

Licences « open source » et contrats avec les développeurs et les distributeurs

Jean-Paul Triaille

Avocat au barreau de Bruxelles (De Wolf & Partners)

Maître de conférences aux F.U.N.D.P.

Introduction¹

Les analyses juridiques des principales licences « open source » ou « libres »² sont déjà relativement nombreuses³.

En revanche, il nous semblait qu'il existait encore assez peu d'analyses sur les conséquences de l'existence des licences open source sur les contrats alentour. C'est à cet aspect que cet article est consacré ; on s'intéressera essentiellement à trois contrats, à savoir les contrats d'emploi, les contrats de développement et les contrats de distribution.

Rappel des caractéristiques du logiciel libre

De plus en plus d'entreprises et d'administrations publiques décident d'avoir recours à des logiciels « open source ». Ces logiciels, dont l'exemple le plus connu est le système d'exploitation Linux, présentent la particularité d'être distribués dans le cadre de licences dites également « libres » ou « open source ». Il existe de nombreuses licences de ce type ; la plus connue est la « GPL » (« General Public License »)⁴.

Les logiciels libres sont issus, à l'origine, d'une certaine philosophie de partage des connaissances, d'une pratique coopérative du développement de software ainsi que d'une certaine contestation du modèle commercial dominant dans le secteur de l'édition de logiciels.

¹ Cet article reprend en substance un exposé fait par l'auteur à l'occasion d'une journée d'études du cycle Juritic (www.juritic.be) organisé par la Faculté de droit des Facultés universitaires de Namur le 2 mai 2005 et qui avait pour intitulé « Du logiciel libre à l'art libre ». Les commentaires et réactions au contenu de cet article sont bienvenus : jean-paul.triaille@dewolf-law.be

² On parlera dans cet article indifféremment des licences « open source » ou « libres », et des logiciels « open source » ou des logiciels « libres », même si certaines différences (essentiellement idéologiques) existent entre les deux notions.

³ Cf. notamment Y. COOL, F. de PATOUL, D. DE ROY, H. HAOUIDEG, Ph. LAURENT, E. MONTERO, *Les logiciels libres face au droit*, Cahiers du CRID, Bruylant, 2005.

⁴ Pour le texte de cette licence, cf. par exemple www.opensource.org.

Les caractéristiques du logiciel libre et le « copyleft »

Pour rappel, ce qui différencie essentiellement un logiciel « open source » d'un logiciel traditionnel (souvent appelé « logiciel propriétaire ») est que la licence sous laquelle il est distribué présente plusieurs caractéristiques essentielles ⁵:

- elle est gratuite ;
- elle octroie à l'utilisateur des libertés (d'où le nom « logiciel libre ») beaucoup plus larges que la grande majorité des licences traditionnelles, dont essentiellement :
 - le droit d'utiliser le logiciel pour n'importe quel usage (y compris commercial) et dans n'importe quel contexte,
 - le droit de faire des copies du logiciel,
 - le droit de l'étudier et de l'observer,
 - le droit de le modifier, ainsi que le droit de redistribuer les copies ou les améliorations du logiciel ;
- elle donne enfin un libre accès aux codes-sources du logiciel (d'où le nom « open source »).

Indépendamment de ces incontestables avantages, il faut toutefois être attentif à deux autres caractéristiques habituelles des logiciels libres :

- d'une part, ils sont normalement distribués sans aucune garantie ni possibilité de recours contre l'auteur, un distributeur ou un éditeur, que ce soit pour les fonctionnalités du programme ou pour l'absence de contrefaçon ; cependant, des éditeurs ou des fournisseurs de services informatiques peuvent décider d'octroyer de telles garanties⁶, mais dans ce cas, il est normal que ces garanties soient payantes (notamment parce que le fournisseur de services aura dû vérifier la conformité du logiciel aux besoins du client) ;
- d'autre part, certaines des licences libres, qu'on appelle des licences « *copyleft* » imposent contractuellement que chacun, dans la chaîne des utilisateurs successifs, comme contrepartie à l'autorisation qui est octroyée à l'utilisateur, respecte les mêmes principes de partage et de mise en commun, et donc, s'il redistribue à son tour le logiciel ou les améliorations qu'il y aura apportées, qu'il soumette les utilisations en aval à la même licence, en octroyant donc les mêmes droits aux utilisateurs et en leur imposant à son tour les mêmes obligations. Dans le cas d'une licence « copyleft », l'utilisateur qui décide, comme la licence l'y autorise, d'utiliser le logiciel libre pour l'améliorer (en l'adaptant à ses besoins propres par exemple) ou pour l'intégrer à l'un de ses propres logiciels, sera donc obligé, s'il décide de re-distribuer lui aussi le logiciel, d'octroyer à tous les utilisateurs les mêmes droits sur le logiciel adapté ou sur le logiciel intégrant le logiciel libre initial. En pratique donc, chacun sera libre, gratuitement, d'utiliser le logiciel modifié, de l'adapter à son tour, et pourra

⁵ Cf. www.opensource.org pour les principales licences open source, ainsi que le site de la Free Software Foundation, www.fsf.org.

⁶ Cf. infra.

aussi exiger d'avoir accès aux codes-sources ; de plus, le logiciel devra être disponible gratuitement. C'est ce qu'on appelle généralement « l'effet viral » ou, moins péjorativement, l'effet « transitif » ou « réciproque » des licences libres. Ce qui nous intéressera dans le cadre de cette contribution concerne les effets sur les contrats alentour.

