modèle propriétaire qui ne recueille pas les sympathies du développeur ? Ou par un fabricant d'armes, une entreprise peu scrupuleuse de l'environnement ou l'administration d'un pays dictatorial ? Les exemples peuvent être multipliés à l'infini.

La question centrale est de déterminer ce que l'on entend par une atteinte à l'honneur ou à la réputation relativement à un programme informatique. Il incombera au programmeur d'établir l'existence d'une telle atteinte.

Selon nous, l'objectif des programmeurs libres est davantage de développer des solutions informatiques stables et perfectibles grâce à l'accès permanent aux codes sources. Les utilisateurs des logiciels libres ont d'abord l'obligation de respecter les termes de la licence. Hormis les cas d'atteinte flagrantes à l'honneur et à la réputation, la libre modification et distribution conférées par le concepteur d'un logiciel libre ne lui permettent pas de s'opposer, par une appréciation subjective et discrétionnaire, à certaines utilisations ou à certains utilisateurs particuliers. Si tel est son souhait, le programmeur devrait le mentionner clairement et préalablement dans une clause appropriée de sa licence. Le programmeur pourra ensuite invoquer la violation de cette clause contre un tiers qui ferait une utilisation prohibée du logiciel.

En définitive, si le développeur d'un logiciel libre conserve son droit moral à l'intégrité, il ne réussira à l'invoquer, à notre avis, que de manière exceptionnelle à moins de préciser davantage les utilisations autorisées ou interdites du logiciel ce qui n'est pas souvent conciliable avec la libre utilisation exigée par les licences libres.

§ 4. Le droit à l'intégrité et les licences de logiciels libres

173. Les licences de logiciels libres analysées autorisent les licenciés à modifier le logiciel. Ainsi, la G.P.L. indique par exemple « *Vous pouvez modifier votre ou vos copies du Logiciel ou toute partie du Programme, c'est-à-dire réaliser une œuvre basée sur le logiciel, et copier et distribuer ces*

modifications ou cette œuvre (...) »²⁷⁴ (article 2 G.P.L.). Les seules conditions qui sont habituellement posées par la licence sont l'apposition d'une notice de droit d'auteur.

Or, les clauses relatives aux œuvres traditionnelles permettant d'apporter des modifications à une œuvre seront nulles si elles sont rédigées de manière générale²⁷⁵. Cette règle se déduit *a contrario* du droit inaliénable de l'auteur de pouvoir toujours s'élever contre une atteinte qui serait préjudiciable à son honneur ou à sa réputation. En effet, si l'auteur autorise toute modification de son logiciel, il renonce de manière globale à pouvoir exercer son droit à l'intégrité.

Selon une interprétation stricte de la loi, les clauses des licences de logiciels prévoyant une telle possibilité sont nulles.

Toutefois, ces clauses nous semblent davantage centrées sur les droits patrimoniaux et ne visent pas à priver le donneur de licence de son droit à l'intégrité. Selon nous, la particularité des licences de logiciels libres est de permettre une large possibilité de modifications. En d'autres termes, le donneur de licence qui invoque son droit à l'intégrité ne pourra se voir opposer le droit de modification qu'il a concédé via la licence.

Par ailleurs, l'obligation d'exécuter de bonne foi les conventions permet également d'encadrer l'exercice des droits par les parties (art. 1134, al. 3, C. civ.). L'imposition de l'exécution de bonne foi de la convention interdit aux parties d'abuser des prérogatives qu'elles puisent dans le contrat²⁷⁶. Ainsi, le donneur de licence et le licencié ne pourront invoquer respectivement le droit à l'intégrité et le droit de modification de manière abusive²⁷⁷.

Les licences reprises dans notre analyse n'abordent pas la question du droit moral à l'intégrité de l'auteur. La plupart des licences se contentent d'obliger le développeur à mentionner les modifications et leurs dates (articles 2, a) G.P.L. et

²⁷⁴ Traduction libre.

²⁷⁵ A. STROWEL, E. DERCLAYE, *op. cit.*, p. 91, n° 161 *in fine*; F. DE VISSCHER, B. MICHAUX, *op. cit.*, p. 148, n° 183 ; A. CRUQUENAIRE, E. DERCLAYE, « Quelques considérations sur les modalités d'intervention en justice des sociétés collectives, sur la portée de certaines exceptions en droit d'auteur, et sur l'évaluation du préjudice résultant d'une atteinte au droit d'auteur », note sous Bruxelles (9^e ch.), 23 mars 2001, *A.&M.*, 2001, p. 379.

²⁷⁶ J-L. FAGNART, « L'exécution de bonne foi des conventions : un principe en expansion », *R.C.J.B.*, 1986, p. 316.

²⁷⁷ A. & H. J. LUCAS, *Traité de la propriété littéraire et artistique*, Paris, Litec, 2001, p. 344, n° 325.

2 b) L.G.P.L. et article 6 O.S.L.). Ces mentions seront éventuellement utiles pour identifier l'auteur d'une modification préjudiciable.

Les préambules de la G.P.L. et la L.G.P.L. préviennent néanmoins l'utilisateur en ces termes « si le logiciel est modifié par un tiers et transmis, nous voulons que les destinataires sachent que ce qu'ils détiennent n'est pas l'original, et donc que tout dysfonctionnement introduit par d'autres ne reflète pas la réputation des auteurs originaires »²⁷⁸.

Cette disposition de la G.P.L. laisse perplexe dans la mesure où elle ne contient ni obligation, ni affirmation d'un droit²⁷⁹.

Du point de vue de l'utilisateur du logiciel, il s'agit d'un simple avertissement que le logiciel est susceptible de contenir des bogues qui ne sont pas le fruit des développeurs initiaux du programme.

Du point de vue du développeur, cette disposition pourrait s'interpréter comme une renonciation tacite du développeur à exercer son droit au respect de son œuvre. En effet, le développeur pourra difficilement se prévaloir de son droit à l'intégrité après avoir averti que les éventuels bogues du logiciel ne pouvaient lui être imputés ou nuire à sa réputation.

Toutefois, en application du principe de l'inaliénabilité des droits moraux, l'auteur ne peut renoncer globalement à son droit à l'intégrité. Si cette disposition venait à être assimilée à une renonciation globale et future, elle serait nulle²⁸⁰.

Cette disposition doit plutôt être analysée comme une simple mise en garde de l'utilisateur sans véritable portée juridique, d'où sa place dans le préambule plutôt que dans le corps de la licence. En effet, elle souligne les limites légales entourant le droit de modification. Tout développeur est tenu d'apporter des modifications qui ne portent pas atteinte à la réputation et à l'honneur des autres développeurs ayant contribué à la conception du logiciel. Il s'agit d'un simple rappel du minimum légal de la Convention de Berne.

²⁷⁸ Traduction libre.

²⁷⁹ M. CLEMENT-FONTAINE voit dans cette disposition du préambule une obligation qui doit être interprétée comme une application fidèle de l'article 121-7, 1°, du Code de propriété intellectuelle français qui consacre le droit à l'intégrité en matière de logiciel. Cette interprétation nous semble audacieuse par rapport au texte de la disposition.

²⁸⁰ A. STROWEL, E. DERCLAYE, *op. cit.*, p. 91, n° 161. En ce qui concerne, la renonciation au droit moral, voyez *infra*, n° 174 et s.

Les licences de logiciels libres gagneraient à une plus grande clarté dans leur rédaction en rappelant que tout usage du logiciel reste soumis au respect de l'honneur ou de la réputation de son ou ses auteur(s). Si le programmeur souhaite réserver des usages particuliers ou des utilisateurs particuliers, il devrait également l'indiquer dans les termes de la licence.

Dans le même ordre d'idées, les licences pourraient mentionner une réserve dans la clause de cession des droits en précisant que « *toute cession n'emporte pas le droit pour le développeur d'exercer son droit de modification qui porterait atteinte à l'honneur ou à la réputation* ».

Section 5 : Les limites des droits moraux

174. La loi octroie des prérogatives morales exclusives aux auteurs. Il en découle que l'autorisation préalable de l'auteur est en principe requise. L'exercice du droit moral n'est toutefois pas absolu. L'exercice d'un droit moral peut être considéré comme abusif (§ 2). Par ailleurs, il convient également de rappeler que l'auteur peut, sous certaines conditions, renoncer à son droit moral. Cette restriction au droit moral nous donne l'occasion d'examiner la question du caractère inaliénable des droits moraux en matière de programmes informatiques (§ 1).

§ 1. La renonciation au droit moral

A. Principe (art. 1^{er}, § 2, al. 1 et 2, LDA)

175. Selon la LDA, les droits moraux sont inaliénables (article 1^{er}, § 2, al. 1 LDA). En d'autres termes, les droits moraux ne peuvent être cédés à titre onéreux ou à titre gratuit.

