

Logiciels Opensource : une réalité juridique au sein des entreprises

Yann Dietrich

Administrateur de Juriscom.net

Responsable du département IP&technologies/ Direction juridique PI / France Télécom

E-mail : yann.dietrich@laposte.net

Publié avec l'amicale autorisation des Editions Lamy¹

Introduction

Il devient extrêmement banal d'évoquer le logiciel libre ou *Opensource* comme une réalité, tant cela devient un axe important de la stratégie de grandes entreprises comme IBM par exemple. Même s'il y a quelques années on aurait pu penser qu'il ne s'agirait que d'une utopie nourrie par quelques programmeurs ou d'une simple réaction à l'omniprésence d'un système d'exploitation fermé, force est de constater que la réalité est toute autre aujourd'hui et que de nombreuses solutions logicielles de notre quotidien incorporent aujourd'hui des composants logiciels sous licence libre ou *Opensource*.

Quant à la différence sémantique entre le libre et l'*Opensource*, le premier correspond à des logiciels diffusés sous une licence promue par la *Free Software Foundation*², le second à d'autres distribués sous une licence *Opensource*. Cette dernière notion est plus large en ce sens que tout logiciel distribué sous une licence jugée conforme aux principes de l'*Opensource Initiative*³ par l'organisation *Opensource* pourra se revendiquer comme *Opensource*. Dans la pratique, cette notion offre de nombreuses possibilités notamment pour définir le champ du phénomène *Opensource*, offrant ainsi une définition précise et un *process* garantissant une homogénéité des licences au regard de principes intangibles.

Sur le plan technique, rien ne différencie un logiciel propriétaire d'un autre *Opensource*. Leurs spécificités ne vont s'exprimer qu'à travers leur réalité juridique et notamment au regard du droit de la propriété intellectuelle. Le modèle libre ne se différencie du modèle propriétaire que par ses objectifs, les outils, à savoir la protection conférée par le droit d'auteur et le mécanisme de la licence, restant les mêmes. Très schématiquement, l'approche libre va se caractériser à travers un accès au code source et des mécanismes de protection contre toute appropriation propriétaire et la fermeture de ce code. Même si cet accès au code source est loin d'être neutre quant à la qualité des logiciels, le phénomène libre est avant tout une réalité juridique.

Pour essayer d'appréhender cette réalité, il est nécessaire tout d'abord d'avoir une vision claire de sa validité juridique (I). Une fois ce constat effectué, la pratique actuelle oblige à considérer deux éléments : la complexité juridique (II) et la dimension brevet (III).

I. Une réalité valide

Aujourd'hui, quelques décisions de justice ont consacré la validité de licences *Opensource*, tant en Europe qu'aux Etats-Unis, et notamment celle de la construction même de ces licences.

Ainsi, dans une décision en Allemagne⁴ du tribunal de Munich confirmant une première décision du 2 avril 2004, une société ayant développé un logiciel "*netfilter/iptables*" distribué sous la licence GPL (*General Public License*) agissait à l'encontre d'une société qui diffusait un *firmware* intégrant le logiciel du demandeur, sans pour autant préciser que le logiciel sous GPL était intégré dans le

¹ Article publié dans la Revue Lamy Droit de l'Immatériel, n°4, 2005.

² <<http://www.gnu.org>>.

³ <<http://www.Opensource.org>>.

⁴ Pour une traduction en anglais de la décision Allemagne, voir les sites suivants : <<http://www.groklaw.net/article.php?story=20040725150736471>>, <http://news.com.com/GPL+gains+clout+in+German+legal+case/2100-7344_3-5198117.html>.

firmware ni offrir l'accès au code source de ce premier. Le tribunal a considéré qu'en ne respectant pas les conditions de la licence, le défendeur était donc contrefacteur des droits d'auteur du demandeur, et donc qu'à défaut de licence, le défendeur ne pouvait plus distribuer ledit logiciel.

Cette reconnaissance est importante car elle prive de sens beaucoup de discussions ou d'arguments autour de la validité de la licence elle-même ou de l'existence d'un lien contractuel au titre de ces licences. Désormais, il est clair que dès lors que l'on arguerait de l'invalidité d'une telle licence ou de l'absence d'un lien contractuel, on s'exposerait à être purement et simplement reconnu contrefacteur et à défaut de licence d'être privé de tout droit d'utiliser ou de distribuer sur le logiciel placé sous une telle licence.