Licences open source et relations avec les employés

Pour rappel, en vertu de l'article 3 de la loi du 30 juin 1994 relative à la protection juridique des programmes d'ordinateur, lui-même inspiré de la directive européenne du 14 mai 1991, « *sauf disposition contractuelle ou statutaire contraire, seul l'employeur est présumé cessionnaire des droits patrimoniaux relatifs aux programmes d'ordinateur créés par un ou plusieurs employés ou agents dans l'exercice de leurs fonctions ou d'après les instructions de leur employeur* ». En pratique, de telles clauses contractuelles contraires ne se rencontrant jamais dans les contrats d'emploi, la cession est quasiment toujours automatique à l'employeur, et l'employé (le développeur) n'est donc pas titulaire des droits d'auteur patrimoniaux sur les programmes qu'il aura développés.

On distinguera ici les situations respectives de **trois sortes d'entreprises** dans lesquelles un développeur peut être employé : la société informatique qui commercialise des logiciels de façon traditionnelle suivant un modèle « propriétaire », la société informatique qui a opté, pour la distribution de ses logiciels, pour le modèle « open source » et enfin la société qui ne commercialise pas les logiciels qui sont développés par son département informatique, mais qui les réserve à son usage interne.

Première situation

La société informatique qui utilise le modèle propriétaire

Par « modèle propriétaire » on vise le modèle dans lequel la société, forte de ses droits d'auteur sur les logiciels qui ont été développés en son sein et des droits exclusifs que lui reconnaît la loi du 30 juin 1994, tire ses revenus des licences qu'elle octroie aux utilisateurs de ses programmes : puisque, en vertu du système des droits exclusifs sur lesquels est basée la logique du droit d'auteur, l'autorisation de cette société est nécessaire pour pouvoir reproduire le logiciel et pour pouvoir l'adapter, la société, de la manière la plus courante, exige le paiement d'une redevance (les royalties) en contrepartie de l'autorisation qu'elle octroie aux utilisateurs pour utiliser le logiciel, pour le rendre accessible sur le réseau interne de la société-cliente, etc. C'est là la manière la plus habituelle et, jusqu'à l'apparition du modèle « open source », la seule qui était utilisée par les sociétés informatiques pour rentabiliser leur investissement et tirer des revenus des logiciels développés en interne.

Pour rappel, le modèle « open source » ne permet pas de baser une activité commerciale sur ces mécanismes puisque les licences open source permettent gratuitement aux utilisateurs ce que le droit d'auteur soumet à l'autorisation du titulaire de droits.

Il est donc simple de comprendre que, pour la société informatique qui commercialise des logiciels suivant le modèle propriétaire, le fait de se retrouver contrainte de passer au mode de distribution open source constituerait un renversement radical de son business model et, dans la plupart des cas, si cette décision n'a pas été préparée et consentie, serait une « catastrophe » sur le plan de la rentabilité puisque la source principale de revenus, à savoir les redevances tirées des contrats de licence, se trouverait tarie.

Or, en principe, si dans une société un développeur a intégré des éléments open source dans un logiciel jusqu'alors commercialisé suivant le modèle propriétaire, et si la licence sous laquelle ces éléments open source ont été rendus accessibles est une licence copyleft, le logiciel jusqu'alors « propriétaire », parce qu'il a été amélioré par l'inclusion des éléments open source, devrait normalement être lui aussi distribué suivant le modèle open source. C'est la logique du système copyleft qui l'impose.

On rappellera que l'effet transitif ne s'attache qu'aux licences copyleft. En conséquence, s'agissant des licences non-copyleft, le fait d'insérer dans un logiciel pré-existant des éléments open source non-copyleft n'a pas pour effet d'orienter par le biais d'une obligation contractuelle, la manière future de distribuer le logiciel : la société informatique pourra, dans ce cas, parfaitement continuer à distribuer ses logiciels suivant un modèle propriétaire, même s'ils intègrent des éléments open source.

On analysera *infra* les limites du raisonnement basé sur le copyleft et les arguments que l'on peut y imposer si l'on veut y faire échec. Reste qu'il est plus facile d'éviter que la question se pose (à savoir éviter l'effet copyleft) plutôt que de se trouver obligé de montrer que la réponse n'est pas celle que l'on croit (à savoir que, pour telle et telle raison, l'effet copyleft n'a pas pu jouer en l'espèce).

Afin d'éviter ces conséquences non désirées, la société informatique fera bien de prendre certaines **précautions** :

- informer ses développeurs sur les mécanismes juridiques propres aux licences open source, et particulièrement sur l'effet transitif des licences copyleft, dont la principale licence open source, à savoir la GPL ;
- leur donner des instructions précises (et écrites) quant aux « best practices » qu'ils doivent suivre et quant à ce qu'ils peuvent faire ou ne pas faire dans leur activité de développeur ⁷;

⁷ Cf. exemple de texte *infra*.

- chaque fois qu'un élément open source va être intégré dans des développements pré-existants qui sont la propriété de la société, vérifier sur le plan juridique ce que prévoit la licence open source qui s'applique à l'élément en question, pour voir s'il s'agit d'une licence copyleft ou non et, de manière plus générale, quelles sont les conditions mises à l'utilisation (afin de s'assurer qu'elles seront respectées) ;
- documenter précisément ce qui aura été fait, et notamment à quel moment l'élément open source a été utilisé (puisque c'est cela qui est censé déclencher le fait que la licence est acceptée par le développeur), quelle était effectivement la licence sous laquelle il était accessible (et quelle version de cette licence) ; la question est d'autant plus importante que certains éléments open source sont accessibles sous des licences open source différentes, dont certaines peuvent être copyleft et d'autres non ;
- enfin, sur le plan de la méthodologie de développement, éventuellement « isoler » certaines parties du logiciel pré-existant des autres modules, voire commercialiser séparément les modules intégrant de l'open source des autres modules.

