



## Livre blanc

# La Propriété Intellectuelle dans l'industrie de l'*Open Source*

Benjamin Jean est juriste et expert juridique Open Source pour [LINAGORA](#), société leader du domaine, et pour la [FniLL](#) (Fédération Nationale de l'Industrie du Logiciel Libre).

Il travaille par ailleurs comme consultant juridique, anime de nombreux groupes de travail en rapport avec les problématiques juridiques de l'Open Source (FniLL, Syntec Informatique, etc.) et est Chargé de Mission Propriété Intellectuelle à [Sciences Po](#). Il coorganise le cycle de conférences internationales EOLE ([European OpenSource & Free Software Law Event](#)). Il est membre de l'European Legal Network et intervient fréquemment sur les aspects juridiques liés au Logiciel Libre (que ce soit au cours de Salons – Solutions Linux, Paris Capital du Libre, Salon RTS "Embedded Systems", ou l'Open Word Forum – ou de séminaires et conférences – comme EOLE, Profoss, l'OSSIF, les Trophées du Libre ou encore les Rencontres Mondiales du Logiciel Libre).

Il est également très présent dans les communautés du Logiciel Libre et est cofondateur de Veni Vidi Libri, « association qui vise à informer, vulgariser et promouvoir l'usage des licences libres et Open Source » et de la SARD (Société d'Acceptation et de Répartition des Dons).

Enfin, il anime enfin les formations juridiques du pôle formation de la Société LINAGORA, et plus particulièrement la formation intitulée « [Propriété Intellectuelle et maîtrise des risques juridiques](#) » et les « [Spécificités des logiciels libres et OpenSource](#) ».

1. **Un constat de réussite.** Le sentiment est aujourd'hui unanimement partagé : les Logiciels Libres et *Open Source*<sup>1</sup> ont un impact révolutionnaire sur l'industrie du logiciel. Ils permettent en effet un développement mutualisé plus rapide, plus efficace et moins onéreux... Des arguments qui convainquent ! Forts de ce constat, les éditeurs abandonnent la culture du monopole au profit de celle du partage et de l'*Open Innovation*<sup>2</sup>, et les études menées sur le marché mondial de l'*Open Source* professent un avenir radieux au secteur qui devrait quasiment tripler en valeur entre 2007 et 2012<sup>3</sup>. Cette augmentation se traduira par un accroissement des offres *Open Source*, mais aussi par la généralisation de solutions logicielles hybrides résultant de l'immixtion graduelle de composants *Open Source* au sein de logiciels traditionnels — Gartner n'hésite pas à évaluer à 80% la proportion des logiciels qui intégreront un ou plusieurs composants libres en 2011<sup>4</sup>... Un nouveau monde d'innovations s'ouvre à tous, et, pour les sociétés, harmoniser leurs pratiques avec ces usages permet d'en maximiser les bénéfices<sup>5</sup>.

2. **Une industrie du Logiciel Libre.** Cette professionnalisation se concrétise par l'apparition de ce que l'on nomme l'« industrie du logiciel libre/de l'*Open Source* »<sup>6</sup>, qui est à l'origine d'initiatives concurrentes ou – plus fréquemment – complémentaires et conjointes aux efforts et projets communautaires (75% des contributeurs au noyau Linux sont en effet salariés pour cette tâche par leur société – qu'il s'agisse de société de services, d'édition ou de fabricants de matériels)<sup>7</sup>. Cette apparition s'accompagne d'une réplique, appropriation et optimisation des outils et des pratiques développées au cours des premières décennies du mouvement, afin de leur permettre de répondre aux contraintes et intérêts des sociétés. Si la gouvernance et la conduite de projet sont indubitablement impactées, nous nous attacherons essentiellement dans cette étude à l'influence de l'*Open Source* sur la politique en matière de Propriété Intellectuelle des entreprises et sur les aspects contractuels, renvoyant pour les autres points aux travaux du groupe de travail Syntec Informatique-FniLL<sup>8</sup>.

3. **Une histoire riche.** Par souci de concision, nous passerons l'étude de la genèse du mouvement, trop dense et par ailleurs parfaitement décrite sur Internet. Nous tirons néanmoins de ces vingt dernières années (et surtout à l'action et à la persévérance des individus et des industries qui ont très tôt fait le pari, par opportunisme ou croyance, du Libre) une maturation du Libre et des idées qu'il véhicule<sup>9</sup>. Nous évitant d'une part l'enfermement dans une culture du monopole économique, nous en avons tiré un modèle, un système alternatif entier. L'apport est aussi terminologique puisque l'on sait aujourd'hui : qu'un logiciel est dit *Libre* dès lors que ses utilisateurs peuvent (techniquement et juridiquement) l'utiliser, l'étudier, le modifier et le redistribuer conformément aux libertés définies par la *Free Software Foundation*<sup>10</sup> ; qu'une licence est dite *Open Source* dès lors qu'elle répond à une série de dix critères posés par l'*Open Source Definition*<sup>11</sup>. Si nous prôtons la mise en place de nouvelles définitions normatives<sup>12</sup>, il nous semble en revanche parfaitement inutile – et contreproductif – de remettre en question les définitions existantes dès lors qu'elles sont unanimement comprises et partagées<sup>13</sup>.

4. **Mesurer les implications du choix des entreprises.** Conscientes que les avantages dépassent les inconvénients<sup>14</sup>, les entreprises « consommatrices de logiciels » (éditeur, sociétés de services, fabricant de composants, etc.) choisissent donc spontanément d'adapter leur pratique et organisation afin d'accueillir du code sous licence *Open Source*. Néanmoins, l'introduction de code tiers, qu'il soit ou non *Open Source*, constitue un risque nécessitant d'être maîtrisé – ainsi, les logiciels libres donnent plus de droits aux

1 Aussi dit FLOSS pour Free Libre Open Source Software

2 D'après un terme consacré par Henry William Chesbrough, notamment dans « Open Innovation: The New Imperative for Creating and Profiting from Technology », Harvard Business School Press, 2003. *Open Source* et *Open Innovation* sont souvent utilisés comme synonymes.

3 Évalué à 1,7 milliard de dollars en 2007, le chiffre d'affaires des "éditeurs" de logiciels libres devrait bondir à plus de 4,8 milliards de dollars en 2012, soit une croissance annuelle de près de 25%. Voir l'étude IDC (référence).

4 Gartner report "User Survey Analysis: Open-Source Software, Worldwide, 2008"

5 L'Europe n'est pas en reste : voir « *The impact of Free/Libre/Open Source Software on innovation and competitiveness of the European Union* », UNU-MERIT, novembre 2006, disponible sur <http://www.flossimpact.eu/> ; et notamment « *FLOSS is good for the European economy, employment and firms competitiveness...* »

6 Les intérêts de la profession étant de plus en plus entendu, notamment grâce à leur défense par la voie d'associations professionnelles dédiées, comme la FniLL (Fédération Nationale de l'Industrie du Logiciel Libre) à l'échelle nationale (d'autres représentations existent aussi aux niveaux locaux ou régionaux), ou générale comme le Syntec Informatique.

7 D'après les chiffres donnés par Jonathan Corbe, fondateur de LWN.net et contributeur au noyau linux, Linux.conf.au 2010, Wellington, 2010

8 Et qui donneront naissance à un livre blanc intitulé « bonnes pratiques en matière de conception et de pilotage de projets informatiques incluant ou composés de logiciels libres », édité par le Syntec Informatique et la FniLL, sous la direction d'Olivia Flipo et Benjamin Jean, à paraître, mars 2010.

9 Certains mouvements en dehors du logiciel ont aussi grandement fait avancer ces idées : tel Lawrence Lessig, notamment « l'avenir des idées ».

10 Ainsi, un logiciel qui serait dans le domaine public et dont les sources seraient accessibles pourrait être valablement qualifié de Logiciel Libre.

11 Une définition fortement inspirée de la *Debian Free Software Guidelines* et rédigée par Bruce Perens. Les licences sont certifiées *Open Source* par l'*Open Source Initiative* au regard de cette définition (il y en a 70 licences certifiées *Open Source* à ce jour).

12 Avec pour ambition de permettre de définir les obligations des licences, tout comme les définitions actuelles définissent les droits. À cet égard, voir Benjamin Jean, « Compatibility / Incompatibility », European Open Source & Free Software Law Event, Bruxelles, 2009,

13 Il nous semble en effet primordial de ne pas céder aux pressions visant à jouer de la sémantique pour manipuler nos appréhensions des concepts.

14 Cette réflexion s'apprécie au regard de multiples paramètres : tant de la société, de ses solutions, que des concurrents et de leur propre comportement (avec des décisions subies lorsqu'il s'agit de répondre au choix de l'open source par le concurrent ; ou stratégique car il peut être intéressant d'être le premier à faire un tel choix).

utilisateurs et leur ouvre des options techniques, mais leur imposent aussi grande vigilance<sup>15</sup>. Elles se retrouvent donc avec un enjeu double qui est, d'une part, de *construire un modèle économique* qui ne soit plus fondé sur le contrôle étroit d'un monopole et, d'autre part, de *se conformer aux conditions d'exploitation* posées par des tiers<sup>16</sup>.

