
Benjamin Jean

Option libre

Du bon usage des licences libres



Framabook
le pari du livre libre

Publié sous licence

LAL 1.3, GNU FDL 1.3 et CC By-SA 3.0

Framasoft a été créé en novembre 2001 par Alexis Kauffmann. En janvier 2004 une association éponyme a vu le jour pour soutenir le développement du réseau. Pour plus d'information sur Framasoft, consulter <http://www.framasoft.net>.

Se démarquant de l'édition classique, les Framabooks sont dits « livres libres » parce qu'ils sont placés sous une licence qui permet au lecteur de disposer des mêmes libertés qu'un utilisateur de logiciels libres. Les Framabooks s'inscrivent dans cette culture des biens communs qui, à l'instar de Wikipédia, favorise la création, le partage, la diffusion et l'appropriation collective de la connaissance.

Le projet Framabook est coordonné par Christophe Masutti. Pour plus d'information, consultez <http://framabook.org>.

Copyright 2011 : Benjamin Jean, Framasoft (coll. Framabook)

Option libre. Du bon usage des licences libres est placé sous :

- Licence Art Libre (1.3) ;
- GNU Free Documentation Licence (1.3) ;
- Creative Commons By-SA (3.0).

ISBN : 978-1-4716-1234-3

Prix : xx euros

Dépôt légal : 2012, LULU.COM

Pingouins : LL de Mars, Licence Art Libre

Couverture : création par Nadège Dauvergne, Licence CC By

Mise en page avec \LaTeX

Remerciements

Mes plus sincères remerciements à tous mes amis et collègues dont les échanges, la lecture (et pour certains leur relecture attentive) contribuèrent sensiblement à la qualité de cet ouvrage : Mathieu Basile, Michele Battisti, Loïc Dachary, Sébastien Dinot, Camille Harang, Bernard Lang, Antoine Moreau, Lionel Morel, Camille Moulin, Gérard Sédrati-Dinet et Benoît Sibaud.

Plus généralement, j'exprime ma reconnaissance à tous les individus des communautés du Libre, avec qui j'ai la chance et le plaisir d'échanger et de débattre depuis quelques années maintenant.

Je remercie aussi maître Gilles Vercken et les professeurs Valérie-Laure Bénabou, Jean-Michel Bruguière et Michel Vivant : de véritables passionnés qui déploient une énergie admirable pour faire avancer la doctrine et la pratique juridique. Tel un nain sur des épaules de géants, je n'aurais pu traiter ce sujet sans m'être appuyé sur leurs enseignements et réflexions.

Je remercie aussi chaleureusement Christophe Masutti, Chloé Girard, ainsi que toute l'équipe du projet Framabook pour le travail énorme (le mot est faible) qui fut fourni pour cette édition.

Je ne saurai terminer cette liste sans remercier mes parents, et ma famille, auprès desquels j'ai tant appris. Merci encore à Quénie et Djayann qui me soutiennent dans tous mes projets.

Pour reprendre la formule si chère à Framasoft : « La route est longue, mais la voie est libre. »

Préface

C'est à bien des titres que je connais M. Jean. Tout d'abord, il y a quelques années comme étudiant du master de « droit des créations immatérielles » que j'avais fondé puis ensuite pour l'avoir recruté comme chargé de mission à Sciences Po ; pour l'avoir eu encore à mes côtés pour organiser diverses manifestations dont un prestigieux cycle de conférences sur la propriété intellectuelle à la Cour de cassation ou comme membre d'un *think tank* sur le *cloud computing*... À chaque fois, j'ai pu apprécier ses qualités humaines comme ses qualités intellectuelles. Benjamin Jean sait mêler la rigueur, la finesse d'analyse, le sens des nuances et de l'à-propos à une réelle modestie et une constante gentillesse, ce qui est rare, sans oublier, sur un autre registre, une grande passion pour les sujets qu'il aborde.

C'est tout cela qu'on retrouve dans les pages qu'il nous livre ici, et que j'ai pu, pour beaucoup d'entre elles, déjà découvrir en « bonnes feuilles ». Passion bien sûr car, très tôt passionné d'informatique, Benjamin Jean s'est aussi vite découvert une passion pour cet « autre modèle » qu'est le « libre » qu'il nous décrit dans sa véracité et sa complexité. Car le libre n'est pas sous sa plume cet objet d'effarouchement qu'il est pour bien des juristes traditionalistes qui n'aiment pas sortir du cadre qu'ils connaissent.

Il n'est pas non plus cet objet de militantisme (et pourtant Benjamin Jean est un militant) qu'il est pour bien des défenseurs du libre. Le libre *est* tout simplement. Il est, il existe comme un phénomène installé dans le paysage des pratiques, né de la pratique et en réaction contre les pratiques établies, répondant à diverses aspirations dont la volonté de partager la création faite (et le bénéfice qui en découle, point nécessairement le bénéfice économique) n'est pas la moindre. C'est le mérite de Benjamin Jean de présenter ainsi cette « Option libre » comme un phénomène qui mérite considération, appelle compréhension et décryptage, et ne se réduit pas à quelques modèles (quelques caricatures chez ses adversaires) simples.

La présentation des diverses écoles de pensée qui font qu'en réalité il n'y a pas *un* libre mais *des* libres ou, si l'on préfère, de multiples voies pour organiser cette liberté (car c'est bien d'une liberté organisée qu'il s'agit), est sans doute, sur le terrain spéculatif, une des parties les plus intéressantes de l'ouvrage. D'autant que — notre auteur le montre bien — aujourd'hui, au-delà des mouvements qui ont initialement fait naître le Libre, chacun a sa raison qui le pousse à opter pour celui-ci, jusqu'aux grands acteurs du privé qui jouent ou jouaient traditionnellement la carte propriétaire : « Les individus, les associations et autres organismes à but non lucratif peuvent avoir un rapport au Libre complexe qui mêle philosophie, idéologie, et des arguments plus raisonnés comme le coût ou l'indépendance qu'offrent les solutions logicielles libres » écrit ainsi Benjamin Jean, avant de souligner comment entreprises et administrations ont elles aussi adopté le Libre comme élément de leur stratégie.

Voilà peut-être qui pourra sembler bien spéculatif. C'est pourtant certainement la condition préalable sans laquelle il n'est guère possible de se retrouver véritablement au sein du monde du Libre. Mais, pour qui veut des choses plus concrètes, on ne peut ignorer cet autre moment fort de l'ouvrage, qui prolonge les réflexions, quand Benjamin Jean nous propose « repères » et « réflexes » à avoir. La « proposition d'une grille de lecture » des licences, avec la question délicate de leur compatibilité, les pages sur le choix des licences ou sur la manière de concevoir un projet pensé sous le signe du Libre sont des pages précieuses, certainement à lire et à relire.

Ainsi, celui qui cherche des « recettes » comme celui qui veut prendre du recul trouvera son bonheur dans cet ouvrage.

Libre à chacun de s'y plonger ou non. Option libre évidemment. . . Mais ce serait un bien mauvais usage de la liberté que de ne pas profiter de cette heureuse *Option Libre*.

Michel VIVANT

*Professeur à l'École de droit de Sciences Po., Paris*¹.

1. Responsable de la spécialité « propriété intellectuelle » du master de droit économique, docteur *honoris causa* de l'Université de Heidelberg, *senior counsel* Gide Loyrette Nouel.

Quelques acronymes et abréviations utilisés

AFL Academic Free License

ADPIC Accord sur les aspects des droits de propriété intellectuelle qui touchent au commerce (TRIPS : Agreement on Trade-Related Aspects of Intellectual Property Rights)

APP Agence pour la protection des programmes

ACTA Anti-Counterfeiting Trade Agreement (accord commercial anti-contrefaçon)

APL Apache License

AMM Autorisation de mise sur le marché

ARMT Autorité de régulation des mesures techniques

BSD Berkeley Software Distribution

BIPL Broad Institute Public License

C. civ. Code civil

C. conso Code de la consommation

CFC Centre français d'exploitation du droit de la copie

CJUE Cour de justice de l'Union européenne

- COV** Certificat d'obtention végétale
- CPDLL** Choral Public Domain Library License
- CPI** Code de la propriété intellectuelle
- CPOV** Comité pour la protection des obtentions végétales
- CDDL** Common Development and Distribution License
- CPAL** Common Public Attribution License
- CERN** Conseil européen pour la recherche nucléaire (Organisation européenne pour la recherche nucléaire)
- CSPLA** Conseil supérieur de la propriété littéraire et artistique
- CSS** Content Scrambling System (système de brouillage du contenu)
- CBE** Convention sur (le délivrance) des brevets européens
- CC** Creative Commons
- DGCCRF** Direction Générale de la Concurrence, de la Consommation et de la Répression des Fraudes
- DGME** Direction générale de la modernisation de l'état
- DADVSI (loi)** Droits d'auteurs et droits voisins dans la société de l'information
- EPL** Eclipse Public License
- EFF** Electronic Frontier Foundation
- EFML** Ethymonics Free Music License
- EUCD** European Union copyright directive (directive 2001/29/CE du Parlement européen et du Conseil du 22 mai 2001 sur l'harmonisation de certains aspects du droit d'auteur et des droits voisins dans la société de l'information)
- EUPL** European Union Public License
- FOSS** Free and Open Source Software
- GNU FDL (GFDL)** Free documentation License GNU (licence de documentation libre GNU)
- FMPL** Free Music Public License
- FSD** Free Software Definition
- FSF** Free Software Foundation

- GNU AGPL** GNU Affero General Public License
- GNU GPL** GNU General Public License (licence publique générale GNU)
- GNU** GNU is not Unix !
- GNU LGPL** GNU Lesser General Public License
- GIE** Groupement d'intérêt économique
- HADOPI** haute Autorité pour la diffusion des œuvres et pour la protection des droits sur Internet
- IANG (License)** IANG Ain't No GNU !
- INPI** Institut national de la propriété industrielle
- ISA** Interoperability Solutions for European Public Administrations
- IDABC** Interoperable Delivery of European eGovernment Services to public Administrations, Businesses and Citizens (maintenant ISA)
- LAL** Licence Art Libre
- LIP** Licence information publique librement réutilisable
- LPL** Loca Public License
- LCEN** Loi pour la confiance dans l'économie numérique
- MAA** Manufacturer's Aircraft Association
- MIT** Massachusetts Institute of Technology
- MTP(I)** Mesure technique de protection (et d'information)
- MPL** Mozilla Public License
- OCVV** Office communautaire des variétés végétales
- OHMI** Office de l'Harmonisation dans le marché intérieur (office d'enregistrement des marques et des dessins ou modèles de l'Union européenne)
- OEB** Office européen des brevets
- OAI** Open Archive Initiative
- OCI** Open Cloud Initiative
- OdbL** Open Database License
- ODF** Open Document Format

- OHL** Open Hardware License
- OKFN** Open Knowledge Foundation
- OML** Open Music Licenses
- OPL** Open Publication (Content) License
- OSL** Open Software License
- OSD** Open Source Definition
- OSI** Open Source Initiative
- OSML** Open Source Music License
- OS** Operating System (système d'exploitation)
- OMPI** Organisation mondiale de la propriété intellectuelle
- OMC** Organisation mondiale du commerce
- PCT** Patent Cooperation Treaty (Traité de coopération en matière de brevets)
- PLA** Propriété littéraire et artistique
- PDDL** Public Domain Dedication and License
- QSOS** Qualification and Selection of Open Source software
- RMS (rms)** Richard Matthew Stallman
- SPRD** Société de perception et de redistribution des droits
- SSII** Société de services en ingénierie informatique
- SSL** Société de services en logiciels libres
- SACEM** Société des auteurs, compositeurs et éditeurs de musique
- SDRM** Société pour l'administration du droit de reproduction mécanique des auteurs, compositeurs et éditeurs
- SPRE** Société pour la perception de la rémunération équitable
- SFC** Software Freedom Conservancy
- SFLC** Software Freedom Law Center
- SPDX** Software Package Data Exchange
- SOLO** Syndicat pour les œuvres sous licences ouvertes
- SIG** Système d'information géographique
- USITC** United States International Trade Commission (Commission américaine du commerce international)
- W3C** World Wide Web Consortium

Introduction générale

Comme toutes les formes d'engagements contractuels, les licences libres ne sont que des artefacts, des outils construits à la plume de l'homme afin d'organiser un cadre de coopération. Aussi, au même titre que tout autre artefact, elles nous façonnent autant qu'on les a façonnées et risquent d'empêcher — ou favoriser — l'apparition de nouveaux usages. Il semble donc indispensable d'identifier leurs origines, les enjeux qu'elles soulèvent ainsi que les déclinaisons possibles du phénomène afin de mesurer leur portée actuelle et future sur notre société.

Ces licences libres fondent le support juridique d'un mouvement qu'on appelle « le Libre ». Le dynamisme et l'accumulation des succès de ce modèle¹ forcent l'admiration et attirent les investisseurs qui, au-delà des arguments de coût et de souplesse, y associent une garantie de performance, de fiabilité et d'innovation. Mais, encore plus remarquable, le cadre de cette collaboration a été imaginé et construit par ses utilisateurs, « par le bas », grâce à la mobilisation de centaines — voire de milliers — de contributeurs, personnes physiques et morales, qui ont composé leurs propres règles d'organisation et de participation.

1. Dans le désordre : GNU/Linux, Ubuntu, VLC, Firefox, Thunderbird, Chromium, Android, The Gimp, Apache, MySQL, Ubuntu, LibreOffice — mais aussi des projets collaboratifs tels Wikipedia, OpenStreetMap, WikiCommons, etc.

Ainsi, l'observation du phénomène, sujet de recherche pour de nombreuses disciplines de sciences humaines et sociales, ne saurait être complète sans que soit laissée une place importante à l'analyse introspective qui permet d'assimiler l'esprit, les motivations et les mécanismes d'(auto)défense.

S'appuyant sur Internet et le numérique, cette vision a l'effet d'une lame de fond qui submerge tous les fronts et altère l'ensemble des branches de la propriété intellectuelle. Ces bâtisseurs prirent en effet très tôt conscience de l'importance d'attacher ce mouvement au système classique — il fallait penser aux solutions plutôt qu'aux problèmes et il était donc plus efficace de modifier son comportement pour faire évoluer un système en place plutôt que de s'opposer frontalement à ce dernier. Ils affermirent leur relation d'échanges, préexistante et assise sur une éthique commune, par la construction d'un cadre juridique au travers duquel les auteurs partageraient leurs droits : ce fut l'apparition des *licences libres*.

Par ces licences libres, le public devient auteur et les utilisateurs contributeurs, brisant ainsi la dichotomie classique entre l'auteur (intouchable) et son public (anonyme et passif). Pour reprendre les propos d'Antoine Moreau, « nous sommes tous des artistes. ¹ »

Mettant de côté l'aspect philanthrope et social qui justifierait l'implication dans une démarche commune, il est légitime de se demander pourquoi tant d'individus et de sociétés — commerciales ! — s'orientent en faveur de cette logique de partage, réduisant le bénéfice lié au monopole induit par le droit, l'avantage économique, que leur confère la loi ². Altruisme ou stratégie pour certains, politique ou pragmatisme pour d'autres, il existe en réalité une abondance de situations et de réponses. À ce stade, il est possible d'affirmer que la consécration de ce nouveau type de relations s'explique dans l'émergence d'un système différent où chacun (acteurs nouveaux ou traditionnels) trouve son compte. En effet, la constitution d'un fonds commun, dans lequel chacun est libre de puiser, bénéficie à tous, quelles que soient les motivations ! Tirant les mêmes bénéfices de

1. MOREAU (Antoine), « The Free Art Licence : for Art not to be stopped », CODE — Collaboration and Ownership in the Digital Economy, Queens' College, Cambridge, 4-6 April 2001.

2. UNU-MERIT, Sopinspace, *The impact of Free/Libre/Open Source Software on innovation and competitiveness of the European Union*, European Commission, DG ENTR, 2006 (<http://flossimpact.eu>).

l'accroissement du pot commun, chacun est incité à y apporter sa contribution. Il n'y a donc *une* communauté du Libre, mais *des* communautés, composées de personnes — physiques ou morales (association de droit ou de fait, sociétés, fondations, etc.) — aux intérêts multiples, mais convergents, et gouvernées par des règles qui leur sont propres¹ : cette hétérogénéité expliquant, pour partie, le nombre de licences libres utilisées — au moins une centaine ! — et la diversité des pratiques qui les entourent. Certaines normes se sont néanmoins imposées grâce à des organisations telles que la Free Software Foundation, la fondation Creative Commons ou l'Open Source Initiative.

Ainsi, une simple étude des différentes licences libres n'est pas complète sans la compréhension des systèmes — anciens et nouveaux — sur lesquels elles s'appuient, afin de saisir globalement leur *utilité* et leurs *effets*. Un détour sur les fondements des droits de Propriété Littéraire et Artistique et de Propriété Industrielle ainsi que sur les pratiques actuelles (principales causes des critiques visant à supprimer ces différents droits) s'impose donc. Il faut ensuite prendre bonne note des modifications structurelles du mouvement afin de dépasser le simple *instrumentum* des licences libres et caractériser l'impact de l'évolution des pratiques (le numérique amenant notamment à envisager la création par son caractère plural, et faire du monopole l'exception dans un paradigme de partage).

L'objectif de cet ouvrage n'est pas de transformer le lecteur en juriste (qu'il n'ait crainte), ni même en expert *ès* Licences Libres (ce qui ne saurait pas être une fin en soi), mais d'élargir son horizon et de l'aider à acquérir les bases nécessaires à l'intégration de ces pratiques dans son quotidien.

Pour ce faire, quelques développements inspirés de problématiques bien réelles² agrémenteront un plan linéaire assez simple s'appuyant sur un parallèle entre le cadre légal associé aux créations de l'esprit, qui mettra en évidence l'équilibre respectif à chaque droit (partie 1), et le système

1. Les règles de gouvernance sont généralement particulières à chaque projet. Pour reprendre l'énumération de la première note : une fondation et des associations pour Wikimedia, la Linux Foundation et la Free Software Foundation, l'association Videolan, la société Oracle Corporation, la fondation Mozilla, la société Google, etc.

2. Dont une partie a déjà été publiée, sous forme d'articles ou de résumés d'interventions, sur le blog *Veni, Vidi, Libri* (<http://blog.venividilibri.org>).

construit par les licences libres (partie 2). Enfin, la dernière partie sera dédiée à l'analyse d'une série de licences libres importantes (partie 3).

I

Le cadre légal
associé aux
créations de l'esprit

*Aujourd'hui, la véritable richesse n'est pas
concrète, elle est abstraite. Elle n'est pas
matérielle, elle est immatérielle*

M. LEVY & J.-P. JOUYET, « L'économie de
l'immatériel, la croissance de demain »
(*Rapport de la commission sur l'économie de
l'immatériel*, 2006)

Incontestablement, nous sommes aujourd'hui dans une nouvelle ère, celle de l'immatériel. Principale production (et donc principale richesse) des pays industrialisés, ceux-ci n'ont de cesse d'assurer et d'étendre l'appréhension sur ce bien abstrait par la reconnaissance d'exclusivités qui interdisent à tous d'exploiter ces créations sans autorisation expresse des titulaires de ces droits. De tels outils leur confèrent alors un avantage concurrentiel sur des pays qui n'ont pas la culture, les moyens ou l'envie d'une telle production.

Ainsi, des objets les plus basiques (logos, vêtements, paniers à salade, fruits et légumes, etc.) aux plus complexes (téléphones, puces RFID, etc.), la recherche d'une protection répond au dogme selon lequel « tout investissement mérite protection juridique »¹... Une réalité bien éloignée de la vision romantique de l'auteur isolé et solitaire pour qui avait été créée une « propriété intellectuelle » qui devait lui permettre de défendre sa création et d'en vivre !

Nécessairement opposable à tous, la construction de ce système² repose sur la loi qui en fixe les limites et conditions. La complexité de l'édiction de tels monopoles est néanmoins accentuée par le fait qu'elle contrevient directement au principe selon lequel les idées, inappropriables, sont dites « de libre parcours ». L'intérêt général est donc directement concerné, de sorte que ces nouveaux privilèges doivent être clairement délimités (en terme de prérogatives, durée, territoire, etc.) et en nombre limité (c'est-à-dire restreint aux situations où ils apportent plus à la société qu'ils ne lui portent préjudice). Ainsi, la collectivité bénéficie d'une diffusion uni-

1. Comme le relevait déjà le Doyen Ripert : « chacun de ceux qui poursuivent le profit de leur travail cherche à s'assurer une propriété cessible et transmissible, à transformer le travail en propriété... »

2. En tant qu'interaction entre différents acteurs selon un certain nombre de principes et de règles.

verselle des connaissances et des inventions, tandis que les créateurs gagnent des droits exclusifs (la réservation de certaines prérogatives au bénéfice d'un seul) dont ils peuvent jouir à leur guise (sauf certaines obligations d'exploitation à la charge de celui qui détient ce droit). On classe ces différents droits au sein de deux types de propriété : la Propriété littéraire et artistique (PLA) qui concerne les auteurs face à leur public et la Propriété industrielle qui s'adresse, comme son nom l'indique, aux industriels. Ils sont réunis au sein du Code de la propriété intellectuelle¹ et s'ajoutent aux droits de propriété classique, ce qui nécessite de distinguer l'objet de droit — immatériel — et son *support* — physique².

Néanmoins des distinctions fondamentales existent entre bien matériel et bien immatériel : par nature non rival³ et non exclusif⁴, un bien immatériel échappe à « la tragédie des biens communs » du sociologue Garret Hardin⁵, posant une nouvelle fois la question de l'appropriation des biens communs⁶. En effet, plusieurs personnes peuvent similairement bénéficier d'un même bien immatériel sans que la jouissance par l'un ne préjudicie à la jouissance par d'autres (à l'inverse, la jouissance du plus grand nombre est susceptible de bénéficier à tous en raison de ce qu'on appelle l'« effet réseau »). Jefferson disait à ce sujet⁷ :

1. Terme mainte fois critiqué par Richard M. Stallman. Voir à cet égard : STALLMAN (Richard M.), « Did You Say "Intellectual Property" ? It's a Seductive Mirage », sur Gnu.org.

2. L'article L111-3 du CPI disposant par exemple que « la propriété incorporelle définie par l'article L. 111-1 est indépendante de la propriété de l'objet matériel. L'acquéreur de cet objet n'est investi, du fait de cette acquisition, d'aucun des droits prévus par le présent code (...) ». Cette différence entre œuvre et support est fondamentale dans la compréhension des droits de Propriété intellectuelle et se trouve déjà dans les récits grecs de l'Antiquité : tels les Épidauriens qui, ayant sculpté des statues dans le bois d'olivier en provenance d'Athènes, refusent ensuite de reconnaître aux Athéniens un quelconque droit de propriété sur leurs créations. Voir notamment RAYNAL (Guillaume T.-F.), *Histoire universelle, depuis le commencement du monde jusqu'à présent*, Volume 13, Amsterdam et Leipzig, Arkstée et Merkus, 1752.

3. Se dit d'un bien qui, même utilisé par quelqu'un, reste intégralement disponible pour les autres (les utilisateurs ne sont pas « rivaux » dans la jouissance de celui-ci).

4. Se dit d'un bien qui n'est pas diminué par la jouissance des autres.

5. HARDIN (Garrett), « The Tragedy of the Commons », dans *Science*, n°162, 1968, p. 1243-48. Disponible sur <http://www.garretthardinsociety.org/>.

6. Et ainsi que le relève Lawrence LESSIG dans son ouvrage *L'avenir des idées : Le sort des biens communs à l'heure des réseaux numériques*, Lyon, Presses universitaires de Lyon, 2005.

7. Lettre de Thomas Jefferson à Isaac MacPherson (1813), dans LIPSCOMB (Andrew A.), et al. (eds.), *The Writings of Thomas Jefferson*, 1930, p. 333-34.

Qui reçoit une idée de moi reçoit du savoir sans que mon savoir en soit diminué ; de même, qui allume sa bougie à la mienne reçoit de la lumière sans me plonger dans l'obscurité.

Ce sont ces différences *de nature* qui justifient la différence de traitement juridique : la propriété que l'on détient sur une idée n'est pas assimilable à celle qu'on aurait sur sa maison.

Les diverses protections étant territoriales, les développements qui suivent se concentreront sur notre seul droit positif (regroupant l'ensemble des règles juridiques, française ou européenne, actuellement en vigueur en France). Cela étant posé, il est nécessaire d'observer que la mondialisation induit une harmonisation « par le haut », notamment sous la pression des mécanismes de réciprocité souvent attachés aux différents droits : un droit n'est pleinement reconnu à un étranger que si le pays de ce dernier reconnaît autant de droits au bénéficiaire d'un ressortissant français¹. Par ailleurs, une multitude de traités internationaux ont accompagné la naissance de chaque droit afin d'harmoniser partiellement ces derniers et assurer une efficacité réciproque². La propriété intellectuelle devenant un enjeu majeur pour le libre échange et le commerce international, on vit ensuite se succéder de nombreux textes : directives et règlements d'une part et accords commerciaux (tels les accords *ADPIC* conçus au sein de l'OMC, ou plus récemment, le nouvel accord *ACTA*³) d'autre part.

1. Citons l'exemple de la protection sur les topographies de semi-conducteurs (puces) : les États-Unis (à l'époque premiers producteurs de puces et de microprocesseurs) ont mis en place une telle protection en 1984, l'Europe a réagi en 1986 et la France a introduit cette protection en 1987. Le mécanisme est analogue en matière de prérogatives ou de durée de protections. Par exemple, en matière de droit d'auteur ou de droits voisins, si l'œuvre est originaire d'un pays tiers et que l'auteur n'est pas un ressortissant de l'Union européenne, alors la durée de protection est celle du pays d'origine, avec comme maximum la durée française.

2. Telles la Convention de Berne pour la protection des œuvres littéraires et artistiques (1886) signée par 164 pays, la Convention de Paris pour la protection de la propriété industrielle (1883) signée par 173 pays, la Convention de Rome pour la protection des artistes interprètes ou exécutants, des producteurs de phonogrammes et des organismes de radiodiffusion (1961) signée par 91 pays (les États-Unis ne sont pas signataires) ou encore la Convention internationale pour la protection des obtentions végétales (1991) signée par 68 pays. Enfin, l'OMPI (Organisation mondiale de la propriété intellectuelle) fut créé en 1967.