La loi précise également que la renonciation globale à l'exercice futur du droit moral est nulle (article 1^{er}, § 2, al. 1 LDA). Une telle renonciation aurait le même effet qu'une aliénation car elle priverait l'auteur de l'exercice de ses droits moraux. Par conséquent, le législateur a voulu éviter que la règle d'inaliénabilité soit vidée de sa substance par le biais d'une renonciation pure et simple de l'auteur à l'ensemble de ses droits.

En réalité, seules les renonciations globales et qui concernent l'exercice futur du droit moral sont interdites. La loi admet *a contrario* les renonciations partielles (et non « globales ») ou les renonciations à l'égard d'atteintes déjà portées (et

non « futures »). Dans ces hypothèses, on considère que l'auteur renonce à ses droits en connaissance de cause²⁸¹.

Une renonciation à un droit moral doit-elle être faite par écrit ? Les opinions divergent. Nous rejoignons les commentateurs qui sont d'avis que la renonciation n'est pas soumise à la règle de l'écrit probatoire. Cette exigence ne s'applique qu'aux conventions et non aux actes unilatéraux tels que les renonciations²⁸².

La doctrine majoritaire estime également qu'une renonciation peut être tacite pour autant qu'elle soit certaine²⁸³. Par exemple, un contrat d'adaptation d'une œuvre soumis au régime général du droit d'auteur implique nécessairement une renonciation partielle de l'auteur à son droit à l'intégrité. En raison de l'objet du contrat, l'auteur accepte tacitement que certaines modifications soient apportées à son œuvre²⁸⁴.

Bien que la règle de l'écrit probatoire ne s'applique pas, les parties à un contrat de cession de droits patrimoniaux devront veiller à organiser contractuellement l'exercice des droits moraux. Certaines clauses parfaitement licites sont envisageables pour autant qu'elles n'entraînent pas une renonciation globale à l'exercice futur du droit assimilable à une aliénation des droits moraux. Ainsi, un auteur pourra accepter que son nom ne soit pas apposé sur son œuvre pour certaines exploitations ou accepter des altérations dues à des contraintes techniques.

Ces clauses impliquant une renonciation seront toujours interprétées de manière stricte. En cas de doute sur la portée d'une renonciation prévue dans un contrat, la clause sera interprétée strictement en faveur de l'auteur (article 3 § 1 al. 3 LDA).

Enfin, rappelons que le droit à l'intégrité contient un « noyau dur » que l'auteur conserve même en cas de renonciation tacite ou expresse. Il s'agit du droit pour l'auteur de s'opposer à toute atteinte qui serait préjudiciable à son honneur ou à sa réputation (art. 1^{er}, § 2, al. 7, LDA).

²⁸¹ A. STROWEL, E. DERCLAYE, *op. cit.*, p. 91, n° 161.

²⁸² En ce sens : A. STROWEL, E. DERCLAYE, *op. cit.*, p. 105, n° 114 ; A. BERENBOOM, *op. cit.*, p. 146, n° 103. *Contra* : V. CASTILLE, « Les droits moraux et la bande dessinée », in *Le droit d'auteur et la bande dessinée*, Bruylant, 1997, p. 294 ; F. DE VISSCHER, B. MICHAUX, *op. cit.*, p. 148, n° 83 ; A. STROWEL, « Le régime des œuvres audiovisuelles dans la loi relative au droit d'auteur », *Ing. Cons.*, 1995, p. 328.

²⁸³ A. STROWEL, E. DERCLAYE, *op. cit.*, p. 105, n° 114 et p. 90, n° 61 ; F. DE VISSCHER, B. MICHAUX, *op. cit.*, p. 148, n° 183. *Contra* : A. BERENBOOM, *op. cit.*, p. 146, n° 103.

²⁸⁴ V. CASTILLE, *op. cit.*, p. 296 ; F. DE VISSCHER, B. MICHAUX, *op. cit.*, p. 158, n° 201.

B. La renonciation au droit moral et les logiciels

176. Le programmeur se voit reconnaître des droits moraux par la loi via un simple renvoi à la Convention de Berne. La loi ne définit pas les caractéristiques des droits moraux du programmeur.

Les droits moraux du programmeur sont-ils inaliénables ? Peut-il y renoncer ? Ces questions divisent la doctrine.

Certains plaident en faveur d'une interprétation du régime des droits moraux à la lumière de la Convention de Berne à laquelle la loi spéciale renvoie²⁸⁵. Toutefois, cette convention ne se prononce pas sur le caractère inaliénable ou non des droits moraux. L'interprétation de la Convention à cet égard diverge. Ainsi, selon certains, le caractère aliénable pourrait être déduit du rejet d'une proposition française voulant déclarer l'inaliénabilité des droits moraux.

Par contre, une partie de la doctrine admet l'extension du régime général de la loi sur le droit d'auteur au régime de la loi spéciale²⁸⁶. Par conséquent, les droits moraux des programmeurs disposent des mêmes caractéristiques que celles qui s'attachent aux prérogatives morales des autres créateurs. Une renonciation partielle est dès lors licite dans les limites prévues par la loi générale. Seraient licites les clauses par lesquelles le programmeur renonce globalement à exercer un droit moral à l'égard d'atteintes déjà portées ou les clauses par lesquelles il renonce, même pour l'avenir, à des atteintes préalablement déterminées ou déterminables. Par exemple, le programmeur renonce à décider seul quand le programme est achevé et divulguable à partir du moment où le programme remplit certaines fonctionnalités convenues.

Selon nous, le législateur belge n'a pas souhaité déroger au principe de l'inaliénabilité des droits moraux à l'égard des prérogatives des programmeurs. L'argument de l'aliénabilité du droit moral semble uniquement basé sur une interprétation contestée de la Convention de Berne. En cas de doute sur la volonté du législateur, le régime de la loi générale qui constitue le droit commun en la matière doit, à notre avis, l'emporter. L'assimilation des programmes d'ordinateurs aux œuvres littéraires, prévu par la loi belge va d'ailleurs en ce sens. En tout état de cause, le régime du droit moral de la loi générale est

²⁸⁵ A. STROWEL, E. DERCLAYE, *op. cit.*, p. 212, n° 213 ; A. STROWEL, « La loi belge du 30 juin 1994 sur les programmes d'ordinateur : vers un droit d'auteur *sui generis* ? », *R. I. D. A.*, n° 164, 1995, p. 201 ; C. DOUTRELEPONT, in *Doc. Parl.*, Chambre, s.e., 1992-1993, 1071/6, p. 12.

²⁸⁶ A. PUTTEMANS, *op. cit.*, p. 775 ; F. BRISON et J.-P. TRIAILLE, (1995), p. 143 ; F. DE VISSCHER, B. MICHAUX, *op. cit.*, p. 229, n° 269.

suffisamment souple et équilibré pour être transposé aux programmes d'ordinateur.

C. La renonciation au droit moral et les logiciels libres

177. Selon le modèle du logiciel libre, le développeur cède sous licence l'exercice de l'ensemble de ses droits patrimoniaux. Le développeur conserve néanmoins ses droits moraux.

Les droits moraux peuvent constituer, dès lors, un obstacle pour une pleine utilisation du logiciel distribué sous licence libre. Le développeur pense pouvoir librement modifier le logiciel ainsi distribué alors qu'il reste tenu de respecter les droits moraux des précédents programmeurs.

La cession des droits moraux n'étant pas envisageable, la seule solution juridique est de faire renoncer préalablement l'auteur à l'exercice de ses droits moraux. Cette renonciation peut être insérée dans les licences des logiciels libres.

Deux limites imposées par la loi sont à respecter : la renonciation ne peut être globale et porter sur l'exercice futur du droit. Seules les renonciations qui présentent cumulativement ces deux caractéristiques sont nulles²⁸⁷.

Des aménagements contractuels aux droits moraux sont envisageables. Dans le cadre du développement d'un logiciel par une communauté de programmeurs, le droit de divulgation peut ainsi être modalisé contractuellement ou organisé selon une procédure précise (*supra*, n° 165). Le développeur d'un logiciel renonce partiellement à choisir le moment et la manière dont le logiciel libre sera diffusé.

§ 2. L'abus de droit moral

A. Principe

178. Un droit moral est susceptible d'être exercé abusivement. L'abus de droit est actuellement considéré comme un principe général de droit qui permet de sanctionner l'usage abusif d'un droit²⁸⁸.

²⁸⁷ A. STROWEL, E. DERCLAYE, *op. cit.*, p. 89, n°161; F. DE VISSCHER, B. MICHAUX, *op. cit.*, p. 147, n° 183.