A défaut d'avoir pris ces précautions, la société risque de rencontrer des **difficultés** le jour où ses actionnaires souhaiteront la vendre, ou le jour où il serait question d'une fusion avec une autre société. Dans ces situations, le candidat-acheteur effectue sa « *due diligence* » sur les activités de la société et vérifie notamment auprès des développeurs l'origine des développements des logiciels. S'il s'avère que des modules open source sous licence copyleft ont été intégrés dans certains des logiciels (ce que souvent les développeurs auront fait sans songer aux conséquences que cela pouvait potentiellement représenter pour la société, faute notamment d'une policy claire sur le sujet) et si le candidat-acheteur est au fait de la problématique copyleft, la pratique nous a montré que cela risque d'entraîner des complications dans les négociations. L'acheteur craindra en effet les conséquences d'un effet copyleft qui ruinerait les possibilités de rentabilisation de son acquisition et pourrait aussi entraîner un effet sur ses propres logiciels dans la mesure où il se pourrait que, suite au rachat de la société, l'acheteur intègre à son tour certains éléments logiciels de la société rachetée dans ses propres produits. Afin de limiter ce risque, l'acheteur aura intérêt à prévoir, dans le contrat de vente, des clauses de garantie détaillées et explicites (dans les « *Representations & Warranties* »).

Malgré l'importance de la question, les sociétés informatiques dans lesquelles une policy explicite existe sont encore peu nombreuses.

A titre d'exemple extrait d'une policy existante :

“ If an OSS component has to be incorporated in Company products (any product Company may have the right or intention to re-distribute later), the Project or Program Manager has to obtain Company legal counsel agreement, after submitting the following information:

1. *Program description, and reason of using OSS code*
2. *The printed license*
3. *The URL where both the code and the license are associated*

Rationale: so many license types (more than 40) and situations exist, that only specialists can advise you about the compatibility of "your" downloaded licensed code with Company commercial objectives."

Revenons à la situation d'une société informatique dans laquelle des développeurs auraient manifestement intégré des éléments open source sous licence copyleft dans les logiciels propriétaires de la société. La logique du copyleft veut que, dès qu'il y a distribution des logiciels vers l'extérieur (et dans notre hypothèse, cette distribution est l'activité de la société) ces logiciels soient devenus open source.

Cela revient à dire que les choix des développeurs auraient déterminé le business model de l'entreprise. En théorie, cela signifie, si on suit complètement la logique, que le fait, pour un développeur, d'avoir à un moment donné été chercher un petit élément open source et de l'avoir intégré dans les logiciels de sa société, contraint la société qui l'emploie à changer de business model et a des conséquences radicales sur le statut juridique de ce qui constitue la source de revenus principale d'une société informatique, à savoir les redevances de licence des logiciels.

Le raisonnement a ses **limites** et il ne nous paraît pas, si la question devait se poser devant un tribunal belge, que la réponse serait automatiquement qu'il y a eu un effet copyleft sur l'ensemble des logiciels de la société :

- premièrement, cela suppose que l'employé ait effectivement marqué son accord sur le contenu de la licence open source en question, et la charge de cette preuve reviendra au plaignant ; le développeur pourrait fort bien avoir eu accès à ces éléments open source sans devoir obligatoirement confirmer, par un « click » sur un bouton ou autrement, qu'il a pris connaissance des conditions de la licence open source ou sans avoir eu nécessairement l'occasion d'en prendre connaissance ; ce sera là un premier problème de preuve et une question de fait ⁸;
- deuxièmement, cela suppose qu'on accepte l'idée qu'un développeur puisse valablement engager la société qui l'emploie et prendre en son nom des décisions ayant d'importantes conséquences juridiques et commerciales ; or, pour raisonner par analogie, si l'on souhaitait acquérir les droits sur un logiciel, on sait très bien que le contrat serait à signer non pas par un développeur mais par l'un des administrateurs ou à tout le moins par quelqu'un qui, en vertu des statuts ou des règles sur le mandat, a mandat pour représenter et engager la

⁸ Beaucoup de licences open source prévoient que le seul fait d'utiliser ou d'adapter le logiciel entraîne que l'utilisateur consent à la licence. L'efficacité juridique de telles clauses nous semble très limitée.

société ; la théorie du « mandat apparent » viendrait donc, nous semble-t-il, au secours de la société concernée ;

- cela paraît d'autant plus vrai que, dans notre exemple, l'employé, à supposer qu'il ait effectivement consenti aux conditions de la licence, n'aura souvent pas conscience des conséquences que cela peut en principe avoir, et que par ailleurs il n'est même pas propriétaire des droits sur le logiciel en question puisque, comme on l'a rappelé *supra*, dans le cas d'un contrat d'emploi, les droits d'auteur sur les logiciels développés par un employé appartiennent, sauf clause contractuelle contraire, à son employeur.