Même si aucune décision formelle n'existe aux Etats-Unis, de nombreux éléments⁵ aboutissent à considérer la valeur juridique de la GPL, au moins son opposabilité et sa force contraignante. Ainsi, une transaction récente dans le cadre d'une *action Drew Technologies, Inc. vs Society of Automotive Engineers*⁶ le démontre à nouveau. La société *Drew Technologies* a développé un logiciel de communication spécifique pour l'industrie automobile distribué sous la licence GPL. L'organisme de standardisation "*Society of Automotive Engineers*" (SAE), durant l'année 2003, a diffusé *via* son site web des copies de ce logiciel en violation de certaines obligations de la licence GPL, et notamment l'obligation de faire figurer les "*copyright notices*". Après quelques mises en demeure, la SAE persista à refuser de se conformer à ses obligations au titre de la GPL. Dans une transaction dont les termes sont publics, la SAE a notamment renoncé à toute revendication d'un droit d'auteur sur une quelconque implémentation logicielle d'un standard développé dans le cadre de cette organisation, et ceci de manière générale et spécifique à l'égard de la société *Drew Tech*. La SAE accepte donc de diffuser le logiciel de *Drew Technologies* dans le strict respect des obligations de la GPL.

II. Une réalité complexe

Cependant, cette réalité, pour autant que sa validité tend à devenir incontestable, est complexe. Ainsi, la *Free Software Foundation* a créé au moins deux licences consacrées aux logiciels, la GPL et la LGPL. Par ailleurs, de nombreuses licences *Opensource* existent. L'*Opensource Initiative* permet à toute personne de proposer une licence pour certification, la conformité de celle-ci au regard des principes de l'*Opensource Initiative* sera examinée et *in fine* elle sera ou non certifiée⁷. Cette procédure permet ainsi à chaque société de définir ses propres outils juridiques, ceci ayant abouti à un nombre important de licences⁸.

Cette diversité n'est pas sans conséquence pratique. Généralement, le phénomène libre est vu du point de vue de l'éditeur logiciel. Toutefois, dès lors que l'on se place au niveau de l'intégrateur, fournisseur de solution logicielle, cette prolifération va générer une grande complexité.

En effet, dans la plupart des cas, on va se retrouver avec des solutions intégrant un grand nombre de logiciels différents, de bibliothèques, généralement distribués sous des licences *Opensource* différentes. Ainsi, tout audit précis de la propriété intellectuelle autour d'une telle solution, qu'elle soit développée au sein d'une entreprise ou en cours d'évaluation en vue d'un achat, va s'avérer extrêmement complexe et gourmand en ressources. Il n'est pas rare d'avoir à analyser une dizaine de licences différentes avec des obligations plus ou moins complexes à respecter. Par exemple, certaines comme la GPL imposent de redistribuer le code source de toute adaptation et/ou modification du logiciel. Que ce soit vu d'une manière positive sous le nom de *copyleft*, ou plus négative comme un effet viral ou contaminant, cette obligation mérite une certaine attention pour être correctement analysée. En fait, elle va obliger toute personne ayant modifié le logiciel et distribuant ce logiciel modifié à un tiers, à donner à celui-ci un accès au code source de ce logiciel y compris des modifications. En pratique, l'analyse est délicate car un logiciel n'est plus un seul programme isolé mais la combinaison d'un grand nombre de fichiers, dll, bibliothèques qui interagissent d'une manière plus ou moins actives, et dès lors que l'interaction entre deux logiciels serait importante, on pourrait les considérer comme un seul

⁵ Voir notamment le site <<http://www.Opensourcelegal.org/laws>>, les affaires *Progress Software vs MySQL AB et Planetary Motion Inc. vs. Techsplosion, Inc.*

⁶ "A GPL win In Michigan, *Drew Tech vs SAE*", <<http://www.groklaw.net/article.php?story=20050225223848129>>.

⁷ Voir la procédure de certification : <http://www.Opensource.org/docs/certification_mark.php#approval>.