²⁸⁸ C. CARON, *Abus de droit et droit d'auteur*, Collection le droit des affaires, Paris, Litec, 1998.

La théorie de l'abus de droit se base sur une mise en balance des intérêts en présence dans l'exercice de toute liberté ou de tout droit subjectif. Dans son arrêt de principe du 10 septembre 1971, la Cour de cassation retient le critère suivant en matière contractuelle et extra-contractuelle : « ... *l'abus de droit peut résulter de l'exercice d'un droit qui dépasse manifestement les limites de l'exercice normal de ce droit par une personne normalement prudente et diligente* »²⁸⁹.

La doctrine et la jurisprudence ont développé une série de critères particuliers habituellement reconnus et appliqués comme critères de l'abus de droit. Ainsi, abuse de son droit celui qui l'exerce dans l'intention de nuire ou qui l'exerce de la façon la plus dommageable sans avantage particulier, ou lorsque cet exercice cause un préjudice disproportionné par rapport à l'avantage recherché, ou encore lorsque le droit est exercé sans intérêt légitime ou en le détournant de sa finalité²⁹⁰.

En principe, le titulaire d'un droit moral a un intérêt légitime à exercer son droit moral. Cet exercice n'est toutefois pas discrétionnaire et ne peut conduire à un détournement ou un exercice abusif. Il incombe au défendeur de démontrer cet exercice abusif.

Ainsi, un auteur abuse de son droit moral s'il le détourne de sa finalité en vue notamment de s'assurer une rémunération ou des avantages disproportionnés²⁹¹.

B. L'abus de droit moral et les logiciels

179. La question de l'exercice abusif du droit moral dans l'univers informatique est rarement évoquée.

A notre connaissance, différentes explications peuvent être apportées. Dans une logique du logiciel propriétaire, ce sont principalement les droits patrimoniaux qui sont invoqués par le développeur pour des copies du logiciel. On n'a recours aux droits moraux qu'à titre subsidiaire. Cet état de fait est logique dans la mesure où les logiciels sont davantage des œuvres fonctionnelles et que les droits moraux reconnus au programmeur sont limités.

²⁸⁹ Cass, 10 septembre 1971, *R.C.J.B.*, 1976, p. 324, note de P. VAN OMMESLAGHE ; J.-F. ROMAIN, *Théorie critique du principe général de bonne foi en droit privé. Des atteintes à la bonne foi, en général, et de la fraude, en particulier (fraus omnia corrumpit)*, Bruylant, Bruxelles, 2000, p. 896.

²⁹⁰ J.-F. ROMAIN, *Ibid.*, p. 900 ; C. CARON, « France : Les limites externes au droit d'auteur (abus de droit et droits du public) », Journées d'études de l'ALAI 1998, Cambridge, p. 238.

²⁹¹ F. DE VISSCHER, B. MICHAUX, *op. cit.*, p. 149, n° 185 ; A. BERENBOOM, *op. cit.*, p. 139 ; Cass, 10 septembre 1971, *R.C.J.B.*, 1976, p. 324, note de P. VAN OMMESLAGHE ; Prés. Civ. Bruxelles (cess.), 21 février 1997, *A.&M.*, 1997, p. 288.

Toutefois, on pourrait envisager le cas où l'interdiction découlant de l'exercice de son droit moral par l'auteur aurait des conséquences pratiques disproportionnées. Ainsi, selon nous, pourrait être considérée comme abusive la demande d'un auteur de retirer d'un marché déterminé tous les supports du programme sur lesquels son nom n'aurait pas été apposé. Il pourrait néanmoins exiger que son nom figure à l'avenir sur les nouveaux supports du logiciel.

Rappelons que l'existence d'un contrat de droit d'auteur, même s'il ne contient pas de clause de renonciation, influence la possibilité d'exercice des droits moraux. Après avoir conclu un contrat, le développeur ne pourra exercer ses droits moraux de manière discrétionnaire. En effet, en vertu de l'article 1134, alinéa 3, du Code civil, les parties à un contrat sont tenues d'exécuter de bonne foi la convention. Ce principe interdit aux parties d'abuser des prérogatives qu'elles puisent dans le contrat. Toutefois, un titulaire d'un droit peut exercer celui-ci dans son intérêt personnel pour autant que cet exercice ne cause pas à un tiers des avantages disproportionnés²⁹².

C. L'abus de droit moral et les logiciels libres

180. Selon l'économie du logiciel libre, le développeur se dépossède de l'ensemble de ses droits patrimoniaux. En d'autres termes, il permet que son logiciel soit complètement modifié et rend ainsi plus importante la probabilité d'atteinte à ses droits moraux. Ces derniers droits constituent la dernière base légale permettant à l'auteur d'agir à l'encontre du licencié en dehors de l'hypothèse du non respect des termes de la licence.

La tentation sera grande pour lui de se baser sur ses prérogatives morales afin de revendiquer une rémunération ou d'autres avantages commerciaux disproportionnés. La théorie de l'abus de droit constituera un garde-fou précieux pour éviter toute exagération de l'auteur dans l'exercice de ses droits.

L'appréciation de l'existence d'un abus de droit devra se faire en tenant compte de la licence du logiciel libre. L'existence d'une licence restreint de manière significative les droits moraux du programmeur. En effet, le modèle des licences de logiciels libres est d'autoriser une large possibilité de modification, de reproduction ou de distribution. Selon nous, l'exercice des droits moraux en est corollairement réduit. Les cours et tribunaux pourraient dès lors accueillir plus favorablement le moyen tiré de l'abus de droit à l'encontre d'un développeur d'un logiciel libre qui agirait sur la base de ses prérogatives morales.

²⁹² J-L. FAGNART, « L'exécution de bonne foi des conventions : un principe en expansion », *R.C.J.B.*, 1986, p. 316.

CHAPITRE 2 : LE LOGICIEL LIBRE ET LES RÈGLES CONTRACTUELLES GÉNÉRALES EN MATIÈRE DE DROIT D'AUTEUR

Section 1 : Considérations générales

181. La LDA établit un formalisme et une règle d'interprétation en matière de cession de droit d'auteur (art. 3, LDA). En l'absence de règles spécifiques dans la LPO, les conditions de formes exigées par la loi générale sont également applicables dans le domaine des logiciels.

Deux catégories de règles existent en matière contractuelle en droit d'auteur : des règles générales, qui s'appliquent à tous les contrats (art. 3, LDA), et des règles particulières à l'égard de certaines catégories de contrats tels que notamment les contrats d'emploi et les contrats de commande (art. 3, § 3, LDA)²⁹³.

Ces règles contractuelles se veulent protectrices des intérêts de l'auteur considéré habituellement comme la partie faible au contrat. Ces règles sont impératives et entraînent, en principe, la nullité des dispositions ou des conventions qui y seraient contraires²⁹⁴.

Rappelons que le terme « cession » dans la loi belge couvre les différentes formes d'exploitation des droits d'auteur. Ainsi, une cession peut couvrir à la fois une aliénation d'un droit patrimonial ou l'octroi d'une licence de ce même droit (art. 3, § 1^{er}, al. 1, *in fine*).

En outre, ces règles protectrices bénéficient en principe uniquement à l'auteur, en tant que personne physique, qui est le titulaire originaire des droits. En d'autres termes, les titulaires dérivés (cessionnaire, licencié,...) ne peuvent les invoquer à leur avantage.

Cette limite est essentielle en matière de licences de logiciels libres. En effet, le développeur d'un logiciel libre ne pourra exiger le bénéfice de ces règles protectrices que dans le cadre de l'apport au programme dont il est effectivement l'auteur. Les dispositions légales analysées dans ce chapitre ne

²⁹³ Des dispositions spécifiques sont également prévues à l'égard du contrat d'édition (articles 25 à 30 LDA), du contrat de représentation (articles 31 à 32 LDA), et du contrat d'adaptation audiovisuelle (article 17 LDA) ou du contrat de production audiovisuelle (articles 18 à 19 LDA).

²⁹⁴ A. STROWEL, E. DERCLAYE, *op. cit.*, p. 100, n° 109.

s'appliqueront pas si une licence libre est conclue par un cessionnaire de droits qui n'est pas l'auteur de tout ou partie du programme.

Dans le système de licences de logiciel libre, il est fréquent qu'un programmeur endosse le double rôle de licencié et de donneur de licence. En effet, après avoir modifié le logiciel donné en licence, le développeur devient à son tour auteur et, éventuellement, donneur de licence. Ce n'est qu'en tant qu'auteur qu'il bénéficiera du régime protecteur de la loi.

Par ailleurs, soulignons que le droit commun et, en particulier, les règles générales relatives à la formation, à l'interprétation et l'exécution des contrats sont d'application. Outre le principe général de l'exécution de bonne foi des conventions (art. 1134, al. 3, C. civ.), il convient de rappeler que les contrats obligent « *à toutes les suites que l'équité, l'usage ou la loi donnent à l'obligation d'après sa nature* » (art. 1135, C. civ.).