3. L'Accord commercial anti-contrefaçon (ACTA) est une proposition de traité international multilatéral concernant les droits de propriété intellectuelle. Il réunit les États mem-

Malgré la confusion — parfois entretenue — qui existe entre les différents droits, chacun dépend d'une qualification basée sur un équilibre bien précis. Ainsi, pour chacun d'eux, seront analysés leur objet, leur titulaire et les prérogatives attachées, mais aussi les mécanismes bénéficiant à la société ou au public. On se rendra compte qu'ils sont tous par nature territoriaux, discriminants (leur accès est conditionné à un certain nombre de critères), complémentaires (ils portent sur des objets précis) et finalisés (une raison précise justifie leurs atteintes aux autres libertés — avec comme corollaire leur épuisement une fois leur finalité atteinte).

C'est avec cet esprit que nous présenterons l'équilibre inhérent aux deux branches de la propriété intellectuelle : la propriété littéraire et artistique (chapitre 1) et la propriété industrielle (chapitre 2).



LA CONTESTATION DE L'APPELLATION PROPRIÉTÉ INTELLECTUELLE

Il est intéressant de noter qu'en Europe, et plus particulièrement en France, l'expression générique *propriété intellectuelle* fut très tôt utilisée pour regrouper un ensemble hétérogène de droits (voir par exemple les Conventions de Paris et de Berne), alors que les Américains n'ont adopté cette conception globalisante que plus tard.

Néanmoins, ce regroupement, artificiel, de plusieurs droits aux équilibres néanmoins bien distincts, est violemment contesté, au moins pour deux raisons : le terme « propriété » générerait un alignement de la législation de la propriété intellectuelle sur le modèle de la législation sur la propriété ordinaire, malgré la différence de nature entre ces deux institutions d'un point de vue économique, technique et juridique ; ce terme globalisant entraînerait des confusions susceptibles de justifier une « harmonisation par le haut » des différents droits.

Il est incontestable qu'une telle confusion préjudiciale au système global de la Propriété intellectuelle (et, ainsi, à

bres de l'Union européenne, les États-Unis, le Canada, l'Australie, la Nouvelle-Zélande, la Suisse, le Mexique, le Japon et la Corée du Sud.

sa légitimité), mais il faut néanmoins apporter deux précisions : il existe dans notre pays un corpus de lois qui a pour nom « Code de la Propriété Intellectuelle » (ce qui n'est pas le cas dans beaucoup d'autres législations) et il semble nécessaire d'instruire sur la différence qui caractérise chaque droit plutôt que d'interdire l'usage de l'expression qui les regroupe ; par ailleurs, la *propriété intellectuelle* a bien, au moins dans notre pays, été conçue comme une propriété *particulière* (intellectuelle en ce qu'elle est une production de l'esprit), c'est-à-dire une forme de propriété nécessairement différente de la propriété classique.

CHAPITRE 1

Le bénéfice d'une propriété littéraire et artistique

Les enjeux devenant de plus en plus économiques — les études récentes attribuent à l'industrie du seul droit d'auteur une part du PIB allant de 5 à 10 %, selon le pays et l'époque¹ —, le droit d'auteur actuel n'est plus le droit d'auteur « de la grande loi de 1957 », mais un droit qui a intégré les changements de notre société en même temps qu'il a subi les effets des accords communautaires et internationaux.

Dans ce chapitre, nous étudierons successivement les droits exclusifs relatifs aux œuvres (1.1), aux créations auxiliaires (1.2), aux mesures techniques (1.3) et aux bases de données (1.4).

1. Par exemple 5,24 % du PIB des États-Unis pour 2001, soit 5 535,1 milliards de dollars selon l'étude « Droit d'auteur, Études d'impacts économiques »(www.ic.gc.ca).

1.1 L'œuvre relevant du droit d'auteur

Jusqu'à la Renaissance, les auteurs n'étaient envisagés qu'en tant que maillons d'une chaîne de créateurs et ils s'accommodaient d'autant plus facilement de l'anonymat que la faiblesse des moyens de diffusion de leurs créations les attachait à un public très limité. L'invention de l'imprimerie modifia profondément la donne pour les écrivains¹ : il devenait possible de se faire connaître et de diffuser auprès d'un public beaucoup plus large. Le métier d'imprimeur devint une industrie florissante qui dut très rapidement faire face au développement de la contrefaçon — nouveau marché motivé par les enjeux financiers du premier. Cette industrie mobilisa ainsi l'attention du pouvoir royal sur l'importance de la reconnaissance d'un monopole d'exploitation qui leur permettrait de se prémunir contre cette « concurrence déloyale » (elle supportait en effet seule certains coûts préalables à l'impression des ouvrages) : ce fut la consécration des privilèges consentis aux imprimeurs (libraires) pour compenser leurs investissements². Dès lors, l'auteur n'était qu'indirectement bénéficiaire de cette protection, grâce à la rémunération qu'il tirait de l'édition de sa création, et n'avait pas de « prérogatives » en tant que telles³.

Parallèlement apparut le concept d'« art » et, avec lui, la distinction entre artiste et artisan⁴. Il a pris son essor au XVIII^e siècle, peu de temps avant l'apparition des premières lois consacrant un droit d'auteur. La première réforme en la matière est à l'origine du copyright anglais, le *Statute of Anne* (en 1710), rapidement suivi par d'autres initiatives similaires dans le monde entier⁵.

1. CHAUVEAU (Adolphe) et HÉLIE (Faustin), *Théorie du Code pénal*, 5e éd., entièrement rev. et considérablement augmentée, Paris, Imprimerie et Librairie générale de Jurisprudence Cosse, Marchal et Billard, 1872-1873, 6 volumes. Voir les volumes 3 à 4 : « Les défenses d'imprimer aucun livre nouveau sans permission remontent à l'époque où l'imprimerie commença à prendre son essor et à multiplier les livres. »

2. Il s'agit de la Loi de 1686 sur les « privilèges perpétuels ».

3. Aboutissant à des situations où son œuvre était imprimée contre son gré, Molière s'en était ainsi plaint dans la préface rédigée à l'occasion de l'édition des *Précieuses ridicules* en 1660.

4. *Encyclopædia Universalis*, 2012, article « Artisanat ».

5. En France, deux arrêts réglementaires du 30 août 1777 du roi Louis XIV consacrèrent les droits des libraires (non plus limités aux seuls libraires parisiens) et les droits des auteurs. Voir aussi DUPONT (Paul), *Histoire de l'imprimerie*, Paris, Édouard Rouveyre, 1853 (extrait lisible sur <http://www.textesrares.com/bibchron.htm>).

Dans cette lignée, mais par opposition au régime antérieur qui profitait essentiellement aux libraires, le législateur révolutionnaire français consacra un véritable droit de propriété « inviolable et sacré » au profit de l'auteur, comme l'énonce clairement le projet de loi Le Chapelier¹ : « la plus sacrée, la plus légitime, la plus inattaquable (...) la plus personnelle de toutes les propriétés (...) l'ouvrage fruit de la pensée d'un écrivain ». Ce droit est néanmoins dès ses origines analysé comme un droit délimité : le droit de l'auteur de « disposer de l'ouvrage » étant défini comme une « exception, [car] un ouvrage publié est de sa nature une propriété publique² ». Ainsi, c'est donc à la double consécration des droits de l'auteur et de ceux du public que procède la loi des 13-19 janvier 1791. L'idée du juste équilibre qui en découle est au cœur du nouveau système juridique mis en place³ : il s'agit de protéger le droit exclusif de l'auteur sur son œuvre tout en limitant strictement la portée, ceci parce que « l'intérêt public exige aussi, au nom de la diffusion des œuvres, que le monopole ne soit pas éternel, et que l'œuvre puisse rentrer dans le domaine public. »⁴

L'existence d'une œuvre confère des prérogatives particulières à son auteur (1.1.2) dès lors qu'elle remplit effectivement les qualités requises par la loi (1.1.1).

1.1.1 La qualification d'œuvre

L'objet du droit d'auteur est l'*œuvre*, celle-ci étant entendue comme une *création originale*. Il suffit donc qu'une idée soit 1) *exprimée* et 2) *originale* (empreinte de la personnalité de son auteur) pour que cette forme soit protégée.

1. Le projet fut rédigé par Mirabeau, Le Chapelier n'étant que le « pétitionnaire » ; il s'inspire du projet de loi de Sieyès du 20 janvier 1790, qui est d'ailleurs bien davantage un projet de police des infractions commises au moyen de la chose imprimée qu'un projet de loi sur le droit d'auteur.

2. Voir sur l'histoire du droit d'auteur : LATOURNERIE (Anne), « Petite histoire des batailles du droit d'auteur », dans *Multitudes*, n°5, 2001, p. 37-62.

3. Il est une réaction directe aux effets pervers de la « propriété publique », nom donné alors au droit d'auteur, telle que défendue par les « pirates littéraires » que constituent les directeurs de théâtres. Voir JEAN (Benjamin) et CANEVET (Sébastien), « L'évolution du droit d'auteur à l'ère du numérique », dans *La Bataille HADOPI*, Paris, In Libro Veritas, 2009.

4. Anne Latournerie, *ibid.*

1.1.1.1 La création par l'expression

Les idées sont de libre parcours et peuvent être utilisées par tous. Cela ne concerne néanmoins que les idées : la façon dont celles-ci sont exprimées — leur expression — est personnelle, voire originale. Par conséquent, les droits d'auteur naissent dès la conception de l'œuvre, même inachevée, sans aucune formalité¹ au fur et à mesure que l'œuvre est *exprimée*.

Ainsi, l'auteur ne s'approprie pas les idées — qui sont des biens collectifs —, mais il apporte sa propre contribution à la communauté en partageant son expression personnelle desdites idées. C'est sur cet apport personnel que l'auteur pourra revendiquer des droits, à la condition de la divulgation de son œuvre — la divulgation représentant la volonté de rendre publique son œuvre, c'est elle qui donnera naissance aux prérogatives patrimoniales de l'auteur (à noter qu'avant divulgation de l'œuvre, celle-ci n'est pas encore « dans le commerce » et sa protection est assurée par le droit moral).



UN DÉPÔT OBLIGATOIRE ?

Par principe, il n'est pas nécessaire de déposer son œuvre pour bénéficier du monopole que confère la loi.

En revanche, un tel dépôt facilitera la preuve de la création (et de son antériorité) si quelqu'un met en doute cette paternité. Cela d'autant plus que la preuve est libre : tout moyen pouvant être accueilli et apprécié par le juge. Il est par exemple tout à fait possible de s'envoyer un colis scellé en recommandé avec accusé de réception (le cachet de la poste attestant d'une date donnée) ou de s'adjoindre les services d'un tiers de confiance (de la qualité du tiers dépend celle du dépôt : il peut être utile d'utiliser le mécanisme des enveloppes Soleau auprès de l'Institut Nationale de la Propriété Industrielle (INPI) ou des dispositifs de dépôt comme l'Agence pour la Protection des Programmes (APP) dans le domaine informatique).

1. Art. L111-2 CPI : « L'œuvre est réputée créée, indépendamment de toute divulgation publique, du seul fait de la réalisation, même inachevée de la conception de l'auteur. »

Enfin, de nombreux pays — dont la France — conditionnent à un *dépôt légal* préalable la publication de certains ouvrages, périodiques, etc. En France, ce dépôt légal concerne les écrits (livres et périodiques) et d'autres types d'œuvres (gravures, films, enregistrements sonores, émissions de radio et de télévision, logiciels, etc.).

À ce sujet, on peut se reporter à l'article détaillé de Wikipedia : « Dépôt légal en France ». Voir aussi LARIVIÈRE (Jules), *Principes directeurs pour l'élaboration d'une législation sur le dépôt légal*, édition révisée, augmentée et mise à jour de l'étude publiée en 1981 par LUNN (Jean), *Organisation des Nations Unies pour l'éducation, la science et la culture*, 2000.

1.1.1.2 L'originalité dans l'expression

L'originalité de la création, requise par la loi pour que cette dernière soit qualifiée d'œuvre, n'est néanmoins pas définie expressément. C'est donc aux juges qu'échut le rôle de caractériser l'originalité, ce qu'ils firent au travers de la notion d'*empreinte de la personnalité de l'auteur*. Une définition qui rejoint la pensée de grands auteurs : que l'on songe à Émile Zola qui disait qu'« une œuvre d'art est un coin de création vu à travers un tempérament »¹, ou à Gustave Flaubert qui affirmait « Madame Bovary, c'est moi ! »

Évitant toute considération artistique ou politique, la qualification sera reconnue quel que soit le message porté par l'œuvre, la protection concernant « toutes les œuvres de l'esprit, quels qu'en soient le genre, la forme d'expression, le mérite ou la destination »². Avec l'arrivée du logiciel, le critère de l'originalité fut par ailleurs revu à la baisse par les juges qui fixèrent le critère à la marque d'un *apport intellectuel* de la part de l'auteur, c'est-à-dire « un effort personnalisé dépassant la logique automatique et contraignante »³.

1. ZOLA (Émile), *Mes haines* (1866), Paris, éd. Charpentier, 1879, chap. « M. H. Taine, artiste », p. 229.

2. Art. L112-1 CPI.

3. L'arrêt de référence en la matière fut prononcé en assemblée plénière de la Cour de cassation le 7 mars 1986, Société Babolat c/Pachot, n°84-93.509.

Enfin, le titre de l'œuvre peut de même être protégé dès lors qu'il répond aussi à la condition d'originalité, notamment au regard de l'œuvre principale.

1.1.2 L'équilibre du droit d'auteur

La majorité des œuvres partageant des règles communes (1.1.2.1), néanmoins le droit d'auteur consacre quelques exceptions défavorables aux auteurs, notamment dans le domaine de la fonction publique ainsi que pour les logiciels (1.1.2.2).

1.1.2.1 L'équilibre du droit d'auteur « classique »

L'équilibre du droit d'auteur consacre le monopole de l'auteur (1.1.2.1.a), duquel sont soustraites les libertés de son public (1.1.2.1.b).

1.1.2.1.a Le monopole de l'auteur

Celui qui revêt la qualité d'auteur bénéficie de diverses prérogatives ainsi que de certaines dispositions protectrices.

⇒ *La qualité d'auteur(s)*

Le droit d'auteur considère que l'auteur est l'*individu-personne physique* qui a créé l'œuvre : le code est très clair lorsqu'il pose comme principe que « [l']auteur d'une œuvre de l'esprit jouit sur cette œuvre, du seul fait de sa création, d'un droit de propriété incorporelle exclusif et opposable à tous »¹. Il précise même que le statut de l'auteur (notamment salarié) est par principe sans conséquence².

1. Art. L111-1 al. 1 CPI.

2. Art. L 111-1 al. 3 CPI : « L'existence ou la conclusion d'un contrat de louage d'ouvrage ou de service par l'auteur d'une œuvre de l'esprit n'emporte pas dérogation à la jouissance du droit reconnu par le premier alinéa, sous réserve des exceptions prévues par le présent code. Sous les mêmes réserves, il n'est pas non plus dérogé à la jouissance de ce même droit lorsque l'auteur de l'œuvre de l'esprit est un agent de l'État, d'une collectivité territoriale, d'un établissement public à caractère administratif, d'une autorité administrative indépendante dotée de la personnalité morale ou de la Banque de France. »

En cas de doute, le système privilégie l'auteur puisqu'une présomption de titularité bénéficie à la personne physique (ou morale¹) qui divulgue l'œuvre². Mais celle-ci n'est cependant opposable qu'aux tiers, non aux auteurs ou coauteurs qui revendiqueraient leur paternité.

Enfin, plusieurs auteurs peuvent travailler ensemble pour la réalisation de l'œuvre (œuvre *collective* ou de *collaboration*) et l'œuvre peut être issue d'autres œuvres (œuvre composite ou dérivée). Il n'est d'ailleurs pas rare que l'œuvre finale combine plusieurs de ces situations (la création pouvant être dérivée d'une œuvre collective, elle-même qualifiée d'œuvre composite, etc.).

On parle d'œuvre de collaboration lorsque plusieurs personnes ont travaillé ensemble à la conception d'une œuvre commune en faisant toutes preuve d'originalité (elles sont alors propriétaires indivises de l'œuvre) et d'œuvre collective lorsqu'elle est créée à l'initiative et sous la direction d'une personne physique ou morale, et dont les contributions sont fusionnées et empêchent ainsi l'attribution de droits distincts (seul celui qui dirige l'œuvre est titulaire des droits)³. Cette qualification, souverainement réalisée par le juge, est généralement recherchée par les entreprises puisqu'elle est la seule à leur conférer la qualité d'auteur.

Requérant toutes deux l'autorisation de l'auteur de l'œuvre originaire, l'œuvre composite et l'œuvre dérivée sont soumises à un régime juridique identique recouvrant des situations similaires : on parle d'œuvre composite lorsqu'il y a incorporation sans modification d'une œuvre originaire⁴ (on peut aussi traduire ce rapport en une dépendance vis-à-vis d'une œuvre originaire, sans emporter pour autant modification de celle-ci) ; on

1. Voir à ce sujet LUCAS (André et Henri-Jacques), *Traité de la propriété littéraire et artistique*, 2^e édition, Litec, note n°176 : « Nous verrons que la Cour de cassation fait bénéficier de façon générale la personne morale qui exploite commercialement une œuvre d'une présomption de titularité à l'égard du tiers contrefacteur. »

2. Art. L113-1 CPI.

3. Art. L113-2 CPI. L'œuvre doit être créée « à l'initiative d'une personne physique ou morale qui l'édite, la publie et la divulgue sous sa direction et son nom et dans laquelle la contribution personnelle des divers auteurs participants à son élaboration se fond dans l'ensemble en vue duquel elle est conçue, sans qu'il soit possible d'attribuer à chacun d'eux un droit distinct sur l'ensemble réalisé. »

4. Art. L113-2 al. 2 CPI : « Est dite composite l'œuvre nouvelle à laquelle est incorporée une œuvre préexistante sans la collaboration de l'auteur de cette dernière ». L'article L113-4 CPI précise qu'elle est « la propriété de l'auteur qui l'a réalisée, sous réserve des droits de l'auteur de l'œuvre préexistante ».

parle d'œuvre dérivée lorsque l'auteur second crée une nouvelle œuvre en s'appuyant sur la première¹.



LES ŒUVRES ORPHELINES

La notion d'œuvres orphelines couvre les œuvres abandonnées, perdues ou délaissées par leurs auteurs : qu'ils ne puissent aujourd'hui plus être contactés ou qu'ils soient simplement inconnus. Elle s'étend à tout titulaire de droits exclusifs dont l'accord est nécessaire pour autoriser l'exploitation de l'œuvre. Actuellement, l'exploitation sans autorisation fait courir le risque d'une action en contrefaçon (la bonne foi de l'exploitation étant sans effet).

Il existe plusieurs cas de figure :

1. l'auteur n'a jamais divulgué son œuvre (elle n'est alors pas dissociable de l'auteur et n'est pas « dans le commerce ») : on parle d'œuvres inédites — ou non publiées (ainsi que les œuvres pour lesquelles l'auteur aurait usé de son « droit à l'oubli ») ;
2. l'auteur a publié son œuvre sans pour autant consentir de quelque licence ou autorisation ;
3. l'auteur a autorisé à priori un certain nombre d'usages sur son œuvre, mais ceux-ci ne sont plus adaptés à l'évolution de la technique (par exemple pour une diffusion sur Internet) et il n'est plus possible d'obtenir son accord pour étendre la première cession.

Face à ces œuvres orphelines, plusieurs comportements diamétralement opposés peuvent être adoptés :

1. en l'absence d'autorisation expresse de l'auteur, l'œuvre reste inexploitée ;

1. Art. L121-3 CPI : « [L]es auteurs de traductions, d'adaptations, transformations ou arrangements des œuvres de l'esprit jouissent de la protection instituée par le présent code sans préjudice des droits de l'auteur de l'œuvre originale. Il en est de même des auteurs d'anthologies ou de recueils d'œuvres ou de données diverses, tels que les bases de données, qui, par le choix ou la disposition des matières, constituent des créations intellectuelles. »

2. l'auteur n'étant pas connu, on exploite l'œuvre sans autorisation, à charge de ce dernier de réclamer à postériori une licence d'exploitation (générateur d'insécurité juridique). C'est ici le comportement de Google.

L'accroissement du nombre d'œuvres orphelines est le pendant à l'extension des droits de propriété intellectuelle (en durée comme objet) et de multiples travaux s'attachent aujourd'hui à lui trouver des solutions législatives. Le Canada a déjà légiféré, tandis que d'autres — à l'instar de la France, de l'Angleterre, ou plus largement de l'Europe et des États-Unis — réfléchissent aux mesures qui permettraient de réintégrer ces œuvres dans le commerce. Une commission spécialisée du CSPLA, intitulée « Exploitation des œuvres orphelines et des éditions épuisées », s'est réunie d'octobre 2007 à avril 2008 afin de réaliser un travail préliminaire à de potentielles réformes législatives. Le rapport de la commission a été publié le 19 mars 2008, comprenant notamment une annexe rédigée par Bernard Lang sur « L'exploitation des œuvres orphelines dans les secteurs de l'écrit et de l'image fixe » (voir : <http://bat8.inria.fr/lang/orphan/oeuvres-orphelines-BLang.pdf>).

Enfin, une proposition de directive du Parlement européen et du Conseil sur certaines utilisations autorisées des œuvres orphelines a été publiée le 24 mai 2011. Elle est dédiée aux seules œuvres orphelines (lorsque plus aucun titulaire de droits ne peut être joint) et est soumise à une recherche diligente, œuvre par œuvre et dans chaque pays. Elle prévoit par ailleurs la possibilité pour l'ayant droit qui réapparaîtrait de revendiquer ses droits afin de percevoir la rémunération qui lui est due (sauf à ce que l'exploitation ait été faite dans le cadre d'un service public).

⇒ *Les prérogatives de l'auteur*

Les prérogatives que confèrent les droits d'auteur sont *extrapatrimoniales* ou *patrimoniales*.

L'auteur dispose de multiples prérogatives *extrapatrimoniales* regroupées sous la notion de *droit moral* :

- le droit de *divulgation* (qui permet de décider de la première mise à disposition, publication) ¹ ;
- les droits de *repentir* et de *retrait* (qui donnent la faculté discrétionnaire de retirer de la circulation ou de modifier son œuvre, moyennant indemnisation pour tout préjudice causé et l'obligation de proposer cette œuvre de préférence à l'ancien cessionnaire si l'œuvre est réintroduite sur le marché) ;
- le *droit à la paternité* (droit au respect de son nom et de sa qualité) ;
- et le *droit au respect* de l'œuvre.

Ces droits sont *inaliénables* (il n'est pas possible d'y renoncer ou de les céder), *perpétuels* et *imprescriptibles* (on ne les perd pas par le non-usage). Ils sont transmis aux héritiers de l'auteur ou par testament.

Par ailleurs, durant les 70 ans qui suivent le premier janvier qui suit la mort de l'auteur ², le titulaire de droit est le seul à pouvoir « exploiter » l'œuvre — sur la base de prérogatives dites *patrimoniales* qui s'étendent à toute communication directe ou indirecte ³ de l'œuvre au public :

- le droit de *reproduction* concerne la fixation matérielle de l'œuvre sur un support par tous les procédés qui permettent de la communiquer au public de manière indirecte (impression, enregistrement, copie, etc.) ;
- le droit de *représentation* concerne la communication directe de l'œuvre au public par un procédé quelconque (récitation ou exécution publique, représentation dramatique, télédiffusion, etc.) ;

1. À noter que le droit de divulgation se distingue du droit de destination, ce dernier permettant de contrôler l'usage (location, vente, etc.) que les tiers font des reproductions mises en circulation (il fait à ce titre partie des prérogatives patrimoniales).

2. Ou la date de publication s'il s'agit d'une œuvre pseudonyme, anonyme ou collective (Art. L123-3 CPI). Dans le cas des œuvres posthumes (publiées après la mort de l'auteur), la durée de protection est de 70 ans à partir du 1^{er} janvier de l'année suivante, ou 25 ans si l'auteur est décédé plus de 70 ans avant cette publication.

3. Art. L122-2 CPI et Art. L122-3 CPI.

- droit de *suite* : apparu il y a moins d'un siècle, ce droit inaliénable permet aux auteurs d'œuvres graphiques et plastiques de percevoir une partie du produit de la vente ultérieure de leurs œuvres, faite aux enchères publiques ou par l'intermédiaire d'un commerçant¹. Une harmonisation communautaire a récemment étendu celui-ci à l'échelle des États membres de l'Union européenne ou partie à l'accord sur l'espace économique européen.



DROIT D'AUTEUR ET COPYRIGHT

Dans les pays anglo-saxons, un autre système similaire existe sous le nom de *copyright* (quoique proches, les régimes diffèrent légèrement selon les pays d'origine : États-Unis, Australie, Angleterre, etc.).

Conceptuellement différentes, les législations anglo-saxonnes et latines se rejoignent progressivement par l'effet de traités internationaux et par le mécanisme de mondialisation (le *copyright* américain s'inspirant du droit d'auteur et réciproquement).

Ainsi, même si le *copyright* américain ne reconnaît pas expressément de droits moraux à l'auteur, de nombreuses autres règles viennent limiter les usages qui peuvent être réalisés sur l'œuvre : notamment les règles de *common law* applicables à la dénaturation des faits et à la concurrence déloyale, du droit de la diffamation, des dispositions prévenant l'induction en erreur du consommateur (Lanham Act, 15 USC 1125 : « False designations of origin ; false description or representation »).

Les États-Unis, membres de la Convention de Berne² depuis le 1er mars 1989, assurent aussi à l'auteur le respect de sa paternité. À noter cependant que l'Accord sur les aspects des droits de propriété intellectuelle qui touchent au commerce (ADPIC, en anglais, *Agreement on Trade-Related Aspects of Intellectual Property Rights* : TRIPS)

1. Pour toute vente supérieure à 15 euros, le montant de ce droit est de 3% et il est prélevé sur le prix de vente publique de l'œuvre (Art. L122-8 CPI).

reprend les stipulations de la Convention de Berne à l'exclusion des éléments relatifs aux droits moraux (voir sur Wikipedia la page consacrée aux « aspects des droits de propriété intellectuelle qui touchent au commerce »).

⇒ *L'ordre public de protection favorable à l'auteur*

Le droit d'auteur ayant été originellement conçu pour protéger l'auteur-personne physique, les rédacteurs ont prévu quelques dispositifs d'ordre public (*de protection*), impératifs et destinés à le protéger contre les tiers ou contre lui-même¹ (en invalidant par exemple tout engagement de l'auteur de renoncer à ses droits).

