

Licence GPLv3 et aspects de droit privé

The GPLv3 and private law considerations

Grégoire JOCQUEL
Avocat au barreau de Paris
Cabinet Gilles Vercken
gj@gillesvercken.com

Délimitation de l'analyse aux aspects de droit des obligations

Problématiques étudiées : loi applicable, qualification juridique de la licence,

échange des consentements, durée, transmission des obligations, résiliation.

Problématiques non étudiées : responsabilités et garanties (*cf.* intervention

Sandrine Rambaud)

Approche classique :

XI. Détermination de la loi du contrat

XII. Formation du contrat

XIII. Exécution du contrat

XIV. Extinction du contrat

II. Détermination de la loi du contrat

Application de la Convention de Rome sur la loi applicable aux obligations contractuelles du 19 juin 1980 :

- Choix des parties (art. 3) ;
- A défaut, loi du pays avec lequel le contrat présente les liens les plus étroits (art. 4) ;
- En présence de cocontractants consommateurs (au sens d'étranger à l'activité professionnelle), loi du pays de résidence du consommateur (art. 5).

II. Détermination de la loi du contrat (suite)

Les rédacteurs de la GPLv3 n'ont pas souhaité la rattacher à une loi particulière :

- Absence de désignation expresse de la loi applicable ;
- Absence de désignation implicite de la loi applicable :
 - Volonté d'internationalisation du vocabulaire employé par rapport à la GPLv2 rédigée en contemplation du droit américain (*cf.* intervention Ciaran O'Riordan). Ex : « transférer » (*to convey*) à la place de « distribuer » (*to distribute*) ;
 - Introduction de définitions des termes principaux (art. 0) ;
 - Emploi des termes « ou équivalents » lorsque des notions propres au droit américain sont citées (*fair use or other equivalent*, art. 2).

- **Détermination de la loi du contrat (suite)**

A défaut de détermination de la loi applicable dans le contrat, l'article 4 de la Convention de Rome présume que « *le contrat présente les liens les plus étroits avec le pays où la partie qui doit **fournir la prestation caractéristique** a, au moment de la conclusion du contrat, sa résidence habituelle ou, s'il s'agit d'une société, association ou personne morale, son administration centrale. [...] »*

Pour les auteurs du rapport à la Commission européenne sur l'EUPL, la prestation caractéristique d'un contrat de licence de logiciel libre est la concession des droits. **Elle pèserait donc sur le donneur de licence.**

Pour d'autres auteurs (C. Rojinsky, V. Grynbaum), la prestation caractéristique réside dans l'obligation de modifier et/ou de transmettre le logiciel d'origine ou modifié dans les conditions de la licence libre. **Elle pèserait alors sur le licencié.**

La détermination de la loi applicable à la GPLv3 devra se faire au cas par cas.

- **Détermination de la loi du contrat (suite et fin)**

En cas de fourniture de biens ou de services à un consommateur, l'article 5 de la Convention de Rome dispose que « *[les] contrats sont régis par la loi du pays dans lequel le consommateur a sa résidence habituelle sauf si les parties en décident autrement.* »

L'article 7 de la Convention dispose enfin que « *lors de l'application, en vertu de la présente convention, de la loi d'un pays déterminé, **il pourra être donné effet aux dispositions impératives de la loi d'un autre pays avec lequel la situation présente un lien étroit**, si et dans la mesure où, selon le droit de ce dernier pays, ces dispositions sont applicables quelle que soit la loi régissant le contrat.* »

Il conviendra de prendre en considération l'application d'éventuelles lois de police, notamment en ce qui concerne la protection des consommateurs ou le respect du droit moral de l'auteur.

II. Formation du contrat

A titre liminaire, sur la qualification de la GPLv3 avant son acceptation.

Tant qu'elle n'a pas été acceptée, la GPLv3 n'est en principe par un contrat, mais une **offre de contracter**.

Dans la mesure où elle ne comporte aucun délai d'acceptation, elle devrait être juridiquement **révocable à tout moment** en dépit de l'irrévocabilité proclamée à l'article 2 (et sauf à ce que l'offre ait été proposée à une personne déterminée, laquelle devrait alors disposer d'un délai d'examen raisonnable – au contraire du droit anglais, plus pragmatique).

Cette faculté de révocation de l'offre est en réalité illusoire passée la première transmission du logiciel par le licencié dans la mesure où le donneur de licence est alors obligé d'automatiquement accorder une licence à chaque destinataire ultérieur (art. 10).

II. Formation du contrat (suite)

L'acceptation de la GPLv3

L'acceptation de la GPLv3 ne diffère pas de celle de la GPLv2 en ce qu'elle est basée sur l'exercice des droits concédés par la licence, et impossibles à effectuer autrement sauf à violer le monopole du donneur de licence.

L'article 9 stipule : « *you are not required to accept this License in order to receive or run a copy of the Program. Ancillary propagation of a covered work occurring solely as a consequence of using peer-to-peer transmission to receive a copy likewise does not require acceptance. However, **nothing other than this License grants you permission to propagate or modify any covered work.** These actions infringe copyright if you do not accept this License. Therefore, by modifying or propagating a covered work, you indicate your acceptance of this License to do so.* »

II. Formation du contrat (suite)

L'acceptation de la GPLv3 (suite)

L'acceptation de la GPLv3 n'est donc pas une acceptation tacite mais une **acceptation implicite**, résultant d'un **acte positif** d'exécution du contrat (transférer ou modifier le logiciel).