Section 2 : L'écrit à titre probatoire

§ 1. Principe (art. 3. § 1^{er}, al. 2, LDA)

182. La loi dispose qu'« *à l'égard de l'auteur, tous les contrats se prouvent par écrit* » (art., 3 § 1^{er}, al. 2, LDA). Cette condition de l'écrit ne concerne que la preuve de la convention et ne conditionne pas la validité du contrat²⁹⁵. En d'autres termes, le cocontractant d'un auteur doit apporter la preuve par écrit que ce dernier lui a cédé ou consenti en licence ses droits patrimoniaux ainsi que les conditions fixées par le contrat.

L'écrit ne doit pas nécessairement prendre la forme d'un document contractuel (*instrumentum*). D'autres formes peuvent être admises telles qu'un échange de lettres ou de courriels, des conditions générales ou un bon de commande²⁹⁶. Le droit commun des obligations devra néanmoins être respecté pour que l'engagement de l'auteur de céder ses droits soit valable.

Pour mémoire, cette règle de l'écrit ne bénéficie en principe qu'à l'auteur entendu comme la personne physique qui a créé l'œuvre et non le titulaire dérivé des droits. En revanche, l'auteur pourra établir l'existence et le contenu du contrat à l'égard des tiers par toutes voies de droit²⁹⁷.

²⁹⁵ H. VANHEES, « De nieuwe wettelijke regeling inzake auteurscontracten », *R.D.C.B.*, 1995, p. 735 ; F. DE VISSCHER, B. MICHAUX, *op. cit.*, p. 313, n° 393.

²⁹⁶ A. BERENBOOM, *op. cit.*, n° 120 et la jurisprudence citée.

²⁹⁷ F. DE VISSCHER, B. MICHAUX, *op. cit.*, p. 313, n° 393.

La règle de l'écrit probatoire semble écarter toute possibilité d'engagement tacite de la part de l'auteur originaire. Toutefois, un certain assouplissement est admis par les cours et tribunaux avec l'application de la théorie de l'apparence²⁹⁸.

La théorie de l'apparence a été définie comme « *celle en vertu de laquelle la personne qui traite avec une autre sur la base d'une situation apparente, qui ne correspond pas à la situation réelle mais en croyant légitimement que tel est cependant le cas, va pouvoir se prévaloir des effets qu'aurait créé la situation apparente si elle avait été réelle* »²⁹⁹.

Différentes conditions doivent être réunies pour l'application de la théorie de l'apparence³⁰⁰.

La première condition est l'existence d'une situation apparente différente de la situation réelle. La deuxième condition requiert que la création de la situation apparente soit imputable à celui à qui on veut en faire assumer les effets. La troisième est que la victime doit être de bonne foi. En d'autres termes, la victime de l'apparence doit avoir la croyance légitime que la situation apparente correspond à la situation réelle. Une dernière condition, plus controversée, est celle de savoir si l'application de la théorie de l'apparence requiert que le tiers victime subisse un dommage si la situation ostensible ne se voit pas reconnaître un effet réel³⁰¹.

Consacrée par la Cour de cassation, la théorie de l'apparence semble néanmoins difficilement conciliable avec les dispositions du droit d'auteur. Ainsi, l'exigence de l'écrit s'oppose *a priori* à ce qu'une situation apparente puisse produire des effets tels qu'une cession ou une licence de droits.

Cependant, la théorie de l'apparence est une théorie d'application générale qui impose aux titulaires de droits d'auteur d'éviter tout comportement de nature à

²⁹⁸ Cass., 20 juin 1988, *R.C.J.B.*, 1991, note R. KRUTHOF, « La théorie de l'apparence dans une nouvelle phase », p. 51 et s. ; Bruxelles (9^e ch.), 15 février 1996, *A&M.*, 1996, note de M. BUYDENS, « Réflexions sur l'application de la théorie de l'apparence en droit d'auteur », p. 407.

²⁹⁹ P. VAN OMMESLAGHE, « L'apparence comme source autonome d'obligations et le droit belge », *R.D.C.D.I.*, 1983, p. 144 ; C. VERBRUGGEN, « La théorie de l'apparence : quelques acquis et beaucoup d'incertitudes », *Mélanges offerts à Pierre Van Ommeslaghe*, Bruxelles, Bruylant, 2000, p. 301.

³⁰⁰ C. VERBRUGGEN, *op. cit.*, p. 315.

³⁰¹ P.A. FORIERS, « L'apparence, source autonome d'obligations, ou application du principe général de l'exécution de bonne foi », *J.T.*, 1989, p. 541.

créer une situation susceptible de tromper les tiers et à leur causer préjudice³⁰². La création d'apparence peut être fautive si l'auteur n'accepte pas les conséquences de la situation apparente qu'il a contribué à créer en vue de surprendre les tiers³⁰³. Comme le souligne M. BUYDENS, « *le droit des auteurs de ne pas reconnaître les cessions qui ne sont pas constatées par écrit doit céder le pas devant le principe de bonne foi qui s'impose à tous* »³⁰⁴.

L'ensemble des circonstances devront être prises en compte pour déterminer si les conditions de la théorie de l'apparence peuvent être rencontrées (expérience des parties en matière de cession de droits d'auteur, secteur d'activité habituel des parties, légitimité de la croyance de la prétendue victime, durée des relations contractuelles, etc.). L'application de cette théorie de l'apparence sera avant tout une question de fait.

§ 2. *L'écrit à titre probatoire et le logiciel libre*

183. L'exigence de la preuve écrite vaut pour les licences de logiciels libres qui sont des contrats par lesquels un donneur de licence concède des droits patrimoniaux à un licencié. Cette règle n'est d'application que si le donneur de licence est lui-même l'auteur originaire de tout ou partie du logiciel donné sous licence.

Celui ou celle qui prétend bénéficier d'une licence de type « libre », sur un logiciel doit démontrer que son auteur lui a effectivement distribué le logiciel sous ce type de licence. De manière identique, le cocontractant du développeur d'un logiciel libre devra démontrer par écrit l'existence de toute condition particulière liée à l'octroi de la licence. Ainsi, si un logiciel libre est distribué à la fois sous une version gratuite et une version payante, le licencié qui prétend détenir une licence à titre gratuit devra en apporter la preuve par écrit.

Toutes les licences de logiciels libres sont écrites. Certaines licences telles que la B.S.D. sont particulièrement succinctes et sont susceptibles de laisser des zones d'ombre. En cas de litige portant sur des domaines non réglés par la licence, le licencié risque d'éprouver des difficultés à démontrer par écrit les termes de la licence. Le bénéficiaire d'une licence sur un logiciel libre aura

³⁰² Cass., 20 juin 1988, *R.C.J.B.*, 1991, note R. KRUTHOF, « La théorie de l'apparence dans une nouvelle phase », p. 51 et s. ; VAN OMMESLAGHE, *op. cit.*, p. 144 ; M. BUYDENS, « Réflexions sur l'application de la théorie de l'apparence en droit d'auteur », note sous Bruxelles (9^e ch.), 15 février 1996, *A&M.*, 1996, p. 407.

³⁰³ P.A. FORIERS, « L'apparence, source autonome d'obligations, ou application du principe général de l'exécution de bonne foi », *J.T.*, 1989, p. 543.

³⁰⁴ Bruxelles (9^e ch.), 15 février 1996, *A&M.*, 1996, note de M. BUYDENS, « Réflexions sur l'application de la théorie de l'apparence en droit d'auteur », p. 409.

intérêt à prévoir les aménagements contractuels nécessaires pour s'assurer que toutes les formalités légales sont respectées.

Pour combler les éventuelles lacunes des contrats, la théorie de l'apparence pourrait s'appliquer en considérant que l'attitude du donneur de licence crée une situation de fait qui produit des effets juridiques à son encontre. Selon nous, cette théorie pourrait s'appliquer pour certaines modalités pratiques de la licence. Toutefois, la théorie de l'apparence ne peut conduire à ignorer toutes les imprécisions d'une licence au risque d'entrer en contradiction avec le principe de la preuve par écrit à l'égard de l'auteur et le formalisme requis en matière de cession. Une application systématique de la théorie de l'apparence conduirait à notre avis à vider la loi de son sens. Un contrat sera affecté de nullité en tout ou en partie lorsque les lacunes touchent à une partie ou à l'ensemble des modes d'exploitation.

La théorie de l'apparence devra être appliquée en tenant compte de la légitime croyance du bénéficiaire de la licence en l'existence de droits consentis par le donneur de licence.