5. **Cumuler les droits pour accroître leurs intérêts.** Les différents droits de propriété intellectuelle gagnent, dans leur usage, à être exploités cumulativement afin d'affiner le contrôle sur l'exploitation principale et subséquente de créations (logicielles ou non). Ainsi, l'établissement d'un *business model* passe par la réalisation d'un audit de la propriété immatérielle du projet nécessaire à la détermination précise de l'orientation que l'on souhaite donner à son usage : tout en tenant compte qu'une seule création (par exemple un logiciel) peut être l'objet de plusieurs droits<sup>17</sup>, et que plusieurs créations interdépendantes peuvent être soumis à des autorisations différentes (par exemple un logiciel et une base de données, ou une marque) ou similaires (par exemple deux logiciels intimement liés au point que l'un sera considéré comme dérivé de l'autre). Puisqu'il n'est pas possible dans cette étude d'appréhender la globalité du sujet, nous tâcherons de conserver une vision pratique et nous nous limiterons à détailler les connaissances nécessaires à une utilisation concrète des licences *Open Source*<sup>18</sup>.

6. **Mutualiser, contrôler et sécuriser...** Fruit d'une démarche empirique, ce document a pour ambition de livrer les clés essentielles à l'appréhension du système contractuel défini par l'utilisation de Logiciels Libres. Exerçant ainsi leur « droit de se gouverner » elles-mêmes, les sociétés vont user massivement de contrats (dont les licences ne sont qu'un élément) pour construire le socle du système qui leur sied au travers de trois objectifs : tirer le meilleur parti de l'usage des licences *Open Source* (**mutualiser**) ; organiser une synergie avec les autres droits exclusifs (**contrôler**) ; et optimiser le système contractuel afférent (**sécuriser**).

Dans un souci didactique, cette étude se décompose en deux volets : l'examen des pratiques contractuelles inhérentes à l'utilisation des licences *Open Source* (I) est consécutif de l'optimisation de la propriété intellectuelle (II) — avec des préoccupations comme la non-exclusivité qui repose sur l'usage des licences *Open Source* et la titularité des droits que résolvent les *copyright assignment*.

---

15 De plus en plus d'études et travaux universitaires sont attachés à ces enjeux – on pense notamment au groupe de travail coanimé par la FniLL et le Syntec Informatique et autres séminaires spécialement dédiés à ce sujet (comme l'[European OpenSource & Free Software Law Event](#)).

16 L'*Open Source* n'étant pas en tant que tel un modèle économique puisqu'il est possible d'imaginer de multiples nouveaux modèles lorsqu'on fait le choix, entier ou partiel, de l'*Open Source*.

17 En ce qui concerne le logiciel : droit d'auteur, marque, éventuellement transfert de propriété s'il s'agit d'un support physique

18 Les aspects plus généraux liés à une utilisation dissociée des différents droits de Propriété Intellectuelle sont par ailleurs décrits au sein d'ouvrage généraux sur la propriété intellectuelle, même si l'*Open Source* invite à accentuer et préciser cet usage.

## I- APPRÉHENSION LES LICENCES OPEN SOURCE DANS UNE VISÉE PRATIQUE

7. **Logiciel Libre et licence Open Source.** Il est entendu qu'un Logiciel Libre est objet de droits d'auteur par sa qualité de logiciel — que le titulaire de droits soit l'auteur, ou son employeur dans le cas d'une création salariale<sup>19</sup>. Cet article n'a pas vocation à proposer une analyse juridique précise des licences *Open Source* eu égard aux droits nationaux ou Européen : il est suffisant pour l'étude de savoir que ces derniers sont de simples contrats<sup>20</sup> *gratuits*<sup>21</sup> de cessions *non exclusives* de droits d'auteur auxquels sont associées quelques préoccupations d'ordre de la propriété matérielle<sup>22</sup>. La licence (opérant le partage d'un droit exclusif) est donc nécessaire, mais non suffisante, pour qu'un logiciel soit dit Libre<sup>23</sup>. Un partage sera par ailleurs totalement efficient lorsque l'auteur lui-même sera soumis à la licence de l'une quelconque des contributions tierces<sup>24</sup> : dans le cas contraire, la non-exclusivité qui régit les licences *Open Source* lui permet en effet le cumul d'exploitations différentes sur les mêmes créations<sup>25</sup> — principe clé pour l'industrialisation du Logiciel Libre. Enfin, le caractère gratuit, non pas dans la mise à disposition, mais dans la cession de droits, est une autre des principales distinctions entre libre et propriétaire : la disposition d'un logiciel propriétaire est généralement indifférente de la cession des droits, alors que cette dernière est automatique dans le cas d'un Logiciel Libre.

L'utilisation des licences *Open Source* est relativement simple et classique, mais elle demande un travail liminaire essentiel à la compréhension, intégration et maîtrise de toutes les subtilités afférentes (notamment pour ce qui concerne la non-exclusivité).

### **A- Comprendre les licences Open Source**

En pratique — et malgré leur nombre —, il n'y a que très peu de différences entre chaque licence. Une proposition de grille de lecture et quelques tentatives de classifications permettront de saisir avec précision leur mécanisme.

#### 1- Grille de lecture d'une licence Open Source

Trois éléments caractérisent et distinguent les licences : leurs droits et obligations, leur étendue et leur élément déclencheur.

8. **Les droits et obligations.** Les droits et obligations sont autant ce qui distingue les licences les unes des autres — selon leurs engagements vis-à-vis des brevets, signes distinctifs, DRM, etc. — que ce qui les réunit — le minimum de liberté étant fixé par leur qualité de libre et/ou d'*Open Source*. Les droits prennent usuellement la forme de cessions non exclusives et gracieuses de droits patrimoniaux rédigées conformément au formalisme classique de l'article L. 131-3 du CPI. Les obligations se posent comme des conditions résolutoires, dont le non-respect emporte la terminaison automatique, immédiate ou différée, de la licence<sup>26</sup>.

9. **L'étendue de la licence.** L'étendue de la licence permet de déterminer dans quelle mesure certaines créations lui sont rattachées (comme le sont les œuvres dérivées ou composites du régime légal) et, dès lors, subir les contraintes de la licence lors du déclenchement de la licence : la *GNU General Public License*<sup>27</sup> s'étend au logiciel comme un tout, à l'exception des briques logicielles indépendantes et séparées<sup>28</sup> ;

19 Dans les faits, la situation n'est pas plus simple et il est nécessaire de s'attarder sur le type de contrat et de relation qui lie le salarié à son employeur, ainsi que le type d'oeuvre (étant entendu qu'une exception est toujours d'interprétation stricte et que toute oeuvre non logicielle est donc exclue de cette cession expresse).

20 Une décision américaine récente, *JACOBSEN v. KATZER*, du 13 août 2008, semble reconnaître tant la qualité de contrat que de *licence* — cette dernière étant une notion propre au *copyright* américain.

21 En effet, l'adage traditionnel « libre ne veut pas dire gratuit » ne s'applique qu'à l'égard des logiciels, non des licences attachées : si la mise à disposition d'un logiciel peut se faire moyennant finance, le détenteur d'une copie bénéficiera automatiquement de la licence libre qui lui est attachée (c'est-à-dire sans autre contrepartie que le respect de la licence).

22 C'est ici l'aspect « contrat de mise à disposition matérielle » de l'objet sur lequel porte la licence. Il se traduit notamment par l'inclusion systématique des clauses de limitation ou exclusion de garantie et de responsabilité.

23 Ce qui n'est par exemple pas le cas si seul le binaire du logiciel est distribué et ne le sera que très partiellement si le code source est illisible, non documenté ou inexécutable. Cette vérité est néanmoins à relativiser puisqu'un logiciel du domaine public pourrait parfaitement être libre si son code source était partagé.

24 En effet, l'auteur tire, automatiquement, ses prérogatives de la Loi (article L. 111-1 du CPI) tandis que les licenciés doivent accepter les termes de la licence qui leur est imposée.

25 L'atteinte au droit de divulgation étant ainsi limitée : l'auteur doit certes divulguer au moins sous la licence indiquée, mais il peut aussi choisir d'autre destin à son oeuvre et convenir d'une exploitation alternative.

26 C'est d'ailleurs le principal apport de la décision *JACOBSEN v. KATZER* : le non-respect de la licence emporte la résiliation du contrat.

27 Principale licence *Open Source*, dont la première version a été publiée en 1989 par la *Free Software Foundation*. La troisième et dernière version, corédigée par la *Free Software Foundation* et le *Software Freedom Law Center*, date du 29 juin 2007.

28 Sauf si celles-ci sont distribuées comme un tout avec le reste du logiciel.

la GNU Lesser General Public License<sup>29</sup> allège cette dernière en autorisant sans contrainte les simples utilisations du logiciel ; enfin d'autres licences comme la CeCILL-C ou la MPL<sup>30</sup> demande que tout fichier contenant du code sous l'une de ces licence<sup>31</sup> soit aussi sous cette licence.