C'est ainsi que la *cession globale des œuvres futures est nulle* et qu'un formalisme contraignant est imposé lors de la cession de droits :

La transmission des droits de l'auteur est subordonnée à la condition que chacun des droits cédés fasse l'objet d'une mention distincte dans l'acte de cession et que le domaine d'exploitation des droits cédés soit délimité quant à son étendue et à sa destination, quant au lieu et quant à la durée.

Par ailleurs, la rémunération proportionnelle aux recettes provenant de la vente ou de l'exploitation² est le principe et seuls quelques cas isolés autorisent exceptionnellement une rémunération forfaitaire (le cessionnaire a enfin une obligation générale de rendre compte de sa bonne gestion et exploitation des droits cédés).

Ces dispositions étant destinées à la protection de l'auteur, seul ce dernier en bénéficie et peut opposer une nullité relative à tout engagement qui y contreviendrait³ (dans les cinq ans à partir du jour où il en a eu connaissance). On parle d'ordre public de protection.

1. Art. L131-1 CPI et suivants.

2. Souvent, celle-ci est particulièrement difficile à déterminer. Voir une excellente synthèse VERCKEN (Gilles), *L'assiette de la rémunération des auteurs dans les contrats multimédia*, Association française pour la protection internationale du droit d'auteur, 18 Avril 2000.

3. Cour de cassation, *Bulletin d'information*, n°740, 15 avril 2011, accessible sur : <http://www.courdecassation.fr>.

Enfin, le CPI encadre la conclusion de cinq contrats¹ considérés comme étant « à risque » pour l'auteur :

- *Le contrat d'édition*² : le consentement personnel et écrit de l'auteur est obligatoire (Art. L132-7). L'auteur peut accorder un droit de préférence à l'éditeur pour l'édition de ses œuvres futures, de genres nettement déterminés, mais pour un maximum de 5 œuvres ou 5 années. L'éditeur est tenu d'assurer à l'œuvre une exploitation permanente et suivie ainsi qu'une diffusion commerciale, conformément aux usages de la profession, faute de quoi le contrat prend fin³.
- *Le contrat de représentation* : il est conclu pour une durée limitée ou pour un nombre déterminé de communications au public (il peut être général si l'entrepreneur de spectacle peut représenter tout le répertoire d'un organisme). L'interruption des représentations au cours de deux années consécutives y met fin de plein droit.
- *Le contrat de production audiovisuelle* : il emporte la cession des droits patrimoniaux des auteurs au profit du producteur de l'œuvre audiovisuelle. Néanmoins, cette cession ne concerne pas les droits de l'auteur de la composition musicale (celui-ci étant très souvent adhérent de la SACEM⁴).
- *Le contrat de commande pour la publicité* : le contrat conclu entre le producteur et l'auteur emporte cession des droits d'auteur patrimoniaux au profit du producteur.
- *Le contrat de nantissement (sûreté mobilière) du droit d'exploitation des logiciels* : il doit être conclu par écrit et inscrit sur un registre tenu par l'Institut national de la propriété industrielle (INPI).

1. Art. L.132-1 à Art. L.132-45 CPI.

2. Il se distingue des contrats à compte d'auteur (Art. L132-2 CPI) ou de compte à demi (Art. L132-3 CPI) dans lesquels les risques sont entièrement ou partiellement assurés par l'auteur.

3. Le contrat d'édition prend fin, indépendamment des cas prévus par le droit commun ou par les articles précédents, lorsque l'éditeur procède à la destruction totale des exemplaires. L'édition est considérée comme épuisée si deux demandes de livraisons d'exemplaires adressées à l'éditeur ne sont pas satisfaites dans les trois mois.

4. La Sacem (Société des auteurs, compositeurs et éditeurs de musique) est la principale Société de Perception et de Redistribution des Droits en France (<http://www.sacem.fr>).

1.1.2.1.b Les libertés de son public

Les libertés du public sont assurées par un mécanisme d'exceptions, un principe d'épuisement, une série de licences légales et la consécration d'un domaine public.

→ *Les exceptions au monopole du droit d'auteur*

Quelques exceptions¹ permettent de considérer des usages comme étant en dehors du monopole de l'auteur — à la condition néanmoins qu'ils ne portent pas atteinte à l'exploitation normale de l'œuvre ni ne causent un préjudice injustifié aux intérêts légitimes de l'auteur².

Ces premiers usages concernent les actes réalisés dans la sphère privée des utilisateurs : la représentation dans le cercle de famille (acception large) et la reproduction pour un usage privé (acception stricte).

Les autres exceptions sont en dehors de la sphère privée : les analyses et courtes citations (dans un certain cadre), les revues de presse (usage réservé à la presse), la reprise des discours publics ou officiels, les catalogues des ventes judiciaires, l'exception pédagogique (moyennant une compensation financière) dès lors que sont « indiqués clairement le nom de l'auteur et la source » ; la parodie et la caricature dans le respect des lois du genre (ce qui inclut notamment l'indication de l'origine, de la paternité, etc.).

Diverses exceptions générales complémentaires traduisent la confrontation entre la recherche d'une protection de l'auteur et d'autres contraintes légales (pour la conservation des documents par les bibliothèques ouvertes au public ; pour la recherche et l'information ; pour les établissements culturels ; et au bénéfice des personnes handicapées) ou techniques (l'accès au contenu d'une base de données électronique, la reproduction provisoire présentant un caractère transitoire ou accessoire). Enfin, la loi Droit d'auteur et droits voisins dans la société de l'information (DADVSI, 2006) introduisit une *exception pédagogique* — néanmoins très limitée et en pratique peu (voire pas) utilisée (cela en dépit des sommes versées

1. Art. L122-5 CPI.

2. C'est l'application du triple test (test en trois étapes) tel qu'il a été transposé par la loi DADVSI : le premier des trois tests (limitation de l'exception à certains cas spéciaux) ayant été directement intégré à la loi.

aux sociétés d'auteur conformément aux accords sectoriels conclus depuis 2006).

Il y a quelques années, un débat divisait ceux qui considéraient que cette liste d'exceptions constituait des droits au profit des utilisateurs et ceux qui n'y voyaient que des exceptions au monopole de l'auteur : un enjeu d'autant plus important que des exceptions ne sont utiles qu'en matière de défense alors que des droits pourraient être opposés aux auteurs. L'arrêt « Mulholland Drive » est venu clarifier la situation en qualifiant expressément les composantes de cette liste comme étant des « exceptions au droit d'auteur »¹ : elles ne permettent donc que de se défendre contre toute accusation de contrefaçon, mais ne servent pas de supports à la revendication de nouveaux droits.



LA NOTION AMÉRICAINE DE FAIR USE

Le copyright ne contient pas de liste limitative d'exceptions comme en matière de droit d'auteur, mais une notion de *fair use*.

Ce principe (n'agissant qu'en défense contre une éventuelle action en contrefaçon) permet l'utilisation d'une œuvre dès lors que cette utilisation ne porte pas atteinte à l'exploitation normale et ne cause pas un préjudice injustifié aux intérêts légitimes du titulaire de droits. C'est un principe utilisé directement par le juge afin de ne pas retenir la contrefaçon dans certaines circonstances (non limitativement appréciée comme dans le droit d'auteur).



LA RÉMUNÉRATION POUR COPIE PRIVÉE

Il s'agit d'une redevance pour copie privée qui touche tous les supports de stockage (CD et DVD enregistrables,

1. Dernier arrêt de la Cour d'appel de Paris 4^e chambre, section A, Arrêt du 4 avril 2007 (disponible sur <http://www.legalis.net>) : « il résulte de la nature juridique de la copie privée que celle-ci, contrairement aux affirmations de l'UFC et de Stéphane P. ne constitue pas un droit, mais une exception légale au principe de la prohibition de toute reproduction intégrale ou partielle d'une œuvre protégée faite sans le consentement du titulaire de droits d'auteur. »

disques durs, mémoires flash, etc.). Une commission a pour charge de la faire évoluer selon les pratiques, de sorte à compenser la reproduction effectuée au titre de copie privée par les utilisateurs. Néanmoins, par une décision du 20 septembre 2010, la Commission copie privée indique que dorénavant « tous les supports de stockage externes utilisables directement avec un ordinateur » seront soumis à rémunération. . .

Les bénéficiaires sont les auteurs, les artistes-interprètes et les producteurs de phonogrammes et vidéogrammes — uniquement pour les phonogrammes et vidéogrammes fixés pour la première fois dans un État membre de l'Union européenne. Cette redevance varie selon le type de support (et de la durée d'enregistrement qu'il permet) et est payée par le fabricant, l'importateur ou la personne qui réalise des acquisitions intracommunautaires¹. Elle est gérée par les sociétés de gestion collective et est ensuite répartie différemment selon s'il s'agit d'un *phonogramme* ($\frac{1}{2}$ aux auteurs, $\frac{1}{4}$ aux artistes-interprètes, $\frac{1}{4}$ aux producteurs), d'un *vidéogramme* ($\frac{1}{3}$ aux auteurs, $\frac{1}{3}$ aux artistes-interprètes, $\frac{1}{3}$ aux producteurs), ou d'une œuvre *écrite* ($\frac{1}{2}$ aux auteurs ; $\frac{1}{2}$ aux éditeurs).

1. Les entreprises qui usent de ces supports pour leur propre besoin peuvent demander le remboursement de cette redevance.

➡ *Les licences légales*

Les titulaires de droits sont aussi tributaires de licences légales (gestion collective obligatoire¹ de leur droit), généralement justifiées par des raisons pratiques (faciliter l'accès aux œuvres ou pallier la difficulté de contrôler l'usage qui en est fait). Elles font figure d'exceptions au principe et transforment, dans certaines hypothèses précises, le monopole de l'au-

1. Il n'existe pas en France de « licence légale facultative » par laquelle l'œuvre serait automatiquement, sauf volonté contraire, gérée par une société de gestion collective.

teur en un simple « droit à rémunération » sans qu'il ne puisse faire valoir son monopole¹. On connaît ainsi en France :

- *La licence légale relative au prêt en bibliothèque*² dispose que l'auteur d'un livre (ou d'une œuvre contenue dans celui-ci) ne peut interdire que son œuvre soit prêtée par une bibliothèque accueillant du public, en contrepartie d'un droit à rémunération supplémentaire. La gestion collective est assurée par la Sofia³.
- *La licence légale en matière de reprographie* induit que « la publication d'une œuvre emporte cession du droit de reproduction par reprographie à une société » de gestion collective agréée (telle que le Centre français pour l'exploitation du droit de copie — CFC⁴) — à l'exception des « copies aux fins de vente, de location, de publicité ou de promotion. »
- *La licence légale en matière de retransmission par câble*, induit que la retransmission par câble simultanée, intégrale et sans changement sur le territoire national d'une œuvre télédiffusée à partir d'un État membre de la Communauté européenne ne peut être exercée que par une société de perception et de répartition des droits⁵.



SOCIÉTÉ DE GESTION COLLECTIVE OU SOCIÉTÉ DE PERCEPTION ET DE REDISTRIBUTION DES DROITS

Les sociétés de gestion collective sont avant tout des sociétés civiles (de droit privé) soumises à un contrôle (simple) par le gouvernement : la procédure de création des SPRD passant par une transmission des statuts au ministre chargé de la culture.

La loi leur confère notamment la mission de négocier des *contrats généraux d'intérêt commun*, pour améliorer

1. Pour une étude globale des licences légales et obligatoires, voir le document publié par CORREA (Carlos M.) pour Centre Sud : *Droits de propriété intellectuelle et licences obligatoires : options pour les pays en développement*, Documents de travail, Trade-Related Agenda, Development and Equity (T.R.A.D.E.).

2. Art. L133-1 CPI : « Lorsqu'une œuvre a fait l'objet d'un contrat d'édition en vue de sa publication et de sa diffusion sous forme de livre, l'auteur ne peut s'opposer au prêt d'exemplaires de cette édition par une bibliothèque accueillant du public. Ce prêt ouvre droit à rémunération au profit de l'auteur selon les modalités prévues à l'article L133-4. »

3. <http://www.la-sofia.org>

4. <http://www.cfcopies.com>

5. Art. L132-20-1, I et Art. L217-2, I CPI.

la diffusion des phonogrammes ou vidéogrammes ou de « promouvoir le progrès technique ou économique ». Une partie des fonds non redistribués par les SPRD (dits les ir-répartissables — par exemple lorsque des sommes perçues ne sont pas reversées en l'absence de convention de réciprocité avec le pays de l'ayant droits) doit être investie pour aider les artistes et la diversité culturelle. Elles gèrent notamment la redevance pour copie privée et quelques licences légales.

Elles gèrent tout type de droit de propriété intellectuelle et sont généralement sectorisées (l'une pour les auteurs, l'autre pour les droits voisins des artistes-interprètes, etc.). Elles sont soumises à une obligation de transparence et doivent tenir à la disposition des utilisateurs éventuels le répertoire complet des auteurs et compositeurs français et étrangers qu'elles représentent ¹.

1. Art. L321-3 et Art. L321-7 CPI.

⇒ *L'épuisement des droits*

La théorie de l'épuisement des droits vient limiter les prérogatives de l'auteur en considérant que tout titulaire de droits ne peut contrôler la circulation d'un bien sur un territoire donné (en Europe l'épuisement est communautaire ¹) une fois celui-ci commercialisé par ses soins ou avec son autorisation. Ainsi :

[d]ès lors que la première vente d'un ou des exemplaires matériels d'une œuvre a été autorisée par l'auteur ou ses ayants droit sur le territoire d'un État membre de la Communauté européenne ou d'un autre État parti à l'accord sur l'Espace économique européen, la vente de ces exemplaires de cette œuvre ne peut plus être interdite dans les États membres de la Communauté

1. Ceci afin de ne pas limiter le libre échange organisé entre les membres de la Communauté européenne. L'épuisement est généralement national, à l'exception de certains pays — comme le Japon — qui sont suffisamment compétitifs pour préférer un épuisement international.

*européenne et les États partis à l'accord sur l'Espace économique européen*¹.

L'épuisement est une notion attachée au bien physique, la « marchandise » : l'épuisement d'un droit relatif à une copie vendue dans le territoire de l'Union européenne n'emporte pas l'épuisement à l'égard d'autres copies, pas plus que la détention de cette copie ne confère le droit de reproduire ou représenter l'œuvre contenue dans ce bien physique.

⇒ *Le domaine public*

Le domaine public regroupe toutes les œuvres qui ne sont plus couvertes par un monopole : que celui-ci soit éteint, ou qu'il n'existe pas en raison du statut de l'œuvre.

- Les œuvres pour lesquelles le délai de protection s'est écoulé — on dit qu'elles sont tombées, élevées ou (r)entrées dans le domaine public — peuvent être utilisées sans qu'une autorisation soit nécessaire (sous réserve du respect des droits moraux) ;
- Les œuvres tombées dans le domaine public dans un pays étranger dès lors que les œuvres ont été initialement divulguées (première communication au public) dans celui-ci ;
- Pour répondre au principe selon lequel « nul n'est censé s'approprier la loi », certaines œuvres ne sont pas soumises à de quelconques droits exclusifs² : lois, discours, jurisprudence, etc.
- Certaines créations liées à la culture d'une société, généralement regroupées sous le terme de *folklore* ne sont généralement pas appropriables³ (bien que certains considèrent au contraire qu'une telle ap-

1. Article L122-3-1 CPI.

2. VIVANT (Michel) et BRUGUIÈRE (Jean-Marie), *Droit d'auteur*, Paris, Dalloz, coll. Précis, 2009.

3. Ainsi, une série de dispositifs ont été mis en place avec pour ambition d'empêcher que des brevets ou autres droits exclusifs soient octroyés à des personnes autres que les peuples ou communautés autochtones qui sont à l'origine des savoirs traditionnels et en ont à juste titre le contrôle ; ou que ces savoirs traditionnels puissent être utilisés sans l'autorisation des peuples ou communautés autochtones qui sont à l'origine de ces savoirs et en ont à juste titre le contrôle, et sans un partage approprié des avantages qui en découlent. Voir notamment la note publiée par l'OMC : *La protection des savoirs traditionnels et du folklore. Résumé des questions qui ont été soulevées et des vues qui ont été formulées*, IP/C/W/370/Rev.1, note du secrétariat, 9 mars 2006.

propriation devrait être possible au bénéfice seulement des peuples autochtones¹).



LA VALIDITÉ D'UNE MISE DANS LE DOMAINE PUBLIC VOLONTAIRE

Aucun texte et aucune jurisprudence ne permettent à ce jour de donner de réponse certaine à la question de la validité d'un tel « domaine public » consenti. Néanmoins, plusieurs arguments rendent critiquable la validité d'une mise volontaire dans le domaine public d'une œuvre par son auteur.

1. Le parallélisme des formes (c'est la loi qui fixe les conditions d'accès à ces protections, mais aussi de terminaison) : les droits naissent par simple effet de la loi dès qu'il y a création originale et s'éteignent 70 ans après le 1^{er} janvier qui suit la mort de l'auteur ;
2. la validité juridique d'un tel acte (engagement unilatéral de volonté) est très fortement remise en question en droit français (il pourrait donc être révoqué à tout moment par l'auteur. . .) ;
3. même dans l'hypothèse favorable qui accueillerait cette renonciation aux droits, le formalisme exigé (le droit civil demande un acte authentique pour ce type d'acte) ne serait manifestement pas respecté.

Il semble préférable d'encourager le remplacement de ces renoncements par l'usage de licences du type BSD (Berkeley Software Distribution), MIT (Massachusetts Institute of Technology) ou Creative Commons-0 qui organisent une cession très large des droits patrimoniaux (c'est

1. Voir notamment la *Journée internationale des populations autochtones. Quels enjeux en Amérique Latine ?*, qui s'est tenue le 9 août 2001 (journée créée en 1994 par l'ONU). À cette occasion le secrétaire général de l'Organisation des nations unies, Ban Ki-moon, a demandé à la communauté internationale de « reconnaître le droit des peuples autochtones à contrôler leur propriété intellectuelle et d'en finir avec l'exploitation dont beaucoup souffrent ainsi que de valoriser leurs traditions et cultures ancestrales. »

ce que font des projets comme la communauté Debian à l'origine du système d'exploitation Debian GNU-Linux). Par ailleurs, ces considérations n'auraient bien sûr d'effets qu'à l'égard des droits patrimoniaux (attachés à l'exploitation de l'œuvre) et resteraient sans effet vis-à-vis des droits moraux.

1.1.2.2 L'équilibre du droit d'auteur pour les cas particuliers

Même si elles reposent toutes sur le droit d'auteur classique tel qu'il vient d'être exposé, plusieurs situations emportent des conséquences particulières : le cas de l'œuvre logicielle (1.1.2.2.a), celui de l'œuvre d'un agent public (1.1.2.2.b) ou d'un journaliste (1.1.2.2.c), et celui des œuvres audiovisuelles et radiophoniques (1.1.2.2.d).

1.1.2.2.a L'œuvre logicielle

En matière de logiciels, le législateur s'est initialement interrogé sur la pertinence d'une protection légale (face à l'usage du secret industriel). Certains y voyant une forme d'expression de son auteur, la loi du 3 juillet 1985 a tranché en ajoutant expressément le logiciel comme une *œuvre* couverte par le monopole d'exploitation de son auteur¹. Le logiciel reste néanmoins une œuvre particulière puisque tant le monopole de l'auteur que les libertés des utilisateurs diffèrent.

Conformément au principe, le seul titulaire de droit d'auteur sur un logiciel est l'auteur (individu-personne physique), mais le CPI prévoit un système dérogoratoire au droit commun lorsque celui-ci est un *salarié* (du secteur privé ou public). Il y alors deux effets notables (sauf stipulation contraire plus favorable au salarié) : une *dévolution automatique* des droits patrimoniaux à l'employeur dès lors que le salarié a créé le logiciel

1. Art. L112-2 al. 13 CPI. À noter que le caractère scientifique des logiciels n'exclut pas pour autant cette qualification d'œuvre de l'esprit : « L'élaboration d'un programme d'ordinateur est une œuvre de l'esprit originale dans sa composition et son expression allant au-delà d'une simple logique automatique et contraignante, il ne s'agit pas d'un mécanisme intellectuel nécessaire, les analystes-programmeurs ont à choisir comme les traducteurs d'ouvrages entre divers modes de présentation et d'expression, et leur choix porte ainsi la marque de leur personnalité » (TGI Paris, 27 mars 1987).

« dans l'exercice de ses fonctions ou d'après les instructions de son employeur »¹ et un « affaiblissement » des droits moraux du salarié qui ne peut s'opposer à une modification sur son logiciel.

Concernant l'exploitation de son logiciel, le monopole du titulaire de droits s'étend à :

1. la *reproduction* (ce qui concerne notamment le chargement, l'affichage, l'exécution, la transmission ou le stockage)² ;
2. la *modification* ;
3. la première *mise sur le marché*.

Les prérogatives morales de l'auteur d'un logiciel se limitent à la mention de sa paternité³ et au respect de son honneur et de sa réputation.

Les exceptions classiques au droit d'auteur n'ont pas lieu d'être en matière de logiciel, en revanche le titulaire de droit sur un logiciel ne peut empêcher⁴ :

- les actes nécessaires à la correction des erreurs, sauf si l'auteur s'est réservé ce droit ;
- la copie de sauvegarde ;
- la rétro-ingénierie (ou *reverse engineering*) qui consiste en l'étude et l'observation du logiciel pour en déterminer les idées et principes ;
- la reproduction nécessaire à assurer l'interopérabilité (uniquement en faveur d'un utilisateur légitime ; si les informations ne sont pas disponibles ; et pour cette seule finalité d'interopérabilité).



LES MESURES TECHNIQUES SUR LES LOGICIELS

Les mesures techniques utilisées sur un logiciel bénéficient d'une protection spécifique : « [t]oute publicité ou

1. TGI Bobigny, 26 avril 2011, M.L. c/ 3DSOFT. Ainsi le salarié qui fait un usage non autorisé du logiciel est susceptible d'être licencié et condamné à restituer le logiciel à son employeur.

2. Seul l'usage du logiciel en SaaS (*Software as a Service*) supprime la nécessité pour l'utilisateur de disposer d'un tel droit.

3. TGI Nanterre, 13 janv. 1993, H. de P c/ Framatome : « L'auteur d'un logiciel peut imposer, malgré la cession, que les versions futures portent mention de son nom en tant qu'auteur. »

4. Art. L122-6-1 CPI.

notice d'utilisation relative aux moyens permettant la suppression ou la neutralisation de tout dispositif technique protégeant un logiciel doit mentionner que l'utilisation illicite de ces moyens est passible des sanctions prévues en cas de contrefaçon » (Art. L122-6-1 CPI).

1.1.2.2.b L'œuvre d'un agent public

Le droit est bien souvent la hiérarchisation de diverses normes et il a ici été considéré que la mission de service public (à laquelle contribue le fonctionnaire par son activité) ne pouvait souffrir de la reconnaissance de tels monopoles personnels.

Consacrant une jurisprudence constante du Conseil d'État, la loi DAD-VSI de 2006 a mis en place un nouveau cadre juridique venant saisir certaines œuvres de fonctionnaires afin de faciliter la diffusion des informations publiques à la charge des administrations et collectivités. La loi organise ainsi une cession automatique en faveur de la personne publique qui les emploie :

Dans la mesure strictement nécessaire à l'accomplissement d'une mission de service public, le droit d'exploitation d'une œuvre créée par un agent de l'État dans l'exercice de ses fonctions ou d'après les instructions reçues est, dès la création, cédé de plein droit à l'État.

La portée de cette loi est néanmoins limitée : seuls sont concernés les fonctionnaires ne disposant pas d'une liberté de création (donc à l'exclusion des chercheurs et des enseignants) ; et pour la seule exploitation non commerciale de leurs œuvres (la personne publique ne disposant, dans ce dernier cas, que d'un droit de préférence¹).

1.1.2.2.c L'œuvre d'un journaliste

Depuis la loi HADOPI du 12 juin 2009, une section 6 « Droit d'exploitation des œuvres des journalistes » limite les prérogatives des auteurs

1. Ce qui est susceptible de poser de nombreux problèmes quant à l'usage de licences libres, par nature a-commerciales, mais qui peuvent générer des usages commerciaux.

journalistes : le contrat conclu par un journaliste emporte cession de ces œuvres au profit de son employeur (dans le cadre des images fixes, seulement si celles-ci ont été commandées par l'entreprise de presse)¹ pour la période fixée par l'accord d'entreprise ou tout autre accord collectif établi sous le contrôle d'une commission paritaire créée par la loi (qui devra prendre en considération la périodicité du titre de presse et la nature de son contenu).

La cession des droits est automatique dès que le journaliste est salarié, mais elle ne s'étend pas aux exploitations hors du titre de presse initial ou d'une famille cohérente de presse.

1.1.2.2.d Œuvres audiovisuelles et radiophoniques

La particularité de la situation des œuvres audiovisuelles (Art. L113-7 CPI) et radiophoniques (Art. L113-8 CPI) n'est pas tant dans les prérogatives ou la dévolution des droits, mais dans l'organisation d'un partage de la qualité d'auteur : le statut induit une présomption d'auteur(s) au bénéfice de l'auteur du scénario ou de l'adaptation, de l'auteur du texte parlé, de l'auteur des compositions musicales avec ou sans paroles spécialement réalisées pour l'œuvre, du réalisateur, éventuellement des auteurs de l'œuvre originale.

1.2 Les créations auxiliaires soumises aux droits voisins

Apparus à l'occasion de la loi Lang de 1985 et confectionnés sur le calque du droit d'auteur, les droits voisins englobent tous les auxiliaires de la création qui participent à la communication de l'œuvre au public. Divers et variés, ils recouvrent des acteurs bien distincts : les artistes-interprètes d'un côté et les industries culturelles de l'autre (producteurs de phonogrammes ou vidéogrammes et entreprises de communication audiovisuelle) — à noter que les éditeurs n'en font pas partie, mais ils sont fréquemment ayants droit des auteurs qu'ils éditent et peuvent bénéficier de la protection au titre des droits d'auteur lorsqu'ils font eux-mêmes preuve d'originalité.

1. Art. L132-35 à Art. L132-45 CPI.

Il s'agissait, pour les artistes-interprètes, d'acquérir le contrôle de l'utilisation de leur prestation et, pour les autres bénéficiaires de droits voisins, d'accompagner l'arrivée de ces nouvelles industries (du disque, de l'audiovisuel, du cinéma, etc.).