Section 3 : L'interprétation stricte

§ 1. Principe (art. 3, § 1^{er}, al. 3, LDA)

184. La loi prévoit que les dispositions contractuelles relatives au droit d'auteur et à ses modes d'exploitation sont de stricte interprétation, en faveur de l'auteur originaire.

Selon la jurisprudence, cette règle n'est d'application que si la convention est peu claire ou est sujette à des interprétations divergentes³⁰⁵. Seule la disposition contractuelle ambiguë, ou qui fait naître un doute quant à son contenu véritable, exige une interprétation stricte.

En vertu de l'article 1315 du Code civil, le cessionnaire ou le licencié doit prouver l'étendue des droits qu'il a acquis ou reçus sous forme de licence. En cas de doute sur la portée d'une cession, la règle de l'interprétation stricte privilégiera l'auteur.

³⁰⁵ Cass., 11 mai 1998, *R.W.*, 1998-1999, p. 713 et note H. VANHEES ; Cass., 13 février 1941, *Pas.*, 1942, p. 44 ; Cass., 11 novembre 1943, *Pas.*, 1944, I, p. 49 ; H. VANHEES, « De nieuwe wettelijke regeling inzake auteurscontracten », *R.D.C.B.*, 1995, p. 739, n° 28 ; B. DAUWE, « Overeenkomsten in het oude en in het nieuwe auteursrecht », *Belgisch auteursrecht van oud naar nieuw – Le renouveau du droit d'auteur en Belgique*, Bruylant, 1996, p. 260.

§ 2. *L'interprétation stricte et le logiciel libre*

185. La règle de l'interprétation stricte est d'application en cas de licence d'un logiciel libre en cas de doute sur la portée des termes. Dans ce cas, la licence d'un logiciel libre s'interprétera strictement et en faveur de l'auteur.

Cette règle peut s'avérer utile dans le cadre de logiciels libres car de nombreuses licences contiennent des clauses lacunaires ou des formulations hasardeuses.

Toutefois, le principe de l'interprétation stricte n'est d'aucune utilité à l'égard d'une disposition qui est formulée de manière générale ou absolue³⁰⁶. Ainsi, aucune interprétation n'est nécessaire à l'égard de l'article 1^{er} de la G.P.L. qui prévoit : « *Vous pouvez copier et distribuer des copies verbatim des codes sources du programme comme vous l'avez reçu, selon tous les moyens* ³⁰⁷(...) ». Une telle disposition est néanmoins susceptible d'entrer en contradiction avec les règles d'imposition de mentions légales obligatoires (Section 5).

Section 4 : L'obligation d'exploiter selon les usages honnêtes

§ 1. *Principe (art. 3, § 1^{er}, al. 5, LDA)*

186. La loi belge prévoit que le cessionnaire ou le licencié est tenu d'assurer l'exploitation de l'œuvre conformément aux usages honnêtes de la profession.

L'obligation d'exploiter variera selon l'objet du contrat et le domaine concerné. Selon la doctrine, la notion des « usages honnêtes » fait référence implicitement à la loi du 14 juillet 1991 sur les pratiques de commerce et l'information et la protection du consommateur³⁰⁸. Cette règle impose de prendre en considération à la fois les intérêts de l'auteur mais également les usages du secteur concerné. Ainsi, le refus d'exploitation de certaines parties d'une œuvre peut être justifié sur base des pratiques habituelles d'un secteur particulier (cinéma, publicité, etc.).

Cette règle est impérative et ne peut dès lors être écartée par contrat. Une clause dérogeant à l'obligation d'exploitation pourra être sanctionnée de nullité. L'auteur dispose des moyens de droit commun pour agir à l'encontre de celui

³⁰⁶ H. VANHEES, « De nieuwe wettelijke regeling inzake auteurscontracten », *R.D.C.B.*, 1995, p. 739 et s.

³⁰⁷ Traduction libre.

³⁰⁸ *M.B.* 29 août 1991, p. 5. ; A. STROWEL, E. DERCLAYE, *op. cit.*, p. 114, n° 124 ; F. DE VISSCHER, B. MICHAUX, *op. cit.*, p. 332, n° 414.

qui demeurerait en défaut d'exploiter son œuvre. L'auteur pourrait solliciter l'exécution en nature de son obligation ou demander la résolution du contrat et des éventuels dommages et intérêts³⁰⁹.

§ 2. *L'obligation d'exploiter et le logiciel libre*

187. En matière informatique, l'obligation d'exploiter ne joue pas un rôle prépondérant. En raison de leur but fonctionnel, rares seront les logiciels qui ne seront pas exploités conformément aux usages honnêtes. Toutefois, à l'encontre d'un éditeur de logiciel qui demeurerait en défaut de publier et diffuser un logiciel, un auteur pourrait solliciter l'exécution en nature de l'obligation pesant sur lui ou, à défaut, la résolution du contrat à ses torts³¹⁰.

En ce qui concerne le domaine du logiciel libre, l'exploitation conformément aux usages honnêtes n'est pas aisée à définir. En effet, la variété des usages et des types de licences ne permet pas d'établir des pratiques acceptées dans ce secteur.

Un donneur de licence d'un logiciel libre souhaite une exploitation du logiciel sans toutefois l'exiger comme une contrepartie de la cession de ses droits sur son œuvre. Cette exploitation comportera parfois l'obligation de conserver le caractère libre de la licence. Dans cette hypothèse, il incombera à l'utilisateur de veiller à conserver ce caractère libre par tous les moyens sous peine non seulement de ne pas tenir compte des termes de la licence mais également de ne pas respecter son obligation d'exploiter selon les usages honnêtes.

Par ailleurs, la non exploitation d'un logiciel sous licence libre pourrait être considérée comme un usage honnête. Les pratiques du secteur du logiciel libre sont étrangères à toute idée d'obligation d'exploiter le logiciel donné sous licence.

Section 5 : Les mentions obligatoires

§ 1. *Principe (art. 3, § 1^{er}, al. 4, LDA)*

³⁰⁹ Pour mémoire, cette règle ne bénéficie qu'à l'auteur originaire et non aux titulaires dérivés. Aucune obligation d'exploitation ne s'impose dans les contrats conclus ultérieurement où l'auteur n'est pas partie.

³¹⁰ A. BERENBOOM, *op. cit.*, n° 129; A. STROWEL, E. DERCLAYE, *op. cit.*, p. 114, n° 124.

188. La loi prévoit que « *pour chaque mode d'exploitation, la rémunération de l'auteur, l'étendue et la durée de la cession doivent être déterminées expressément* ». Cette règle de forme ne bénéficie en principe qu'à l'auteur et non au cessionnaire ou au licencié.

Ce formalisme permet à l'auteur de mesurer l'étendue des droits qu'il cède et de lui assurer une rémunération pour chaque mode d'exploitation. Cette clause tend à garantir l'information de l'auteur et la possibilité de négocier avec le cocontractant les conditions de la cession de manière transparente.

La loi détermine les éléments qui doivent expressément figurer dans les contrats d'exploitation. Ainsi, les mentions exigées par la loi sont au nombre de quatre : la mention du mode d'exploitation visé, la rémunération de l'auteur, l'étendue et la durée de la cession.

A. Modes d'exploitation

189. La notion de « mode d'exploitation » n'est pas définie par la loi. Le niveau de précision requis dans la mention du mode d'exploitation est controversé. Les travaux préparatoires de la loi précisent qu'« *il n'est cependant pas nécessaire que chaque mode distinct d'exploitation soit spécifié de manière détaillée* »³¹¹.

La doctrine admet généralement que chaque droit patrimonial, tel que prévu par la loi, doit être mentionné (droit de reproduction, droit de communication au public, droits de traduction et d'adaptation, droits de location et/ou de prêt)³¹². En outre, un degré de précision supplémentaire est généralement requis quant au type de support (livre, cd-rom, disque, etc.) ou quant à la nature de l'exploitation (adaptation graphique ou musicale, audiovisuelle, etc.). En réalité, le niveau de précision dans la description du mode d'exploitation dépendra du secteur, du type d'œuvre et des usages professionnels concernés³¹³.

B. Rémunération

³¹¹ Selon les travaux préparatoires, la notion de forme d'exploitation renvoie à celle d'une technique alors que celle de « mode d'exploitation » relève de la notion d'acte d'exploitation au sens large. Rapport DE CLERCK, *op. cit.*, p. 120. Voy. également : F. DE VISSCHER, B. MICHAUX, *op. cit.*, p. 321, n° 401.

³¹² F. DE VISSCHER, B. MICHAUX, *op. cit.*, p. 321, n° 401; A. BERENBOOM, *op. cit.*, n° 122; A. STROWEL, E. DERCLAYE, *op. cit.*, p. 113.