10. **L'élément déclencheur.** Enfin, par **élément déclencheur**, il faut comprendre l'acte qui emporte les effets contraignants de la licence. Ce dernier est extrêmement important puisque nombre de sociétés ont adapté leur *business model* à ce critère, de façon à bénéficier de Logiciels Libres sans être soumis à la contrepartie qu'est le respect des obligations : par exemple, celui qui modifie un logiciel sous GNU GPL peut le faire sans restriction jusqu'à ce qu'il décide de *distribuer* le logiciel<sup>32</sup> ; inversement, celui qui utilise un logiciel sous *Repricocal Public License*<sup>33</sup>, *Open Software License*<sup>34</sup>, ou GNU Affero GPL<sup>35</sup> devra respecter toutes les obligations de la licence dès lors que le logiciel peut être *utilisé* ou qu'il *interagit* avec des tiers, directement ou indirectement<sup>36</sup>.

11. **La terminologie.** Pour finir, une attention particulière doit être portée à la terminologie des licences<sup>37</sup>, et plus particulièrement à ses définitions : en raison de leur utilisation internationale<sup>38</sup>, les licences substituent fréquemment des définitions contractuelles aux termes légaux afin d'harmoniser à l'international leur compréhension.

## 2- Classification des licences Open Source

12. **Permissivité et copyleft.** En complément des développements qui précèdent, on peut distinguer commodément les licences permissives des licences *copyleft*<sup>39</sup> : pour les premières, seules les obligations doivent être transmises via les licences offertes aux détenteurs subséquents de copies de l'œuvre ; alors que pour les secondes, tant les obligations que les droits doivent s'y retrouver. Les exemples couramment donnés sont : la GNU GPL ou la Mozilla Public License pour les licences copyleft ; les licences BSD ou Apache<sup>40</sup> pour les licences permissives.

13. **Les autres classifications.** D'autres classifications permettent de contextualiser les licences afin de mieux les appréhender : classification historique (entre les philosophiques, académiques, communautaires et enfin institutionnelles), par domaine (logiciel, musique, littérature, encyclopédie et encore d'autres types de contenus<sup>41</sup>) ou par liberté (selon la classification élaborée par Mélanie Clément-Fontaine<sup>42</sup> : entre licences offrant une liberté pérenne, fragile ou asymétrique<sup>43</sup>). Croiser ces catégorisations permet de gagner en hauteur afin de mieux comprendre le fonctionnement des licences.

## **B- Choisir une licence Open Source**

14. **Le choix d'une licence Open Source.** Le choix d'une licence *Open Source* suit un processus particulièrement simple à décrire, mais s'ajoute à cela une variable complexe et aléatoire qui est la gestion des problématiques de compatibilité – notamment lorsque les logiciels s'imbriquent de façon à n'en former qu'un ou lorsqu'une licence englobe d'autres briques logicielles dans son étendue.

### 1- Le choix d'une licence adaptée aux besoins spécifiques de la société et du produit

15. **L'importance de la décision initiale.** La détermination initiale de la licence d'un projet est d'autant plus importante que la licence ne sera ensuite plus modifiable sans l'accord de l'ensemble des contributeurs ou cessionnaires de droits si des contributions ont été intégrées.

29 Petite sœur de la première, la GNU LGPL est une « version amoindrie » de la GNU GPL. La première version date de 1991 et la troisième version a été publiée le 29 juin 2007.

30 La *Mozilla Public License* (MPL) : licence *Open Source* créée en 1998 à l'occasion de la libération du code source de Netscape Communicator 5.

31 Ce critère modulaire beaucoup est de loin le moins contraignant.

32 En conséquence de quoi une simple utilisation d'un logiciel en tant que service (SaaS) n'est pas une distribution selon la GNU GPL puisqu'il n'y a pas de transfert de copie.

33 Est soumis à la licence tout acte « *other than for Your internal Research and/or Personal Use* ».

34 Elle emploie le terme d'*external deployment* pour appréhender l'usage par le réseau.

35 Reprise en main par la FSF, la nouvelle GNU Affero version 3.0 a été publiée le 19 novembre 2007.

36 Les licences de seconde génération assurent les libertés à l'égard de tout détenteur ET tout utilisateur des fonctionnalités du logiciel

37 Voir à cet effet le séminaire EOLE 2009, et notamment les travaux de la matinée qui portaient sur « FOSS Terminology » : [http://www.eolevent.eu/speaks\\_2009](http://www.eolevent.eu/speaks_2009)

38 Sur les règles de DIP, voir notamment Hakim HAOUIDEG, *Les Logiciels Libres et le droit international privé*, In *Les Logiciels Libres face au droit*, Namur ; Bruxelles : Facultés universitaires Notre-Dame de la paix ; Bruylant, 2005.

39 On parle aussi de *réciprocité*.

40 Il s'agit notamment de la licence utilisée par Google sur son navigateur Chrome ou son système d'exploitation embarqué Android.

41 D'autres catégories de contenu, comme les données géographiques, se sont aussi tournées vers les licences *Open Source* (avec des initiatives comme OpenStreetMap) sans qu'il soit possible d'assurer la validité de ces contrats.

42 Voir notamment Mélanie Clément-Fontaine, *Les Œuvres Libres*, Thèse sous la direction du Professeur Michel Vivant, Montpellier 1, 2006

43 C'est cette classification qui avait été reprise par les travaux de la commission spécialisée du CSPLA portant sur la mise à disposition ouverte des œuvres de l'esprit, coprésidée par Valérie-Laure Bénabou et Joëlle Farchy, et publiés en juin 2007

16. **Une juste combinaison de stratégie et de tactique.** C'est pourquoi le mécanisme de « libération » d'un logiciel — ou de toute autre objet de droits — s'avère être une juste combinaison de stratégie et de tactique : l'analyse des utilisations actuelles et prospectives permet d'opter stratégiquement pour une licence tandis que les ajustements tactiques l'adapteront, si nécessaire, aux attentes particulières de la société.

17. **Un choix stratégique.** En pratique, il existe plus d'une centaine de licences dont seules les obligations diffèrent véritablement. Dans sa recherche, le titulaire de droit constatera que certaines licences sont attachées à des projets particuliers<sup>44</sup>, que d'autres ne sont manifestement pas adaptées à ses objectifs et, pour finir, que seules quelques-unes réunissent les critères recherchés. S'ajoute à ceci toute une série de préoccupations non juridiques nécessairement prises en considération : la notoriété de la licence — qui participera avantageusement à la communication entourant le logiciel —, les licences des projets concurrents ou complémentaires — pour profiter, ou au contraire se préserver, de ces derniers<sup>45</sup> —, etc. La notion de projets, à rapprocher de celle de communautés puisque les deux peuvent toujours — tôt ou tard — se rejoindre, implique à orienter ses réflexions en fonction de l'écosystème dans lequel on se place.

18. **La tactique pour parfaire le choix.** S'il faut user de stratégie pour choisir la licence, c'est en revanche la tactique qui déterminera sa parfaite adéquation avec le projet. Pour ceci, il est nécessaire de comprendre et de maîtriser d'une part interprétations et exceptions et, d'autre part, les multilicences.

19. **Un usage conseillé des interprétations.** Lorsque l'un des termes de la licence — ou l'une de ses clauses — est imprécis, équivoque ou source d'interprétation, celui qui choisit la licence peut lever l'ambiguïté en conférant une portée précise à ce terme litigieux : n'étant pas lui-même impliqué dans la rédaction de la licence libre, il s'assure d'une adéquation entre les engagements attendus et ceux perçus (par les parties, mais aussi par le juge en cas de conflit). C'est l'exemple de l'interprétation donnée par Linus Torvalds à la GNU GPL (en version 2 « seulement »<sup>46</sup>) utilisée sur le noyau *Linux* : il a souverainement précisé que les programmes qui ne faisaient que graviter autour du noyau<sup>47</sup> n'étaient pas soumis à la licence<sup>48</sup>.

20. **Un usage prudent des exceptions.** Plus radical, l'usage des exceptions est une technique qui consiste à modifier la licence précédemment choisie en ajoutant, dans une clause jointe ou insérée dans les en-têtes des fichiers, une modulation qui déroge aux termes initiaux — en l'absence de stipulation contraire, une clause additionnelle plus permissive pourra être supprimée par tout licencié au moment de la redistribution d'une copie du logiciel<sup>49</sup>. L'avantage de ce procédé tient à cela qu'il permet de répondre à tout type de besoins avec un minimum de licences et ainsi de retenir l'attention des licenciés sur les seuls ajustements portés à la licence — simplifiant *in fine* sa compréhension globale<sup>50</sup>.

21. **Le paradigme des multilicences.** Enfin, on parle de multilicence lorsqu'une seule et même création est soumise à différentes licences : qu'elles soient toutes *Open Source* ou qu'au moins l'une d'elles ait cette qualité<sup>51</sup>. Cette solution offre l'avantage d'assurer une compatibilité au profit de plusieurs licences, de bénéficier de la renommée de certaines licences, d'optimiser la cession de droits, etc. Le navigateur web Firefox, sous MPL/LGPL/GPL, est un très bon exemple de multilicence : construit de façon modulaire<sup>52</sup>, le logiciel gagne à conserver une licence qui intègre ce particularisme, mais, afin de rassurer les développeurs et les communautés sur la compatibilité avec les licences LGPL et GPL, il intègre ces dernières. Enfin, ce choix peut aussi traduire la volonté du titulaire de droit de se dégager des termes d'une seule licence au profit de l'esprit commun à plusieurs licences pourtant incompatibles.<sup>53</sup>

---

44 La MPL, par exemple, demande à ce que toute référence à la marque Mozilla soit supprimée en cas d'utilisation de la licence pour d'autres projets.