⁸ Voir la liste des licences : <<http://www.Opensource.org/licenses>>.

et même logiciel. Ainsi, fonction des interactions, de l'interfaçage, un logiciel va pouvoir être considéré comme une œuvre dérivée ou non. Ceci a d'ailleurs amené la *Free Software Foundation* à adopter une licence LGPL Lesser General Public License clarifiant au moins la situation des bibliothèques, fichiers regroupant des fonctions génériques pouvant être utilisées par un logiciel. Pour plus d'éléments sur la question et une grille d'analyse, un travail très structuré⁹ de Lawrence Rosen, avocat de l'*Opensource Initiative* offre des éléments clairs, même si aucune décision de justice ne permet d'avoir une interprétation plus définitive sur ce sujet.

Cette complexité juridique crée un sentiment d'insécurité et de non-maîtrise. Ceci a amené certaines sociétés à interdire le recours à des logiciels sous licence *Opensource* et à inclure de telles clauses d'interdiction dans les contrats d'achat ou de développement. Certes, la possibilité de telles interdictions tend à se raréfier compte tenu de l'adoption de plus en plus fréquente de logiciels *Opensource*. Toutefois, il est aujourd'hui important de prévoir un dispositif contractuel adapté afin de prendre en compte le phénomène et ainsi d'être en mesure de réaliser un audit de propriété intellectuelle. Il pourrait être important d'imposer au moins au fournisseur une obligation d'identification précise des logiciels *Opensource* intégrés dans la solution livrée, des modifications apportées par celui-ci, et les références précises des licences correspondantes. A défaut, il va être rigoureusement impossible de connaître avec précision les effets juridiques des interactions entre composants logiciels intégrés dans la solution et les éléments de code source (y compris les modifications spécifiquement développées par le fournisseur) devant être communiqués à tout licencié, etc.

III. Une réalité incomplète : la dimension brevet

Une des inconnues du mouvement *Opensource* est le brevet, ce qui explique notamment la forte opposition à la traduction législative de la pratique de l'*Office Européen des Brevets* en matière de brevetabilité des programmes d'ordinateurs initiée par la Commission Européenne. Ceci demeure d'ailleurs aussi une crainte importante pour des sociétés détentrices d'importants portefeuilles de brevet dès lors que l'on évoque la participation à des développements sous licence libre.

De très rares licences précisent les obligations du licencié à l'égard de ses propres brevets. Par exemple, l'*Open Software License* ou l'*Academic Free License*¹⁰ oblige le licencié à accorder une licence gratuite de ses brevets relatifs au logiciel, cette obligation pouvant être limitée à la seule contribution du licencié dans la *Common Public License*¹¹. En revanche, comme une majorité de licences, les licences GPL ou LGPL¹² ne contiennent aucune disposition traitant cette question d'une manière définitive.

L'article 7¹³ de la licence GPL va clarifier les droits et obligations du licencié dans le cas où un tiers opposerait un brevet, notamment pour préciser que si cette allégation ou un jugement rend impossible toute redistribution, le licencié devra s'en abstenir sans pour autant qu'il ne soit libéré de ses autres obligations au regard de la GPL. Il est clair et définitif que la menace d'un brevet, ou même un jugement relatif à un brevet, ne permettrait pas à un licencié de s'affranchir de ses obligations, le seul échappatoire étant sa capacité à ne pas redistribuer le logiciel, et ceci sera nécessaire dès lors que le jugement aboutirait à conclure à une contrefaçon du brevet, et donc dès lors à l'obliger à payer des *royalties*.

Une clause problématique demeure l'article 8¹⁴ de la licence GPL dont les effets sont complexes à analyser. Dès lors que la distribution ou l'usage d'un logiciel sous GPL serait restreint dans certains

⁹ "Derivative works" by Lawrence Rosen <<http://www.rosenlaw.com/html/GL18.pdf>>.

¹⁰ <<http://Opensource.org/licenses/afl-2.1.php>> ; <<http://Opensource.org/licenses/osl-2.1.php>>.

¹¹ <<http://Opensource.org/licenses/cpl1.0.php>>.

¹² Pour le texte de ces licences, voir le site web <<http://www.gnu.org/licenses/licenses.html>>.

¹³ "If, as a consequence of a court judgment or allegation of patent infringement [...], conditions are imposed on you (whether by court order, agreement or otherwise) that contradict the conditions of this License, they do not excuse you from the conditions of this License. If you cannot distribute so as to satisfy simultaneously your obligations under this License and any other pertinent obligations, then as a consequence you may not distribute the Program at all. "[...]"