Malgré la diversité des qualifications (1.2.1), les droits répondent à un équilibre semblable (1.2.2).

1.2.1 Les différentes qualifications des droits voisins

Trois types de créations donnent accès aux droits voisins : l'interprétation (1.2.1.1), les phonogrammes ou vidéogrammes (1.2.1.2), et les programmes (1.2.1.3).

1.2.1.1 L'interprétation des artistes-interprètes

L'artiste-interprète est celui qui interprète, qui exprime une œuvre littéraire ou artistique, un numéro de variété, de cirque ou de marionnettes. Généralement artiste et salarié, il bénéficie d'un statut hybride faisant appel tant au Code du travail qu'au Code de la propriété intellectuelle.

On le distingue des artistes de compléments (« les figurants », personnes aisément remplaçables sans que cela n'influe sur la création¹) et des techniciens qui l'accompagnent. Ceux-ci sont généralement rémunérés pour leur prestation sous forme de salaire ou assimilable.

1.2.1.2 Les phonogrammes ou vidéogrammes des producteurs

Le producteur de phonogramme ou de vidéogramme est la personne, physique ou morale, qui a l'initiative et la responsabilité de la première fixation « d'une séquence de son »² ou « d'une séquence d'images sonorisée ou non »³ et en assume l'intégralité des risques financiers. Il se distingue ainsi du fabricant de support (qui ne détient aucun droit exclusif).

1. Art. L212-1 CPI.

2. Art. L213-1 CPI.

3. Art. L215-1 CPI.

1.2.1.3 Les programmes des entreprises de communication audiovisuelle

Les entreprises de communication audiovisuelles sont les *organismes qui exploitent un service de communication audiovisuelle*¹, quel que soit le régime applicable à ce service, ou, pour faire court : les « chaînes » de télévision ou radio. Elles disposent d'un droit sur leurs programmes.

1.2.2 L'équilibre commun aux droits voisins

L'équilibre des droits voisins met en balance le monopole des titulaires de droits voisins (1.2.2.1) et les libertés de leur public (1.2.2.2).

1.2.2.1 Le monopole des titulaires de droits voisins

Les prérogatives issues des différents droits voisins diffèrent substantiellement :

- Les prérogatives patrimoniales des artistes-interprètes leur permettent de contrôler² la fixation, la représentation et la communication au public de leur prestation ainsi que toute utilisation séparée du son et de l'image dans l'hypothèse d'un tel enregistrement. Par ailleurs, seuls les artistes-interprètes disposent de prérogatives morales (inaliénables et imprescriptibles comme en matière de droit d'auteur) sous la forme d'une reconnaissance d'un droit au respect de son nom, de sa qualité et de son interprétation.
- L'autorisation du producteur d'un phonogramme ou vidéogramme est requise pour toute reproduction, mise à disposition (par vente, louage ou échange) ou communication au public dudit phonogramme ou vidéogramme.

1. Au sens de la Loi n°86-1067 du 30 septembre 1986 relative à la liberté de communication.

2. Art. L212-3 CPI. Sont soumises à l'autorisation écrite de l'artiste-interprète la fixation de sa prestation, sa reproduction et sa communication au public, ainsi que toute utilisation séparée du son et de l'image de la prestation lorsque celle-ci a été fixée à la fois pour le son et l'image. Cette autorisation et les rémunérations auxquelles elle donne lieu sont régies par les dispositions des articles L762-1 et L762-2 du Code du travail, sous réserve des dispositions de l'article L212-6 du présent code.

- Enfin, sont soumises à l’autorisation des entreprises de communication audiovisuelle la reproduction de leurs programmes, leur mise à la disposition (par vente, louage ou échange) ou communication au public s’il y a un droit d’entrée et leur télédiffusion.

Concernant la durée de protection, elle était, jusqu’au 12 septembre 2011, de 50 ans à partir du premier janvier qui suit leur contribution (l’interprétation pour les artistes-interprètes ; la première fixation d’une séquence de son pour les producteurs de phonogrammes ; la première fixation d’une séquence d’images sonorisée ou non pour les producteurs de vidéogrammes ; la première communication au public des programmes pour des entreprises de communication audiovisuelle). La durée à néanmoins été portée à 70 ans par la très récente « directive du Parlement européen et du Conseil modifiant la directive 2006/116/CE relative à la durée de protection du droit d’auteur et de certains droits voisins ».

Enfin, la signature du contrat conclu entre un artiste-interprète et un producteur pour la réalisation d’une œuvre audiovisuelle vaut autorisation de fixer, reproduire et communiquer au public la prestation de l’artiste-interprète (le producteur sera généralement *in fine* le seul titulaire de droits). La directive de 2011 insère quelques mesures d’accompagnement en faveur des artistes-interprètes (seulement pour les vingt années supplémentaires) : la création de clauses d’« exploitation à peine de perte de droits » (*use it or lose it*) qui, à l’instar du contrat d’édition, imposent aux producteurs de commercialiser l’enregistrement et un fonds dans lequel les maisons de disques devront verser 20% des revenus générés pendant la période de protection additionnelle aux musiciens de studio.

1.2.2.2 Les limitations apportées au monopole

Complémentaires, les droits voisins souffrent de leur rapport hiérarchique avec le droit d’auteur (1.2.2.2.a) et d’une licence légale supplémentaire (1.2.2.2.b) qui les transforment fréquemment en de simples droits à rémunération.

1.2.2.2.a Rapport avec le droit d'auteur

Par principe, les droits voisins ne peuvent être interprétés de manière à porter atteinte au monopole de l'auteur¹. Ensuite, les droits voisins sont soumis aux mêmes limitations que le droit d'auteur :

- l'article L211-3 CPI prévoit une liste d'exceptions similaire à celle du droit d'auteur (cf. *supra*) ;
- toute vente d'un bien sur lequel porte un droit voisin au sein de la Communauté européenne « épuise » ces droits au sein de cette communauté (Art. L211-6 CPI) ;
- l'artiste interprète ne peut limiter la retransmission (simultanée intégrale, sans changement et sur le territoire national) par satellite et par câble en cas de télédiffusion de son interprétation et la reproduction ou communication publique de sa prestation si elle est accessoire à un événement constituant le sujet principal d'une séquence d'une œuvre ou d'un document audiovisuel².

1.2.2.2.b Licence légale supplémentaire : la rémunération équitable

Lorsqu'un phonogramme a été publié à des fins de commerce pour la première fois dans un État membre de l'Union européenne, l'artiste-interprète et le producteur ne peuvent s'opposer :

1. à sa représentation (à l'exception d'une nouvelle interprétation) ;
2. à sa radiodiffusion (et à sa câblodistribution simultanée et intégrale).

En contrepartie, ceux-ci perçoivent une rémunération dite *équitable* par le biais d'une société de gestion collective dédiée (la Société pour la perception de la rémunération équitable) calculée sous la forme d'une rémunération proportionnelle aux recettes. Elle est versée à parts égales entre les interprètes et les producteurs de phonogrammes.

1. Art. L211-1 CPI.

2. Art. L212-10 CPI.

1.3 Les mesures techniques de protection et d'information

Innovations issues de l'accord signé à l'OMPI sur les Aspects des droits de propriété intellectuelle qui touchent au commerce (ADPIC¹) de 1996 et de la Directive européenne sur l'harmonisation de certains aspects du droit d'auteur et des droits voisins dans la société de l'information (EUCD²) de 2001, les mesures techniques de protection (MTP) et d'information (MTI) se voient dorénavant protégées dans leur utilisation sur une œuvre lorsqu'elles garantissent l'effectivité des autorisations de droits de propriété littéraire et artistique (droit d'auteur et droits voisins)³.

Elles ne s'appliquent pas en matière de logiciels ou de bases de données qui bénéficient de protections spécifiques. La mesure technique doit remplir certains critères (1.3.1) afin de faire bénéficier d'un équilibre qui lui est propre (1.3.2).

1.3.1 Qualification des mesures techniques de protection et d'information

Seules donnent droit à cette protection les mesures techniques (1.3.1.1) dites efficaces (1.3.1.2).

1.3.1.1 Une mesure technique

Selon l'article 6.3 de la directive du 22 mai 2001, une mesure technique peut être

[t]oute technologie, dispositif ou composant qui, dans le cadre normal de son fonctionnement, est destiné à empêcher ou à limiter, en ce qui concerne les œuvres ou autres objets protégés, les actes non autorisés par le titulaire d'un droit d'auteur ou d'un droit voisin du droit

1. <http://fr.wikipedia.org/wiki/ADPIC>

2. <http://fr.wikipedia.org/wiki/EUCD>

3. CHANTEPIE (Philippe), *Mesures techniques de protection des œuvres & DRM, Ire partie : un état des lieux*, Rapport n°2003-02 (I), 2003 (lisible sur le site de la Direction générale des médias et des industries culturelles : http://www.ddm.gouv.fr/pdf/rapport_drm_2003.pdf).

*d'auteur prévu par la loi, ou du droit sui generis prévu
au chapitre III de la directive 96/9/CE.*

Cette mesure n'est néanmoins pas protégée en elle-même, mais dans le cadre de son utilisation sur une œuvre¹, c'est-à-dire « destinée à empêcher ou limiter une utilisation non autorisée ». Par ailleurs, pour qu'une mesure technique puisse prétendre à une protection, il faut donc :

1. qu'elle vienne renforcer un droit de propriété intellectuelle ;
2. qu'elle corresponde à un choix unanime de tous les titulaires de droits ;
3. qu'elle fasse l'objet de mentions spécifiques calquées sur le formalisme du droit d'auteur² ;
4. qu'elle soit efficace (afin d'éviter que le droit vienne couvrir des mesures de protection qui n'en seraient pas).

Enfin, elle doit nécessairement faire l'objet d'une information au consommateur (avec pour idée de faire jouer la loi du marché, le consommateur sanctionnant lui-même une utilisation abusive des MTP).

Les Mesures d'Information sont des informations significatives par elles-mêmes (directement ou indirectement — par exemple moyennant le recours à un index ou une base de données) et liées à l'œuvre (informations sur l'auteur, l'œuvre et sur sa licence). De même, elles ne sont pas protégées en tant que telles, mais uniquement en ce qu'elles apparaissent « en relation avec la communication au public de l'objet protégé » et uniquement pour les informations sous forme électronique.

La loi HADOPI est venue *substituer* la Haute Autorité pour la Diffusion des Œuvres et la Protection des droits sur Internet (HADOPI) à l'ancienne Autorité de Régulation des Mesures Techniques (ARMT — cette dernière n'ayant jamais été saisie en un peu plus de deux années d'existence³).

1. L'article L331-5 al. 3 CPI précise qu'« un protocole, un format, une méthode de cryptage, de brouillage ou de transformation ne constituent pas en tant que tels une mesure technique. »

2. Ceci autant pour les auteurs que pour les titulaires de droits voisins. On ne sait pas précisément quelle serait la sanction d'une telle inexécution, ni même si son effet se révélait être rétroactif.

3. Constituée par le décret n°2007-510 du 4 avril 2007, et remplacée par l'HADOPI par le décret n°2009-1773 du 31 décembre 2009.

1.3.1.2 Une mesure technique efficace

Seules les mesures techniques « efficaces » peuvent prétendre au bénéfice de la protection. Le critère est destiné à écarter les mesures techniques triviales qui auraient pour seul objectif l'acquisition d'un nouveau droit exclusif.

Le projet de loi précise ainsi que les mesures techniques sont « réputées efficaces lorsqu'une utilisation (...) est contrôlée grâce à l'application d'un code d'accès, d'un procédé de protection, tel que le cryptage, le brouillage ou toute autre transformation de l'objet de la protection, ou d'un mécanisme de contrôle de la copie qui atteint cet objectif de protection. »



LE CAS DES CSS

Les DVD se préservent de la copie par une protection dite CSS (*Content Scrambling System*) créée en 1996. En tant que MTP, le CSS est donc juridiquement protégé à condition d'être techniquement efficace — la loi n'a pas pour vocation de rendre efficace une mesure technique qui ne l'est pas ou qui ne l'est plus.

En l'espèce, il n'est pas certain que l'efficacité de la mesure technique puisse être démontrée, eu égard à la facilité, l'ancienneté et la grande accessibilité de son contournement. Un jugement finlandais fondé sur la directive EUCD du 22 mai 2001 est venu appuyer cette thèse (source, et traduction disponibles sur <http://www.turre.com/blog>, billet du 25/05/2007). Il n'y a malheureusement pas de réponse en France sur la question, l'ARMT qui avait été créée à cette fin n'ayant jamais été officiellement saisie.

1.3.2 L'équilibre au regard de la protection des mesures techniques...

L'équilibre des mesures techniques de protection s'apprécie au regard des prérogatives offertes par la protection (1.3.2.1) et les libertés conservées par le public (1.3.2.2).

1.3.2.1 Les prérogatives sous forme de sanction des atteintes

Protection destinée à certaines industries (celles du disque en première ligne), les demandeurs de l'action sont multiples et disposent de prérogatives différentes. Deux types d'atteintes peuvent être sanctionnées :

1. les *atteintes indirectes* à des protections relatives aux droits des auteurs ou droits voisins (qui concernent par exemple les logiciels permettant le contournement) : étant des actes d'accompagnement, ils sont envisagés plus sévèrement, car effectués par des professionnels (jusqu'à 6 mois d'emprisonnement et 30 000 euros d'amende) ;
2. les *atteintes directes* (contournement, neutralisation, suppression ou modification) sont sanctionnées différemment suivant si elles sont autonomes (3 750 euros) ou assistées — donc par des utilisateurs finaux (actuellement 750 euros).

Les demandeurs à l'action sont les titulaires de droits (ou ayants cause), ainsi que tout exploitant directement impliqué par la mise en œuvre de la mesure technique (distribution qui peut être définie contractuellement). L'action peut alors être pénale (en contrefaçon) ou civile (en responsabilité), et des peines complémentaires sont prévues (fermeture totale ou partielle de l'établissement, et diverses confiscations)¹.

Les saisines de l'ARMT (aujourd'hui HADOPI) prévues aux articles L331-5 et suivants s'avèrent être finalisées, c'est-à-dire que la compétence de l'autorité était conditionnée au type de saisine (recours auprès de l'autorité) :

- par un éditeur de logiciels afin d'accéder aux informations essentielles à l'interopérabilité (Art. L331-7 CPI) ;
- par des bénéficiaires d'exceptions afin de ne pas en être privés (Art. L331-13 et Art. L331-14 CPI) ;
- par une commission parlementaire sur des adaptations de l'encadrement législatif (Art. L331-17 CPI).

1. Les peines sont applicables aux personnes morales et sont doublées en cas de récidives.

1.3.2.2 Les libertés des utilisateurs

Par principe, les mesures techniques venant renforcer un droit, elles ne doivent pas étendre celui-ci — par exemple en supprimant le bénéfice des exceptions. Par ailleurs, les actes réalisés dans le cadre d'une recherche scientifique en cryptographie ou les actes nécessaires à l'interopérabilité ne peuvent être limités par ces droits¹. De la même manière, la suppression ou la modification de mesures techniques à des fins de sécurité informatique reste permise².

Enfin, il semble évident qu'un utilisateur légitime dispose d'un droit d'user de l'œuvre acquise. C'est ce qui justifie qu'une MTP ne puisse s'opposer au libre usage de l'œuvre³ (la lecture d'une œuvre rentre dans le cadre de ce libre usage⁴).

1.4 Les bases de données donnant accès à un droit *sui generis*

Au surplus de la protection par le droit d'auteur dont bénéficie une base de données qui traduirait une forme originale, un droit *sui generis* leur a été consacré par la directive du 11 mars 1996 afin de protéger automatiquement les bases dont la constitution aurait demandé un investissement important.

1. Sur ce sujet, voir notamment la décision du Conseil d'État concernant la requête en annulation de l'April : <http://www.april.org/articles/communiques/pr-20080730.html>

2. « Dans les limites des droits prévus par le présent code »... lequel n'est pas très prolixe sur le sujet. Voir les articles L335-3-1, L335-3-2, L335-4-1 et L335-4-2 CPI.

3. Art. L331-5 al. 6 : « ne peuvent s'opposer au libre usage de l'œuvre ou de l'objet protégés dans les limites des droits prévus par le (...) code » vise à « permettre aux consommateurs de pouvoir lire les œuvres achetées sur l'ensemble des formats et appareils ordinairement utilisés à cet effet ». Par analogie, on retrouve la transposition parallèle de la directive en droit belge : « Les mesures techniques [...] ne peuvent empêcher les acquéreurs légitimes des œuvres et prestations protégées d'utiliser ces œuvres et prestations conformément à leur destination normale » (Art. 79 bis, par. 4).

4. Réaffirmé dans le *Rapport fait au nom de la commission des lois constitutionnelles, de la législation et de l'administration générale de la République sur le projet de loi* (N° 1206) relatif au droit d'auteur et aux droits voisins dans la société de l'information par M. Christian Vanneste : « Quoi qu'il en soit, l'équilibre de la directive européenne, et du projet de loi qui la transpose, tient en grande partie au fait que la protection accordée aux mesures de contrôle des œuvres sous forme numérique ne doit pas s'opérer au détriment de l'usage habituel et des exceptions aux droits en vigueur, dès lors qu'elles ne sont pas illégitimes » (p. 44).

Il est nécessaire de qualifier les bases de données bénéficiant de ces dispositions (1.4.1) avant d'examiner l'équilibre qu'elles organisent (1.4.2).

1.4.1 La qualification de base de données

Existant uniquement en Europe¹, ce droit, dit « droit *sui generis* des bases de données », sert à protéger l'investissement des producteurs de bases de données². Ses visées sont essentiellement économiques et protègent l'investissement de celui qui, en réunissant des informations ou des contenus — généralement non appropriables — crée de la valeur sans pour autant pouvoir revendiquer un quelconque droit de propriété sur sa base. Il dure quinze années à compter de l'investissement nécessaire à l'achèvement de la base de données et une nouvelle protection démarre à chaque nouvel investissement *substantiel*.

Enfin, en cas de litige, c'est au producteur de prouver l'investissement³ relatif à la conception de la base de données. La CJCE est venue préciser chaque type d'investissement à prendre en considération (l'obtention du contenu, sa vérification et présentation) ou non⁴.

1.4.2 L'équilibre du droit *sui generis* des bases de données

L'équilibre du droit *sui generis* s'apprécie en comparant le monopole du producteur de la base de données (1.4.2.1) et les libertés des utilisateurs (1.4.2.2).

1. Directive 96/9/CE du Parlement européen et du Conseil, du 11 mars 1996, concernant la protection juridique des bases de données (JO L77, p. 20) ; transposée en France par la loi du 1er juillet 1998.

2. Art. L341.1 CPI : « [l]e producteur d'une base de données, entendu comme la personne qui prend l'initiative et le risque des investissements correspondants, bénéficie d'une protection du contenu de la base lorsque la constitution, la vérification ou la présentation de celui-ci atteste d'un investissement financier, matériel ou humain substantiel. »

3. Voir notamment TC Rennes, 16 juin 2005.

4. Voir l'arrêt CJCE C-203/02 *British Horseracing Board (BHB) c/ William Hill Organisation*, C-444/02 *Fixtures Marketing c/ Organismos prognostikon agonon podosfairou (OPAP)*, C-46/02 et C-338/02 du 9 novembre 2004. Voir aussi civ. 5 mars 2009, *Société Ouest France Multimédia c/ Société Precom, Société Direct Annonces* : n° 07-19734 et 07-19735.

1.4.2.1 Le monopole du producteur de la base de données

Le droit *sui generis* des bases de données¹ permet aux producteurs d'interdire :

1. *l'extraction* ou la *réutilisation* d'une partie *qualitativement ou quantitativement*² *substantielle* du contenu d'une base de données ;
ou
2. « l'extraction ou la réutilisation répétée et systématique de parties qualitativement ou quantitativement *non substantielles* du contenu de la base lorsque ces *opérations excèdent manifestement les conditions d'utilisation normales* de la base de données. »

Le monopole porte sur la *base de données* (voir sur les utilisations faites de celle-ci), non pas sur les données elles-mêmes.

1.4.2.2 Les libertés des utilisateurs

Ce droit venant limiter l'utilisation de contenu généralement non sujet à un quelconque droit exclusif (qu'il s'agisse de données, d'informations non rédigées, etc.), il est lui-même très limité (généralement associé à d'autres mécanismes de protection — droits exclusifs ou contrat) : seuls les comportements abusifs (par exemple les « aspirations » par un concurrent qui voudrait proposer le même service sans investir lui-même dans la conception d'une telle base) sont sanctionnables, l'usage normal de la base étant quant à lui en dehors de ce droit (mais l'accès à la base pouvant parfaitement être limité par un contrat qui viendrait encadrer la réutilisation des données).

Ainsi, sauf à ce que le contenu même de la base de données soit objet d'un autre droit (droit d'auteur, droits voisins, etc.), l'utilisateur peut parfaitement en disposer sans demander d'autorisation.

1. Art. L342-1 et L342-2 CPI.

2. « La notion de partie substantielle, évaluée de façon quantitative, du contenu d'une base de données protégée se réfère au volume d'éléments extraits et/ou réutilisés de cette base de données et doit être appréciée par rapport au volume du contenu total de cette dernière », CJCE, 9 nov. 2004 *The British Horseracing Board Ltd e.a. / William Hill Organization Ltd*.

Ce droit est un droit essentiellement destiné aux industriels, ceux-ci bénéficiant par ailleurs d'une série de droits dits « de propriété industrielle ».

CHAPITRE 2

L'acquisition de titres de propriété industrielle

La propriété industrielle est la branche de la propriété intellectuelle destinée, comme son nom l'indique, à l'industrie. Elle procède d'une logique incitative et de *retour sur investissement* originellement absente au sein de la propriété littéraire et artistique, mais introduite par l'avènement de l'*industrie musicale*. Une autre différence fondamentale réside dans le dépôt, qui est constitutif d'un droit en propriété industrielle alors qu'il n'a qu'une valeur probatoire au sein de la propriété littéraire et artistique. Enfin, comme tous les autres droits de propriété intellectuelle, la protection de ces titres est territoriale, c'est-à-dire valable pour un territoire déterminé, et de nombreux accords viennent harmoniser cette protection.

Quelques chiffres : en 2010 l'Institut national de la propriété industrielle (INPI) a enregistré 16 580 dépôts de brevets (3,6 % de plus qu'en 2009), et 91 928 dépôts de marques (13,3 % de plus qu'en 2009)¹, l'Office européen des brevets (OEB) a enregistré 235 000 demandes de

1. Voir le communiqué de presse de l'INPI : « Propriété industrielle : chiffres clés et palmarès des grands déposants 2010 », 22 mars 2011.

brevets (soit 11 % de plus qu'en 2009¹ et 39 % de plus qu'en 2008) et, pour l'Office d'enregistrement des marques et des dessins ou modèles de l'Union européenne (OHMI), 98 000 dépôts de marques communautaires. On s'aperçoit que le nombre de personnes physiques déposantes françaises est en diminution depuis au moins 2004² au bénéfice des personnes morales (des entreprises, mais aussi de plus en plus d'organismes de recherche³). Véritable marotte des responsables d'évaluation, l'intérêt que présente la propriété industrielle est en réalité inégal en fonction des domaines et secteurs (les plus proactifs étant ceux du médicament et de l'électronique). Nous sommes donc face à une croissance très forte du nombre de dépôts et de titres reconnus⁴.

La propriété industrielle contient trois types de droits : les créations *fonctionnelles* (il s'agit des brevets, des certificats d'obtentions végétales et du droit des topographies de produits semi-conducteurs), les signes distinctifs (droit des marques, mais aussi appellations d'origine et indications de provenance) et enfin ceux qui protègent des créations industrielles à vocation esthétique (dessins et modèles).

L'analyse suivante détaillera les titres portant sur les inventions (2.1), les topographies de produits semi-conducteurs (2.2), les variétés végétales (2.3), les signes distinctifs (2.4) et les dessins et modèles industriels (2.5).

1. Voir le communiqué de presse de l'OEB : « Le nombre de demandes de brevet européen atteint un nouveau record », 13 avril 2011.

2. Voir « Chiffres clés 2008 », INPI, août 2009.

3. En France, parmi les 20 premiers déposants de brevets, outre les principaux groupes industriels français, figurent trois organismes de recherche : le Commissariat à l'Énergie Atomique et aux Énergies Alternatives (CEA), le Centre National de la Recherche Scientifique (CNRS) et l'IFP-Énergies Nouvelles. Le CEA avec 79 brevets de plus qu'en 2009 (+19 %) progresse d'une place dans le palmarès pour atteindre la quatrième place tandis que le CNRS a eu 37 % de brevets publiés en plus en 2010, passant de 277 à 380 brevets et de la neuvième à la septième place.

4. De son côté, l'office américain, l'USPTO, annonçait en 2010 une hausse de 31 % du nombre de brevets avec 219 614 brevets en 2010. Voir « IFI CLAIMS Announces Top Global Companies Ranked By 2010 U.S. Patents » (<http://www.ificlaims.com/news/top-patents.html>).

2.1 Les brevets et certificats d'utilité délivrés sur des inventions

Avant l'apparition des brevets, le secret permettait d'assurer un monopole aux seules personnes qui détenaient les clés de l'invention. Ainsi, Pythagore interdisait à ses disciples de divulguer leurs secrets, allant jusqu'à faire mettre à mort l'élève ayant trahi son silence ¹.

Ce n'est donc que bien plus tard qu'apparut le « premier brevet » au travers de la *parte veneziana* à Venise (1474) ². Le décret du 19 mars 1474 posa ainsi les fondements de notre brevet actuel :

Il y a dans cette cité et dans ses environs, attirés par son excellence et sa grandeur, de nombreux hommes de diverses origines, à l'esprit des plus inventifs et capables d'imaginer et de découvrir des machines variées et ingénieuses.

S'il était stipulé que personne d'autre ne pourrait s'approprier leurs travaux pour accroître sa propre réputation ou fabriquer les machines imaginées par ces hommes, ces derniers exerceraient leur ingéniosité, et découvriraient et fabriqueraient des choses qui ne seraient pas d'un mince intérêt et d'un mince avantage pour notre État.