45 Étant convenu que le premier arrivé dispose d'un avantage concurrentiel certain puisqu'il est plus difficile de détourner une communauté que de la conserver.

46 Cette précision indique que la version de la licence est figée et qu'une licence ultérieure ne peut pas venir y substituer ses propres termes (ce qui se passerait en l'absence de cette indication contraire).

47 Qui, techniquement, n'interagissent que par des appels système normaux.

48 Réalisant donc une interprétation de la GNU GPL moins extensive que ne le souhaiterait la FSF (son rédacteur).

49 Ceci valant bien sûr pour les licences dites permissives, mais aussi pour toute licence *copyleft* puisque le *copyleft* ne perpétue que les termes *stricto sensu* de la licence.

50 Et, nous le verrons, facilite grandement la gestion des compatibilités au sein des licences.

51 Voir en deuxième partie.

52 Chaque nouvelle brique apportant une nouvelle fonctionnalité autour du noyau est soumise à ses propres termes. De nombreux projets *Open Source* adoptent cette structure qui permet notamment de répartir efficacement les tâches de développement.

53 C'est notamment le choix réalisé pour l'exploitation du présent document, cumulativement sous trois licences incompatibles aux termes pourtant très similaires.

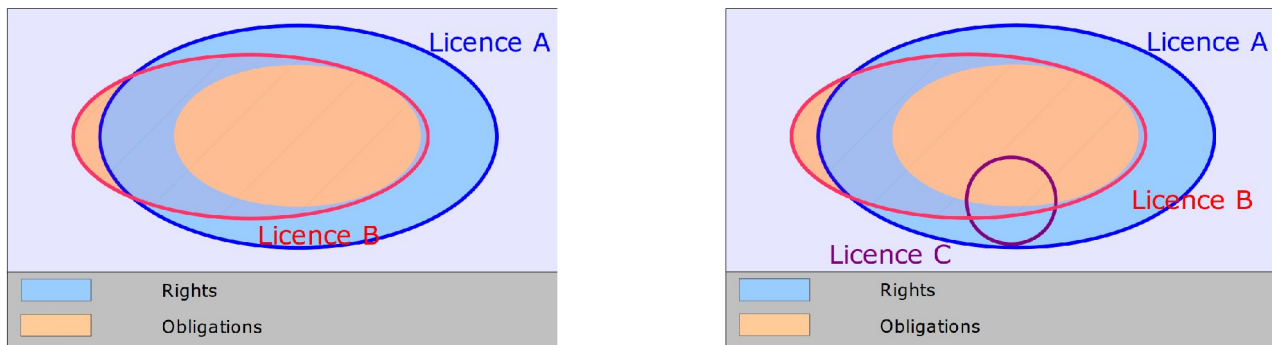
22. **Les familles de licences.** Le plus simple est de choisir une « famille de licences *Open Source* », préexistante<sup>55</sup> ou créée de toutes pièces (par exemple grâce à un bon usage de la technique des exceptions), autour de laquelle organiser ses pratiques. Néanmoins, la mutualisation qu'offre le Libre impose de composer avec de multiples autres licences qui obligent à bien cerner les compatibilités qui sont offertes. En effet, n'ayant pas *de facto* de licences dominantes, toutes ont la même force obligatoire et le licencié risque de devoir renoncer à exploiter une création s'il ne peut respecter l'ensemble des engagements qu'elle génère.

23. **Le mécanisme de la compatibilité.** Heureusement, de nombreuses licences permettent qu'une seconde licence soit utilisée tant qu'elle assure le respect<sup>56</sup> de ses termes. Généralement la nouvelle licence s'ajoute alors à la précédente et le licencié peut : soit choisir de réutiliser la brique logicielle sous la licence initiale et/ou la nouvelle licence s'il n'y a pas eu de modifications substantielles ; soit réutiliser la brique logicielle modifiée sous les termes de la nouvelle licence lorsqu'elle est couverte par l'étendue de la licence.

24. **La compatibilité expresse.** La situation la plus commode réside en une compatibilité expresse : soit la licence prévoit que le logiciel puisse indifféremment être redistribué selon ses propres termes ou selon ceux d'une licence déterminée<sup>57</sup>, soit cette compatibilité est limitée aux seules situations où l'ajout d'une brique sous une autre licence *Open Source* impose de redistribuer le tout sous cette unique autre licence<sup>58</sup>.

25. **La compatibilité logique.** Lorsque la compatibilité n'est pas expressément prévue, il convient de procéder à une analyse logique du contexte de façon à s'assurer que l'on est bien en mesure de céder tous les droits que la licence finale confère aux licenciés subséquents et à veiller que l'on n'oblige pas moins ces derniers que l'on est soi-même obligé<sup>59</sup>.

Dans les deux exemples qui suivent, la licence B permet la redistribution en respectant les termes des autres licences.



26. **Champs de la compatibilité.** Très logiquement, les licences permissives<sup>60</sup> sont majoritairement concernées par cette soumission à d'autres licences compatibles (qui sont elles – aussi majoritairement – copyleft) et, de façon encore timide, cette conception tend même aujourd'hui à être intégrée dans certaines licences *copyleft* – qui énumèrent expressément les droits et les obligations qui doivent être transmis : la redistribution pouvant alors être faite sous cette même licence ou sous une licence similaire<sup>61</sup>. Enfin, quelques licences distinguent la licence applicable sur le binaire (à la discrétion du concédant – donc éventuellement commercial) de celle appliquée sur les sources (Libre)<sup>62</sup> : la distribution des deux formes est liée, mais seul le code source est soumis au copyleft de la licence.

27. **L'influence de la version des licences dans leur compatibilité.** À ce stade, il est important de s'attarder sur un autre point qui complique cette résolution : certaines licences deviennent compatibles ou

54 Voir notamment l'intervention « Compatibility / Incompatibility », EOLE 2009, Bruxelles, Benjamin Jean

55 Rédigées par la même entité, elles se combinent, par hypothèse, parfaitement entre elles : la famille des licences GNU (GPL, LGPL, AGPL, etc.), CeCILL (-A, -B, -C), OSL (OSL, AFL), etc.

56 Par exemple, distribuer sous GNU GPL v3 une solution qui comporte des briques sous licence BSD et Apache.

57 C'est notamment ce que faisait la LGPL v2 au bénéfice de la GNU GPL.

58 Ce qui est notamment le cas de l'*European Union Public Licence*.

59 Cette compatibilité est aujourd'hui de mieux en mieux expliquée, comme le démontre un papier récent de la Software Freedom Law Center qui détaille la procédure permettant de conserver la licence BSD sur du code distribué sous Licence GNU GPL. Voir pour ceci : [www.softwarefreedom.org/](http://www.softwarefreedom.org/)

60 À l'exception néanmoins de certaines licences permissives comme la licence Open Source de Microsoft Ms-PL qui interdit expressément la publication – même cumulative comme c'est habituellement le cas – du code source sous une autre licence (la rendant incompatible avec des licences comme la GNU GPL dans bien des situations).

61 On pense notamment à la Licence Art Libre. Malgré sa qualité de licence *copyleft*, elle n'impose pas son texte lorsque d'autres peuvent conférer les mêmes droits et obligations.

62 Il s'agit ici de licence comme la MPL (Mozilla Public licence – actuellement en version 1.1) et la CDDL (Common Development and Distribution licence – v 1.0) de Sun.



augmentent leur compatibilité au fil de leurs versions – que cette compatibilité soit expresse<sup>63</sup> ou logique<sup>64</sup>. Parallèlement, certaines proposent aux licenciés de figer la version de la licence qui porte sur leurs contributions<sup>65</sup> – chaque version étant alors incompatible avec les autres<sup>66</sup>... On aboutit ainsi à une sorte de *copyleft* en deux temps : le premier contraignant à l'utilisation d'une licence particulière et le second à une version déterminée de cettedite licence. Enfin, les licences évoluent aussi et il est possible d'envisager que ces complications disparaissent.

Quoi qu'il en soit, la maîtrise de toutes ses règles et pratiques n'a réellement d'intérêt qu'au sein de la mise en place d'un système global : composant nécessairement avec la non-exclusivité qui caractérise l'usage de licences *Open Source* tout en capitalisant fréquemment sur la titularité des droits<sup>67</sup>.

---

63 Par exemple la GFDL qui devient, dans sa version 1.3, compatible – dans une certaine mesure – avec la licence CC-BY-SA 3.0.

64 C'est notamment le cas de la GNU GPL v3 qui, par le biais de son article 7, devient compatible avec tout un lot de licences supplémentaires auparavant incompatibles (Apache, Latex, etc.).