Evidemment, si l'on soutient la thèse que, dans la situation concernée, il n'y a pas eu de consentement sur le contenu de la licence, il faut en accepter les conséquences, à savoir que, faute d'une licence octroyée par l'auteur, l'utilisateur (et donc la société) utilise des éléments protégés par le droit d'auteur sans y avoir été autorisé. Il y a donc violation des droits de l'auteur atteinte à la législation sur la protection des logiciels par le droit d'auteur.

Reste l'intéressante question de savoir quels dommages-intérêts pourront être réclamés par les auteurs : en tout cas pas une perte de revenus liés à des royalties dont ils auraient été privés, puisque précisément, en ayant décidé de distribuer leurs créations dans le cadre d'une licence open source ils ont renoncé à en tirer des royalties. Malgré cela, il reste le fait d'une atteinte avérée à leurs droits d'auteur, qui en soi justifie une certaine réparation. Mais pour la société à qui des dommages-intérêts seraient réclamés, le fait de devoir payer une certaine indemnisation sera normalement beaucoup moins dommageable que les conséquences des effets viraux d'une licence copyleft.

Toutefois, dans l'attente de décisions de jurisprudence sur ces questions, si l'on en reste au texte des licences copyleft, la partie qui y aura intérêt soutiendra facilement que, sur la seule base des conditions contractuelles de la licence, il y aura eu un effet viral. En pratique, si l'on se trouve dans une phase de due diligence précédant une acquisition, le candidat-acheteur de la société ne sera peut-être pas suffisamment rassuré par les chances que le raisonnement qu'on a décrit ait gain de cause dans l'hypothèse où un tiers ou l'un des contributeurs de l'élément open source viendrait soutenir que le logiciel de la société a changé de statut juridique⁹. Mieux vaut dès lors prévenir que tenter de guérir.

Une **question** liée à ce qui précède mérite d'être abordée. Un employé pourrait-il décider de distribuer en open source un logiciel qu'il a développé dans le cadre de son

⁹ En cas d'action par un tiers plutôt que par l'un des contributeurs à l'élément open source, se pose encore la question de savoir dans quelle mesure il pourra invoquer les conditions d'un contrat (la licence open source) auquel il n'a pas été partie (*res inter alios acta*). A priori toutefois, on peut penser qu'il pourrait invoquer les règles de la stipulation pour autrui. Cf. sur ce point Yorick COOL, « Aspects contractuels des licences de logiciels libres : les obligations de la liberté », in *Les logiciels libres face au droit*, op. cit., p. 155 et s.

contrat d'emploi ? Une réponse négative nous semble s'imposer clairement. L'employé n'étant pas titulaire des droits sur ce logiciel, il ne lui revient pas de prendre une décision qui relève de l'exploitation du logiciel et de l'exercice des droits patrimoniaux d'auteur sur ce logiciel.

Certes, on pourrait soutenir, sur la base de la formulation de l'article 3 de la loi belge, qui prévoit que « *seul l'employeur est présumé cessionnaire des droits patrimoniaux relatifs aux programmes d'ordinateur créés par un ou plusieurs employés ou agents dans l'exercice de leurs fonctions ou d'après les instructions de leur employeur* », que les droits d'auteur naissent d'abord dans le chef de l'employé, y restent un « instant de raison » et sont ensuite cédés par l'effet de la loi à l'employeur cessionnaire. Mais l'article 2.3. de la directive européenne du 14 mai 1991 concernant la protection juridique des programmes d'ordinateur dont l'article 3 de la loi belge est issu, est sans ambiguïté : « *Lorsqu'un programme d'ordinateur est créé par un employé dans l'exercice de ses fonctions ou d'après les instructions de son employeur, seul l'employeur est habilité à exercer tous les droits patrimoniaux afférents au programme d'ordinateur ainsi créé, sauf disposition contractuelle contraire* ». L'article 3 de la loi belge doit s'interpréter d'une manière conforme au texte et aux objectifs de la directive ; il ne permet donc pas, selon nous, que l'employé décide du sort du logiciel qu'il aura développé.

Indépendamment de l'analyse que l'on peut faire de cette question au plan du droit d'auteur, les principes du droit du travail (dont l'interdiction de faire concurrence à son employeur et l'interdiction de divulguer des informations confidentielles acquises dans le cadre du contrat de travail) et l'exécution de bonne foi du contrat aboutissent à la même conclusion. Dans une certaine mesure, certaines analogies pourraient être faites avec la situation de l'employé qui fait une invention brevetable mais qui, au lieu de la maintenir confidentielle afin que l'employeur puisse prendre la décision de la breveter, s'empresse volontairement ou par imprudence de la rendre publique et, en conséquence, prive l'employeur de toute possibilité d'encore déposer une demande de brevet pour ladite invention¹⁰.

Pour terminer sur le contrat d'emploi, on signalera que les modèles de clauses contractuelles pour les contrats d'emploi, que l'on peut trouver sur internet, destinées à permettre au développeur de prendre librement la décision de mettre leurs développements sous la GPL sont généralement mal rédigées et juridiquement très peu solides... Prudence, donc.

¹⁰ La question de savoir si un employé peut décider de rendre accessible sous GPL un logiciel développé dans le cadre de son contrat se pose avec plus d'acuité dans le secteur de la recherche universitaire, où les chercheurs sont davantage désireux de partager le résultat de leurs recherches et peut-être moins sensibles à l'aspect « rentabilisation ». C'est toute la problématique de la valorisation de la recherche universitaire qui sous-tend ces questions.

Deuxième situation

La société informatique qui utilise le modèle open source

Dans le cas d'une société informatique qui a fait le choix d'opter pour le modèle open source pour la distribution de ses produits (ou des logiciels de tiers qu'elle redistribue tels quels ou améliorés), même si les exemples ne sont pas encore très fréquents, le problème ne se posera normalement pas.