¹⁴ Le texte est le suivant : "If the distribution and/or use of the Program is restricted in certain countries either by patents or by copyrighted interfaces, the original copyright holder who places the Program under this License may

pays par la présence de brevets (à noter que ceci peut s'interpréter par la seule exigence de *royalties*), ceci doit faire l'objet d'un *disclaimer* par le titulaire des droits d'auteur ("*the original copyright holder who places the Program under this license*") l'expression étant quelque peu vague).

Même si l'exigence d'écrit *ad validitatem* pour toute licence de brevet rend impossible toute concession de licence de brevet non expressément prévue au regard du droit français, ceci n'est pas vrai pour toutes les législations dans le monde. Ainsi, aux États Unis, sur la base de la doctrine "*implied license*", il est peu probable qu'une société ayant contribué à un logiciel *Opensource* puisse opposer à quiconque un brevet correspondant à cette contribution sans avoir fait la moindre mention de l'existence de ce brevet dans la licence lors de la redistribution de ce logiciel. Par ailleurs, il pourrait être argué que le défaut de mention explicite relative à ses brevets conformément à l'article 8 de la licence GPL serait constitutif d'une "*inequitable conduct*" rendant difficile toute action du titulaire du brevet. Dès lors qu'une société contribuerait à un logiciel libre sous GPL autour de l'un de ses brevets, il serait extrêmement prudent d'inclure un *disclaimer* concernant ce brevet, même s'il est probable que cela suscite des réactions de la communauté.

D'autres licences ont adopté *a minima* des clauses de protection à l'égard de toute action basée sur un brevet. L'*Academic Free License* ou l'*Open Software License* prévoit à la fois une obligation de licence et une clause de réciprocité permettant à tout licencié de résilier la licence accordée à un titulaire engageant une action sur l'un de ses brevets opposables au logiciel en question à l'encontre du licencié. Ceci réserve au moins une capacité de se défendre.

Globalement, la plupart des sociétés titulaires d'importants portefeuilles de brevets ne peut pas pour autant ignorer le phénomène et différentes voies ont été étudiées afin de concilier le mouvement *Opensource* tout en maîtrisant les effets sur les brevets détenus par ces sociétés.

Dans un premier temps, certaines sociétés ont tenté de préciser la portée de l'engagement brevet qu'elles étaient prêtes à prendre. Par exemple, la société *Intel*¹⁵ avait tenté d'inclure une licence de ses brevets limitée à toute utilisation du logiciel pour autant que celui-ci soit utilisé sous un système d'exploitation *Opensource* (à l'exclusion, donc, de *windows*). Une telle licence n'a pas pour autant été admise par l'*Opensource Initiative* car contraire aux principes 5 et 6 de la définition de l'*Opensource*¹⁶. En effet, les discriminations contre les personnes ou les limitations de champ d'application à certains domaines ne sont pas admises. Or, dans la licence *Intel*, les droits relatifs aux brevets étaient limités à tout usage du logiciel pour autant qu'il soit sous un système d'exploitation distribué lui-même sous une licence libre.

Sun, récemment, a adopté une licence allant dans le même sens mais cette fois plus large et donc certifiée *Opensource* : la *Common Development and Distribution License*. La licence prévoit ainsi une licence à la fois sur les brevets portant sur les modifications réalisées par le licencié, mais aussi ceux couvrant la combinaison entre ces modifications et le logiciel original. Pour autant, la licence n'oblige aucunement le licencié à accorder une licence des brevets relatifs au logiciel original, hormis *Sun*, et donc un doute subsiste.

Plus récemment, IBM a adopté une approche originale en décidant en janvier 2005¹⁷ d'ouvrir 500 brevets aux développeurs de la communauté *Opensource*. IBM s'engage à ne pas opposer ses brevets à l'encontre de tout développeur, utilisateur ou distributeur de tout logiciel *Opensource*. Toutefois, l'engagement d'IBM va au-delà puisqu'il est précisé qu'elle pourra revenir sur cette non-opposition à l'égard de toute société qui engagerait une action sur la base de brevets ou d'un quelconque droit de propriété intellectuelle à l'encontre d'un logiciel *Opensource*. Il est important de

add an explicit geographical distribution limitation excluding those countries, so that distribution is permitted only in or among countries not thus excluded. " [...]