65 L'exemple le plus symptomatique reste le GNU GPL. D'autres, au contraire, prévoit une « mise à jour automatique » à l'instar de la *European Union Public Licence V1.0* (article 13) – la version 1.1 permet dorénavant de « figer » cette version.

66 Si on prend l'exemple de la GNU GPL et du noyau *Linux* : toutes les contributions de Linus Torvald sont distribuées sous GNU GPL « version 2 seulement », ainsi, même si d'autres parties autorisent la distribution sous GNU GPL version 3, le noyau *Linux* ne pourra pas être distribué sous la troisième version de la GNU GPL tant que les briques sous GPL v2 n'auront pas été réécrites ou que leur auteur aura consenti à modifier la licence !

67 Tirant ses prérogatives de la Loi (art. L. 111-1 CPI), le titulaire est la seule personne à pouvoir exploiter la création en dehors du cadre de la licence – sous réserve de tout abus de droit. Ce déséquilibre disparaît s'il devient licencié pour une partie nécessaire de la création.

## II- OPTIMISATION DE LA PROPRIÉTÉ INTELLECTUELLE AUTOUR DE L'UTILISATION DE LICENCES OPEN SOURCE

28. **L'émergence de nouvelles pratiques.** Ayant cerné les principales clés nécessaires à la compréhension et à l'utilisation des licences *Open Source*, il convient à nouveau de prendre un peu de hauteur afin d'embrasser l'ampleur des usages dont est objet la propriété intellectuelle au sein des industries de l'*Open Source*<sup>68</sup>. Alors que dans un premier temps les sociétés du secteur se sont passivement greffées au mouvement déjà en marche – donc sans politique de propriété intellectuelle mûrement réfléchie –, on s'aperçoit aujourd'hui que de nouvelles pratiques émergent pour prendre en considération la spécificité du logiciel libre.

29. **Les autres pièces du système.** En effet, les licences *Open Source* utilisées sur les Logiciels Libres ne couvrent qu'une partie du système construit par les entreprises et on assiste à de nombreuses autres répercussions : dans un perfectionnement du maniement des contrats et des droits exclusifs – droit d'auteur bien sûr, mais aussi parfois les brevets<sup>69</sup>, mesures techniques de protection, et enfin surtout les marques et autres signes distinctifs –, mais aussi dans une refonte de la gouvernance, des rapports entre les services et vis-à-vis des communautés<sup>70</sup>, voire du discours commercial de la société.

L'ampleur de cette optimisation est intimement liée aux activités de l'entreprise (A), puisqu'il leur faut avant tout construire une stratégie *Open Source* adaptée (B).

### **A- Une optimisation intimement liée aux activités de l'entreprise**

30. **La place de l'Open Source dans la chaîne de valeur.** Les prémices de cette optimisation passent par une compréhension de la place que l'*Open Source* occupe aujourd'hui dans la chaîne de valeur<sup>71</sup> : alors que certains secteurs d'activités sont touchés – voire bouleversés – en profondeur par l'arrivée de modèles basés sur l'*Open Source*, d'autres absorbent ce phénomène sans modifications profondes<sup>72</sup>. Par ailleurs, se spécialisant dans une ou plusieurs solutions qu'elles éditent<sup>73</sup> et sur lesquelles elles contrôlent tout ou partie des actifs immatériels connexes, les « Éditeurs Orientés Service » (EOS — anciennement appelés « Sociétés spécialisées en logiciel libre (SS2L) ») se positionnent aujourd'hui directement sur le créneau des éditeurs traditionnels.

On s'aperçoit que deux types d'édition *Open Source* sont à distinguer (1), le choix de cette dernière orientant fortement le système de propriété intellectuelle pouvant ensuite être mis en place (2).

#### **1- Les éditeurs Open Source : « pure player » ou « freemium »**

31. **L'industrie comme prolongement des communautés.** Prolongement du mouvement initié avant 2003 où la plupart des logiciels libres provenaient des communautés et où leur mise en œuvre passait par les SS2L (qui avaient alors le rôle de « force industrielle », de catalyseur, complémentaire à l'action communautaire), l'explosion de la « bulle internet » a favorisé une nouvelle génération de start-ups « éditeurs *Open Source* »<sup>74</sup>.

32. **L'intérêt des utilisateurs.** Les utilisateurs – bientôt clients – accueillirent favorablement ce nouvel usage de la propriété intellectuelle, qui leur offrait notamment une concurrence plus saine. Par ailleurs, l'apparition de ces sociétés qui s'impliquaient dans l'*Open Source* leur donnait – enfin – les intermédiaires – entendre « responsables » – que le développement collaboratif du Libre n'offrait pas en matière de projet communautaires.

68 Voir notamment Nicolas Jullien, « Developing "FLOSS", a market driven investment. First evidence from a francophone companies survey. » et Laure Muselli, « Open Source, création et captation de valeur », XVe Conférence Internationale de Management Stratégique, Pays de la Loire, Angers 2005

69 Certaines sociétés, telles Microsoft et Novell, usant de l'insécurité juridique attachée à leur portefeuille de brevets, multiplient les accords de non-agression et de partenariat afin d'en faire un argument commercial.

70 À ce sujet, voir notamment « Developing "FLOSS", a market driven investment. » *First evidence from a francophone companies survey*, Nicolas Jullien, M@rsouin-TELECOM Bretagne.

71 Sur une analyse économique de ce phénomène – et notamment des différents modèles –, voir l'excellent ouvrage de François Élie : « Économie du logiciel libre », François Élie, ed. Eyrolles, 1re édition, Novembre 2008. Voir aussi les réflexions américaines sur le sujet, et notamment Henry Chesbrough and Richard S. Rosenbloom (par exemple dans l'ouvrage « Business Models on the Web », Prof. Michael Rappa ».

72 Ainsi, autant un intégrateur classique pourra user de logiciels libres sans modifier sont modèles économiques, autant les éditeurs traditionnels verront leur métier directement menacé par l'arrivée de nouveaux concurrents éditant des solutions Libre/*Open Source* – avec comme corollaire l'absence de concurrence entre des sociétés éditrices de Logiciels Libres (comme LINAGORA) et de gros intégrateurs (Cap Gemini, Logicia, etc.) – alors même que ces derniers pourraient intégrer leurs solutions.

73 Éventuellement en orchestrant les contributions externes apportées au logiciel.

74 Développant entièrement leur solution ou utilisant ou non des briques logicielles tierces. On peut citer Aliasource, Talend, Adacor, Linagora, etc.

33. **L'apparition des deux modèles.** Une fois leur rôle communément admis, deux démarches se sont développées : les « *pure player* », jouant à fond le pari du Logiciel Libre ; et les sociétés adoptant un modèle du type *freemium* – parfois péjorativement qualifié de « faux libre ».

34. **Les *pure player*.** Les premiers, éditeurs *Open Source* qui adoptent une politique 100% libre, fondent leur économie sur l'excellence de leurs compétences et sur les services connexes qu'ils proposent<sup>75</sup>. Ce modèle permet au surplus d'assurer à certaines sociétés le positionnement d'éditeur vis-à-vis de solutions qu'elles n'ont pas elles-mêmes initiées : situation intéressante pour de traditionnelles SSII qui ajouteraient alors à leurs services des garanties de continuité, indépendance, etc.<sup>76</sup> que l'éditeur était jusqu'alors le seul à pouvoir assurer ou autoriser.

35. **Les éditeurs du type *freemium*.** La seconde attitude concerne les sociétés qui cherchent à reproduire un contrôle sur le logiciel similaire à l'édition traditionnelle, notamment en s'assurant d'une propriété intégrale sur le code<sup>77</sup>, tout en se servant d'une distribution sous licence *Open Source* de leur solution pour favoriser la diffusion de leur logiciel et *in fine* l'adoption de leur alternative propriétaire<sup>78</sup> – ils se combinent généralement très simplement avec d'autres Logiciels Libres, de façon à accroître la diffusion et l'attractivité de leur logiciel. Usant massivement des contrats pour limiter la distribution du logiciel par des tiers<sup>79</sup>, ils se réservent ainsi la possibilité de valoriser tout acte non initialement autorisé. La faille de ce modèle économique, c'est que les sociétés réduisent leur communauté de contributeurs (les intérêts pour chacun n'étant pas équilibrés) et qu'elles ne peuvent ainsi reprendre de contributions tierces que si elles se font céder<sup>80</sup> l'intégralité des droits par les contributeurs ou si elles redéveloppent ces contributions. Elles s'exposent enfin à la possibilité d'un fork communautaire, c'est-à-dire la naissance d'un projet communautaire qui prendrait comme point de départ la version sous licence *Open Source* de la société.

36. **L'impact pour les utilisateurs.** Pour résumer, la véritable distinction entre ces deux comportements réside dans la liberté offerte aux utilisateurs : si les premiers cherchent à attirer une clientèle par leurs solutions et services concurrentiels<sup>81</sup>, les seconds s'efforceront de la garder captive. Ainsi, ne sont véritablement dans ce que l'on appelle l'*Open Innovation* que les premiers qui permettent le partage (et par là la mutualisation et l'incrémentation) sur leur travaux.