Reste malgré tout que la prudence voudra que les développeurs soient attentifs chaque fois qu'ils souhaiteront utiliser des éléments open source distribués dans le cadre d'une licence open source qui n'aurait pas encore été examinée par la société et par son service juridique.

Certaines licences peuvent en effet contenir des clauses qui sont susceptibles de limiter ou à tout le moins d'avoir un impact sur l'utilisation ultérieure que l'on voudrait faire des logiciels intégrant des éléments open source. Même si les licences qui répondent aux conditions de l'Open Source Initiative¹¹ ne peuvent pas faire de distinction entre les utilisations commerciales et les utilisations non commerciales des logiciels distribués sous ces licences, on ne peut exclure qu'une licence moins usitée et moins connue fasse cette distinction et donc interdise par exemple que les logiciels intégrant les éléments open source ainsi distribués ne puissent pas être utilisés ou mis à disposition d'utilisateurs si ces utilisateurs entendent les utiliser à des fins commerciales. De même, certaines licences contiennent des dispositions plus contraignantes que d'autres pour ce qui concerne le respect des droits moraux des auteurs et des contributeurs. Le non-respect d'une clause prévue par une licence open source a pour conséquence que soit le logiciel lui-même soit son utilisation entraînent une atteinte aux droits des auteurs des éléments open source concernés et donc une contrefaçon.

Si faire cette distinction entre l'utilisation commerciale et l'utilisation non commerciale est interdit par les licences répondant aux conditions de l'Open Source Initiative, on signalera par contre qu'elle est prévue, pour les œuvres autres que les logiciels, comme la musique, les photographies, les clips, dans le cadre des licences correspondant pour ces œuvres-là aux licences open source, à savoir les licences « Creative Commons »¹².

Troisième situation

La société qui ne commercialise pas de logiciels

Pour la société qui ne commercialise pas de logiciels, et qui donc destine les logiciels qu'elle utilise à son usage interne, le problème de la viralité ne se pose pas : il est

¹¹ www.opensource.org

¹² www.creativecommons.org

essentiel de se souvenir en effet que ce mécanisme ne s'applique, dans la plupart des licences libres, qu'en cas de « distribution » du logiciel modifié : en d'autres termes, si l'utilisateur modifie le logiciel initial mais le réserve à ses besoins internes, il ne sera pas obligé d'en concéder l'utilisation gratuite par les tiers ni de leur donner accès aux codes-sources. De même, il lui sera impossible de commercialiser le logiciel amélioré suivant le modèle traditionnel des licences « propriétaires » : la commercialisation impliquant la distribution à des tiers, l'effet transitif s'enclencherait.

La prudence veut toutefois qu'on vérifie chaque fois, quand il s'agit d'une licence que l'on ne connaît pas encore, si tel est bien le cas. Rien n'empêcherait en effet théoriquement quelqu'un de créer sa propre licence et de prévoir un effet transitif plus puissant que dans la GPL, et qui par exemple « s'activerait » même en l'absence de distribution.

Une question importante qui se pose est de savoir jusqu'à quel point on peut parler d'un **usage interne** et à partir de quand il y aura une **distribution** vers l'extérieur, laquelle enclenchera l'effet transitif. La question peut se poser notamment dans les cas suivants :

- en cas de distribution d'un département d'une entreprise à un autre département interne – selon nous, il n'y a pas distribution ;
- en cas de distribution d'un site vers un autre site géographique de la même entreprise – selon nous, il n'y a pas non plus distribution, on reste au sein de la même entité juridique ;
- en cas de distribution de la société-mère à ses filiales, ou d'une filiale à sa société-mère, ou encore entre filiales d'un même groupe – la réponse variera d'une licence à l'autre, certaines précisant que le « you » désignant l'utilisateur dans la licence vise l'entité juridique ainsi que les sociétés qu'elle contrôle¹³ ;
- en cas d'échange entre membres d'un club fermé d'utilisateurs – selon nous, il y aura là distribution et donc effet transitif, d'autant plus quand, ainsi que cela a déjà été le cas, certains clubs ont été constitués essentiellement dans l'objectif de pouvoir prétendre que, dès lors qu'ils avaient constitué entre eux une association avec la personne juridique, la distribution entre les membres de l'association restait une distribution interne ;
- en cas de distribution d'un logiciel en test auprès de certains utilisateurs, dans le cadre d'une licence de *pre-release* – la question nous semble difficile à trancher ;
- dans l'hypothèse où la partie qui reçoit la copie signe des clauses strictes de confidentialité – selon nous, cela n'est pas autorisé par la GPL et ne pourra avoir pour effet d'éviter l'effet transitif ;

¹³ La question est notamment importante sur le plan du droit fiscal et des règles en matière de prix de transfert (transfer pricing).

- en cas d'outsourcing vers un prestataire externe – la question est fort importante en pratique ; elle mérite un examen plus approfondi que ce que permet cette note ;
- en cas de distribution dans un mode ASP, dans lequel le logiciel n'est pas physiquement distribué, via des copies supplémentaires, à des tiers, mais simplement rendu accessible à distance – si l'on suit l'esprit de la GPL, la réponse devrait être qu'il y a distribution externe parce qu'il y a mise à disposition de tiers, mais la question mérite sans doute un examen plus approfondi.