Ce type d'acceptation est admis par la jurisprudence française (ex. : Cass. com., 25 juin 1991 : « *cette société avait **accepté la clause** [...] **par l'exécution du contrat** en connaissance de cause, peu important l'absence de signature de ce contrat* »).

II. Formation du contrat (suite)

L'acceptation de la GPLv3 (suite)

Mais l'acceptation, pour être valable, doit également être la manifestation du **consentement éclairé** de la partie qui s'engage.

La jurisprudence est réticente à reconnaître l'acceptation lorsque des stipulations contractuelles sont peu claires, peu apparentes ou lorsque le cocontractant n'en a pas pris pleinement connaissance.

Or, la preuve de la connaissance des stipulations de la licence par le licencié sera à la charge du donneur de licence.

II. Formation du contrat (suite)

L'acceptation de la GPLv3 (suite)

La GPLv3 organise la connaissance des termes de la licence par des obligations contractuelles d'apposition de mentions légales et de fourniture d'exemplaires de la licence avec chaque logiciel. L'article 4 stipule notamment :

*« You may convey verbatim copies of the Program's source code as you receive it, in any medium, provided that you conspicuously and appropriately publish on each copy an appropriate copyright notice; **keep intact all notices stating that this License and any non-permissive terms added in accord with section 7 apply to the code**; keep intact all notices of the absence of any warranty; and **give all recipients a copy of this License along with the Program.** »*

II. Formation du contrat (suite)

L'acceptation de la GPLv3 (suite)

Dans la mesure où l'appréciation de la connaissance des termes s'appréciera au cas par cas par le juge, rien ne devrait interdire à un donneur de licence de **sécuriser ses relations contractuelles en organisant une plus large information** que les obligations déjà prévues par la licence par le biais de :

- *Shrink wrap licences* (en cas de distribution de supports physiques) ;
- *Clic wrap licences* (en cas de distribution en ligne). La FSF n'interdit pas cette pratique.

Les *browse wrap licences* (renvoi à la licence par un lien internet) sont par contre déconseillées par la FSF eut égard à la volatilité des serveurs Internet.

II. Formation du contrat (suite)

L'acceptation de la GPLv3 (suite et fin)

En cas de **conclusion du contrat par voie électronique**, certaines dispositions spécifiques pourront par ailleurs avoir à s'appliquer. Il s'agit :

- au niveau communautaire, de la directive du 8 juin 2000 sur le commerce électronique
- au niveau interne, en droit français, des articles 1369-1 à 11 du Code civil

Ces dispositions, qui organisent notamment un système de « double clic » à rapprocher des *Clic wrap licences*, sont très spécifiques au commerce électronique et parfois peu adaptées au système d'acceptation d'une licence telle que la GPLv3.

II. Formation du contrat (suite)

La langue du contrat

La langue de la GPLv3 est **l'anglais**.

S'il peut en exister des traductions, celles-ci ne sont **pas officielles** et ne font pas foi.

La FSF justifie cette position par les risques de contradiction entre versions et de divergence d'interprétation.

La choix de l'anglais comme seule langue officielle engendre deux risques au regard du droit français : sur le plan civil un risque de vice du consentement (le cocontractant pouvant prétendre n'avoir pu saisir les termes du contrat) et sur le plan pénal une contravention à la loi dite « Toubon ».

II. Formation du contrat (suite et fin)

La langue du contrat (suite et fin)

Un vice du consentement entacherait l'acceptation du contrat et entraînerait sa nullité (*contra*, décision allemande du tribunal de Munich du 19 mai 2004 sur le caractère usuel et compréhensible par les professionnels de l'informatique de la langue anglaise).

Une infraction à la loi « Toubon » du 31 décembre 1975 entraînerait une amende de 750 € à l'encontre du donneur de licence, par infraction constatée.

Cette loi ne s'applique pas aux contrats internationaux, sauf à ce qu'un consommateur en soit partie.

Une solution pourrait être pour la FSF d'organiser des traductions et de prévoir une clause de prédominance de la version anglaise (tout comme la licence CeCILL comporte une clause de prédominance de la version française).

III. Exécution du contrat

La durée du contrat

Au contraire de la GPLv2 qui ne comportait pas de clause de durée, la GPLv3 prévoit que celle-ci est concédée pour la durée de protection du logiciel par le droit d'auteur.

L'article 2 stipule : « *All rights granted under this License are granted **for the term of copyright on the Program**, and are irrevocable provided the stated conditions are met.* »

Cette modification a pu être faite pour écarter un risque majeur de la GPLv2 qui était celui de la possibilité de révocation ad nutum du contrat en vertu du principe de prohibition des engagements perpétuels.