*Il est en conséquence promulgué par l'autorité de ce corps que quiconque dans cette cité fabrique une machine nouvelle et ingénieuse, qui n'avait jamais auparavant été fabriquée dans les frontières de notre juridiction, est tenu de l'enregistrer au bureau des *Provveditori di Comun* dès qu'elle a été mise au point, afin qu'il soit possible de l'utiliser. Il sera interdit à toute autre personne de notre territoire de faire une autre machine identique ou ressemblante à celle-ci sans l'accord ou la licence de l'auteur, pendant dix ans.*

1. Voir notamment CACCOMO (Jean-Louis), « Le brevet dans le domaine du logiciel : un débat européen crucial », *L'écho*, 16 Juin 2005.

2. Parmi les bénéficiaires célèbres, on peut par exemple citer un brevet accordé en 1594 à Galilée pour l'invention d'une pompe à eau actionnée par un manège de chevaux.

*Si quelqu'un le fait, l'auteur aura la possibilité de l'assigner devant tout service de cette cité, qui pourra faire payer cent ducats au contrevenant, dont la machine sera détruite. Toutefois notre gouvernement pourra, s'il le désire, confisquer pour son propre usage toute machine ou instrument, à la condition que personne d'autre que les auteurs ne puisse les utiliser.*¹

En France, l'assemblée révolutionnaire formalisa, par la loi du 7 janvier 1791, les brevets destinés à protéger et favoriser l'innovation dans le secteur industriel. L'assemblée institue donc que

Toute idée nouvelle, dont la manifestation ou le développement peut devenir utile à la société, appartient primitivement à celui qui l'a conçue, et que ce serait attaquer les droits de l'homme dans leur essence que de ne pas regarder une découverte comme la propriété de son auteur.

L'élément légitimant la reconnaissance de ce monopole est la divulgation de l'invention au public, monopole économique à l'inventeur contre connaissance à la société, la publication des brevets étant automatique dix-huit mois après la date de priorité ou du premier dépôt.

Au regard des objectifs du projet, les brevets peuvent donner une envergure industrielle qui constitue, quelle que soit leur robustesse, un levier de négociation important vis-à-vis de partenaires industriels, notamment dans des secteurs liés au matériel, tel le secteur du mobile et de l'embarqué. Dans ces derniers, le caractère incitatif du brevet est beaucoup plus contesté que dans ceux, par exemple, du logiciel ou des biotechnologies. Paradoxalement, la meilleure défense, bien que limitée, contre la prise de brevet sur une invention ou un procédé est la publication systématique. Elle crée une antériorité qui bloque définitivement toute prise ultérieure de brevet sur ce procédé ou produit².

1. Cité par PHILLIPS (J.), « The English Patent as a Reward for Invention : the Importation of an Idea », dans *Journal of Legal History*, n°3(1), 1982, p. 71-79.

2. Cette protection est néanmoins relative puisque des mécanismes interdisent la publication abusive de l'invention (par exemple en violation d'un accord de confidentialité) et garantissent qu'un tiers sera toujours libre de breveter des améliorations ou des développements de l'idée initiale (si les critères de brevetabilité sont remplis).

Inégalement connus, deux titres peuvent conférer un monopole sur des inventions brevetables : le brevet (2.1.1) et le certificat d'utilité (2.1.2).

2.1.1 La délivrance de brevets sur des inventions

L'invention, potentiellement brevetable, sera considérée comme un bien sans maître jusqu'au jour de la demande. Au moment de son dépôt, elle donnera lieu, si elle est qualifiée d'invention brevetable (2.1.1.1) à la délivrance d'un titre qui confère à son titulaire un monopole relatif (2.1.1.2).

2.1.1.1 La qualification d'inventions brevetables

Comme tout droit de propriété intellectuelle, les brevets portent (en théorie¹) sur un objet bien défini (2.1.1.1.a) qui doit répondre à un certain nombre de critères prévus par la loi (2.1.1.1.b) et vérifiés lors du dépôt (2.1.1.1.c).

2.1.1.1.a Objet

Le brevet est un titre qui porte sur une invention². Cette notion, non définie par le législateur qui ne voulait pas priver du bénéfice du brevet des domaines inconnus à l'époque, est aujourd'hui considérée comme recouvrant toute solution technique à un problème technique³.

Certaines *inventions* sont expressément exclues de la brevetabilité⁴ :

– les idées ;

1. Concernant les *fuzzy boundaries* voir notamment : BESSEN (James) et MEURER (Michael J.), *Patent Failure : How Judges, Bureaucrats, and Lawyers Put Innovators at Risk*, Princeton, Princeton University Press, 2008.

2. Art. L611-1 CPI : « Toute invention peut faire l'objet d'un titre de propriété industrielle délivré par le directeur de l'Institut national de la propriété industrielle qui confère à son titulaire ou à ses ayants cause un droit exclusif d'exploitation. »

3. Cette approche est néanmoins une évolution de l'Office, qui a suivi celle de la *contribution* (en vigueur jusqu'à la décision T 1173/97 IBM) ou de la théorie allemande du noyau (*Kerntheorie*). Voir à ce sujet HALBERSZTADT (Jozef), *Remarks on the Patentability of Computer Software – History, Status, Developments*, Stuttgart, 2001 (traduction sur le site de l'April : <http://wiki.april.org/w/TheorieNoyau>).

4. Art. L611-10 CPI.

- les découvertes, les théories scientifiques et les méthodes mathématiques ;
- les créations esthétiques et ornementales ;
- les plans, principes et méthodes ;
- les programmes d'ordinateur ;
- les obtentions végétales (variétés nouvelles créées ou découvertes) qui peuvent être protégées par un certificat d'obtention végétale ;
- les races animales ;
- les procédés essentiellement biologiques d'obtention de végétaux ou d'animaux ;
- les inventions contraires à l'ordre public ou aux bonnes mœurs ;
- les procédés de clonage, de modification de l'identité génétique de l'être humain ;
- les utilisations d'embryons humains à des fins industrielles ;
- les séquences de gènes humains en elles-mêmes.

Les programmes d'ordinateur sont expressément écartés du champ de la brevetabilité¹ en Europe. Néanmoins, toutes ces exclusions ne font pas l'unanimité dans le monde. Le Japon et les États-Unis autorisent notamment les brevets sur des logiciels² voire parfois dans le domaine du vivant. Par ailleurs, nos offices (nationaux et l'Office européen des brevets) se sont progressivement émancipés de cette prohibition en autorisant le dépôt de brevets sur les *inventions mises en œuvre par ordinateur*, ou lors de leur intégration à un processus physique dans un produit industriel, tel que le système ABS dans les automobiles. Ainsi, l'existence de tels titres en Europe est bien réelle, mais ne préjuge en aucun cas de leur validité qui reste contestable devant les tribunaux.

De la même façon, le corps humain, aux différents stades de sa constitution et de son développement, ainsi que la simple découverte d'un de ses éléments, y compris la séquence totale ou partielle d'un gène, ne peuvent constituer des inventions brevetables³. Néanmoins, une invention constituant l'application technique d'une fonction d'un élément du corps

1. Art. 52 de la Convention sur le Brevet européen.

2. Voir HART (Robert), HOLMES (Perter), REID (John), « The Economic Impact of Patentability of Computer Programs - Report to the European Commission », London, Intellectual Property Institute, 2000.

3. Voir PARIZEAU (Marie-Hélène) et CHAPOUTHIER (Georges), *L'être humain, l'animal et la technique*, Lyon, PUL, 2008, p. 147 *sq.*

humain peut être protégée par brevet¹. Cette protection ne couvre l'élément du corps humain que dans la mesure nécessaire à la réalisation et à l'exploitation de cette application particulière.

2.1.1.1.b Critères

Enfin, pour qu'un brevet soit accepté, il faut répondre à un certain nombre de critères :

- être en présence d'une *invention* (solution technique à un problème technique) ;
- la *nouveauté*² : rien d'identique n'a jamais été accessible à la connaissance du public, par quelque moyen que ce soit (écrit, oral, utilisation...), où que ce soit, quand que ce soit. L'état de la technique regroupe tout ce qui a été rendu accessible au public avant la date de dépôt de la demande de brevet par une description écrite ou orale, un usage ou tout autre moyen, et le contenu de demandes de brevet français et de demandes de brevet européen ou international désignant la France qui ont une date de dépôt antérieure ;
- l'*activité inventive* : l'invention ne doit pas découler de manière évidente de l'état de la technique, pour une personne connaissant le domaine technique concerné (on parle de l'*homme du métier*) ;
- être *susceptible d'application industrielle* : l'invention doit avoir une finalité technique (donc ni esthétique ni commerciale ou économique) qui induit notamment qu'elle peut être utilisée ou fabriquée dans tout genre d'industrie, y compris l'agriculture³ (ce qui exclut les œuvres d'art ou d'artisanat, par exemple).

1. À ce sujet, voir l'article L613-2-1 CPI : « [1]a portée d'une revendication couvrant une séquence génétique est limitée à la partie de cette séquence directement liée à la fonction spécifique concrètement exposée dans la description. Les droits créés par la délivrance d'un brevet incluant une séquence génique ne peuvent être invoqués à l'encontre d'une revendication ultérieure portant sur la même séquence si cette revendication satisfait elle-même aux conditions de l'article L611-18 et qu'elle expose une autre application particulière de cette séquence. »

2. Ce principe ne connaît pour exception que l'abus dont a pu être victime l'inventeur ou le fait que l'invention ait été présentée par eux dans une exposition officielle ou officiellement reconnue (liste très courte). Le système américain est plus souple puisqu'il accorde un délai de grâce (*grace period*) ayant pour effet qu'une publication faite par l'inventeur dans un délai maximum de 12 mois avant le dépôt d'une demande de brevet (US) ne rend pas celle-ci invalide. Ce dispositif, attaché au système américain du *first-to-invent*, disparaîtra avec l'alignement des États-Unis sur la logique du *first-to-file*.

3. Art. L611-15 CPI.

Ces critères sont plus précis et exigeants que ceux de l'US *patent law* où toute chose nouvelle et utile créée par l'homme peut faire l'objet d'un brevet¹ (critères similaires à ceux de la première loi sur les brevets d'invention, *Statute of monopolies*, votée par le Parlement anglais en 1623)².

2.1.1.1.c Le dépôt

Le dépôt de l'invention auprès d'un office compétent (l'Institut national de la propriété industrielle, INPI, en France ou l'Office européen des brevets, OEB, en Europe) est nécessaire à l'acquisition du titre.

L'INPI, établissement public doté de la personnalité civile et de l'autonomie financière placée auprès du ministre chargé de la propriété industrielle³, a en charge la réception des dépôts, l'examen des demandes et la délivrance des titres. Ses recettes se composent principalement des redevances perçues lors des dépôts de titre⁴.

Il a pour mission de « centraliser et diffuser toute information nécessaire pour la protection des innovations et pour l'enregistrement des entreprises, (...) », de pourvoir à la réception des dépôts de demandes des titres de propriété industrielle ou annexes à la propriété industrielle, à leur examen et à leur délivrance ou enregistrement et à la surveillance de leur maintien (...) », et enfin de proposer « au ministre chargé de la propriété industrielle toute réforme qu'il estime utile en ces matières (...) ». Il délivre de multiples titres de propriété industrielle : brevets, marques, dessins et modèles, et topographie de semi-conducteurs. Seuls sont compétents devant l'Office les demandeurs ou leur conseil en propriété intellectuelle (CPI, fonction similaire à celle d'avocat). Si le brevet est déposé par plusieurs personnes, la représentation par un mandataire est obligatoire.

1. « Whoever invents or discovers any new and useful process, machine, manufacture, or composition of matter, or any new and useful improvement thereof, may obtain a patent therefore, subject to the conditions and requirements of this title » (35 USC par. 101). Voir WARUSFEL (Bertrand), « La brevetabilité des inventions logicielles dans les jurisprudences européenne et américaine », Colloque AFDIT 2002, (texte disponible sur <http://www.droit.univ-paris5.fr/warusfel/>).

2. Attention, le droit de brevet n'induit pas un *droit à exploiter* : une invention pourrait tout à fait être brevetée alors que des motifs d'ordre public interdiraient sa mise sur le marché !

3. Art. L411-1 CPI.

4. Art. L411-2 CPI.

Le rôle de l'INPI consiste à s'assurer que la description complète de l'invention et de la manière de la reproduire, soit effectivement incluse dans le brevet, de manière à ce que celle-ci participe à l'état de l'art et que cette technologie soit effectivement disponible à tous à l'expiration du brevet. L'examen se compose de l'établissement d'un rapport de recherche, la publication de la demande de brevet (avec la réception éventuelle d'opposition) et enfin la délivrance du brevet. Le directeur de l'INPI prend les décisions concernant les demandes de dépôt et d'enregistrement, l'appel étant possible devant la cour d'appel de Paris¹.

Fruit de la Convention de Munich (convention sur la délivrance des brevets européens (CBE) de 1973, signée par la France en 1977), l'OEB est une organisation intergouvernementale qui accorde des brevets au niveau européen, c'est-à-dire à tous les pays membres de l'Union européenne plus la Suisse, la Liechtenstein, la Turquie, Monaco, et l'Islande. Lors de leur dépôt, les demandeurs désignent les pays pour lesquels la protection est demandée et, une fois la recherche d'antériorité réalisée, la demande initiale se divise en un bouquet de demandes nationales. La procédure est similaire à celle de l'INPI : examen du dépôt, recherche d'antériorité, publication (dix-huit mois après la date de dépôt), délivrance (avec opposition possible dans les neuf mois). Néanmoins, une fois le délai de neuf mois écoulé, seules les diverses instances nationales permettent d'attaquer ces brevets.

Dans les douze mois, la demande initiale pourra éventuellement être étendue à d'autres territoires en vertu du droit de priorité issu de la Convention de Paris et du Traité de coopération en matière de brevets (PCT pour Patent Cooperation Treaty). Ce droit de priorité met en place une procédure simplifiée qui permet le dépôt de brevet au niveau international grâce à un seul dépôt auprès de l'Organisation Mondiale de la Propriété Intellectuelle (OMPI). Le Bureau international confie alors la recherche d'antériorité à l'un des offices principaux (OEB, United States Patent and Trademark Office (USPTO), ou Japan Patent Office (JPO)), publie les résultats et transmet aux bureaux nationaux ou régionaux des territoires où

1. Art. L411-4 CPI et article 2 du Décret n°2009-1204 du 9 octobre 2009 relatif à la spécialisation des juridictions en matière de propriété intellectuelle.

la protection est souhaitée. Eux seuls décident *in fine* de délivrer, ou non, le brevet¹.

2.1.1.2 L'équilibre du brevet

Le brevet étant un droit à destination des professionnels, les intérêts de ces derniers sont pris en compte de sorte à apporter l'équilibre entre leur monopole (2.1.1.2.a) et les libertés bénéficiant à la société (2.1.1.2.b).

2.1.1.2.a Le monopole de l'inventeur/déposant

La propriété industrielle pose comme principe que le titulaire est la première personne qui dépose la demande du titre². Néanmoins, lorsque l'inventeur est un salarié (90 % des inventions brevetées sont le fait d'inventeurs salariés³ — indifféremment sous un contrat de droit public ou privé), le droit au titre de propriété industrielle pourra, dans certaines situations, appartenir à l'employeur (qui aura alors le dépôt à sa charge) :

1. lorsque les inventions sont réalisées par le salarié dans l'exécution soit d'un *contrat de travail comportant une mission inventive* (qui correspond à ses fonctions effectives), soit d'*études et de recherches qui lui sont explicitement confiées*. L'invention appartient à l'employeur et le salarié touche une *rémunération supplémentaire* ;
2. lorsqu'une invention est réalisée par un salarié soit *dans le cours de l'exécution de ses fonctions*, soit *dans le domaine des activités de l'entreprise*, soit par la *connaissance ou l'utilisation des techniques ou de moyens spécifiques à l'entreprise*, ou de *données procurées par elle*. L'employeur a une sorte de droit de préférence qui lui permet de se faire attribuer la *propriété ou la jouissance de tout ou partie des droits* attachés au brevet protégeant l'invention de son salarié et le salarié pourra prétendre à un *juste prix* ;

1. Voir à ce sujet INPI, « Les 16 étapes clés du dépôt d'un brevet » sur <http://www.inpi.fr>.

2. Notre système, qui privilégie l'antériorité du *dépôt* (système du *premier déposant* — *first-to-file*), s'oppose au système américain qui prend en compte l'antériorité de l'*invention* (système du *premier inventeur* — *first-to-invent*).

3. Voir <http://www.inpi.fr>, section « L'inventeur est un salarié ».

3. pour toutes les autres inventions, l'employeur n'a aucun droit. En revanche le salarié doit toujours *informer son employeur* qui en accuse réception (cette transparence évite de léser l'une ou l'autre des parties).

Les revendications définissent l'objet de la protection demandée. Le monopole sur l'exploitation économique de l'invention est accordé pour vingt années à compter du jour de dépôt de la demande, à la condition d'une redevance progressive annuelle. Elles sont généralement rédigées par le conseil en propriété industrielle, qui se base sur la description fournie par l'inventeur ou rédigée à partir des informations transmises par ce dernier. Assurant la divulgation qui permet le versement de la connaissance à l'état de l'art, elles doivent être claires et compréhensibles. Cet impératif rend d'autant plus critiquable le choix de privilégier certaines langues seulement (anglais, français et allemand) pour le brevet européen, puisqu'il fait passer le coût initialement assumé par les détenteurs de brevets vers toutes les entreprises tierces qui souhaitent accéder à l'information pour s'en inspirer ou éviter d'être contrefactrices.

Ainsi, dès la publication du brevet¹, le titulaire, par son *droit exclusif d'exploitation*, peut interdire² :

- la fabrication ou la mise sur le commerce du produit contrefait ;
- l'utilisation (de mauvaise foi) d'un procédé contrefait ;
- l'exploitation de produits obtenus directement par le procédé objet du brevet ;
- la complicité desdits actes.

Quel(s) que soi(en)t le(s) titulaire(s) de droit(s), chaque inventeur (qui est une personne physique) dispose, qu'il soit salarié ou non, d'un droit de paternité, c'est-à-dire un droit à être mentionné comme tel dans le brevet ou à s'opposer à cette mention.



LES CERTIFICATS COMPLÉMENTAIRES DE PROTECTION

Dans le domaine du médicament, des « certificats complémentaires de protection » rallongent la durée de la pro-

1. Ou, dans l'hypothèse où le brevet est déposé mais non encore publié, la notification à tout tiers d'une copie certifiée de cette demande.

2. Art. L611-1 CPI et suivants.

tection de brevets soumis à une Autorisation de mise sur le marché (AMM).

D'une durée maximum de 5 ans, ces certificats compensent (cinq années en moins) l'interdiction temporaire de commercialiser les produits avant l'obtention d'une AMM (procédure assez longue). Ils sont soumis au paiement d'une redevance.

2.1.1.2.b Les libertés du public

La logique initiale du brevet est claire : « libre accès intellectuel contre accès économique réservé »¹. Ainsi, la base même de la reconnaissance d'un monopole par la délivrance d'un brevet est la publication de l'invention. Inversement, le titre sera supprimé si la publication s'avère insuffisante ou si l'homme du métier n'est pas en capacité de reproduire l'invention. Autre conséquence, les brevets ne peuvent être opposés à des tiers qu'à partir de la publication de la délivrance du brevet ou, lorsque le brevet concerne l'utilisation d'un micro-organisme, à compter du jour où le micro-organisme est mis à la disposition du public.

En matière de brevet, « l'offre, la mise dans le commerce, l'utilisation, la détention en vue de l'utilisation ou la mise dans le commerce d'un produit contrefaisant, *lorsque ces faits sont commis par une autre personne que le fabricant du produit contrefaisant*, n'engagent la responsabilité de leur auteur que si les faits ont été commis en connaissance de cause »². Fondée sur le constat de la difficulté à connaître ou apprécier les brevets existants, cette règle bénéficie ainsi à toutes les personnes qui utilisent ou distribuent un produit dès lors qu'elles n'ont pas connaissance d'un brevet qui serait contrefait (solution contraire à la propriété littéraire et artistique où la bonne foi est indifférente, rendant contrefactrice toute personne qui exploite un droit sans autorisation). Par ailleurs, les législateurs protègent l'intérêt collectif et les libertés des utilisateurs par la mise en place d'une série de licences :

1. VIVANT (Michel), *Le droit des brevets*, Paris, Dalloz, coll. Connaissance du Droit, 2e éd., 2005, *passim* et notamment p. 83 ; ou encore VIVANT (Michel), « La privatisation de l'information par la propriété intellectuelle », dans *Revue internationale de droit économique*, n°4(20), p. 361-388.

2. Art. L615-1 CPI.

- licences obligatoires, lorsque le brevet n'est pas exploité ;
- licences d'office dans l'intérêt de la société : santé publique (nationale ou internationale ¹), développement économique et de l'intérêt public, défense nationale ;
- licences réciproques, en cas de brevets dépendants ou de certificats d'obtentions végétales concurrents.



DÉCLARATION DE DOHA

Les droits de propriété intellectuelle s'ajoutent aux (et maintiennent les) inégalités de fait entre les pays du Nord industrialisés et les Pays du Sud en voie de développement, les droits de propriété intellectuelle.

Si cela est déjà contestable, la question devient encore plus critique lorsqu'on s'intéresse au décalage entre les progrès médicaux au nord et les conditions sanitaires au sud. En 2001, des firmes pharmaceutiques ont intenté un procès à Pretoria à l'encontre du gouvernement sud-africain pour avoir produit des traitements génériques du SIDA sans leur autorisation, ce qui provoqua une indignation internationale qui mena à la déclaration de Doha.

En réaction au procès intenté en 2001 par 39 firmes pharmaceutiques (fortement soutenues par les États-Unis et l'Union Européenne) contre le gouvernement sud-africain qui avait mis en place une politique facilitant l'accès aux médicaments nécessaires à son peuple (en l'occurrence pour soigner la maladie du SIDA), les États en voie de développement se sont réunis au sein du cycle de Doha (donc sous l'égide de l'OMC) pour convenir d'un cadre plus favorable, ce qui s'est matérialisé par la Déclaration de Doha sur l'Accord ADPIC et la Santé publique. Il s'agissait de clarifier le lien entre les dispositions de l'accord sur les ADPIC qui garantissent le respect des droits de propriété intellectuelle, et les politiques d'accès aux médicaments (notamment quant au rôle et à l'utilisation

1. En application du Règlement (CE) n°816/2006 du Parlement européen et de la décision du Conseil du 17 mai 2006.

d'instruments majeurs tels que les importations parallèles et les licences obligatoires).

Plus d'information :

- sur le site de l'OMC (<http://www.wto.org>) ;
- SAMB (Falou), « La Déclaration de Doha sur les ADPIC et les médicaments : quelles leçons pour le réexamen de l'accord sur les ADPIC et le processus de négociations à Genève », dans MELENDEZ-ORTIZ (Ricardo) et al. (dir.), *Commerce, propriété intellectuelle et développement durable vus de l'Afrique*, actes du Dialogue Régional de Dakar, 30-31 juillet 2002, ICTSD, p. 83-101 (<http://ictsd.org/i/publications/11789>).
- POTIE (Benjamin), *La propriété intellectuelle et l'accès des pays pauvres aux médicaments*, mémoire de master dirigé par Gherari Habib, Université Jean Moulin, Lyon, 2008.

2.1.2 La délivrance de certificats d'utilité sur des inventions

Le certificat d'utilité est un « petit brevet », accompagnant les inventions plus faibles qui ne nécessitent pas toute l'étendue de la protection qu'offre le brevet. La qualification (2.1.2.1) est donc calquée sur celle du brevet, mais l'équilibre sous-tendant ce titre est différent (2.1.2.2).

2.1.2.1 La qualification d'inventions « certifiables »

Pour être certifiable, une invention doit répondre aux mêmes critères qu'en matière de brevet. Ainsi, seule la procédure simplifiée différencie ces deux titres : comme le brevet, le certificat est délivré par l'INPI et il est même possible de transformer une demande de brevet en certificat d'utilité (la réciproque étant fausse).

Il faut néanmoins préciser que ce titre n'est pas harmonisé à l'international, ni même en Europe — les certificats d'utilité français se caractérisent par un enregistrement plus rapide (6 mois contre 2 ans dans le

cadre d'un brevet), une durée de vie plus courte (6 ans) et un dépôt moins cher (car non soumis à un rapport de recherche sur la nouveauté et l'inventivité).

2.1.2.2 L'équilibre du certificat d'utilité

L'équilibre est ici similaire à celui qu'on retrouve en matière de brevet, si ce n'est qu'en l'absence de rapport de recherche le titre est « plus faible » (ce qui justifie par ailleurs qu'un tel rapport soit demandé en cas d'action en contrefaçon introduite en vertu d'une demande de certificat d'utilité).

2.2 Le dépôt de topographies de produits semi-conducteurs

Les produits semi-conducteurs (on parle plus couramment de puces, microprocesseurs ou circuits intégrés) sont très largement utilisés dans les technologies qui nous entourent. Leur conception nécessite une infrastructure et des recherches coûteuses (ce coût tend à baisser) qui les réservent aux grandes entreprises, mais leur copie est très simple pour celui qui possède l'infrastructure nécessaire (cette dernière pouvant néanmoins présenter un coût de plusieurs milliards). Le législateur a donc été invité à rechercher une protection autre que le brevet, le droit d'auteur ou le droit des dessins et modèles pour lesquels les conditions (notamment la nouveauté, l'originalité et la dissociation du fond et de la forme) étaient rarement réunies (et les prérogatives souvent inadéquates).

Premiers producteurs, les États-Unis ont initié, en 1984, la mise en place d'un droit exclusif sur les topographies de produits semi-conducteur. Poussés par le mécanisme de réciprocité qui conditionne l'accès à cette protection par leur industrie, l'Europe et le Japon instaurèrent une protection équivalente dès 1986 (fin 1987 pour la France).

La qualification relativement simple (2.2.1) se voit associer un équilibre particulier (2.2.2.).

2.2.1 La qualification de topographies de produits semi-conducteurs

Protection directement issue d'accords internationaux et motivée par la recherche d'une protection des investissements industriels, les topographies de produits semi-conducteurs qui traduisent un effort intellectuel du créateur et qui ne sont *pas courantes* (dans le secteur des semi-conducteurs) peuvent faire l'objet d'un dépôt¹.

La notion de topographie englobe la configuration de l'ensemble des circuits (dessin et disposition des éléments composants le produit), c'est-à-dire les connexions et couches formant les composants intégrés dans une puce ou à sa surface.