³¹³ F. DE VISSCHER, B. MICHAUX, *op. cit.*, p. 323, n° 401, *in fine*; A. BERENBOOM, *op. cit.*, n° 122, *in fine*; A. STROWEL, E. DERCLAYE, *op. cit.*, p. 109, n° 119.

190. La rémunération peut être forfaitaire ou fixée proportionnellement selon chaque mode d'exploitation³¹⁴. Il peut s'agir d'un montant unique et global pour l'ensemble des modes d'exploitation pour autant que cela soit clairement indiqué dans la convention³¹⁵. Enfin, rien n'empêche les parties de fixer une rémunération nulle dans le contrat³¹⁶.

C. Etendue géographique

191. L'étendue vise les territoires géographiques sur lesquels la licence est concédée. Ainsi, les parties peuvent valablement convenir que l'étendue géographique vise « tous pays » ou « le monde entier »³¹⁷.

D. Durée

192. La durée peut être fixée librement par les parties à condition qu'elle soit dûment précisée dans le contrat. Cette durée conventionnelle peut concerner indistinctement l'ensemble des modes d'exploitation³¹⁸. Les parties peuvent valablement convenir d'une durée illimitée ou égale à la durée de la propriété intellectuelle (en principe 70 ans après le décès de l'auteur).

E. Sanction en cas de défaut d'une mention

193. La loi ne prévoit expressément aucune sanction en cas de défaut d'une des mentions dans le contrat³¹⁹.

En principe, la clause sera nulle dans la mesure où elle ne respecte pas une règle impérative prévue par le législateur en faveur de l'auteur. Si une des mentions est absente pour un mode d'exploitation déterminé, la cession pour ce mode déterminé sera réputée ne pas avoir eu lieu. En pratique, les différentes mentions exigées deviennent des règles de validité³²⁰.

³¹⁴ F. DE VISSCHER, B. MICHAUX, *op. cit.*, p. 323, n° 402; A. STROWEL, E. DERCLAYE, *op. cit.*, p. 111, A. BERENBOOM, *op. cit.*, n° 123.

³¹⁵ A. BERENBOOM, *op. cit.*, n° 123.

³¹⁶ A. STROWEL, E. DERCLAYE, *op. cit.*, p. 111.

³¹⁷ F. DE VISSCHER, B. MICHAUX, *op. cit.*, p. 324, n° 403; A. STROWEL, E. DERCLAYE, *op. cit.*, p. 111; A. BERENBOOM, *op. cit.*, n° 124.

³¹⁸ F. DE VISSCHER, B. MICHAUX, *op. cit.*, p. 324, n° 404 ; A. STROWEL, E. DERCLAYE, *op. cit.*, p. 111; A. BERENBOOM, *op. cit.*, n° 124.

³¹⁹ La mention manquante peut être déduite des autres mentions du contrat.

³²⁰ F. DE VISSCHER, B. MICHAUX, *op. cit.*, p. 324, n° 400.

La nullité portera sur l'ensemble du contrat si le mode d'exploitation concerné est un élément essentiel ou déterminant du contrat. En revanche, la nullité sera partielle si le non-respect de la règle des mentions obligatoires est circonscrit à un mode d'exploitation déterminé sans porter atteinte à l'essence même du contrat³²¹.

Une partie de la doctrine adopte une position plus nuancée en distinguant le défaut d'un mode d'exploitation et le défaut d'une mention relative à un mode d'exploitation (durée, étendue et rémunération de l'auteur)³²². La sanction applicable est susceptible de varier selon le type de lacune.

Un mode d'exploitation non mentionné sera écarté du champ de la cession en vertu de l'application de l'interprétation stricte. En revanche, l'absence d'une mention susmentionnée relative à un mode d'exploitation ne pourra conduire à écarter un mode d'exploitation qu'en cas de doute sur la volonté des parties d'avoir voulu effectivement écarter ce mode d'exploitation. Les autres clauses du contrat et tout autre document entourant le contrat aideront à déterminer la volonté des parties. Selon nous, cette application modulée des sanctions semble davantage respectueuse de la volonté des parties, tout en respectant le prescrit de la loi.

§ 2. *Les mentions obligatoires et le logiciel libre*

194. Examinons comment les exigences de forme requises par la loi sont prises en compte dans les licences de logiciels libres.

A. Modes d'exploitation

195. La plupart des licences de logiciels libres indiquent, avec plus ou moins de précision, les droits patrimoniaux que l'auteur entend donner en licence.

La G.P.L. autorise la copie, la modification (incluant la traduction) ainsi que la distribution du logiciel libre (articles 0, 1 et 2 G.P.L.) mais exclut tout autre mode d'exploitation (article 0, al. 2).

La B.S.D. permet également la modification, la distribution et l'utilisation du logiciel.

³²¹ A. STROWEL, B. STROWEL, « La nouvelle législation sur le droit d'auteur », *J.T.*, 1995, p. 128, n° 46, *in fine*; B. DAUWE, *op. cit.*, p. 260-261.

³²² A. STROWEL, E. DERCLAYE, *op. cit.*, p. 112-113, n° 122.

Les licences les plus complètes sont l'O.S.L. et la Q.P.L. La première autorise explicitement la reproduction, la réalisation d'œuvres dérivées, la distribution de l'œuvre originale, l'exécution et la communication de l'œuvre au public (article 1 O.S.L.). La seconde consacre une section, intitulée « granted rights », qui décrit l'ensemble des droits consentis par le donneur de licence de manière détaillée (articles 1 à 6 Q.P.L.). Ces licences octroient des droits souvent de manière générale. On pourrait considérer que le degré de précision requis n'est pas toujours atteint. Certaines licences omettent notamment de mentionner les supports, la nature du mode d'exploitation cédé ou le type d'utilisation autorisée.

Rappelons néanmoins que la description du mode d'exploitation doit être appréciée selon le secteur, le type d'œuvre et les usages de la profession concernée.

En vertu de l'article 1156 du Code civil, il convient toujours de se référer à l'intention commune des parties pour apprécier l'étendue de la cession de droits. En cas de doute sur l'intention des parties, le principe de l'interprétation stricte jouera.

Le programmeur qui distribue son logiciel sous une licence libre vise à permettre une exploitation étendue du logiciel par le bénéficiaire de la licence. La formulation large des clauses est justifiée par la volonté du programmeur originaire qui n'entend pas s'embarrasser d'une description de tous les modes d'exploitation. Une interprétation conforme à la volonté des parties pourrait conduire à une appréciation souple de l'obligation légale de mentionner les mode d'exploitation en matière de logiciels libres. Toutefois, admettre une cession en des termes trop généraux conduirait à autoriser ce que la LDA vise précisément à empêcher.

B. Rémunération

196. A l'exception de la licence O.S.L., aucune des licences ne contient une clause spécifiquement consacrée à la rémunération de l'auteur.

Dans son préambule, la G.P.L. rappelle néanmoins qu'en anglais, le terme « free » se rapporte à libre et non pas à « gratuit » et, par conséquent, le service de distribution du logiciel peut être payant (Préambule G.P.L.). La G.P.L. traite à l'article 11 de l'exonération de responsabilité du programmeur à l'égard d'un éventuel défaut présent du logiciel. Cette exonération est justifiée par le fait que la licence est gratuite (« free of charge ») (article 11 G.P.L.). Cette contradiction de la G.P.L. fait naître une certaine confusion sur le caractère gratuit ou non de cette licence.

Par ailleurs, sur le site web de distribution de la G.P.L., les concepteurs prévoient que la distribution des copies peut être payante. Il s'agit, à notre avis, davantage d'un paiement relatif à la vente de la copie « matérielle » d'un exemplaire du logiciel que d'une rémunération pour la cession d'éventuels droits d'auteur³²³.

L'O.S.L. prévoit que la licence est octroyée libre de toute rémunération (« royalty-free ») à condition que toute sous-licence soit également octroyée à titre gratuit (article 1 O.S.L.).

C. Etendue géographique

197. Mise à part l'O.S.L., aucune référence n'est faite quant à l'étendue géographique de l'exploitation conférée dans les licences. L'O.S.L. prévoit que les droits sont consentis pour le monde entier (« worldwide ») (article 1 O.S.L.).

D. Durée

198. Les licences de logiciels libres reprises dans notre analyse ne mentionnent aucune durée à l'exception de l'O.S.L. qui prévoit une durée perpétuelle (article 1 O.S.L.).

E. Sanction en cas de défaut d'une mention

199. La majorité des licences présente des lacunes ou des approximations par rapport au formalisme exigé par la loi en matière de cession de droit d'auteur. Seule l'*Open Software License* fait figure d'exception notable en reprenant l'ensemble des exigences légales. L'absence de mentions dans les autres licences résulte sans doute de la forte influence du droit américain lors de la rédaction des licences. En outre, ces licences ont été plus souvent rédigées par des informaticiens que par des juristes.