Licences open source et relations avec les développeurs indépendants

On s'attachera ci-après à la relation entre une société et les développeurs externes auxquels elle pourra faire appel, pour faire développer en externe des logiciels destinés son activité. Tantôt il peut s'agir de personnes physiques (consultants indépendants), tantôt de personnes morales (sociétés informatiques de développement).

La question principale est de savoir si la société qui fait développer le logiciel ou adapter un logiciel à ses besoins le fait uniquement pour son usage interne ou entend en outre le distribuer à des tiers.

Comme on l'a indiqué, si le logiciel est uniquement destiné à un usage interne, la question de l'effet transitif ne se pose pas, sauf pour ce qu'on en a dit *supra* à propos des relations avec les développeurs employés.

Pour les logiciels « propriétaires », la société doit évidemment, pour pouvoir les utiliser en interne, bénéficier d'une licence d'utilisation de la part du développeur. S'il s'agit d'un développeur personne physique, les règles assez contraignantes de l'article 3 de la loi du 30 juin sur le droit d'auteur seront d'application. S'il s'agit au contraire d'une société de développement de logiciels, ces règles contraignantes ne sont pas d'application ; seules les règles du droit commun sont applicables. En principe donc, on peut imaginer que pareille licence soit implicite ; la prudence élémentaire veut toutefois que l'on rédige un contrat écrit décrivant les droits et les obligations des deux parties.

Si les logiciels sont aussi destinés à être distribués à des tiers, il faut alors voir si la société qui les a fait développer a l'intention de le faire suivant le modèle de licences propriétaires. Si, comme le plus souvent, c'est le cas, il y a **deux aspects** à considérer :

- d'une part, il faut obtenir soit une licence permettant de distribuer effectivement le logiciel à des tiers, soit (ce qui sera plus généralement le cas pour des

développements spécifiques) obtenir une cession de l'ensemble des droits sur le logiciel. A nouveau, s'il s'agit d'un développeur personne physique, les règles assez contraignantes de l'article 3 de la loi du 30 juin sur le droit d'auteur seront d'application. S'il s'agit au contraire d'une société de développement de logiciels, ces règles contraignantes ne sont pas d'application et seules les règles du droit commun sont applicables ; en théorie, on peut à certaines conditions imaginer que même une cession s'opère alors même que cela n'a pas été stipulé expressément dans un contrat, mais cela sera plus rare que pour un contrat de licence et a fortiori pour un contrat de cession la prudence veut que l'on rédige un contrat écrit décrivant les droits et les obligations des deux parties.

- d'autre part, si l'on veut être certain que le développeur n'utilisera pas d'éléments open source dans ce qu'il livrera au client (et ainsi prévenir le risque d'un effet copyleft), on pourra y ajouter des garanties explicites quant à l'utilisation d'éléments open source, à savoir :
 - une interdiction d'intégrer dans les développements des éléments open source sous licence copyleft si la licence en question a pour effet de déclencher l'effet viral en cas de distribution à des tiers ;
 - une clause prévoyant que, à défaut pour le développeur de respecter cette interdiction, il devra indemniser le client de tous les dommages en résultant.

A titre d'exemple de pareille clause:

“Contractor represents and warrants to Client that any Work Product that is software does not contain and is not work based on, derived from, or created using “Open Software” which is licensed pursuant to terms that (a) create, or purport to create, obligations for Client with respect to Client’s intellectual property or proprietary rights in the software or (b) grant, or purport to grant to any third party any rights to or immunities under Client’s intellectual property or proprietary rights in the software.

“Open Software” includes, without limitation any software that (i) contains, is based on, derived in any matter (in whole or in part) from, or created using any software that is distributed as free software, open source software, or under similar licensing or distribution models; and (ii) any software that requires as a condition of use, modification and/or distribution of such software that other software distributed with such software (A) be disclosed or distributed in source code form; (B) be licensed for the purpose of making derivative works; or (C) be redistributable at no charge.

Examples of such licences or distribution models include (...)”

Pour mettre en oeuvre en interne les obligations prises par la société dans le cadre de ce genre de clause, il sera indiqué d'avoir aussi une policy claire et explicite sur l'emploi d'éléments open source.

A titre d'exemple extrait de pareille policy :

If the OSS components have to be incorporated in Client's deliverables, the Project Manager has to observe the following procedure:

- *Downloading free software must be done in the name of the client (not Company);*
- *An official project document (e.g. Meeting Minute, approved according to the PMP) must mention the downloading and the reasons of it (usage), and the fact the license has been accepted by the Client (A document with Client signature should be kept);*
- *The printed licence must be annexed to the above project document;*
- *The solution code must respect OSS code copyright indications;*
- *The final documentation must mention all OSS components and licenses.*

Rationale: Most clients will be satisfied by license conditions (even copyleft) if they use the solution internally. On the other hand, if the client wants to distribute its own proprietary software out of the delivered solution, Company will be liable by omitting to highlight the copyleft conditions. There is also a risk to continued Company ownership of Company software products which are made a part of software having copyleft-type provisions in their licenses. Accordingly, if the OSS software will be integrated with Company software, review of the situation by an appropriate legal counsellor is necessary.

C'est sans doute principalement dans le secteur de l'administration que l'on peut le plus facilement imaginer que le client (dans ce cas l'administration) n'ait pas d'objections à ce que le développeur utilise des éléments open source sous copyleft, et ne soit pas contraire à l'idée que les développements que l'administration aura commandés deviennent accessibles aux tiers, y compris avec les codes-sources. Il y a des exemples dans lesquels l'administration a souhaité ce mode de fonctionnement, espérant parfois que se constitue une communauté d'utilisateurs d'un même logiciel, et un groupe de développeurs qui continueront, une fois le logiciel créé, à l'améliorer et à y apporter leurs contributions dans le cadre du modèle open source¹⁴.