Parallèlement, les produits semi-conducteurs peuvent faire l'objet d'un brevet (s'ils répondent aux critères d'inventivité²) ou contenir un logiciel soumis au droit d'auteur (notamment dans le cas des FPGA, les puces programmables).

2.2.2 L'équilibre du droit des topographies de produits semi-conducteurs

L'équilibre du droit des topographies de produits semi-conducteurs s'apprécie en comparant les prérogatives du déposant (2.2.2.1) et les libertés reconnues aux utilisateurs (2.2.2.2).

2.2.2.1 Les prérogatives du déposant

Durant les dix années de la protection, le titulaire des droits est le seul à pouvoir reproduire la topographie protégée (description du produit semi-conducteur par une suite d'images) et exploiter commercialement ou importer à cette fin une telle reproduction ou tout produit semi-conducteur l'incorporant (prérogatives inspirées de celles du titulaire d'un brevet).

1. Art. L622-1 CPI et suivants. Le dépôt doit être fait par le créateur dans un délai de 2 ans à compter de la première exploitation commerciale ou dans un délai de 15 ans après la création de la topographie si celle-ci n'a pas fait l'objet d'une exploitation commerciale.

2. La superposition de couches elle-même peut être protégée. Voir par exemple le brevet n°FR2916302 (A1) « Procédé de fabrication de substrat pour circuit intégré, et substrat pour circuit intégré ».

2.2.2.2 Les libertés des utilisateurs

L'interdiction ci-dessus n'est pas opposable à l'acquéreur de *bonne foi* d'un produit semi-conducteur, même s'il devient redevable d'une *juste indemnité* (licence obligatoire pour le titulaire) s'il entend poursuivre l'exploitation commerciale du produit ainsi acquis¹.

Par ailleurs, le titulaire du titre ne peut néanmoins empêcher la reproduction à des fins d'évaluation, d'analyse ou d'enseignement (on retrouve ici l'idée du brevet de la non-réservation intellectuelle), ni — c'est là toute l'originalité de ce titre — la création consécutive d'une topographie distincte pouvant prétendre à la protection au titre des topographies de produits semi-conducteurs, ce qui pourrait se rapprocher de la logique de rétro-ingénierie du logiciel.

2.3 La délivrance de certificats d'obtentions végétales

Le travail de sélectionneur de semences, devenu un métier à part entière au cours du XVIII^e siècle, repose sur une matière première particulière : la nature. Ainsi, la loi du 11 juillet 1970 a mis en place une protection particulière respectueuse du travail de l'agriculteur et attachée à la délivrance d'un titre dédié sur certaines variétés végétales créées ou découvertes — par ailleurs expressément exclues de la brevetabilité².

La qualification des obtentions végétales (2.3.1) repose sur un équilibre (2.3.2) pour partie similaire à celui des topographies de produits semi-conducteurs.

2.3.1 La qualification d'obtentions végétales

L'obtention végétale déposée peut être une variété créée ou découverte, mais qui doit nécessairement faire partie de la liste recensant les différentes variétés végétales susceptibles d'être protégées (toute variété en dehors de cette liste est protégée, le cas échéant, par brevet).

1. Art. L622-5 CPI.

2. Art. L623-2 CPI : les obtentions végétales d'un genre ou d'une espèce bénéficiant du régime de protection institué par les dispositions du présent chapitre ne sont pas brevetables.

Ainsi, sont susceptibles de protection par la remise d'un certificat d'obtention végétale français, les variétés nouvelles, créées ou découvertes, qui présentent les caractéristiques de distinctivité, d'homogénéité et de stabilité :

- la *nouveauté* est retenue dès lors que la création n'était pas disponible au public ;
- la condition de *distinctivité* est retenue si la variété se différencie des variétés analogues déjà connues par un caractère important, précis et peu fluctuant (ou par plusieurs caractères dont la combinaison est de nature à lui donner la qualité de variété nouvelle) ;
- la condition d'*homogénéité* implique que les différents plants de la variété présentent les mêmes caractères entre eux (condition remplie dès lors que ceux-ci présentent les caractères communs énoncés à la définition de la variété) ;
- la *stabilité* (lors de la multiplication) implique que quel que soit le nombre de reproductions ou de multiplications, les caractères essentiels de la variété initiale se retrouvent dans tous les exemplaires¹.

Dans l'hypothèse où ces conditions de fond ne sont pas respectées, le certificat d'obtention végétale encourt la nullité totale du titre puisque la variété constitue un tout indivisible.



LE DÉPÔT DES OBTENTIONS VÉGÉTALES

Le certificat d'obtention végétale doit être demandé auprès du Comité pour la protection des obtentions végétales (CPOV), ou de l'Office communautaire des variétés végétales (OCVV) installé à Angers qui octroie des titres communautaires.

La Protection des obtentions végétales relève en France du CPOV qui confie au Groupe d'étude et de contrôle des variétés et des semences (GEVES) la réalisation des études techniques nécessaires. Le CPOV est l'équivalent de l'INPI : placé auprès du ministre de l'Agriculture, il délivre les certificats d'obtention végétale (COV).

1. Art. L623-1 CPI.

Ces comités ont pour mission d'assurer 1) la délivrance des certificats d'obtention végétale correspondant aux variétés qui satisfont aux exigences de la loi, ainsi que la délivrance de tous documents officiels concernant les demandes ou les certificats ; 2) la constatation de la déchéance du droit de l'obtenteur dans les conditions prévues par la loi.

Le comité est en outre chargé de proposer au ministère de l'Agriculture toutes les mesures nécessaires à la mise en œuvre de la protection des obtentions végétales. Enfin, toutes les informations relatives à l'instruction des demandes et à la délivrance des certificats d'obtention végétale sont publiées dans le bulletin officiel de la protection des obtentions végétales.

2.3.2 L'équilibre du certificat d'obtention végétale

L'équilibre du certificat d'obtention végétale s'apprécie au regard des prérogatives du déposant (2.3.2.1) et des libertés des utilisateurs (2.3.2.2).

2.3.2.1 Les prérogatives du déposant

Le titulaire du certificat peut contrôler la production, l'importation et la vente de la variété (en tout ou partie, ainsi que tout élément de sa reproduction). L'exploitation des éléments de reproduction ou de multiplication végétative est aussi l'une des prérogatives du titulaire. La durée de la protection est de vingt-cinq ans (à l'exception de certaines espèces qui peuvent être protégées jusqu'à trente années) à la condition du paiement d'une redevance annuelle.



LE SYSTÈME AMÉRICAIN

Aux États-Unis, seuls les brevets permettent de protéger les nouvelles obtentions végétales (dès 1930 par le plan Patent Act, complété en 1970 par le plan Variety Act qui englobe les variétés se reproduisant par voie sexuée). Les dépôts concernant les autres produits de la nature restèrent néanmoins rares jusqu'à une décision de la

Cour Suprême américaine en faveur de la brevetabilité de souche de micro-organismes génétiquement modifiés¹.

Souffrant de très peu d'exceptions, la protection américaine est donc différente sur bien des aspects : il est impossible d'utiliser librement une variété protégée pour en créer une autre ; l'autorisation du titulaire est nécessaire, même lorsque l'utilisation est à titre expérimental ; interdiction des « semences de ferme » (lorsque l'agriculteur conserve une partie de sa récolte pour les semences suivantes) ; la simple utilisation (même non commerciale) est soumise à autorisation du titulaire du brevet.

2.3.2.2 Les libertés des utilisateurs

Le droit des obtentions végétales est, dès l'origine, conçu avec l'idée d'une certaine liberté, un système de licences automatiques permettant que les dérivations des obtentions végétales déposées ne soient pas soumises au monopole du titulaire dès lors qu'elles font elles-mêmes l'objet d'un autre dépôt (et qu'elles répondent donc aux critères précités). On parle de la règle du *privilège de l'obteneur*.

Il existe ensuite quelques licences qui sont du ressort de l'État (pour des raisons de santé publique, en cas de variété indispensable à la vie humaine ou animale, pour les besoins de la défense nationale).

Enfin, en cas d'invention assurant un *progrès technique important* et présentant un *intérêt économique considérable*, il est possible pour le titulaire du brevet de se faire accorder par jugement la concession d'une licence d'exploitation sur l'obtention végétale.

2.4 Le dépôt de signes distinctifs

Les droits sur les signes distinctifs sont des protections très prisées en raison de leur proximité avec les consommateurs. Ils peuvent prendre la forme de protections individuelles (2.4.1) ou collectives (2.4.2).

2.4.1 La marque, protection individuelle de prédilection

Cette pratique est très ancienne et les artisans gaulois, déjà, avaient pour habitude de marquer leur produit afin de suivre leur circulation. La protection juridique n'est cependant née que plus tard, au Moyen Âge, par des édits royaux qui prévoyaient une peine sévère en cas d'usurpation de marque. Son abolition lors de la Révolution fut source d'une telle insécurité commerciale que, très vite, de nouvelles lois furent édictées¹.

En effet, en matière de marques, il ne s'agit pas de favoriser une quelconque innovation, ni même un investissement supposé, mais de réguler un marché qui, sans quelques normes interdisant les pratiques déloyales, pourrait voir apparaître certains comportements néfastes pour les consommateurs et l'industrie de manière générale. La marque a donc une fonction double : fonction technique d'identification des produits, et fonction économique de développement et de valorisation de l'image d'un projet ou d'une structure. Enfin, ce droit porte sur un nouveau signe (ou l'association d'un nouveau sens à un signe existant), ainsi le préjudice subi par la société est moindre, ce qui explique que le monopole du titulaire de droit souffre de très peu d'exceptions.

À condition de remplir les critères fixés par la loi, certains signes peuvent donc être déposés en tant que marque (2.4.1.1), conférant à leur titulaire un monopole équilibré (2.4.1.2).

2.4.1.1 Qualification de signe distinctif au titre du droit des marques

Comme tout droit de propriété *industrielle*, l'enregistrement de la marque auprès de l'INPI (ou de l'OHMI en cas de dépôt communautaire) est constitutif du droit sur le signe — à l'égard des produits ou services identifiés lors du dépôt.

Définie largement, la marque est donc un signe *susceptible de représentation graphique*, ce qui comprend notamment les marques figuratives (une image, un logo), verbales (un ou plusieurs mots, combinaison de mots ou chiffres), semi-figuratives (généralement un mot stylisé), sonores,

1. Arrêtés consulaires du 23 nivôse an IX et du 7 germinal an X.

voire de couleur (exceptionnellement, lorsque cette couleur est suffisamment distinctive dans l'esprit du public — en raison d'une importante promotion ou d'une longue utilisation). Véritable outil de marketing par son aspect identitaire, la marque peut donc revêtir plusieurs formes sans qu'aucune originalité ne soit requise — même si celle-ci est généralement présente¹. Néanmoins, le droit des marques ne porte ni sur le signe lui-même, ni sur les services ou produits considérés, mais *sur le lien entre le signe et les produits ou services désignés lors du dépôt*.

Les articles L711-1 et suivants du CPI² imposent un certain nombre de critères positifs et négatifs qui conditionnent l'enregistrement et, à posteriori, la validité d'une marque. Néanmoins, la doctrine et la jurisprudence considèrent aujourd'hui que seul le critère de distinctivité³ est véritablement nécessaire : il faut que les consommateurs n'établissent pas déjà un rapport entre le signe et les produits ou services marqués. Ce rapport doit justement être le fruit de l'activité et des investissements du titulaire de la marque. Ainsi les marques *Blanc* pour du lait ou *Bois* pour des meubles en bois ne seraient pas acceptées alors qu'elles pourraient l'être pour d'autres produits ou services (comme des ordinateurs).

1. À cet égard, voir VIVANT (Michel), « Pour une épure de la propriété intellectuelle », dans *Mélanges en l'honneur d'André Françon*, Paris, Dalloz, 1995 : « La marque qui est une dénomination de fantaisie doit nécessairement dans son rapport au produit ou service marqué présenter un caractère de "distinctivité" qui s'oppose à la banalité et suppose par le fait même créativité. »

2. Art. L711-1 CPI : « La marque de fabrique, de commerce ou de service est un signe susceptible de représentation graphique servant à distinguer les produits ou services d'une personne physique ou morale. Peuvent notamment constituer un tel signe : a) les dénominations sous toutes les formes telles que : mots, assemblages de mots, noms patronymiques et géographiques, pseudonymes, lettres, chiffres, sigles ; b) les signes sonores tels que : sons, phrases musicales ; c) les signes figuratifs tels que : dessins, étiquettes, cachets, lisières, reliefs, hologrammes, logos, images de synthèse ; les formes, notamment celles du produit ou de son conditionnement ou celles caractérisant un service ; les dispositions, combinaisons ou nuances de couleurs. »

3. Art. L711-2 CPI : « Le caractère distinctif d'un signe de nature à constituer une marque s'apprécie à l'égard des produits ou services désignés. Sont dépourvus de caractère distinctif : a) les signes ou dénominations qui, dans le langage courant ou professionnel, sont exclusivement la désignation nécessaire, générique ou usuelle du produit ou du service ; b) les signes ou dénominations pouvant servir à désigner une caractéristique du produit ou du service, et notamment l'espèce, la qualité, la quantité, la destination, la valeur, la provenance géographique, l'époque de la production du bien ou de la prestation de service ; c) les signes constitués exclusivement par la forme imposée par la nature ou la fonction du produit, ou conférant à ce dernier sa valeur substantielle. Le caractère distinctif peut, sauf dans le cas prévu au c, être acquis par l'usage. »

Par ailleurs, la marque ne doit pas être déceptive, c'est-à-dire laisser entendre des qualités que les produits ou services de cette marque ne posséderaient pas.

De nombreuses marques composent notre quotidien : qu'il s'agisse de sons (le cri de Tarzan, la sonnerie de Nokia¹ ou de Bouygues Telecom), couleurs (le orange Kodak, le orange de France Telecom et le magenta de T-Mobile- Deutsche Telekom), de nombres (1664), de logos voire de signe en trois dimensions (comme la forme des bouteilles de Coca Cola ou le losange de Renault).



EXEMPLE D'UNE MARQUE ANIMÉE

[Description de la marque Coca-Cola] La marque commence par l'image animée d'un flash de lumière à partir duquel sont émis des éclairs sur fond de ciel et de nuages. La séquence passe alors en plan panoramique sur une torche tenue par une femme sur un piédestal. Le mot « Columbia » s'inscrit en haut de l'image en traversant la torche puis un arc-en-ciel circulaire apparaît dans le ciel autour de la femme¹.

1. *Revue de l'OMPI*, « Dépasser la tradition : les nouvelles façons de créer une marque », n°4, 2004, p. 16-19.

2.4.1.2 Équilibre du droit des marques

L'équilibre du droit des marques repose sur des prérogatives fortes pour le déposant (2.4.1.2.a) et des libertés assez grandes pour les utilisateurs dudit signe (2.4.2.1.b).

2.4.1.2.a Les prérogatives du déposant

Le titulaire d'une marque est son déposant² (non celui qui donne l'idée !) et son monopole est valable dix ans, indéfiniment renouvelable (tant que la marque ne devient pas générique).

1. Respectivement cri de Tarzan (numéro de demande OHIM 00073682) et sonnerie Nokia (numéro de demande OHMI 1040955).

2. Sur les créations salariales de marques, voir MONELLI (Yvan), *Mémoire sur la création salariale de marque*, Univ. Montpellier, 1992.

Valables uniquement à l'encontre des actes effectués dans la « vie des affaires », les prérogatives du titulaire d'une marque varient selon qu'il y a risque de confusion ou non.

Ainsi, il peut systématiquement interdire, pour des produits ou services *identiques à ceux désignés dans l'enregistrement*¹ : la reproduction, l'usage ou l'apposition d'une marque, même avec l'adjonction de mots, ainsi que l'usage d'une marque reproduite ; la suppression ou la modification d'une marque régulièrement apposée.

Au surplus, et uniquement en cas de *risque de confusion* dans l'esprit du public et pour des produits ou services *similaires à ceux désignés dans l'enregistrement*², il peut interdire : la reproduction, l'usage ou l'apposition d'une marque, ainsi que l'usage d'une marque reproduite ; l'imitation d'une marque et l'usage d'une marque imitée. La substitution de produit est en principe interdite, sauf pour remplacer un produit marqué prescrit par un médecin par un produit générique³.

Par exception au principe, une protection élargie est reconnue aux marques dites *notoires* : sorte d'« armes anti-parasitisme », elles permettent, sans dépôt, de limiter des exploitations susceptibles de générer une confusion vis-à-vis des produits ou services qu'elles désignent (seraient par exemple concernées des marques comme *Coca Cola*, *Danone*, *McDonald*, *Google*, *Microsoft*, etc.).

Enfin, la marque a une double fonction (on parle d'objet spécifique) :

- réservation de l'usage du signe pour la première mise en circulation : l'objet spécifique du droit des marques comporte les prérogatives qui permettent au titulaire de bénéficier du droit exclusif d'utiliser la marque, *pour la première mise en circulation d'un produit consentie*⁴, et ainsi d'être protégé contre les concurrents qui voudraient abuser de la position et de la réputation de la marque *en vendant* des produits indûment pourvus de cette marque ;

1. Art. L713-2 CPI.

2. Art. L713-3 CPI.

3. L. 5125-33 du Code de la santé publique.

4. Cass. Com., 14 juin 2005, pourvoi n°02-16443 : la Cour de cassation a jugé que « toute commercialisation ultérieure de produits mis sur le marché en l'absence de consentement ou d'épuisement des droits du titulaire de la marque constitue une contrefaçon. »

- garantie d'identité d'origine : la fonction de garantie d'identité d'origine repose sur l'idée que la marque établit une relation de confiance entre le consommateur et le titulaire de la marque qui justifie qu'en cas d'altération ou de modification le titulaire puisse interdire toute autre mise sur le marché non expressément autorisée.

2.4.1.2.b Les libertés des utilisateurs

En application du principe dit *de spécialité* et exception faite des marques notoires, l'usage du droit est limité aux seuls produits et services indiqués lors du dépôt.

Par ailleurs le monopole du titulaire d'une marque est réduit dans plusieurs hypothèses exposées ci-après : la perte du caractère distinctif de la marque ; la forclusion par tolérance ; la référence nécessaire ; l'existence d'autres droits et l'épuisement du droit des marques.

La perte du caractère distinctif : si un produit ou un service s'impose, il peut arriver que la marque devienne générique, c'est-à-dire qu'elle est utilisée comme la dénomination usuelle du produit ou service — comme *Frigidaire* pour les réfrigérateurs, mais la liste est longue. Perdant son caractère distinctif, la marque ne permettra plus à son titulaire de s'opposer à son utilisation par quiconque (raison pour laquelle les sociétés interviennent fréquemment pour interdire l'utilisation abusive de leurs marques).

La forclusion par tolérance : selon cette hypothèse, « devient irrecevable toute action en contrefaçon d'une marque postérieure enregistrée dont l'usage a été toléré pendant cinq ans, à moins que son dépôt n'ait été effectué de mauvaise foi¹ — cela pour les seuls produits et services pour lesquels l'usage a été toléré² ». Il faut donc être vigilant (surtout en cas de diffusion sous licence libre, cf. *infra*), à être clair et précis sur les usages de la marque qui sont autorisés et ceux qui ne le sont pas.

La référence nécessaire : il est possible d'utiliser la marque pour faire référence au produit ou service du titulaire de la marque dès lors que cette utilisation permet d'indiquer la destination d'un produit ou service (vente de pièces détachées, installation d'un système d'exploitation, etc.) et qu'il

1. Art. L716-5 al. 4 CPI.

2. La marque communautaire dispose d'un dispositif similaire.

n'y a pas de confusion¹ — en précisant par exemple le dépôt de la marque et ainsi que son titulaire.

Ainsi, il a été jugé que le droit conféré par la marque n'autorise pas son titulaire à interdire l'usage de ce signe dans son acception courante, dès lors qu'il n'est pas utilisé à titre de marque, et que l'usage qui en est fait est conforme aux usages loyaux du commerce². De la même façon, il a été jugé que la reprise du signe ne porte pas atteinte à la fonction de la marque s'il sert seulement à individualiser l'œuvre sans être de nature à induire en erreur le public. Enfin, ne constitue pas un usage illicite la confection par un distributeur d'un signe reproduisant la marque protégée lorsque ce dernier est destiné à la désignation de produits authentiques commercialisés dans les conditions normales, le distributeur bénéficiant de l'autorisation implicite du fabricant. L'usage d'une marque pour informer le consommateur que l'annonceur est spécialisé dans la vente ou dans l'entretien des produits revêtus de cette marque constitue ainsi un usage indiquant la destination d'un produit ou d'un service³.

L'existence d'autres droits : le droit des marques ne pourra permettre à son titulaire de s'opposer à l'usage d'une dénomination sociale, nom commercial ou enseigne, *lorsque cette utilisation est soit antérieure à l'enregistrement, soit le fait d'un tiers de bonne foi employant son nom patronymique*⁴.

Épuisement du droit des marques : le droit des marques est le droit le plus concerné par l'épuisement : ainsi tout acheteur d'un produit marqué licite peut parfaitement le revendre sur le même territoire⁵. En principe, si un tiers détient des produits à la vente qu'il a acquis licitement sur le territoire communautaire (ou sur le territoire français si la marque n'a été enregistrée qu'en France), il peut utiliser le signe pour annoncer les produits ou les services qu'il propose.

Ainsi, l'application de la théorie de l'épuisement traduit une politique commerciale. Le Japon, et auparavant l'Allemagne et l'Autriche, ont ainsi privilégié l'épuisement international, considérant probablement que leur

1. Art. L713-6 CPI.

2. Par exemple : Paris 4e Chambre, 18 mai 2005.

3. CJCE, 23 févr. 1999, D. 1999, I.R., p. 81, RTD eur. 2000, p. 122, obs. Bonet G.

4. Art. L713-6 CPI.

5. De manière générale, l'épuisement joue non pas à l'égard du droit lui-même (ici la marque) mais seulement des exemplaires pour lesquels l'épuisement est invoqué.

industrie pouvait faire face, sur ses produits et services, à une concurrence internationale.

2.4.2 Les protections collectives d'un signe distinctif, les marques...

Peu utilisées en pratique, ces protections permettent la protection collective d'un signe¹, au profit d'un nombre limité ou non de personnes. Il s'agit des marques collectives (2.4.2.1) et des appellations d'origine (2.4.2.2).

2.4.2.1 Les marques collectives

Selon l'article L715-1 CPI, la marque est dite collective lorsqu'elle peut être exploitée par toute personne respectant un règlement d'usage établi par le titulaire de l'enregistrement. Le règlement peut traduire tout type d'usages (aussi en terme de qualité, etc.) et doit être élaboré et validé en concertation avec des diverses parties intéressées². La marque peut être *simple* ou *de certification*.

La marque collective simple peut être déposée par une personne morale de droit public, un syndicat, une association, un groupement de producteurs, voire par une personne physique (les entreprises sont donc exclues, mais il leur est tout à fait possible de se constituer en association loi 1901). Elle lui confère un titre qui lui permet d'agir en contrefaçon contre tout usage non autorisé de sa marque. Le déposant doit rédiger un règlement d'usages qui lui permet de limiter a priori les personnes bénéficiaires de la marque, mais sans processus de contrôle à postériori.

La marque collective de certification *est appliquée au produit ou au service qui présente notamment quant à sa nature, ses propriétés ou ses qualités, des caractères précisés dans son règlement*. Elle doit être déposée par un organisme certificateur³, c'est-à-dire un organisme neutre

1. PASSA (Jérôme), *Droit de la propriété industrielle* (Tome 1 : Traité de droit de la propriété industrielle), Paris, L.G.D.J., 2009 ; notes 349 et 340 sur l'épuisement des droits.

2. Art. R115-8 C. conso.

3. Il est néanmoins possible de faire appel à des organismes certificateurs déjà constitués et accrédités par le ministère, tel l'AFNOR, qui, moyennant finance, prendront en charge le dépôt et le contrôle des marques.

créé pour cette marque et déclaré au ministère de l'Industrie et à la Direction générale de la concurrence, de la consommation et de la répression des fraudes (DGCCRF)¹. Celui-ci établit un règlement d'usage et contrôle son respect de manière à n'autoriser l'usage de la marque qu'aux seules personnes qui fournissent des produits ou des services répondant aux conditions imposées.

Ces marques peuvent aussi être déposées au niveau communautaire².

2.4.2.2 Les appellations d'origine

Les appellations d'origine ne sont pas réellement des titres de propriété industrielle et leur bénéfice est plus restreint puisqu'elles ne concernent que la dénomination d'un pays, d'une région ou d'une localité servant à désigner un produit qui en est originaire et dont la qualité ou les caractères sont dus au milieu géographique, comprenant des facteurs naturels et des facteurs humains. Les appellations d'origine représentent un titre d'origine géographique des produits, mais garantissent également la qualité de ceux-ci. Elles ont vocation à faire connaître aux consommateurs l'existence d'un rapport intime entre le produit et le terroir qui l'a vu naître.

Elles aussi peuvent être simples ou d'*origine contrôlée* (uniquement en faveur de produits agricoles ou alimentaires). L'appellation d'origine simple est acquise par procédure judiciaire ou administrative : la procédure judiciaire concerne l'hypothèse où une personne intente une action au motif que l'appellation est appliquée de manière préjudiciable, le juge prenant alors une décision qui s'imposera à tous — concernant l'aire géographique, la qualité ou le caractère des produits³ ; la procédure administrative repose sur un décret en Conseil d'État sur la base des usages locaux, loyaux et constants qui ressortent d'une enquête publique.

Une protection internationale, sur le fondement de l'arrangement de Lisbonne de 1958, protège (sur le territoire des États membres) les appellations d'origine qui ont été enregistrées auprès du bureau international de la propriété intellectuelle. Exemples : Porto, Médoc, Bourgogne, etc.

1. Art. R115-1 et suivants du Code de la consommation.

2. Voir l'article 64 du règlement CE 20 Décembre 1993.

3. Art. L115- 10 du C. conso.



LES INDICATIONS DE PROVENANCE

Liées à leur usage, elles permettent l'identification du lieu de production ou de création du produit.

Exemples : fraise de Plougastel, articles de Paris.

2.5 Le dépôt de dessins et modèles

La qualification de dessins ou modèles protégeables impose la réunion de certains critères (2.5.1) et induit des prérogatives intégrées dans un équilibre propre au droit des dessins et modèles (2.5.2).