Quelle est la sanction de ces lacunes dans les différentes licences ?

En principe, la licence pourrait être affectée de nullité car ces lacunes formelles touchent à tous les modes d'exploitation. Cette nullité sera toutefois la solution extrême qui ne sera choisie qu'en cas d'impossibilité de pouvoir déterminer la rémunération, l'étendue géographique ou la durée sur d'autres bases. D'autres

³²³ Voyez le site des concepteurs de la G.P.L. : <http://www.gnu.org/philosophy/selling.fr.html>.

clauses ainsi que les documents entourant le contrat pourront éventuellement aider à rechercher l'intention des parties et combler les lacunes des licences. Ainsi, la durée de la licence pourra notamment être déduite de la durée du contrat dans son ensemble.

En l'absence de tout moyen pour déterminer les mentions légales, les licences de logiciels libres risquent de se voir annulées. Le risque demeure sans doute théorique car la nullité demeure relative ce qui implique que seul l'auteur puisse l'invoquer. Or, l'auteur hésitera à l'invoquer en pratique car cela conduit à l'illégalité de son logiciel. En effet, il n'était autorisé à reprendre l'œuvre antérieure que dans le respect des conditions de la licence libre. Si cette dernière est nulle, il n'a plus d'autorisation et son œuvre dérivée ne pourra plus être exploitée.

De manière générale, les licences analysées devraient à notre avis être révisées pour inclure les mentions précitées. Ainsi, les différents modes d'exploitation pourraient être mentionnés de manière plus exhaustive et les licences devraient indiquer, par défaut, que les cessions sont gratuites, perpétuelles et valables pour le monde entier. Tels semblent être la volonté et l'esprit des rédacteurs de la majorité des licences. Les parties resteraient évidemment libres de fixer d'autres dispositions contractuelles.

Section 6 : Les formes d'exploitation encore inconnues

§ 1. Principe (art. 3, § 1^{er}, al. 6, LDA)

200. La loi énonce que « *la cession des droits concernant des formes d'exploitation encore inconnues est nulle* ». La *ratio legis* de cette disposition est d'empêcher qu'un auteur puisse s'engager contractuellement à propos de formes d'exploitation de son œuvre dont il ignore l'existence au moment de la signature du contrat. Cette clause permet d'assurer une rémunération de l'auteur pour des exploitations de l'œuvre qu'il ne peut raisonnablement connaître lors de la conclusion du contrat. Il s'agit d'une appréciation objective du caractère inconnu du point de vue du public en général³²⁴.

Une forme nouvelle d'exploitation nécessitera une autorisation supplémentaire de l'auteur et permettra à ce dernier de (re)négocier les conditions de son contrat initial ou de conclure un nouveau contrat.

³²⁴ F. DE VISSCHER, B. MICHAUX, *op. cit.*, p. 327, n° 406.

Toutefois, certains auteurs estiment qu'une cession relative à une forme d'exploitation inconnue est valable si elle est implicitement contenue dans un des modes d'exploitation prévu par le contrat. Ainsi, un contrat d'édition musicale qui autorise la production de disques de manière analogique permet également d'éditer des disques en mode numérique³²⁵. En revanche, toute forme d'exploitation qui n'est pas raisonnablement incluse dans un des modes d'exploitation ne pourra être cédée par l'auteur. Il convient de ne pas aller au-delà de ce que l'auteur entendait céder au moment de la conclusion du contrat. Ainsi, un contrat d'édition musicale qui prévoit la distribution de musique sous forme de disques ne comprend pas la distribution de musique par Internet.

Cette interprétation nous paraît complexe à mettre en œuvre et discutable en matière de droit d'auteur. La distinction entre une forme d'exploitation incluse ou non dans un autre mode d'exploitation relèvera souvent d'une appréciation délicate et subjective qui risque d'être défavorable à l'auteur. En outre, il convient de rappeler la règle de l'interprétation stricte qui privilégie l'intérêt de l'auteur. Or, considérer qu'une forme d'exploitation est implicitement contenue dans un mode d'exploitation constitue une interprétation en faveur du cocontractant de l'auteur et non de ce dernier. Sous peine de vider l'obligation légale de sa substance, il convient de se tenir à la règle de la nullité de toute forme d'exploitation encore inconnue.

§ 2. *Les formes d'exploitation encore inconnues et le logiciel libre*

201. Les licences de logiciels libres ne peuvent concerner que des formes d'exploitation qui sont connues au moment où le programmeur distribue son logiciel sous licence.

Les licences de logiciels libres analysées ne contiennent aucune disposition expresse quant aux formes d'exploitation encore inconnues des logiciels. La formulation large des clauses de cession de certaines licences libres pourrait être interprétée comme octroyant des droits sur des formes d'exploitation encore inconnues.

Cependant, en application de la règle précitée conjuguée avec le principe de l'interprétation stricte, seuls les modes d'exploitation mentionnés dans le contrat de licence sont à notre avis effectivement cédés.

L'article 9 de la G.P.L. permet à la *Free Software Foundation* de publier des versions nouvelles ou modifiées de la licence. En principe, chaque version de la G.P.L. est identifiée par un numéro. Les parties sont libres de choisir leur propre

³²⁵ F. DE VISSCHER, B. MICHAUX, *op. cit.*, p. 326, n° 405.

version de G.P.L. Si la version de la G.P.L. n'est pas précisée, le bénéficiaire de la licence est libre de décider quelle version de la licence s'applique au programme.

Ce choix unilatéral réservé au bénéficiaire est non seulement discutable, au niveau notamment du consentement des parties, mais semble également être en contradiction avec la loi sur le droit d'auteur. En effet, le bénéficiaire de la licence est susceptible de choisir une version de la G.P.L. postérieure à celle où le logiciel a été distribué. Si cette nouvelle version de la G.P.L. comprend des formes d'exploitation encore inconnues au temps de la distribution, le donneur de licence se verra imposer une licence qui comprend une forme d'exploitation dont il ignorait l'existence au moment de la distribution de son logiciel. En application de la loi, cette cession sur une forme d'exploitation inconnue du logiciel serait nulle³²⁶.

Section 7 : La cession de droits sur des œuvres futures

§ 1. Principe (art. 3, § 1^{er}, al. 5, LDA)

202. La loi prévoit que « *la cession des droits patrimoniaux relatifs à des œuvres futures n'est valable que pour un temps limité et pour autant que les genres des œuvres sur lesquelles porte la cession soient déterminés* ».

Cette règle autorise la cession des droits sur une œuvre future pourvu qu'elle soit consentie pour une période déterminée ou déterminable et que le « genre » de l'œuvre soit également précisé.

³²⁶ A. METZGER et T. JAEGER, *op. cit.*, p. 67 et 68.

§ 2. *La cession de droits sur des œuvres futures et le logiciel libre*

203. Le bénéficiaire d'une licence de logiciel libre s'engage à céder ses droits sur les modifications qu'il apporterait à l'œuvre en cas de distribution de la version modifiée du programme.

C. CARON soutient que les licences de logiciels libres réalisent dès lors une cession illicite de droits sur une œuvre future dans le chef du licencié³²⁷. En effet, le licencié renoncerait anticipativement à exercer ses droits patrimoniaux sur l'œuvre dérivée constituée du logiciel donné sous licence et de ses modifications originales.

Le licencié ne s'engage, à notre avis, à céder ses droits sur ses modifications que dans l'hypothèse où il souhaite distribuer la version modifiée du logiciel. Le programmeur conserve ses droits pour toute autre utilisation indépendante de ses modifications. Par exemple, il pourra distribuer sous licence propriétaire et de manière séparée un fichier qui ajoute une fonctionnalité supplémentaire au logiciel (appelé en anglais « patch »)³²⁸.

La modification du logiciel peut être comparée à l'adaptation d'une œuvre littéraire. L'auteur de l'adaptation ne peut exploiter l'œuvre ainsi adaptée (« œuvre dérivée ») sans le consentement de l'auteur originaire. De la même façon, le programmeur ne pourra distribuer la version modifiée du logiciel sans le consentement du programmeur originaire. Or, ce dernier exige pour toute exploitation que le programmeur cède ses droits sous licence libre.

Selon nous, le programmeur ne cède pas ses droits concernant des œuvres futures mais doit uniquement respecter la volonté de l'auteur originaire du logiciel.

³²⁷ C. CARON, *op. cit.*, p. 1558, n° 8.