¹⁵ Voici le texte proposé : "*Intel hereby grants Recipient and Licensees a non-exclusive, worldwide, royalty-free patent license under Licensed Patents to make, use, sell, offer to sell, import and otherwise transfer the Software, if any, in source code and object code form. This license shall include changes to the Software that are error corrections or other minor changes to the Software that do not add functionality or features when the Software is incorporated in any version of a operating system that has been distributed under the GNU General Public License 2.0 or later*".

¹⁶ <<http://www.opensource.org/docs/definition.php>>.

¹⁷ Voir le texte complet : <<http://www.ibm.com/ibm/licensing/patents/pledgedpatents.pdf>>.

noter qu'IBM n'inclut pas une capacité de révocation dès lors qu'une action contre IBM serait intentée mais entend se placer plus comme protecteur de la communauté *Opensource*, la faculté de révocation étant plus large¹⁸. L'intérêt d'une telle annonce est d'augmenter le degré de confiance de la communauté libre à l'égard des contributions qu'IBM pourrait faire lors de développements de logiciels *Opensource*. En effet, la communauté devient méfiante à l'égard de contributions de sociétés au développement de logiciels *Opensource*, et demande à disposer de garanties quant à la disponibilité des développements au regard des brevets détenus par ces sociétés.

En réalité, il faut rester extrêmement lucide sur la capacité d'une société à opposer ses brevets ou un droit de propriété intellectuelle à l'encontre d'un logiciel. L'affaire SCO¹⁹ est sur ce point édifiante, même si dans ce cas la revendication est fondée sur ses droits d'auteurs. Dans cette affaire, SCO entend revendiquer des droits sur *Linux*, IBM ayant prétendument contribué au kernel *Linux* à partir d'éléments que SCO considère comme lui appartenant. La communauté a fortement réagi en créant un véritable front commun et en créant même un fonds pour financer la défense contre cette attaque²⁰. Il est évident que toute société qui initierait une telle action devrait être prête à en supporter l'effet médiatique et à se battre contre un certain nombre de sociétés utilisatrices de plus en plus grand.

Un rapport publié par la *Public Patent Foundation* a établi que *Linux* pourrait être contrefait par plus de 283 brevets²¹. Au fur et à mesure que de plus en plus de sociétés adoptent des logiciels libres, les utilisent, contribuent à leur développement, il est fortement probable que toute action entraînerait à la fois des réactions sur le terrain judiciaire mais peut-être surtout technique pour modifier le logiciel, dont le code source est par nature ouvert, pour contourner le brevet. L'ouverture du code source et la grande disponibilité d'une communauté de développeurs doivent permettre le développement de solutions de contournement rapide.

L'approche d'IBM est extrêmement intéressante présentant une alternative à la "non-brevetabilité" des logiciels revendiqués par la communauté *Opensource* ou à son action en faveur de système de licence gratuite desdits brevets dans le cadre de standards. En effet, le système proposé par IBM permet à une société d'accorder une liberté d'usage de certains de ses brevets dans la sphère *Opensource*, ceci étant justifié par le retour de la communauté au développement de ses logiciels. En revanche, cette même société va pouvoir garder la plénitude de ses droits sur ses brevets dans le monde propriétaire, environnement dans lequel tout abandon de ses droits n'a pas de justification.

Y. D.

¹⁸ "the commitment not to assert any of there 500 U.S Patents and all counterparts of these patents issued in other countries is irrevocable except that IBM reserves the right to terminate this patent pledge and commitment only with regard to any party who files a lawsuit asserting patents or other intellectual property rights against Opensource Software".

¹⁹ Pour une actualité récente sur le sujet :

<<http://www.zdnet.fr/actualites/informatique/0,39040745,39205911,00.htm>>.

²⁰ <http://www.osdl.org/about_osdl/legal/ldf>.

²¹ Voir la question, "Patent threat to Open source is limited", Peter Williams, 8 sep 2004, <<http://www.crn.vnunet.com/news/1157906>> ; une analyse par Dan Ravicher pour l'*Opensource Risk Management* <http://www.osriskmanagement.com/pdf_articles/linuxpatentpaper.pdf>.