2.5.1 La qualification de dessin ou modèle

La protection des dessins et modèles porte sur *l'apparence d'un produit*, sur l'ensemble ou une partie seulement d'un produit (lignes, contours, couleurs, textures, etc.) ou de ses ornements.

Pour être protégés, les dessins et modèles doivent être nouveaux et revêtir un caractère propre :

- la *nouveauté* s'interprète moins strictement qu'en matière de brevet et il est possible, dans le cas de la divulgation par le créateur, qu'il dépose son dessin ou modèle, à condition qu'il le fasse dans les douze mois suivant la divulgation ;
- l'exigence d'un *caractère propre* signifie que le dessin ou modèle ne doit pas susciter une impression de déjà-vu dans son ensemble, par rapport à un dessin ou un modèle divulgué avant la date de protection accordée au dépôt.

Certains dessins et modèles sont exclus de la protection : s'ils sont contraires à l'ordre public ou aux bonnes mœurs, s'ils portent sur un programme d'ordinateur, si leur aspect est dicté par des fonctions techniques (aérodynamique, contraintes diverses), si leur forme est imposée par le besoin d'être associé à un autre produit (compatibilité matérielle). Exemple : des vêtements (robes, t-shirt, etc.), ustensiles (panier à salade, grille-pain), véhicule (voiture, vélo, etc.)¹.

1. Voir aussi la liste publiée par l'INPI (sur <http://www.inpi.fr>) sur la base de dépôt réel.

2.5.2 L'équilibre du droit des dessins et modèles

Les prérogatives du déposant (2.5.2.1) doivent être appréciées au regard des libertés des utilisateurs (2.5.2.2).

2.5.2.1 Les prérogatives du déposant

Le titulaire de droits peut contrôler la fabrication, l'offre, la mise sur le marché, l'importation, l'exportation, l'utilisation, ou la détention à ces fins, d'un produit incorporant le dessin ou modèle ¹.

La durée de protection est de cinq ans et elle peut être prorogée par périodes de cinq ans jusqu'à vingt-cinq ans maximum.

2.5.2.2 Les libertés des utilisateurs

Certains actes échappent au monopole s'ils mentionnent l'enregistrement et le nom du titulaire des droits, s'ils sont conformes à des pratiques commerciales loyales et s'ils ne portent pas préjudice à l'exploitation normale du dessin ou modèle : il s'agit des actes accomplis à titre privé et à des fins non commerciales, des actes accomplis à des fins expérimentales, des actes de reproduction à des fins d'illustration ou d'enseignement.

Cette présentation, objective et descriptive, du système juridique qui appréhende la création et l'innovation met l'accent sur l'équilibre, l'accord social, attaché à la constitution de chaque droit (à sa légitimité). Une telle étude serait néanmoins tout à fait inutile si elle était détachée de la réalité, c'est-à-dire des usages qui se sont développés sur la base de ce corpus juridique. Ainsi s'aperçoit-on d'une perversion croissante du système au profit de quelques-uns seulement, ce qui conduit — réciproquement — à la construction d'un nouvel équilibre sur la base des licences libres, plus en phase avec l'objet culturel et sociétal que sont la création et l'innovation à l'ère actuelle.

1. Art. L513-4 CPI.

II

Le système
construit par les
licences libres

Ce n'est pas un hasard si les juristes, aujourd'hui encore, peinent à appréhender les licences libres : ils sont très majoritairement étrangers à la création de ce système et celui-ci n'est pas conforme à la conception de la création et de l'innovation généralement enseignée. Ces deux facteurs, l'un historique, l'autre culturel, les pénalisent en amplifiant le « coût d'entrée », l'effort nécessaire à l'appréhension du système construit sur la base de ces licences libres — alors qu'en parallèle de nombreux développeurs ont pu assimiler les bases d'une éthique qui leur a été transmise à travers les outils qu'ils utilisent quotidiennement.

L'idée de formaliser ces pratiques par une licence (libre) remonte à la fin des années 1980, avec la rédaction de la première version de la GNU General Public License (GNU GPL) par Richard Stallman. Mais pendant la décennie qui suivit, que ce soit par opportunisme, pragmatisme ou dogmatisme, les licences libres se sont développées afin de traduire un contrat social entre les contributeurs d'un projet commun. Très vite, l'apparition de nouvelles communautés de développeurs a engendré de nouvelles licences (telles les licences Apache ou Artistique), plus par effet de mimétisme vis-à-vis de la GNU GPL que par une nécessité ou une réflexion de fond. Les développeurs étaient alors les seuls utilisateurs (et lecteurs) de ces documents qui jouaient un rôle de contrat social ajoutaient un ensemble d'autres liens (principalement cette « éthique hacker », la reconnaissance par les pairs et la confiance partagée). Ce n'est qu'à la fin des années 1990, lorsque le phénomène s'étendit de manière surprenante en dehors des communautés de développeurs ou des universités, que les licences furent considérées comme des documents juridiques méritant un examen à part entière. C'est aussi l'arrivée d'Eben Moglen à la Free Software Foundation et donc la judiciarisation de l'institution¹.

Depuis quelques années, les licences libres sont une réalité connue tant des entreprises que des avocats et des juges... Néanmoins, la pratique des spécialistes du droit restant encore très éloignée de cette logique de partage et de collaboration (pourtant aujourd'hui très en vogue outre-Atlantique sous l'appellation d'*open innovation*), les années 2000 connurent une période assez creuse durant laquelle la question du Libre était généralement envisagée sous l'angle de la critique ou du doute. Furent alors publiés en France de nombreux articles soulignant les défauts de

1. Un appel au droit et à la justice pour régler les différends.

rédaction des licences libres (et en particulier de la GNU GPL), qu'il s'agisse des clauses d'exclusion de responsabilité, de l'absence de durée ou encore de la rédaction en langue anglaise¹. Toutefois, la situation évolue et les juristes comme les avocats commencent à se former sur les aspects relatifs aux licences libres. En l'absence de rentabilité suffisante pour que la démarche soit collective, cet enrichissement provient essentiellement de travaux de recherche (mémoire ou doctorat) ou de démarches personnelles (ce qui explique, paradoxalement, que les grands cabinets et les grandes entreprises sont généralement peu moteurs sur le sujet).

Des raisons culturelles expliquent aussi la méconnaissance des licences libres, puisqu'il faut bien admettre qu'aujourd'hui encore la manière dont la propriété intellectuelle est pensée et enseignée reste classique et souvent éloignée des usages actuels (intégration de composants tiers et utilisation massive de logiciels libres, méthodes de développement dites « agiles », etc.) — même si une amélioration est perceptible². C'est ici un sujet sensible puisque le jour où toutes les formations donneront une juste place à l'enseignement de ces pratiques, celles-ci connaîtront un accroissement considérable, au moins dans la pensée des ingénieurs et juristes arrivant sur le marché du travail.

En effet, il est relativement simple de comprendre les licences libres afin de les utiliser en connaissance de cause dès lors que, d'une part, on s'intéresse au contexte de la matérialisation du nouvel équilibre (chap. 1) sur la base des licences libres (et qu'on admet l'existence d'un paradigme différent) et, d'autre part, qu'on acquière les bons repères (chap. 2) et les réflexes (chap. 3) nécessaires pour s'orienter dans ce nouveau système.

1. Voir un article ancien : CARON (Christophe), « Les licences de logiciels dits "libres" à l'épreuve du droit d'auteur français », Paris, Dalloz, 2003, p. 1556.

2. À ce sujet, il est possible de citer le master Ingénierie du logiciel libre créé en 2006 à Calais ainsi que le *First level master in Open Source systems and technology for the Information Society* créé à Orvieto en 2008.

CHAPITRE 1

La maturation d'un nouvel équilibre grâce aux licences libres

La prise en compte de nouveaux usages (1.1) a donné lieu à différents courants de pensée (1.2) qui contribuent au succès croissant du « Libre » (1.3).

1.1 L'affirmation de nouveaux usages

L'efficience juridique des licences libres repose en amont sur une reconnaissance d'un droit exclusif (généralement le droit d'auteur, mais il peut s'agir d'autres droits, voire de plusieurs droits exclusifs), et en aval par un usage à rebours¹ de ce droit dans le but, notamment, de favoriser un travail collaboratif. Le bénéficiaire du monopole initial s'appuie ainsi sur la technique du contrat (l'article 1134 du Code civil disposant que

1. Au profit d'une propriété intellectuelle dite « repensée » ? Voir à cet égard l'article de JEAN (Benjamin) et CANEVET (Sébastien), « L'évolution du droit d'auteur à l'ère du numérique », dans *La Bataille Hadopi*, Paris, ILV, 2009, p. 319-333.

« [I]es conventions légalement formées tiennent lieu de loi à ceux qui les ont faites ») pour autoriser certains usages, rendant possible la diffusion massive des créations, dont il encadre le bénéfice.

La caractéristique différenciatrice des pratiques basées sur l'usage de licences libres est leur grande ouverture : chaque titulaire décide de partager ses droits avec tous plutôt que de les négocier avec chacun. Il serait néanmoins réducteur de limiter le Libre au seul comportement de ses acteurs puisque le phénomène, aux implications beaucoup plus étendues, consacre un nouvel équilibre : il s'agit donc d'un système alternatif, basé sur la construction d'un patrimoine numérique commun¹, dans lequel chaque utilisateur devient acteur potentiel.

Dans ce nouveau système où tous bénéficient de prérogatives très larges, il n'y a plus d'économie reposant sur l'exploitation directe du « monopole » (il peut néanmoins en exister d'autres, périphériques à la création) et l'intérêt à contribuer (ou, plus généralement, à développer le projet) est lui aussi partagé entre tous². On verra aussi que cette situation devient juridiquement³ pérenne — c'est-à-dire irréversible — lorsque, généralement en raison du nombre de contributeurs se répartissant la propriété du tout, la licence devient le seul cadre possible d'exploitation de la création entière (même si chacun est libre de valoriser ses propres apports personnels).

Ce mouvement prend place dans un contexte de remise en question de la propriété intellectuelle classique (1.1.1) et d'un affrontement entre plusieurs conceptions (1.1.2). Il débouche sur un nouvel équilibre (1.1.3).

1.1.1 La remise en question de la propriété intellectuelle classique

La liste est bien entendue non limitative, mais deux phénomènes notables conduisent à cette remise en question de dogmes antérieurs : un changement de paradigmes bouleversant nombre de nos conceptions d'une part (1.1.1.1); de multiples abus du système, notamment dans l'usage des droits, d'autre part (1.1.1.2), ce qui mène naturellement à rechercher des alternatives (1.1.1.3).

1. Ou encore d'une « politique de l'autonomie numérique » selon l'économiste E. Duflou.

2. ÉLIE (François), *L'économie du logiciel libre*, Paris, Eyrolles, coll. Accès Libre, 2009.

3. La pérennité de l'œuvre elle-même est sujette à bien d'autres facteurs, par exemple la gouvernance de l'équipe qui le fait évoluer.

1.1.1.1 Des changements de paradigmes

Notre société n'a plus grand-chose de commun avec celle du XVIII^e siècle : les mentalités, les usages et outils ont évolué. Nombre de nos paradigmes ont changé, avec un impact direct sur le regard que nous portons à la création et l'innovation¹ : leur changement de nature (1.1.1.1.a), l'influence de la mondialisation (1.1.1.1.b) ou encore la contestation des postulats fondateurs de la propriété intellectuelle (1.1.1.1.c).

1.1.1.1.a La nouvelle nature de la création : numérique, plurale et gratuite

Il suffit de comparer les créations des auteurs au XVIII^e et au XXI^e siècles, pour que tout le monde convienne que la transformation est de taille : leur support est aujourd'hui essentiellement numérique (alors que des centaines de supports différents circulaient autrefois), elles s'inscrivent ou reposent sur des créations tierces et leur exploitation est très souvent gratuite.

⇒ *La pluralité dans la création*

Il n'y a plus aujourd'hui de créateur ou d'auteur « solitaire » tel qu'imaginé lors de la création des différents droits. En effet, à l'ère « informationnelle » qui est la nôtre, cette vision romantique doit s'effacer au profit de la réalité plus pratique d'une création plurale par principe, à fortiori dans le domaine des nouvelles technologies où la coopération et le respect des standards sont essentiels au succès d'un projet. Cela pose de nombreuses questions aux juristes, qui ont pour matière première des lois qui concevaient la création comme unique, entière et appartenant à un seul : d'où, notamment, les réflexions relatives aux œuvres multimédias² ainsi que la multiplication des conventions d'indivision.

Il est donc nécessaire d'adopter une approche différente qui, par une re-fonte des droits — voire par l'édiction de licences obligatoires —, réponde à ces changements d'une manière favorable à la création et à l'innovation (en envisageant peut-être des rémunérations équitables). En l'espèce, les

1. Pour une étude plus poussée, voir JEAN (Benjamin), « Propriété intellectuelle et Open Innovation : les frères ennemis », dans *Revue Lamy Droit de l'Immatériel* (78), décembre 2011.

2. Voir notamment l'étude du CSPLA sur « les œuvres multimédias ».

licences libres s'avèrent être une réponse adaptée puisque chaque participant/auteur/acteur à l'œuvre a expressément consenti à une exploitation de sa contribution sous réserve du respect de sa licence¹.

On peut faire grief à l'ubiquité de l'information qui la rend accessible à tous les ordinateurs du globe quelques secondes après son apparition. Ainsi, à la différence d'hier, il n'y a plus aujourd'hui d'invention qui « bouleverse » la société et les usages, mais au contraire une multitude de petites inventions, incrémentales, qui vont dans le même sens². À partir de là, l'inventivité caractérisant les inventions brevetables n'est plus aussi patente qu'elle l'était — souvent simple avancée dans l'état de l'art plutôt qu'éclair de génie.

→ *Le numérique comme nouveau paradigme*

Par le numérique, l'œuvre — fictivité juridique — est communiquée par un support tout aussi immatériel et ubiquiste : les rendant tout deux à la portée de tous, en tout lieu, et tout temps. L'outil numérique va transformer nos usages et notre industrie, puisque tout tend à devenir numérique et peut être reproduit à l'identique (même des objets en trois dimensions peuvent aujourd'hui être stockés sous forme numérique avant d'être reproduits par des imprimantes 3D³), sans perte et avec un coût qui tend vers zéro. Par ailleurs, puisqu'il coûte généralement beaucoup plus cher de produire quelque chose de nouveau que de se baser sur l'existant, le numérique renforce le succès de l'*open source* (comme base de composants préexistants).

À l'échelle du marché, on observe plus globalement que ce phénomène concerne de nombreuses industries (télécommunication, médias, constructeurs, etc.) qui se préparent, tant bien que mal, à cette « convergence du numérique »⁴.

1. Ainsi, les jeux vidéo sont souvent scindés en deux types d'œuvres : une œuvre logicielle et des œuvres graphiques (parfois sous des licences interdisant l'usage commercial).

2. Voir, plus largement : LEMLEY (Mark A.), « The Myth of the Sole Inventor », *Working Paper No. 1856610*, Stanford Law School, 2011.

3. Voir néanmoins *Framablog*, « L'impression 3D, ce sera formidable... s'ils ne foutent pas tout en l'air ! » <http://www.framablog.org/index.php/post/2011/05/25/impression-3D-attention-danger>.

4. Voir : Conseil d'État, « Convergence numérique, convergence juridique », 2007. Ou encore : HOCEPIED (Christian), « La politique européenne de la concurrence face à la convergence », dans *Concurrence et consommation*, 117, 2000, p. 28-30.

Néanmoins, beaucoup de juristes restent réticents à y voir une raison suffisante pour infléchir leur appréhension des œuvres : objets de droits étant eux-mêmes immatériels, pourquoi devrait-on les penser différemment alors que leur contenant est indépendant de la création (un tableau est protégé de la même façon qu'il s'agisse de la toile originale ou de sa version numérisée) ? Le réflexe, compréhensible au regard du paradigme autrefois partagé, sera à la longue qualifié d'autisme si, incapables de sortir des affirmations définitives et contradictoires, les juristes ne réalisent pas que tout l'environnement qui entoure la conception et la diffusion des œuvres a changé dans une mesure telle qu'il convient de repenser les droits¹.

Le combat mené par l'industrie culturelle² contre les pratiques sociales émergentes — sur la seule base d'indicateurs économiques (de surcroît très contestables³) — est donc un égarement qui ne saurait durer : dans notre monde numérique où l'information est passée de la rareté à la surproduction, la propriété intellectuelle doit jouer un rôle radicalement différent.

L'innovation doit aujourd'hui par principe être ouverte et partagée. Il est même possible que ce nouveau paradigme concoure à une redistribution de la donne économique au profit des pays en développement — même si le retard de ces derniers en terme d'infrastructures constitue actuellement un obstacle majeur (avec d'autres facteurs parmi lesquels un faible taux d'alphabétisation).

⇒ *La gratuité de la création*

L'une des conséquences irrémédiables du numérique est souvent la gratuité. Ainsi, Chris Anderson (auteur des ouvrages *Free!* et *The Long Tail*) explique qu'« [i] est désormais clair que tout ce que le numérique touche évolue vers la gratuité [...]. D'une certaine manière, le web

1. L'impact du numérique étant d'ailleurs bien mieux perçu par d'autres sciences proches comme l'économie, la sociologie ou les sciences politiques.

2. Sur ce sujet, voir SIBAUD (Benôit), « Industries contre utilisateurs — la genèse de la guerre », dans *La Bataille Hadopi*, Paris, ILV, p. 31-36.

3. Il semblerait en effet que les personnes qui téléchargent le plus sont aussi celles qui consomment le plus de biens culturels. Voir notamment l'étude livrée par l'HADOPI en janvier 2011 (disponible sur le site Hadopi.fr) : « 75% des internautes dépensent en moyenne 36 euros par mois en biens culturels (achats par correspondance inclus). Les internautes déclarant un usage illicite ont une dépense moyenne supérieure. Les principaux freins à la consommation légale qu'ils évoquent sont le prix et le choix. »

étend le modèle économique des médias à toutes sortes d'autres secteurs économiques ». Ajoutant enfin qu'« [i]l n'y a jamais eu un marché plus concurrentiel que l'Internet, et chaque jour le coût marginal de l'information devient plus proche de rien du tout ».

La théorie de la longue traîne (*long tail*), exposée la première fois par Chris Anderson en 2004, explique le succès des sociétés qui vendent de nombreux produits, chacun en petite quantité, grâce au marché mondial et interconnecté d'aujourd'hui. En corollaire, Kevin Kelly ajoute que « [q]uand la copie se généralise, vous avez besoin de vendre des choses qui ne peuvent pas être copiées ». Il donne ainsi certains exemples comme l'immédiateté, la confiance, la personnalisation, l'authenticité, l'interprétation, etc. L'expérience très médiatisée de Radiohead diffusant gratuitement les copies de son dernier album doit néanmoins être relativisée : nul doute que l'effet n'aurait pas été identique pour un artiste moins connu, nul doute non plus que l'initiative similaire d'un artiste moins connu aurait été moins médiatisée. . . Cela étant posé, rien ne laisse présager que de telles initiatives ne puissent pas être répliquées à des échelles plus humbles.

Le corollaire d'un tel changement économique est qu'il convient de repenser toute l'exploitation commerciale liée à ces œuvres : une telle gratuité induit l'élaboration de nouveaux modèles économiques, l'entrée de nouveaux acteurs et la nécessaire évolution de l'industrie antérieure (qui reposait souvent sur un modèle qui n'a aucune raison d'être maintenu en l'état).

1.1.1.1.b L'impact de la mondialisation sur la propriété intellectuelle

Au surplus, les pays industrialisés ne cessent d'accroître leur dépendance vis-à-vis de pays auprès desquels ils externalisent leurs moyens de production, ce qui provoque, en contrepoint, la nécessaire concentration d'une propriété. . . essentiellement immatérielle. Ajoutez à cela l'arrivée de nouvelles puissances (comme la Chine, l'Inde et la Corée du Sud pour l'Asie) renversant les équilibres précédents, on comprend la fragilité du modèle et la crispation de certains en faveur de son renforcement.

→ *L'harmonisation des différents droits*

Il a été expliqué précédemment que les différents droits de propriété intellectuelle étaient généralement harmonisés par voie de traités internationaux¹. Ceux-ci ont généralement pour vocation de fixer le minimum commun de protection. En amont, un mécanisme quasi systématique de réciprocité impose aux pays concurrents d'intégrer de nouveaux droits dans leur législation, ou de changer l'étendue de ceux existants, s'ils ne veulent voir leurs entreprises pénalisées à l'international.

Néanmoins, cela se fait au détriment du cours normal des droits de propriété intellectuelle qui naissent et évoluent au gré des sociétés². Une telle évolution (voire introduction) forcée peut gravement porter préjudice à une société qui conserve une culture ou un savoir traditionnel très fort. Au-delà, les droits de propriété intellectuelle constituent de véritables freins à l'expansion des pays en voie de développement : leur introduction profitant essentiellement à des sociétés étrangères qui s'installeront lourdement armées de droits sur leur territoire au détriment de l'économie locale composée d'entreprises non encore innovantes et peu coutumières de ce système (et bien sûr incapables de lutter sur le terrain de la protection des droits — tant sur leur territoire qu'à l'étranger).

Ainsi, pour « convaincre » les réfractaires au modèle de cette économie de l'immatériel, les pays dominants n'hésitent pas à leur imposer, au travers de traités bilatéraux souvent secrets et conditionnant les relations commerciales entre les pays, la mise en place de politiques de propriété intellectuelle tout à fait disproportionnées part rapport à leurs besoins. Les États-Unis figurent en tête de cette pratique, jusqu'à dernièrement avec le Guatemala³ ou l'Inde⁴ : l'U.S. Department of Commerce's Special 301 Watchlist⁵ évalue en effet les politiques mises en place de par le monde, de sorte à sanctionner les « mauvais élèves » qui ne protégeraient pas suffisamment les entreprises américaines⁶.

1. Telle la convention de Berne en matière de droit d'auteur.

2. Première forme connue de propriété intellectuelle, la ville grecque Sybaris reconnaissait au VI^e siècle avant J.-C. un monopole temporaire à tout inventeur d'une nouvelle recette de cuisine — leurs priorités n'étaient pas les nôtres. ...

3. <http://wikileaks.org/cable/2005/03/05GUATEMALA659.html>.

4. <http://wikileaks.org/cable/2009/11/09NEWDELHI2375.html>.

5. <http://www.ustr.gov/about-us/press-office/reports-and-publications/2010-3>.

6. Voir le 2010 Special 301 Report : « This Report reflects the Administration's resolve to encourage and maintain effective IPR protection and enforcement worldwide. It identifies

⇒ *Une marchandisation de la propriété intellectuelle*

D'une manière plus générale, la cause de bien des problèmes rencontrés par la propriété intellectuelle est sa « marchandisation » : les droits ont à l'origine introduit ces nouveaux biens dans le marché, mais c'est aujourd'hui le marché qui leur confère la valeur et qui dirige (en grande partie) leur évolution. Ainsi, elle engendre un glissement du couple auteur-public au couple producteur-consommateur tout à fait différent (ce qui explique notamment qu'un panier à salade puisse bénéficier de la même protection qu'un tableau de peintre).

Ainsi, si aujourd'hui, l'« économie du savoir » a pris une place dominante à l'échelle mondiale, cela s'est fait en conférant une place démesurée aux industries afférentes et en générant par ailleurs de multiples tensions vis-à-vis d'autres droits cruciaux et vitaux comme la santé, l'environnement, l'accès pour les handicapés et l'agriculture.

L'importance des enjeux est donc unanimement reconnue, sans qu'il y ait néanmoins d'intervention véritable de la part des États — échouant à contrôler les initiatives mises en place par le secteur privé, notamment des sociétés américaines telles Google ou Microsoft (avec notamment le projet Google Books et la Fondation Bill-et-Melinda-Gates)¹.

⇒ *La mise en concurrence des instances internationales*

On observe aussi une crise de légitimité au sein des différentes instances internationales (notamment l'OMPI et l'OMC — voire l'ONU) qui, lorsqu'elles ne sont tout simplement pas contournées par le biais d'accords bilatéraux ou plurilatéraux (comme ACTA ou le G20), sont victimes d'un véritable *forum shopping* (un choix des instances en fonction des avantages qu'elles procurent) qui pervertit leurs finalités d'origine — à plus forte raison quand la quasi-intégralité de leurs revenus provient de services économiques dont elles ont la charge ou qu'elles ont créés.

a wide range of serious concerns, ranging from troubling “indigenous innovation” policies that may unfairly disadvantage U.S. rightsholders in China, to the continuing challenges of Internet piracy in countries such as Canada and Spain, to the ongoing systemic IPR enforcement challenges in many countries around the world. »

1. Pour aller plus loin, on peut se reporter à l'article de NEW (William), « WIPO'S Gurry Says 'Crisis In Multilateralism' Bringing Changes to IP », sur *Intellectual Property Watch* (ip-watch.org), le 17 décembre 2010. Voir de même le rapport WIPO, *World Intellectual Property Indicator 2010*, téléchargeable depuis www.wipo.int/freepublications.

Le système international de la propriété intellectuelle est sous pression, l'architecture politique est inadéquate et il convient de toute urgence d'y remédier au risque d'y trouver la cause d'une nouvelle crise. Exprimant régulièrement ses inquiétudes, le directeur général de l'OMPI, Francis Gurry, indique la nécessité de revoir nos normes, ainsi que les plateformes et infrastructures techniques qui nous encadrent (tels les Twitter-like et Facebook-like).

1.1.1.1.c Une contestation des postulats fondateurs de la propriété intellectuelle

La propriété intellectuelle est enfin contestée jusque dans ses principes fondateurs eux-mêmes : quant à la notion de propriété qui lui est attachée et quant au caractère incitatif qui la justifie.

⇒ *Une contestation des effets attendus de la « propriété »*

Inspiré par la propriété consacrée par le Code civil¹, le Code de la propriété intellectuelle transforme certaines idées — rien ne se propage plus vite et n'est plus fuyant qu'une idée — en des biens auxquels est attachée une valeur économique (par ailleurs distincte de sa valeur artistique ou intellectuelle) grâce au contrôle que l'on détient sur leur exploitation.