Licences open source et relations avec les distributeurs

La problématique est, *mutatis mutandis*, la même pour ce qui concerne les relations avec les distributeurs de logiciels.

¹⁴ Voir notamment les travaux réalisés sous l'égide de la Commission européenne dans le cadre du programme IDA/GPOSS, et le rapport rédigé par le CRID (Séverine Dusollier et Philippe Laurent) et Unisys Belgium (Patrice-Emmanuel Schmitz), Report on Open Source Licensing of software developed by the European Commission, <http://europa.eu.int/idabc/servlets/Doc?id=19296>

On signalera que, dans le cadre du programme IDABC et pour la distribution de certains logiciels sur lesquels elle a les droits intellectuels, la Commission européenne a commandité la rédaction d'une licence open source adaptée à la terminologie et aux législations européennes. Les auteurs du rapport précité, ainsi que l'auteur du présent article ont été associés à cet exercice ; le texte, baptisé EUPL (pour « European Union Public License » existe à l'état de projet et a été présenté au LinuxTag de Karlsruhe en juin 2005. Cf. <http://europa.eu.int/idabc/en/chapter/5804>

Distinguons les relations entre le titulaire des droits sur le logiciels et les distributeurs d'une part, et celles entre le distributeur et l'utilisateur d'autre part.

Relations entre le titulaire des droits et le distributeur

Distinguons cette fois entre les logiciels open source et les logiciels propriétaires.

Pour les logiciels open source

S'agissant des logiciels déjà sous licence open source, la situation est assez simple. Il n'est même pas besoin de contrat entre le candidat-distributeur et le titulaire de droits, puisque la plupart des licences open source ont notamment pour effet d'autoriser les utilisateurs, bénéficiaires de la licence, à re-distribuer le logiciel sans devoir payer de royalties ni demander une nouvelle autorisation du titulaire.

L'utilisateur peut donc décider de devenir distributeur du logiciel en question.

Ce qu'il pourra faire en tant que distributeur dépendra du statut « copyleft » ou non de la licence :

- si la licence est une licence copyleft, le distributeur est contraint, dans le cadre de la distribution, de respecter les mêmes principes que ceux de la licence ; il ne peut, par exemple, pas exiger de royalties pour l'utilisation, ni empêcher que les nouveaux utilisateurs, à leur tour, redistribuent le logiciel.

On rappellera toutefois que cela n'empêche pas le distributeur de demander un prix à l'utilisateur, mais ce prix ne sera pas, comme une royauté, la contrepartie d'un droit octroyé à l'utilisateur en vertu du droit d'auteur, mais sera soit le prix de vente demandé pour l'acquisition du support (en cas de distribution sur CD par exemple), voire pour l'envoi du fichier, soit le prix de la prestation de services fournie par le distributeur (prestation consistant à fournir le logiciel, un peu comparable au prix payé pour la fourniture d'un bien à domicile). Ce n'est qu'à ce titre, comme prix de vente ou d'une prestation de services, qu'un paiement peut être demandé à l'utilisateur. La différence avec un système de royalties n'est évidemment pas qu'un problème de qualification théorique : d'une part, sur le plan fiscal, la question peut être importante, d'autre part, l'acquéreur du logiciel ne peut se trouver limité dans ses droits d'utilisation par l'intervention du distributeur (il bénéficie d'ailleurs de la licence du titulaire lui-même, et non du distributeur, au sujet de qui la GPL précise qu'il ne donne pas de sous-licences mais ne fait que transférer les droits qu'il a reçus à un autre utilisateur). Quant au titulaire des droits, s'il a décidé de placer sa création logicielle sous le cadre de la GPL, il ne pourra pas empêcher que tel ou tel distributeur lance une activité commerciale basée sur son logiciel : impossible, dans ce contexte, de garder la maîtrise sur la construction du réseau de distribution, ou de faire en sorte que le réseau soit un réseau de distribution exclusive ou sélective...

- si la licence est, au contraire, une licence non copyleft, le titulaire de droits ne peut pas davantage limiter les activités du distributeur ou lui interdire de distribuer le logiciel, mais il ne peut empêcher le distributeur de retourner vers une logique propriétaire, notamment s'agissant des améliorations du logiciel.

On rappellera que le distributeur n'a pu acquérir le droit de distribuer le logiciel que si celui-ci a fait l'objet d'une « distribution » en amont¹⁵. S'il s'agit d'un logiciel qui n'a pas été distribué, qui est resté en usage interne au sein d'une entreprise, un tiers ne peut s'en emparer et décider, sur la base de la licence open source, qu'il va distribuer le logiciel. Faute d'une clause de la licence qui autoriserait ce qu'il fait, il se rendrait coupable d'une atteinte aux droits du titulaire.

Pour les logiciels propriétaires

Si le logiciel est resté un logiciel propriétaire, non soumis à une licence open source, le distributeur aura besoin, très classiquement, pour pouvoir distribuer le logiciel, de conclure un contrat de distribution avec le titulaire des droits.