## 2- Les systèmes de propriété intellectuelle mis en place par les éditeurs *Open Source*

37. **Les mécanismes associés à l'usage de Licences *Open Source*.** L'*Open Source* n'est pas en tant que tel un business model : en effet, les systèmes de propriété intellectuelle mis en place dans le monde de l'édition *Open Source* sont multiples et généralement ajustés aux produits et/ou utilisations spécifiques de la société. Il est néanmoins possible d'exposer quelques mécanismes traditionnellement associés à l'usage de licences *Open Source* — ces derniers étant évidemment librement combinables.

38. **L'usage du droit des marques.** Très souvent, les éditeurs assurent une protection complémentaire à leur produit ou service par l'association du droit des marques<sup>82</sup> (pour tout usage réalisé dans la vie des affaires<sup>83</sup>) : le logiciel est librement diffusé sous licence *Open Source*, tandis que tout usage de la marque<sup>84</sup> reste soumis à autorisation du titulaire. Le cumul et la conjonction de droits exclusifs concurrents rendent quasi inexistant le coût d'entrée pour les utilisateurs, tout en assurant à l'éditeur principal un contrôle sur l'évolution, la distribution des copies originales et l'exploitation globale du logiciel. Sans surprise, les sociétés commerciales tendront à user du droit des marques de façon très agressive tandis que les structures communautaires adopteront un usage modéré et équilibré<sup>85</sup> afin de favoriser (en retour) les contributions. Le risque inhérent à cette pratique est que l'éditeur, trop mercantile, se mette à dos la communauté de sorte que celle-ci s'émancipe en supprimant toute allusion à la marque du logiciel : étant sous licence *Open Source*,

75 Principalement support, mais aussi intégration, assistance, maintenance, formation, etc. On pense notamment à Red Hat, OBM, etc.

76 Un modèle que l'on retrouve notamment dans des offres du type OSSA (Open Source Software Assurance).

77 S'émancipant ainsi de toute licence à respecter, contrairement à un concurrent qui voudrait reprendre la solution.

78 On peut citer : MySQL, Alfresco, Zimbra, Talend, etc.

79 On retrouve ce type d'ambivalence chez des sociétés comme MySQL, Ingres, Alfresco, etc. Le revendeur se retrouvant bien souvent contraint de ne pas utiliser ou conseiller la version communautaire.

80 On parle de *copyright assignment* et il s'agit juridiquement d'une cession complète/exclusive et globale de droits sur une contribution. Ce mécanisme permet, aux projets ou aux entreprises qui les dirigent, de récupérer l'ensemble des droits sur des contributions tierces afin de continuer à bénéficier du statut d'unique titulaire de droit. Il leur est ainsi possible d'intégrer ses contributions tout en continuant d'exploiter sous plusieurs licences. En matière de Logiciels Libres, le cédant bénéficiera souvent d'une licence permettant de continuer à disposer de la création pour son propre usage et le cessionnaire va limiter fréquemment contractuellement les droits qu'il tire de cette cession. Il met ainsi en jeu sa responsabilité contractuelle, dans le but d'assurer une relative confiance.

81 La concurrence est entretenue et seuls des éléments nouveaux ou des services peuvent être vendus à un client – dès lors qu'il juge le prix acceptable.

82 Article L. 711-2 et suivants du CPI.

83 Usage limité néanmoins à la première mise à disposition autorisée du produit dans le pays concerné, d'après la théorie de l'épuisement des droits.

84 Voir notamment l'article L. 713-2 qui énumère les actes qui « [s]ont interdits, sauf autorisation du propriétaire [...] ».

85 Avec pour objectif de défendre l'image associée au logiciel et de conserver le contrôle de son évolution

celui-ci redevient pleinement exploitable<sup>86</sup>. Un autre positionnement double caractérise les sociétés qui jouent sur la mise à disposition (tardives) des versions ou des mises à jour pour inciter les utilisateurs à opter pour une licence commerciale<sup>87</sup>.

39. **Les usages permis par la détention intégrale des droits.** Comme précisé précédemment, tous les éditeurs actuels ne font pas le choix exclusif de l'*Open Source* et nombreux sont ceux qui développent des offres commerciales. Certains proposent en complément d'associer à la version Libre des *add-ons*, *plugins*, etc. qui ne sont pas diffusés sous licence *Open Source*<sup>88</sup> alors que d'autres proposent alternativement une licence commerciale<sup>89</sup> qui leur permet notamment de proposer des garanties supplémentaires. Cumuler licences *Open Source* et commerciales permet des montages intéressants qui requièrent le maintien d'un équilibre par lequel les communautés continuent à trouver intérêt à utiliser et collaborer au développement du logiciel tandis que les utilisateurs professionnels préfèrent à terme devenir clients en souscrivant une licence commerciale<sup>90</sup>. Cette pratique nécessite un contrôle absolu sur les droits associés aux logiciels : situation assurée par un refus systématique de toute contribution tierce<sup>91</sup> ou par l'élaboration d'une politique de cessions exclusive des contributions traditionnellement consacrée par la signature de *Copyright Assignment*<sup>92</sup>.

40. **Le rejet unanime des brevets.** Dans cette diversité d'usages, il est intéressant de constater le rejet unanime des brevets logiciels : tant par les licences assez récentes<sup>93</sup> que par les sociétés évoluant dans le domaine – celles-ci n'hésitant plus à opérer des regroupements de brevets à titre défensif : initiatives individuelles<sup>94</sup> ou collectives<sup>95</sup>, elles font directement face aux *patents trolls*<sup>96</sup>. Toujours sans surprise, seules les sociétés Microsoft et son partenaire Novell prônent l'usage cumulatif des brevets : elles se servent alors de leur large portefeuille afin de « sursécuriser leurs clients » et de menacer leur client.

## B- Bâtir une stratégie Open Source optimisée et maîtrisée

41. **Une frontière floue entre éditeurs et utilisateurs ?** Si la présentation de cette politique *Open Source* semble concerner en premier lieu les éditeurs, les intégrateurs, fabricants, distributeurs ou utilisateurs de logiciels *Open Source* ne doivent pas non plus faire l'épargne d'une stratégie adaptée. En effet, cette dichotomie n'est pas aussi nette et il est fréquent qu'un même acteur cumule simultanément ou alternativement plusieurs casquettes<sup>97</sup>.

Toute exploitation d'un logiciel devant être comprise et acceptée, une analyse des besoins (1) de ces sociétés intégrées dans la chaîne *Open Source* précédera l'exposé des moyens dont elles disposent (2).

### 1- Les besoins des industries de l'Open Source

42. **Les besoins des entreprises.** Les besoins sont multiples mais il s'agit notamment de : faire un audit complet de leur patrimoine immatériel ; définir une stratégie de développement et de diffusion de code ;

86 Red Hat a ainsi vu naître CentOS, version « expurgée » de la première (opération qui est par ailleurs techniquement compliquée par Red Hat) et Firefox a vu lui être opposé Icewease (avec un succès plus restreint).

87 Peut notamment être citée la société Ingres qui n'offre de mises à jour qu'à ses clients titulaires d'une licence commerciale.

88 Cette pratique est surtout répandue en matière de distribution ou compilation de logiciel, c'est-à-dire des situations où des briques non libres peuvent être mêlées à d'autres qui le sont (tel est par exemple le cas de la distribution payante Mandriva Linux Poware Pack Edition qui inclut des composants propriétaires).

89 *Dual licensing* notamment utilisé par MySQL AB, Sleepycat Software Inc. et TrollTech AS. Ainsi, MySQL AB propose MySQL Entreprise sous licence GNU GPL v2 (avec exception en faveur d'autres logiciels libres) ou propriétaire.

90 À la différence de la licence *Open Source* par ailleurs proposée (probablement *copyleft* ou tout du moins suffisamment contraignante pour que l'utilisateur ait un intérêt à opter pour la licence commerciale), la licence commerciale de l'éditeur offre aux clients des avantages comme la possibilité de ne pas diffuser le contenu de leur création dérivée.

91 MySQL n'intègre dans son produit que des contributions qu'elle a pu réécrire ou racheter.

92 C'est notamment l'option de Sun Microsystems vis-à-vis d'OpenOffice.org. Cette politique nécessite néanmoins une certaine légitimité de l'acteur et, surtout, des garanties et un équilibre (dans les relations entre la société et les contributeurs) qui ne lèse personne. Sur le remplacement du *Joint Copyright Assignment* par le *Sun Contributor Agreement*, voir notamment Sophie Gautier, « OpenOffice.org : LGPL v.3 Community perspective », lors de l'European OpenSource Lawyers Event 2008.

93 Par un mécanisme de cession non exclusive de brevet calqué sur celui portant sur le droit d'auteur (comme la licence Apache) ou en créant des « clauses de représailles » qui résilient toute cession de droits si le licencié vient opposer ses brevets sur le logiciel ou vis-à-vis d'une communauté (comme la *Common Public License*). La GNU GPL, dans sa dernière version, encadre aussi les promesses qui seraient faites de ne pas agir à l'égard de certaines personnes afin de rompre l'inégalité ainsi générée entre les utilisateurs (en réaction contre l'accord Microsoft Novell de 2007).