³²⁸ L'article 2 al. 2 de la G.P.L. le précise expressément : « If identifiable sections of that work are not derived from the Program, and can be reasonably considered independent and separate works in themselves, then this License, and its terms, do not apply to those sections when you distribute them as separate works. But when you distribute the same sections as part of a whole which is a work based on the Program, the distribution of the whole must be on the terms of this License, whose permissions for other licensees extend to the entire whole, and thus to each and every part regardless of who wrote it ».

Section 8 : Le contrat d'emploi

§ 1. Principe (art. 3, LPO)

204. La LPO instaure un régime dérogatoire à LDA en prévoyant que « *seul l'employeur est présumé cessionnaire des droits patrimoniaux relatifs aux programmes d'ordinateur créés par un ou plusieurs employés ou agents dans l'exercice de leurs fonctions ou d'après les instructions de leur employeur* ». Par conséquent, un employé est présumé céder ses droits patrimoniaux sur le logiciel à son employeur lorsque le logiciel est développé dans l'exercice de ses fonctions ou d'après les instructions de son employeur. Il s'agit d'une présomption simple qui ne s'exerce qu'à l'égard des droits patrimoniaux³²⁹.

Un contrat d'emploi en matière de programmes d'ordinateur ne sera pas soumis aux conditions de validité prévues pour un contrat d'emploi classique qui oblige que la cession soit expressément mentionnée dans le contrat³³⁰.

§ 2. Le contrat d'emploi et le logiciel libre

205. Dans le cadre d'un contrat de travail dont l'objet est le développement d'un programme d'ordinateur, un employé-programmeur ne pourra distribuer le logiciel qu'il a créé via une licence de logiciel libre. En effet, en application de la présomption légale de cession, l'employeur bénéficiera des droits patrimoniaux sur le logiciel réalisé par l'employé dans l'exercice de ses fonctions. Notons que le logiciel libre développé par un employé pour son employeur en dehors de ses heures de travail ou à son domicile est également susceptible d'être considéré comme conçu dans l'exercice des fonctions³³¹.

Un employeur bénéficiera également de la présomption légale si son employé participe à la réalisation d'un logiciel libre en suivant une mission qui lui a expressément été confiée. Tel est le cas du comptable qui concourt à la réalisation d'un logiciel libre de comptabilité sans être informaticien ou sans avoir un contrat de travail dont l'objet est la réalisation d'un logiciel.

Dans ces hypothèses, l'employé ne dispose plus de droits sur le logiciel développé. Par conséquent, il ne pourra ensuite céder ses droits sous licence qu'elle soit propriétaire ou libre. Rappelons que la présomption de cession ne

³²⁹ F. DE VISSCHER, B. MICHAUX, *op. cit.*, p. 320-321, n° 255-256.

³³⁰ A. STROWEL, E. DERCLAYE, *op. cit.*, p. 207, n° 232 ; F. BRISON, J.-P. TRIAILLE, *op. cit.*, p. 141.

³³¹ A. STROWEL, E. DERCLAYE, *op. cit.*, p. 208, n° 234.

concerne que les droits patrimoniaux et non les droits moraux. En d'autres termes, l'employé qui a développé un logiciel, distribué sous licence libre ou propriétaire, conservera ses droits moraux.

En revanche, l'employeur garde la possibilité de distribuer le logiciel via la licence qu'il juge la plus appropriée. Ainsi, une société peut privilégier une licence de logiciel libre pour permettre à ses clients d'avoir accès aux codes sources des logiciels et les modifier pour les adapter à leurs besoins. Rappelons qu'en principe, un employeur ne pourra bénéficier du formalisme et des règles d'interprétation prévues en faveur de l'auteur originaire.

Section 9 : Le contrat de commande

§ 1. Principe (art. 3, § 3, al. 2 et 3, LDA)

206. En l'absence de disposition dans la LPO, le régime général de la LDA prévoit que « *les droits patrimoniaux peuvent être cédés à celui qui a passé la commande pour autant que l'activité de ce dernier relève de l'industrie non culturelle ou de la publicité, que l'œuvre soit destinée à cette activité et que la cession des droits soit expressément prévue* ».

En d'autres termes, celui qui passe commande d'une œuvre à un auteur pourra bénéficier des droits patrimoniaux sur l'œuvre à trois conditions :

- 1) La cession est expressément prévue dans le contrat
- 2) L'activité de celui qui passe la commande relève de l'industrie non culturelle ou de la publicité
- 3) L'œuvre est destinée à cette activité.

Le législateur n'a pas défini ce qu'il faut entendre par « industrie non culturelle ». Le caractère culturel ou non d'un programme d'ordinateur dépendra de l'utilisation qui en est faite. Un programme d'ordinateur est susceptible de relever de l'industrie culturelle (jeux vidéo) et relever de l'industrie non culturelle (logiciel de comptabilité). Il conviendra en général d'apprécier l'activité à laquelle est destiné le logiciel qui fait l'objet du contrat de commande. Ainsi, la commande d'un site web présentant les activités d'une maison d'édition ne suffit pas à lui conférer un caractère culturel³³².

La création réalisée en exécution d'un contrat de commande bénéficie d'un régime de formalités assoupli. Le contrat ne doit pas mentionner les modes

³³² Civ. Bruxelles (8^{ème} ch.), 23 juin 2003, A.&M., 2003, p. 385 note F. BRISON.

d'exploitation et peut concerner des œuvres futures. En outre, celui qui passe la commande ne doit pas s'engager à exploiter l'œuvre. En revanche, la cession doit faire l'objet d'un écrit et sera interprétée strictement. Une clause permettant une exploitation sous une forme inconnue est valable si elle est expressément prévue et qu'une participation au profit est stipulée.

§ 2. *Le contrat de commande et le logiciel libre*

207. Si les formes légales du contrat de commande d'un logiciel sont respectées, le programmeur peut céder ses droits ou les donner sous licence à celui qui a passé la commande. En tant que titulaire des droits, ce dernier disposera du choix de distribuer le logiciel sous forme libre ou non.

En principe, la règle de la mention expresse de la cession dans le contrat devrait suffire à attirer l'attention du programmeur sur le transfert de droits opéré par le contrat de commande.

Un programmeur qui souhaite que le logiciel soit « libre » devra négocier avec son cocontractant que la licence libre soit utilisée en cas de diffusion ou distribution du logiciel. Le contrat de commande pourra prévoir que le programme commandé soit distribué sous licence libre. Celui qui passe la commande aura le choix de conserver le logiciel pour son usage privé ou interne et, en cas de diffusion à des tiers, sera tenu d'opter pour une licence libre.

En pratique, le programmeur disposera d'une marge réduite de négociation par rapport à son cocontractant qui, en tant que commanditaire, financera le développement du logiciel et sera en mesure d'imposer son mode de distribution.

CONCLUSION

208. Le génie des licences des logiciels libres est de s'appuyer sur le droit d'auteur afin de permettre à l'utilisateur un large champ d'utilisation du logiciel. Ces licences opèrent un renversement du droit d'auteur en autorisant l'accès au code source ainsi que la libre modification et reproduction du logiciel.

En réalité, cette cession ou mise sous licence des droits ne concerne que les droits patrimoniaux des développeurs. En effet, en vertu du principe d'inaliénabilité des droits moraux, l'auteur d'un logiciel libre conserve ses droits moraux en dépit de tout contrat de cession ou de licence.

Dans les contrats analysés, un souci du respect des droits moraux du programmeur se reflète tantôt de manière explicite (droit de paternité), tantôt de manière plus diffuse (droit à l'intégrité). En revanche, le droit de divulgation, certes plus controversé en matière de logiciel, n'est pratiquement jamais pris en compte dans les licences. En règle générale, ces licences gagneraient à une plus grande clarté et précision dans leur formulation afin de rappeler l'existence et la particularité des droits moraux. Selon nous, une renonciation partielle aux droits moraux, dans le respect de la loi sur le droit d'auteur, pourrait être également envisagée et serait de nature à respecter la logique du logiciel libre.

Enfin, les licences de logiciels libres doivent, comme tous les contrats, respecter les exigences de formes prescrites par la loi sur le droit d'auteur. Ainsi, le caractère lacunaire ou imprécis des licences est théoriquement susceptible de les affecter de nullité en tout ou partie. En principe, ces conditions de forme se veulent protectrices de l'auteur dans ses relations contractuelles. Or, dans le contexte du logiciel libre, ce formalisme semble paradoxalement devenir un obstacle au développeur qui souhaite céder ses droits de manière la plus étendue possible.

Prendre le droit d'auteur comme base légale pour les licences de logiciels libres implique néanmoins de tenir compte des contraintes particulières posées par ce régime légal. Par conséquent, le choix de bénéficier des modalités offertes par le droit d'auteur doit s'accompagner du respect des spécificités des droits moraux et des exigences légales en matière de cession des droits. A défaut, le modèle du libre risque de rester du domaine de l'utopie, juridique à tout le moins.