III. Exécution du contrat (suite)

La durée du contrat (suite et fin)

En droit français, la jurisprudence considère « *[qu']est pris pour une durée déterminée l'engagement dont le terme est fixé par un événement certain, même si la date de sa réalisation est inconnue, dès lors que cette réalisation est indépendante de la volonté de l'une des parties* » (Cass. Soc. 28 oct. 1992).

Le terme des droits d'auteur sur le logiciel est un événement certain.

La GPLv3 est donc vraisemblablement un contrat à durée déterminée échappant au risque de révocation unilatérale propre à la GPLv2.

III. Exécution du contrat (suite)

La transmission des obligations

L'article 2 de la GPLv3 interdit la transmission de sous-licences. Toutes les licences sont réputées avoir été accordées directement par le donneur de licence initial : « **Sublicensing is not allowed** ; *section 10 makes it unnecessary* », lequel article stipule : « *Each time you convey a covered work, **the recipient automatically receives a license from the original licensors**, to run, modify and propagate that work, subject to this License. You are not responsible for enforcing compliance by third parties with this License.* »

L'article 5, relatif aux œuvres dérivées stipule cependant : « **You must license the entire work**, as a whole, under this License to anyone who comes into possession of a copy »

III. Exécution du contrat (suite et fin)

La transmission des obligations (suite et fin)

Il en résulte que seul le donneur de licence initial peut se prévaloir de ses droits sur le logiciel original, mais que seul l'auteur des modifications peut en faire autant sur le logiciel dérivé.

Seul le donneur de licence - du logiciel initial ou du logiciel dérivé - sera ainsi fondé à agir en justice et/ou à obtenir la résiliation d'une licence.

VI. Extinction du contrat

La résiliation du contrat

La GPLv3 se distingue de la GPLv2 par une nouvelle clause de résiliation aménagée et moins brutale.

Telle qu'issue de la GPLv2, la clause de résiliation de la licence était la suivante :

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

However, parties who have received copies, or rights, from you under this License will not have their licenses terminated so long as such parties remain in full compliance. »

VI. Extinction du contrat (suite)

La résiliation du contrat (suite)

La rédaction issue de la GPLv3 est la suivante :

« You may not propagate or modify a covered work except as expressly provided under this License. Any attempt otherwise to propagate or modify it is void, and **will automatically terminate your rights under this License** (including any patent licenses granted under the third paragraph of section 11).

However, if you cease all violation of this License, then your license from a particular copyright holder is reinstated (a) provisionally, unless and until the copyright holder explicitly and finally terminates your license, and (b) permanently, if the copyright holder fails to notify you of the violation by some reasonable means prior to 60 days after the cessation.

VI. Extinction du contrat (suite)

La résiliation du contrat (suite)

(suite de la clause)

« **Moreover, your license from a particular copyright holder is reinstated permanently** if the copyright holder notifies you of the violation by some reasonable means, this is the first time you have received notice of violation of this License (for any work) from that copyright holder, and you cure the violation prior to 30 days after your receipt of the notice.

Termination of your rights under this section does not terminate the licenses of parties who have received copies or rights from you under this License. If your rights have been terminated and not permanently reinstated, you do not qualify to receive new licenses for the same material under section 10. »

VI. Extinction du contrat (suite)

La résiliation du contrat (suite)

Cet aménagement de la clause de résiliation est motivé par l'impossibilité pratique, dans le cadre d'importantes contributions, de démarcher l'ensemble des contributeurs d'un projet pour solliciter une nouvelle licence de leur part.

Il s'agit donc moins de protéger les droits du donneur de licence que de favoriser la continuité du mouvement du logiciel libre.

Si le donneur de licence décide malgré tout de résilier sur la base de cette clause, le juge sera en principe simplement tenu de constater la résiliation, le principe des clauses résolutoires étant fermement établi en jurisprudence (Cass. civ., 2 juillet 1860).

VI. Extinction du contrat (suite et fin)

La résiliation du contrat (suite et fin)

Toutefois, la pratique jurisprudentielle dépasse souvent le simple constat et le juge :

- vérifiera la réalité de l'inexécution reprochée au licencié ;
- pourra interpréter la clause résolutoire

Enfin, l'existence d'une telle clause **ne prive pas le donneur de licence de la possibilité de rompre unilatéralement le contrat avant que la clause résolutoire n'ait produit son effet**, si le comportement du débiteur est particulièrement grave et rend impossible la poursuite du contrat (Cass. com. 4 fév. 2004).

Une telle option peut engager la responsabilité du donneur de licence si elle est engagée à mauvais escient (défaut de faute grave, de mauvaise foi ou d'urgence).

Conclusion

La GPLv3 apporte des améliorations notables aux mécanismes contractuels de la GPLv2 et renforce la sécurité juridique des donneurs de licence et des licenciés, notamment au regard des risques de résiliations unilatérales.

Les points d'attention à retenir par les donneurs de licence : s'assurer de la meilleure information possible des termes de la licence par les cocontractants (*shrink wrap, clic wrap licences, etc*) pour minimiser les risques de vices du consentement.

Axes d'amélioration éventuels pour les rédacteurs de la licence : entamer une réflexion sur la traduction des licences en version officielles, au moins pour les pays dans lesquels une langue particulière est obligatoire.