94 Plusieurs milliers de brevets sont ainsi regroupés en garantie par des sociétés comme IBM, Nokia, Sun, etc. – notamment l'« *IBM Statement of Non-Assertion of Named Patents Against OSS* », le « Sun patent program » ou encore le « Novell Statement on Patents and Open Source Software ».

95 Non limitativement : l'*Open Source Development Laboratory* (OSDL), « no software patents », l'*Electronic Frontier Foundation* (EFF — avec l'initiative *Patent busting project*), la *Foundation for a Free Information Infrastructure* (FFII) ou l'*Open Invention Network* (OIN) auquel ont souscrit des sociétés comme Sony, IBM, NEC, Red Hat, Philips et Novell.

96 L'accent peut notamment être mis sur *Linux Defenders*. Lancée ce jeudi 11 décembre 2008 par l'OIN, l'initiative permettra de protéger les communautés de logiciels *Open Source* contre les menaces récurrentes en matière de brevets. Elle collectera ainsi au travers le monde et auprès des développeurs indépendants de logiciels libre/*Open Source* un maximum d'innovations susceptibles d'être brevetées afin d'en réaliser une publication défensive et de les verser à l'État de l'art.

97 Serait-ce d'ailleurs à l'échelle du groupe (les fusions et acquisitions en série rendant cette problématique très sensible).

lister les différents projets de l'entreprise et leur sensibilité/orientation particulière ; mettre en place un audit de code en cours de développement et avant toute diffusion de code.

43. **Des compétences complémentaires.** Sans surprise, les éditeurs qui cherchent à développer un modèle basé sur les licences *Open Source* doivent acquérir une connaissance suffisante des enjeux de propriété intellectuelle et d'*Open Source* afin d'élaborer un modèle économique qui leur corresponde. Ces enjeux accentuent le rôle des spécialistes juridiques (notamment le juriste spécialisé en Propriété Intellectuelle, avocats spécialisés<sup>98</sup>), techniques (qui doivent avoir une très grande connaissances des logiciels qui existent) et communautaires (lorsque le projet s'oriente vers une dimension communautaire, ou lorsque de tel projet communautaires deviennent essentiels aux développements internes. Puisqu'il semble utopique de trouver toutes ces compétences réunies dans un même individu, la création d'un comité peut permettre d'assurer cette compétence pluridisciplinaire.

44. **La nécessité d'une formation généralisée.** Ensuite, d'une manière plus générale, tous les acteurs intervenants dans la diffusion de Logiciels Libres doivent se former tant à l'égard des licences *Open Source* susceptibles d'être rencontrées qu'à la culture globale qui leur est attachée (non exclusivité, logique de pot commun, etc.)<sup>99</sup> – l'écosystème évoluant, une veille juridique, contractuelle et technique est aussi nécessaire. Ce travail doit être mené conjointement entre l'équipe technique – seule apte à fournir les informations détaillées sur le logiciel – et l'équipe juridique<sup>100</sup> – en charge de la lecture et de l'analyse des différentes licences. On observe en effet une méconnaissance fréquente de l'emploi et de l'impact des licences libres par les dirigeants et chefs de projet des sociétés éditrices de logiciels<sup>101</sup>.

45. **Adaptation des pratiques.** Enfin, il est nécessaire d'adapter les pratiques internes (charte des contributions, charte de développement, processus de validation, etc.) comme externes (contrat d'assistance, de services, conditions générales, etc.) de façon à pérenniser les engagements des salariés et de la société<sup>102</sup>. Une tâche qui ne peut revenir qu'à un organe de direction. Par ailleurs – et c'est une réflexion qui nécessite d'être menée à part entière –, il est essentiel que les sociétés mesurent l'impact consécutif à l'usage des licences *Open Source* vis-à-vis de leur patrimoine immatériel pour prévenir toute fragilisation (droit d'auteur, mais aussi brevets et marques). Pour ceci, il peut être nécessaire d'isoler le développement de logiciel *Open Source* de tout autre logiciel qui ne le serait pas<sup>103</sup>.

46. **Une expertise bientôt obligatoire.** Pour finir, on remarquera que l'expertise du prestataire en la matière, et plus particulièrement l'obligation d'avertir ses clients sur l'utilisation de briques logicielles *open source* et l'impact sur les contrats, est aujourd'hui une exigence courante au sein des cahiers des charges ou appels d'offres – voire une obligation implicite (sous la forme donc d'une obligation d'information et de conseil en matière de licence *open source*)<sup>104</sup>. Ainsi, une expertise approfondie des combinaisons de licences devra être présentée au client, notamment en amont pour évaluer la faisabilité du projet, mais aussi en aval pour assurer la recette de la prestation.

## 2- Les moyens à disposition des industries de l'Open Source

47. **Une maturité incontestable.** Avec les assignations récentes, de Free en France<sup>105</sup> et de Cisco aux États-Unis<sup>106</sup>, il est incontestable que le Logiciel Libre s'affermir et a atteint une maturité suffisante pour

98 S'il est possible de se passer de l'un ou de l'autre, suivant la politique de la société, il est nécessaire de préciser que leurs rôles sont différents et complémentaires : le juriste n'aura généralement pas les moyens et le temps que peuvent fournir les conseils spécialisés, ces derniers n'auront jamais une connaissance aussi fine des dossiers que le premier, et la multitude de clients les empêchera de se spécialiser autant sur des problématiques particulières à quelques sociétés seulement.

99 Par exemple, ne pouvant céder plus de droits qu'il n'en possède lui-même, un intégrateur transférera au client les briques de logiciel libre sous leur licence *Open Source* d'origine — ou toute autre licence compatible –, tout en veillant à se conformer aux obligations tirées de ces licences.

100 Qui doit au moins disposer : du détail des briques logicielles utilisées, leur(s) licence(s) respective(s) (comprenant leur version, et toute autre information influant sur ces licences : en tête restrictive, interprétation, exception, etc.), et enfin des interactions existantes entre chacune de ces briques (en pratique, un schéma).

101 L'Étude Forrester sur le secteur d'édition de logiciel indique que si quatre développeurs sur cinq déclarent utiliser de l'*open source*, seulement quatre managers sur dix sont au courant. ...

102 D'autant que de nombreux risques inhérents à l'*Open Source* ne sont toujours pas assurables en Europe, à l'opposé des États-Unis.

103 Étant étendu qu'en cas de non-respect d'une licence par l'un des salariés de la société, c'est la responsabilité délictuelle de la société qui pourra être retenue (le salarié n'ayant traditionnellement pas de pouvoir pour engager cette dernière – à la charge de ce dernier de rendre transparent et faire valider ses choix techniques s'il ne veut pas encourir de sanction disciplinaire).

104 Voir notamment l'arrêt de la Cour d'appel de Paris du 16 septembre 2009, Edu 4 contre l'AFPA : le manque de vigilance et le non-respect du prestataire à l'égard d'une licence libre ont emporté la résiliation du contrat à ses frais.

105 Par une assignation en date du 24 novembre 2008 par les auteurs de logiciels libres utilisés, Free aurait distribué des leurs logiciels (IPTABLES et BUSYBOX) sous GNU GPL sans respecter la licence. Free estime pour sa part qu'il n'y a pas de distribution (et donc pas de déclenchement de la licence – cf la première partie de l'article : I) A) 1 – « Grille de lecture d'une licence *Open Source* »)

106 La plainte de la *Free Software Foundation* contre CISCO date du 11 décembre 2008, elle rompt un dialogue et une collaboration entamés dès 2003 entre les deux structures.

que les auteurs personnes physiques entendent imposer leurs termes et conditions aux sociétés utilisatrices<sup>107</sup>.

48. **La réalisation de politique Open Source.** Ainsi, il semble aujourd'hui indispensable que les grands comptes, utilisateurs, mais aussi distributeurs de Logiciels Libres, bâtissent une politique *Open Source* correcte, concrète, et se donnent les moyens de l'appliquer. Pour ceci, il leur faut saisir leurs propres intérêts et qualifier leurs besoins (non limitativement : la société a-t-elle un intérêt à conserver ou acquérir la titularité des droits<sup>108</sup> ? A-t-elle un portefeuille brevets à protéger<sup>109</sup> ? Veut-elle permettre à des concurrents de collaborer à un logiciel mutualisé<sup>110</sup> ?) et assumer les changements qui s'imposent.

49. **La mutualisation et le transfert de compétences.** Quelques sociétés ayant développé une expertise (aussi bien empirique que théorique) proposent aujourd'hui un transfert de compétences qui se traduit par des offres de conseil et de formation autour des problématiques techniques, juridiques et de gouvernance liées à l'*Open Source*. De façon complémentaire, on a vu naître des solutions qui facilitent les processus internes en rendant possible l'analyse systématique et préalable de code devant être publié, en fournissant un inventaire des licences *Open Source* attachées avec leurs obligations, et mettant en place et automatisant un processus de validation<sup>111</sup>.

50. **Une ère de stratégies.** Nombreuses sont les sociétés ayant initié de telles modifications structurelles<sup>112</sup> et, compte tenu de l'avancée et de l'adoption du Logiciel Libre, il est probable que ce mouvement s'accélère : sommes-nous entrés dans l'ère *stratégique* de l'*Open Source* ?