Souvent ces contrats contiennent des clauses par lesquelles le distributeur reconnaît que le logiciel est protégé par le droit d'auteur et qu'il respectera les droits exclusifs du titulaire, et par lesquelles le titulaire garantit le distributeur contre tout recours ou action de tiers qui prétendraient que le logiciel en question porterait atteinte à leurs propres droits intellectuels.

La problématique open source et spécialement l'aspect copyleft entraînent l'apparition de nouvelles clauses dans les contrats (même si le constat ne vise encore qu'une minorité de ces contrats).

Ainsi, le titulaire des droits (souvent, l'éditeur) demandera l'engagement du distributeur de ne pas intégrer dans le logiciel à distribuer des éléments open source, de manière à éviter tout effet copyleft sur le logiciel.

A titre d'exemple :

“Distributor shall not distribute the Licensed Software or Derivative Works of the Licensed Software with a link to any computer program which, to the best of its/their knowledge, would require AAA to externally distribute such Licensed Software or Derivative Works of the Licensed Software with no financial compensation (such as under GNU GPL terms or under GNU LGPL terms). “

Ou encore, via une clause plus générale:

¹⁵ Cf. *supra* au sujet des questions que pose la notion de « distribution ».

“ If you use Open Source software in conjunction with the programs, you must ensure that your use does not: (i) create, or purport to create obligations of XXX with respect to the programs; or (ii) grant, or purport to grant, to any third party any rights to or immunities under XXX’s intellectual property or proprietary rights in the programs.

For example, you may not develop a software program using a program and an Open Source program where such use results in a program file(s) that contains code from both the program and the Open Source program (including without limitation libraries) if the Open Source program is licensed under a license that requires any “modifications” be made freely available.

You also may not combine the programs with programs licensed under the GNU General Public License (“GPL”) in any manner that could cause, or could be interpreted or asserted to cause, the programs or any modifications to the programs to become subject to the terms of the GPL.”

De même, on peut imaginer que le distributeur demande des garanties similaires de la part du titulaire, afin d’éviter que le logiciel, du fait de sa distribution conjointement avec d’autres, d’une façon plus ou moins intégrée à des solutions complètes, n’enclenchent un effet viral sur d’autres logiciels que le distributeur a le droit de distribuer mais pour lesquels il s’est aussi engagé, vis-à-vis de leurs titulaires respectifs, à ne pas les intégrer à des logiciels open source sous licence copyleft.

Relations entre le distributeur et l'utilisateur

La relation entre le distributeur est régie, chaque fois qu’il s’agit d’une licence copyleft, par la licence elle-même, qui prévoit que le distributeur ne peut donner à l'utilisateur moins de droits que ce qu’il a reçus et qu’il doit faire bénéficier intégralement l'utilisateur de l'ensemble des avantages qu’il a lui-même reçus.

Le distributeur peut toutefois décider d’offrir à l'utilisateur (son client) plus d’avantages que ceux qu’il a reçus.

On sait que la plupart des licences open source, dont la GPL, excluent quasiment toute garantie, tant en termes de fonctionnalités du programme qu’en terme d’absence d’atteinte à des droits des tiers ¹⁶; le distributeur pourra proposer (comme la licence GPL le permet d’ailleurs expressément) des garanties aux utilisateurs ; quand tel est le cas, ce sera normalement en terme de fonctionnalités du logiciels que le distributeur, dans le cadre d’un projet dans lequel il fournira également des services liés à l’intégration du logiciel dans l’environnement du client, donnera parfois des garanties

¹⁶ De nombreux commentaires et analyses critiques ont déjà été faits de ces dispositions d’exonération de responsabilité, notamment quant à leur validité au regard des principes généraux de notre droit, mais ce n’est pas l’objet de cette note.

au client ; souvent, l'octroi de cette garantie sera consenti moyennant une contrepartie financière de l'utilisateur, notamment parce que le fournisseur de services aura dû faire un audit du logiciel avant de pouvoir offrir des garanties (de compatibilité, de fonctionnalités, etc.).

Remarques finales

L'impact de l'existence des licences open source, et particulièrement des licences copyleft, sur les contrats alentour de ces licences, se traduira sans doute de plus en plus, dans les années à venir, par des **engagements contractuels nouveaux** dans le chef des parties, ainsi que par des **garanties nouvelles** qui seront exigées par les acheteurs ou utilisateurs, ou au contraire par des clauses exonératoires supplémentaires de responsabilité.

Il pourra aussi se traduire par des **obligations complémentaires de conseil et de mise en garde** dans le chef des fournisseurs et, corrélativement, **d'information** dans le chef des clients, qui pourront de moins en moins prétendre pouvoir ignorer les conséquences juridiques du recours à des logiciels open source.

Au sein des sociétés informatiques, cela devrait mener à une réflexion sur le positionnement de l'entreprise et sur la mise en place d'une **policy interne** à l'intention des développeurs.

Dans le cadre des négociations relatives à des opérations d'acquisition ou de fusion, dans lesquelles l'acheteur procède souvent à une « **due diligence** » des activités de la société-cible ou de la société avec laquelle il est envisagé de fusionner, celui qui réalisera la due diligence sera bien avisé, pour ce qui concerne la valorisation des actifs informatiques et logiciels, d'élargir sa mission à la problématique de l'emploi de logiciels open source, via un audit informatique des éléments utilisés et/ou distribués par la société, ainsi que via un audit des contrats et licences open source dans le cadre desquels les logiciels auront été acquis. L'expérience montre que pareille due diligence peut amener quelques surprises.

En cas de problème on pourra tenter de limiter les risques via des « **representations & warranties** » adéquates.