---

107 Il faut noter par ailleurs les nombreuses actions initiées par le *Software Freedom Law Center* aux États-Unis et *gpl-violations.org* en Europe.

108 Il faut rechercher un juste équilibre assurant l'exploitation et l'évolution de la solution.

109 Pour se prémunir contre ce qui est vu comme un danger critique, certaines sociétés ont ainsi pu interdire l'usage de la GNU GPLv3 ou, paradoxalement, organiser une renonciation de droits sur toutes contributions diffusées sous GPLv3 (au profit de leurs salariés au nom de qui celle-ci est opérée).

110 Ce type de collaboration passe bien souvent par des contrats de consortium : Objectweb (aujourd'hui OW2) est le parfait exemple d'un regroupement de grandes sociétés autour de logiciels communs développés sous licence libre.

111 On pense notamment à des solutions communautaires comme FOSSology (récemment publié en version 1.0) ou commerciales comme Black Duck Software – la gratuité de l'une et le niveau de maturité de l'autre en font des solutions complémentaires.

112 Par la création de « référents *Open Source* », de « comités *Open Source* », de « comités de pilotage *Open Source* », et autre processus interne permettant d'anticiper tout contentieux.

## **BIBLIOGRAPHIE**

### **Articles :**

- (petit) Guide à l'Usage des Licences Libres, Matinée Syntec Informatique, 14 mars 2008
- The GPLv3 from the service and development industry perspective, European OpenSource Lawyers Event 2008, le 24 septembre 2008
- Cloud Computing et Open Source, JuriTIC, le 6 mars 2009, Bruxelles
- "La propriété intellectuelle dans l'industrie de l'Open Source", Gazette du droit des technologies avancées, Octobre 2008 et Février 2009

### **Ouvrages :**

- Producing Open Source Software, Karl Fogel, O'Reilly Media, 2005
- Intellectual Property and Open Source: A Practical Guide to Protecting Code, Van Lindberg, O'Reilly Media, 2008
- Open Source Licensing: Software Freedom and Intellectual Property Law, Lawrence Rosen, Prentice Hall PTR, 2004
- Michel Vivant et Jean-Michel Bruguière, Droit d'auteur, ed. Dalloz, 2009, not. « Licences « libres » et Creative Commons », 817 s.

### **Sites Internet**

- Aful - Association Francophone des Utilisateurs de Logiciels Libres, <http://www.iful.org/>
- April - Association pour la Promotion et la Recherche en Informatique Libre, <http://www.april.org>
- Black Duck, <http://www.blackducksoftware.com>
- EOLE – Site du cycle de conférences « European OpenSource & Free Software Law Event » <http://www.eolevent.eu/>
- Foosbazaar, <https://fossbazaar.org/>
- Groklaw, <http://www.groklaw.net/>
- Institut für rechtsfragen der Freien und Open Source software, <http://www.ifross.org/>
- Software Freedom Law Center, <http://www.softwarefreedom.org/>
- Veni, Vidi, Libri, <http://www.venividilibri.org>
- Open Source Initiative : <http://www.opensource.org/>
- Qualipso : <http://www.qualipso.org/>
- OSOR : <http://www.osor.eu/>
- Freedom Task Force <http://www.fsfeurope.org/projects/fff>

# TABLEAU LICENCE

## Tableau sur la compatibilité entre licences

Lecture du tableau : Peut-on, à partir d'une licence A (licence d'origine), distribuer sous une autre licence B (licence de distribution)

		Licences B : utilisée pour la distribution																	
		Propriétaire	Copyleft											Permissif					
		Affero GPL	GPL v3	GPL v2	LGPL v3	LGPL v2.1	CoCoLL	CoCoLL-C	MPL	OSL	EUPL	CPL	EPL	BSD	BSD non Modifiée	Apache	Latex	Academic Free Licence	CoCoLL-B
Licences A : d'origine	Propriétaire	*	✗	✗	✗	✗	✗	✗	✗	✗	✗	✗	✗	✗	✗	✗	✗	✗	✗
	Affero GPL	✗	●	*	✗	✗	✗	✗	✗	✗	✗	✗	✗	✗	✗	✗	✗	✗	✗
	GPL v3	✗	*	●	✗	✗	✗	✗	✗	✗	✗	✗	✗	✗	✗	✗	✗	✗	✗
	GPL v2	✗	V	V	●	✗	✗	✗	✗	✗	✗	✗	✗	✗	✗	✗	✗	✗	✗
	LGPL v3	✗	*	●	✗	●	✗	✗	✗	✗	✗	✗	✗	✗	✗	✗	✗	✗	✗
	LGPL v2.1	✗	V	V	●	V	●	✗	✗	✗	✗	✗	✗	✗	✗	✗	✗	✗	✗
	CoCoLL	✗	✗	●	●	✗	✗	●	✗	✗	✗	✗	✗	✗	✗	✗	✗	✗	✗
	CoCoLL-C	✗	✗	?	?	✗	✗	●	●	✗	✗	✗	✗	✗	✗	✗	✗	✗	✗
	MPL	✗	✗	✗	✗	✗	✗	✗	●	✗	✗	✗	✗	✗	✗	✗	✗	✗	✗
	OSL	✗	✗	✗	✗	✗	✗	✗	✗	●	✗	✗	✗	✗	✗	✗	✗	✗	✗
	EUPL	✗	✗	✗	●	✗	✗	●	✗	●	●	●	✗	✗	✗	✗	✗	✗	✗
	CPL	✗	✗	✗	✗	✗	✗	✗	✗	✗	✗	●	✗	✗	✗	✗	✗	✗	✗
	EPL	✗	✗	✗	✗	✗	✗	✗	✗	✗	✗	✗	●	✗	✗	✗	✗	✗	✗
	BSD	●	●	●	●	●	●	●	●	●	●	●	●	●	●	●	●	●	●
	BSD non Modifiée	*	?	?	✗	?	✗	?	?	✗	✗	✗	✗	✗	*	●	*	*	●
	Apache	*	*	*	✗	*	✗	✗	✗	✗	✗	✗	✗	✗	*	*	●	*	*
Artiste Licence	*	*	*	✗	*	✗	✗	✗	✗	✗	✗	✗	✗	*	*	●	*	*	
Academic Free Licence	*	✗	*	✗	✗	✗	✗	✗	●	✗	✗	✗	✗	*	*	*	*	●	
CoCoLL-B	*	✗	*	✗	✗	✗	●	●	✗	✗	✗	✗	✗	*	*	*	*	●	

### Légende

- Oui, la distribution est possible sous la licence B
- ? Une incertitude existe
- \* Oui, la distribution est possible sous la licence B, mais il est nécessaire d'ajouter une clause pour adapter la licence
- V Oui, la distribution est possible sous la licence B, si le concédant a autorisé le relicencement sous les versions ultérieures de la licence A
- ✗ Non, la distribution n'est pas possible sous la licence B



## FICHE LICENCE (EXEMPLE AVEC LA GNU AFFERO GPL V3)

GNU Affero General Public licence 3.0	
<b>1. Informations</b>	
1.1 Auteur	FSF
1.2 Date de création	19 Novembre 2007
1.3 Langue	En
1.4 Version	3
1.5 Traduction	Fr, All, Es, It, etc. (18 langues)
<b>2. Domaine</b>	
2.1 Logiciel	Ok
2.1.1 Logiciel SaaS	Si modification + interaction
2.2 Non logiciel (préciser)	Inadaptée
<b>3. degré de liberté</b>	
• Licence Libre (droits connus)	Ok
• Licence ouverte : énumération des droits limités	Non
<b>4. Obligations</b>	
4.1 Obligation de céder les mêmes droits (Copyleft)	Affero GPL
4.2 Cession en matière de marques	Aucune (7 e)
4.3 Cession en matière de brevets	Automatique et large (art. 11)
4.4 Paternité	Mention raisonnable
4.5 Autre	DRM, Tivoïzation,
4.6 Obligations tolérées lors de la redistribution	<ul style="list-style-type: none"> <li>• Quant aux limitations de garantie/responsabilité</li> <li>• Quant à la mention de paternité</li> <li>• Quant à la mention de l'origine</li> <li>• Quant aux mentions de noms dans des fins publicitaires</li> <li>• Quant à l'usage de signes distinctifs</li> <li>• Quant à l'indemnisation par le diffuseur</li> </ul>
<b>5. Portée de la licence</b>	
• Type	Le logiciel comme un tout (large)
• exceptions	Permission de lier avec des composants sous GNU GPL v3
• Notes	04/05/09
<b>6. Licence de redistribution</b>	
6.1 Distribution en conservant les droits et obligations	Oui (sous la même licence)
6.2 Distribution sous une autre licence possible	Non
6.3 Distribution sous une autre licence désignée	Non
<b>7. Condition de réutilisation</b>	
7.1 Mention du copyright	Fichier + interface interactif
7.2 Citation des auteurs	Fichier + interface interactif
7.3 Conditions relatives à la marque	Non
7.4 Autre	