Les titulaires de droits peuvent ensuite en jouir selon leur bon vouloir, généralement de sorte à en tirer une rente (la plus forte et la plus longue possible). L'aspect utilitaire du logiciel incite néanmoins à reconsidérer le préjudice que portent les droits (droits d'auteur, éventuellement brevets) à l'acquéreur légitime de celui-ci : il se retrouve en effet pieds et points liés face à un éditeur qui peut lui interdire toute modification pourtant nécessaire à ses besoins, tout accès non initialement prévu (mais éventuellement prévisible), toute assistance non autorisée, toute mesure conservatoire qui pourrait être liée au métier de l'acquéreur, etc. Envisagé à l'extrême (mais sans sortir des pratiques existantes), il y a là un véritable assujettissement de millions de personnes au profit d'acteurs privés gouvernés par la recherche du seul profit sur le fondement de leur propriété sacrée et inviolable.

1. L'article 544 du Code civil traduit l'étendue des droits dont dispose un propriétaire sur sa chose : « La propriété est le droit de jouir et disposer des choses de la manière la plus absolue, pourvu qu'on n'en fasse pas un usage prohibé par les lois ou par les règlements. »

Certains auteurs éclairés suggèrent de prendre pleinement en compte la nature différente de la propriété intellectuelle. Philippe Gaudrat écrit par exemple :

[u]n curieux défaut d'imagination semble conduire la plupart des juristes à ne pouvoir imaginer d'autre propriété que celle de l'article 544 du Code civil : ou la propriété doit avoir les caractères du droit que décrit cet article, ou ce n'est pas une propriété. Mais le droit défini par cet article n'est pas l'archétype propriétaire en soi ; il est l'application de cet archétype aux choses matérielles. L'essence de la propriété ne gît que dans le pouvoir de retenir ou distribuer la jouissance de la valeur de la chose grevée ; le modèle qui en résulte, quand on l'applique aux choses matérielles, n'est déjà qu'un dérivé, même si cette propriété est, par la force des choses, la plus ancienne et la plus répandue. Si l'archétype propriétaire est un, la propriété de droit positif est multiple, car elle est façonnée par les caractères de l'objet réservé¹

Ainsi, alors que la propriété du Code civil servait initialement de modèle à la construction d'une propriété intellectuelle, on en a aujourd'hui oublié qu'elle ne pouvait néanmoins qu'être différente — quelles que soient les crispations qu'une telle évidence peut engendrer.

⇒ *La contestation du caractère incitatif*

Le caractère incitatif de la propriété intellectuelle a toujours été présenté comme un postulat, sans qu'il soit possible de prouver si la création et l'innovation sont réellement mieux portantes depuis la création d'une propriété intellectuelle. Symptomatique de la société actuelle, le Conseil de l'Union européenne a ainsi déclaré :

[l]es droits de propriété intellectuelle sont un élément fondamental pour la promotion de la culture et sa diversité, ainsi que pour la valorisation de la recherche,

1. Voir GAUDRAT (Philippe), « Les modèles d'exploitation du droit d'auteur », *RTD Com.*, 2009 p. 323.

*de l'innovation et de la création des entreprises européennes, notamment des petites et moyennes entreprises, afin de soutenir la croissance et l'emploi au sein de l'Union européenne et de développer la dimension externe de la compétitivité européenne.*¹

Néanmoins, de plus en plus d'auteurs estiment que le système de la propriété intellectuelle, obsolète, devrait être abandonné au motif que le caractère incitatif des droits de propriété intellectuelle (et notamment du droit d'auteur) se voit mis à mal dans la société contemporaine : les créateurs ne peuvent vivre de leur art, alors que de grandes sociétés exploitent les droits des premiers pour dominer des marchés. La doctrine juridique elle-même est réservée quant à l'évolution actuelle des différents droits de propriété intellectuelle et reste très critique à l'encontre des exploitants, de leurs monopoles et lobbyings.

Le rapport *File-Sharing and Copyright* réalisé par l'Harvard Business School appuie cette thèse :

*Alors que les échanges de fichiers ont perturbé certains modèles commerciaux traditionnels de l'industrie culturelle, principalement en matière de musique, notre lecture tend à considérer qu'il y a peu de choses qui montreraient que les nouvelles technologies ont découragé la production artistique. Une protection des droits d'auteur faible, semble-t-il, a bénéficié à la société.*²

1. Voir le considérant 16 de la résolution du Conseil du 1er mars 2010 relative au respect des droits de propriété intellectuelle sur le marché intérieur.

2. OBERHOLZER-GEE (Felix) et STRUMPF (Koleman), « File-Sharing and Copyright », dans LERNER (Josh) and STERN (Scott), eds, *Innovation Policy and the Economy*, n°10, 2010, p. 20 : « ... While file sharing disrupted some traditional business models in the creative industries, foremost in music, in our reading of the evidence there is little to suggest that the new technology has discouraged artistic production. Weaker copyright protection, it seems, has benefited society.

Le rapport canadien publié par McGill dénonce aussi une utilisation pervertie de la propriété intellectuelle et promeut une nouvelle propriété intellectuelle tournée vers l'échange et le partage¹.

Ainsi, Joost Smiers et Marieke van Schijndel, dans leur ouvrage *Un monde sans copyright... et sans monopole*², imaginent et construisent un monde sans droit d'auteur, sans monopole sur les créations de l'esprit et sans « conglomérats culturels » aux intérêts nécessairement contraires à ceux de la société.

Par ailleurs, d'autres thèses sont venues imaginer de nouveaux systèmes, considérés comme plus adaptés au monde d'aujourd'hui, se basant ou non sur la propriété intellectuelle existante. Ainsi, pour ne parler que d'initiatives françaises, il est possible de citer les travaux d'Olivier Auber sur le revenu de vie (basé sur le revenu minimum d'existence) ou encore la contribution créative théorisée par Philippe Aigrain.



LA SARD ET LE FINANCEMENT PAR LE DON

Autre initiative, l'idée d'un nouveau système de financement des auteurs, fondé sur le don, a donné le jour à une expérimentation concrétisée par la constitution de la SARD³ (Société d'Acceptation et de Répartition des Dons). Fonctionnant sur un plan parallèle au système traditionnel, elle incite à penser différemment le rapport entre auteur et public.

D'autres projets similaires peuvent être cités : Flattr, Yooook, MooZar, Ulule, SHAGAI, MCN, et Kachingle ou, plus récemment, Make It Open (plate-forme brésilienne) et la plate-forme CreationMix lancée sous le patronage des pères de Creative Commons. Ces initiatives montrent une profession (des auteurs) qui se cherche. Elles sont par ailleurs non exclusives, accessibles à tous (membres de sociétés de gestion collective ou non) et ne nécessitent aucune réforme législative. Enfin, en mettant l'accent sur le

1. GOLD (R.) et al., *Vers une nouvelle ère de propriété intellectuelle : de la confrontation à la négociation*, Rapport du Groupe international d'experts en biotechnologie, innovation et propriété intellectuelle, Montréal, The Innovation Partnership, Septembre 2008.

2. SMIERS (Joost) et VAN SCHIJNDEL (Marieke), *Un monde sans copyright... et sans monopole*, Framasoft, coll. Framabook, 2011.

rôle des auteurs et le caractère incitatif des propositions (pour la création et l'innovation), ces initiatives replacent l'artiste au sein du système et il est fort probable que l'un de leurs effets de bord soit de redonner au système de propriété intellectuelle l'équilibre nécessaire à sa légitimité.

1.1.1.2 Une réaction aux abus

Ce n'est pas une surprise, les intérêts financiers drainés par la propriété intellectuelle sont tels que l'équilibre initial s'en trouve transformé, voire déformé, au profit de certains des acteurs du système seulement. La perte de l'équilibre, au bénéfice des intérêts de certains, remet en question le système global de la propriété intellectuelle — que l'on pense aux entreprises qui n'ont cessé d'acquérir de nouveaux droits (sur des créations préexistantes ou fictives) pour maximiser leur profit —, ou des États eux-mêmes repliés sur l'intérêt de leurs industriels, oubliant de s'intéresser à l'innovation et à la création qui constituent pourtant la seule justification à ces droits.

Peut-être faut-il le rappeler : « à tout vouloir protéger, on passe d'une logique de l'innovation à une logique de la rente¹ ». Or, nul doute qu'une telle logique ne tienne qu'un temps. . .

Ainsi, l'édition continue de nouveaux droits exclusifs (1.1.1.2.a) affaiblit le système, de même l'utilisation qui en est faite (1.1.1.2.b), notamment les abus (1.1.1.2.c) et l'accaparement par l'industrie (1.1.1.2.d). Enfin, il faut ajouter les différents freins systémiques comme le dogme de la gestion collective (1.1.1.2.e).

1.1.1.2.a L'édition incessante de nouveaux droits

Devenu trop sensible aux pressions du marché, le législateur ne cesse de créer de nouveaux droits pour répondre aux industries qui le sollicitent. Ainsi, il y a eu plus de droits créés ces vingt dernières années que durant les deux siècles précédents ; et plus de droits créés ces cinq dernières années que dans les vingt années qui précédent. . .

1. VIVANT (Michel), « L'irrésistible ascension des propriétés intellectuelles ? », dans *Mélanges Mouly*, Litec, 1998, p. 441.

On pourrait y voir la « réactivité » louable d'une société en phase avec son époque, mais ce serait ignorer le déséquilibre croissant entre la prise en compte des intérêts du public (désorganisé et sans moyens propres) et les industries (organisées et disposant de moyens conséquents) par les instances gouvernementales ou communautaires, brisant ainsi les équilibres légitimant originellement les différents droits. Cette déviance est par ailleurs très clairement exprimée par le rapport de conflit entretenu aujourd'hui entre le public (potentiel pirate) et les différents titulaires de droits, déviance qui s'est traduite par l'édiction des lois les plus récentes : offrant de nouveaux outils aux titulaires, contre un public qui était jusqu'alors étranger à ces enjeux tant qu'il restait dans sa sphère privée.

1.1.1.2.b L'extension des droits

De l'utilisation qui est faite de ces droits, trois problèmes peuvent être identifiés. Le premier est celui de la qualité des titres qui sont délivrés : trop de titres sont accordés alors qu'ils ne respectent manifestement pas les conditions posées par la loi (objet exclu de la brevetabilité, absence de nouveauté, d'inventivité, d'application industrielle, description trop faible, etc.). Ainsi, les offices reportent sciemment¹ le coût de ces examens, long et coûteux, sur la société.

Le second problème concerne l'inadaptation des droits actuels aux créations complexes : conçue dans un monde où les produits ou services étaient relativement simples et ne reposaient que sur un nombre limité d'inventions, l'exclusivité conférée au titulaire de brevets n'avait pas l'effet bloquant qu'elle a en présence de centaines (voire de milliers) d'inventions utilisées dans certains produits. Ainsi, des inventions fictives ou mineures peuvent aujourd'hui bloquer une invention plus importante et un produit de grande valeur sociale. Par exemple, en 1917, le gouvernement américain avait imposé la création d'un groupement de brevets dans le domaine de l'aéronautique, ce qui donna la MAA (Manufacturer's Aircraft

1. Voir par exemple la Décision de la Grande chambre de recours de l'OEB sur les brevets logiciel, dans sa décision T 258/03, Hitachi : « La Chambre n'ignore pas que son interprétation — relativement large — du terme « invention » figurant à l'article 52(1) CBE inclut des activités qui sont si courantes que leur caractère technique tend à être négligé, par exemple l'acte consistant à écrire en utilisant un stylo et du papier » (<http://www.april.org/decision-de-la-grande-chambre-de-recours-de-loeb-sur-les-brevets-logiciels>).

Association). Celle-ci permit la création d'avions sans crainte de procès, ce qui mit fin aux querelles de brevets et favorisa l'essor de l'industrie aéronautique. On retrouve des régulations similaires dans le domaine des télécommunications, de la radio, du nucléaire, de la qualité de l'air (Clean Air Act), etc. Néanmoins, on constate une explosion du nombre de ces situations, rendant impossible la généralisation d'une telle régulation sans dénaturer le système.

Enfin, on peut se demander si le rôle de diffusion des connaissances des offices nationaux de propriété intellectuelle est suffisant. En effet, si les brevets étaient moins nombreux et mieux connus, nous ne connaîtrions pas les procès actuels où les brevets ne sont révélés et opposés aux industriels qu'au moment où ceux-ci commercialisent leurs produits... En effet, lorsqu'on se trouve en présence d'objets complexes (satellites, téléphones, logiciels, etc.), il est fort probable que soient impliquées de multiples technologies soumises à un ou plusieurs droits exclusifs. Il est possible de se prémunir en matière de droit d'auteur (par exemple par une politique claire de gestion des contributions externes), mais lorsqu'un produit comporte des centaines (voire des milliers) de brevets, il a de grandes chances d'en violer un grand nombre.

Chris Sacca, capital-risqueur américain, s'alarmait à ce sujet :

Nous sommes à un point de l'ère de la propriété intellectuelle où les brevets existants couvrent probablement tous les comportements qui surviennent sur Internet ou sur nos téléphones mobiles d'aujourd'hui. [...] En moyenne, les start-ups de la Silicon Valley ou même les sociétés de taille moyenne, indifféremment du fait qu'elles soient réellement novatrices, [...] violent des brevets en ce moment même. Et c'est ce qui est fondamentalement cassé dans le système actuel¹.

1. Voir l'article « When Patents Attack » du site NPR.org : « We're at a point in the state of intellectual property where existing patents probably cover every behavior that's happening on the Internet or our mobile phones today," says Chris Sacca, the venture capitalist. « [T]he average Silicon Valley start-up or even medium sized company, no matter how truly innovative they are, I have no doubt that aspects of what they're doing violate patents right now. And that's what's fundamentally broken about this system right now ». Voir aussi la Knowledge Ecology International (<http://www.keionline.org>), une ONG spécialisée dans

1.1.1.2.c L'abus dans l'usage des droits

Seconde déviance préjudiciable, de nombreux titulaires de droits essaient d'étendre le monopole conféré par la loi afin de maximiser les profits : artificiellement par contrat, en multipliant les procédures abusives, les pactes de non-agression, etc. Théoriquement, de tels comportements, dès lors qu'ils outrepassent délibérément leur monopole, devraient être sanctionnés sur le fondement d'abus de droit¹ — par le simple dépôt abusif (avec intention de nuire), par l'usage qui est fait du droit exclusif (les juges considérant que « l'exercice d'un droit exclusif par son titulaire peut donner lieu à un comportement abusif² ») ou pour une action en justice abusive³ (telle une action contre un concurrent se fondant sur des « leures de revendication » de brevets⁴). La longueur et le coût de telles procédures les rendent néanmoins inadaptées au regard du préjudice instantané que peut causer une interdiction de commercialisation ou les frais de défense liés à une action en contrefaçon (d'où, par ailleurs, un recours de plus en plus fréquent à des procédures extra-judiciaires, telle l'United States International Trade Commission (USITC)).

Parmi les usages les plus caricaturaux figurent en tête les *Patent trolls*, ces sociétés sans R&D qui achètent des brevets tiers afin de négocier des licences ou agir en justice (on observe le même type de sociétés en matière de droits d'auteur). Sous couvert de favoriser la diffusion de l'innovation et de favoriser la rémunération des auteurs, elles cherchent uniquement à maximiser le gain relatif à leurs actifs, quitte à se spécialiser en procédures et multiplier les assignations. Leur comportement induit un raisonnement qui ne se pose plus en termes d'inventions, mais de brevets, ce qui creuse davantage encore la différence entre les deux termes, de sorte que la plupart des brevets que ces sociétés exploitent ne sont pas considérés par les pairs comme des inventions (puisque les *Patent trolls* favorisent des brevets larges et relativement simples, susceptibles d'être opposés à

les effets de la propriété intellectuelle sur les politiques de santé, d'environnement ou d'innovation.

1. La CJUE (auparavant la Cour de Justice des Communautés Européennes) sanctionne ainsi tous les usages qui ne répondraient pas à la finalité des droits.

2. Com. 26 nov. 2003, TF1. Par ailleurs, l'arrêt précise que : « [l]a pratique contractuelle en cause ne constitue pas l'exercice normal des droits exclusifs de reproduction du coproducteur, mais un abus de ce droit en vue de fausser la concurrence. »

3. C. civ. 2E, 31 mai 1967, Bull. civ. II, no 199.

4. TGI Paris, 26 janv. 2005, PIBD 2005, III, 299.

un maximum de sociétés). Elles sont souvent désignées sous l'acronyme de NPE pour *Non-Practicing Entity*.

Plus pernicieuses, certaines sociétés constituent des portefeuilles de brevets dits « défensifs » qu'elles entendent partager aux bénéficiaires des entreprises qui souscriraient, leur permettant, telle une assurance, de se défendre sur la base de ces brevets en cas de procès. Mais les entreprises approchées se retrouvent finalement dans la position délicate de dépenser des millions de souscriptions auprès de ces entreprises, ou de refuser et accepter que ces mêmes brevets puissent être utilisés par leurs concurrents contre eux... Des « assurances » qui ne sont ni plus ni moins que des promesses de non-agression et de protection (qui rappellent étrangement les notions de racket et de mafia). On retrouve ainsi tous les mécanismes de la Guerre Froide, les puissances dominantes n'osant pas nécessairement s'affronter directement, mais étant sans scrupules à l'encontre de partenaires et clients du camp adverse.

Ces comportements induisent aussi un autre effet, économique, de surenchère qui crée une « bulle de l'immatériel » en matière de brevets. Par crainte de se voir opposer des brevets non détectés, les entreprises investissent des sommes colossales dans l'acquisition de brevets ou portefeuilles de brevets (nécessairement au détriment de la R&D interne) afin de se défendre en cas d'assignation. Cette confrontation a pour seul effet d'augmenter les coûts des brevets, telle une bulle qui éclatera lorsque le marché ne reconnaîtra plus aucune valeur à ces biens immatériels détournés de leur fonction initiale. On assiste ainsi à une course à l'achat — à l'armement d'après certains (Google étant généralement en lice, tenue à l'écart par les acteurs traditionnels qui se liguent contre elle¹) — en même temps qu'une course à la vente² de la part de sociétés qui y voient une valorisation et une source de revenus importante (tel Kodak qui annonce en août 2011 vouloir se séparer de plus de 1 000 brevets, ces derniers étant évalués à 3 milliards de dollars alors que la société était estimée à 1,3 milliards).

1. Dernièrement, Google a racheté Motorola Mobility et ses 25 000 brevets pour 12,5 milliards de dollars.

2. L'exemple le plus caricatural est certainement la vente aux enchères de deux « engagements à ne pas poursuivre » par la société ICAP Patent Brokerage. Ce « produit dérivé » a été vendu 35 millions de dollars en 2011.

Plus grave : les sociétés traditionnelles s'allient, par une concentration de leurs droits, pour contrer l'innovation. Ce fut notamment le cas de l'achat, en 2010, de 882 brevets à Novell par un consortium constitué par Microsoft, Oracle, Apple et EMC. Plus récemment encore, l'achat en 2011 de 6 000 brevets à Nortel (pour un coût total de 4,5 milliards) par un autre consortium constitué cette fois par Microsoft, Apple, Rim, Ericsson et EMC. Dans ces exemples, les titres sont utilisés contre l'innovation, contre le marché, et pour bloquer l'expansion économique d'un concurrent. Contrairement aux brevets tels qu'ils ont été initialement conçus, c'est-à-dire très descriptifs afin d'inciter les inventeurs à trouver une autre solution au même problème technique, les brevets d'aujourd'hui sont volontairement très larges. Ils empêchent l'innovation alors qu'ils la favorisaient, et servent à renforcer un pouvoir existant (c'est d'ailleurs la raison pour laquelle il est si difficile de changer le système).

Les *Patent trolls* eux-mêmes participent à cette course (telles les deux sociétés Wi-LAN et Mosaid qui cherchent à se rapprocher pour cumuler leur portefeuille de brevets)¹. En France et en Europe, les sociétés publiques France Brevets² et European patent fund³ témoignent de notre volonté de se doter des mêmes armes, sans mesurer la déviance inhérente à toute politique en matière de propriété intellectuelle déconnectée de l'innovation.

Pour aller plus loin...

Par « brevet vert » on désigne les inventions autour desquelles leurs titulaires déposent régulièrement de nouveaux brevets « accessibles ».

C'est cette politique de l'extrême qui a donné l'expression de « brevets toujours verts » (qui couvrent des inventions restreintes, de faibles valeurs et souvent révoqués devant les tribunaux). Voir sur ce point : Autorité de la concurrence, *Rapport annuel 2008*, La Documentation française, Paris, 2008.

1. Pour une représentation graphique du coût des procès actuels : *The Patent Lawsuit Economy* (<http://www.focus.com/fyi/patent-lawsuit-economy>).

2. Voir à ce sujet <http://www.caissedesdepots.fr/en/activity/investissements-davenir/france-brevets-50-meur.html>.

3. <http://www.era.gv.at/space/11442/directory/21218/doc/22124.html>.

On se reportera aussi à LALLEMENT (Rémi), « Politique des brevets : l'enjeu central de la qualité, face à l'évolution des pratiques », in *Revue trimestrielle du Centre d'Analyse Stratégique*, numéro 7, Janvier-Mars 2008.

Résumé :

Les entreprises sont de plus en plus incitées à se doter de brevets, pour mieux positionner leurs activités d'innovation face à celles de leurs concurrentes et parfois même pour des considérations d'ordre purement stratégique. Pour le système des brevets, ce succès grandissant risque de se retourner contre lui. Face au flot croissant des demandes de brevets, en effet, les offices de brevets sont de plus en plus engorgés. Par contre-coup, un faisceau d'indices convergents atteste d'une tendance à la prolifération, au détriment de la qualité d'ensemble des brevets, dans la plupart des pays industriels. Une telle dégradation de la qualité des brevets correspond à une situation dans laquelle sont délivrés des brevets qui n'auraient pas dû l'être. Elle menace globalement tant la concurrence que l'innovation. Pour contrer ces périls, diverses réformes ont récemment été envisagées ou engagées — en particulier aux États-Unis et en Europe — mais leur issue n'est pas encore acquise.



GOOGLE : BREVET ET INNOVATION

La société subit aujourd'hui un assaut conjoint mené par ses principaux concurrents (Apple, Microsoft et Oracle en tête) qui l'assignent, elle et ses clients, en contrefaçon (droits d'auteur, brevets, etc.). Ayant pendant très longtemps argumenté en faveur d'une réforme du système américain des brevets, Google a néanmoins été contraint de suivre le comportement de ses concurrents afin de se

défendre et donc de s'armer en brevets (sorte d'armes légales dont elle était peu dotée). C'est ainsi qu'elle a racheté des brevets à IBM et qu'elle a même acheté la société Motorola intégralement (cette dernière disposant d'excellents brevets relatifs au mobile et au réseau de télécommunication). Afin de la faire plier, ses concurrents (pourtant eux-mêmes concurrents) se sont regroupés pour surenchérir et acquérir le portefeuille de brevets de Nortel.

Ainsi, les portefeuilles de brevets ne sont pas vendus pour leur valeur marchande, mais pour leur valeur stratégique (pour éjecter du marché un nouvel entrant). En effet, puisque Google base son modèle sur un produit gratuit, ses concurrents utilisent les brevets pour en faire un produit payant non disruptif (suite à une série de procès, Samsung et HTC versent aujourd'hui plus d'argent à Microsoft pour la vente de téléphones sous Android que de téléphones sous Windows mobile. . .). Dans ces usages, la société attaquée perd dans tous les scénarios :

- dans l'hypothèse d'une transaction : soit Google paie une licence arbitrairement fixée très haut (ce qui ne l'empêchera pas d'être menacée par d'autres brevets) soit ses clients (constructeurs et opérateurs) se voient obligés de payer une licence (ce qui annule l'intérêt du produit) ;
- en l'absence d'une telle transaction : soit Google perd le procès et est éjecté du marché soit Google gagne le procès (ce qui ne l'empêchera pas d'être menacée par d'autres brevets), mais ses produits seront alors moins attractifs (surtout si elle a ainsi perdu la place du premier entrant).

Dans tous les cas, il n'y a pas de rapport entre le coût du brevet et son mérite (sa qualité).

1.1.1.2.d L'industrialisation de la propriété littéraire et artistique

Il a longtemps été considéré que les intérêts de l'industrie étaient les mêmes que ceux des artistes qu'elle défendait et représentait. Or, il s'avère que ce postulat est entièrement faux : l'artiste crée pour transcender son art comme le scientifique pour accroître la connaissance, alors que les industries créent uniquement pour l'argent qu'elles ont à y gagner¹ ! Dès lors, qui dit finalités différentes, dit encadrements différents : mettre en doute la pertinence du rôle de ces nouveaux intermédiaires aurait permis, selon nous, d'éviter les dérives actuelles du droit d'auteur. En effet, probablement par leur force économique et leur lobbying constant², on assiste à une transformation du droit d'auteur en un droit pour l'industrie culturelle tout à fait détaché des enjeux du public et des auteurs. Or, si ces industries devaient figurer dans les dispositions relatives au droit d'auteur, ce serait uniquement pour en protéger les auteurs. Ainsi, dès lors qu'une norme est perçue comme inadéquate³ et illégitime, il est normal d'observer un désintérêt et un désengagement croissants qui se traduisent par une immobilisation de tout son pouvoir coercitif⁴. Ainsi, il ne s'agit pas d'étendre les sanctions, mais au contraire de rendre au droit sa légitimité.

Sur un plan plus théorique, il semble bon de rappeler qu'avant de songer à appliquer les droits d'auteur à ces nouvelles situations, peut-être faudrait-il se demander s'il s'agit du bon outil, de la façon de penser adéquate, et s'il y a des raisons sociales, juridiques, scientifiques et économiques qui justifient cette application. Partant de ce constat, il est regrettable de constater l'inconsistance des enquêtes ayant accompagné ces projets de loi⁵. Peut-être aurait-on ainsi permis que le couple intermédiaires économiques / consommateurs, artificiellement présenté comme

1. Bien entendu, chacun — artiste ou industrie — veut pouvoir vivre de son métier, mais c'est ici une problématique différente qui sera développée ensuite.

2. Voir « Ces élus qui ont dit non aux lobbies » (Chap VI), *La bataille Hadopi*, Paris, ILV, 2009.

3. Voir « Inadéquation aux attentes du monde artistique » (Chap V), *La bataille Hadopi*, Paris, ILV, 2009.

4. Ce qui, sans justifier les pratiques de téléchargement illégal, en explique les fondements.

5. Même si un tel processus semble naturel et indispensable, l'étude d'impact des projets de loi n'est obligatoire qu'à l'encontre des projets déposés à partir du 1^{er} septembre 2009 (article 39 de la Constitution issu de la loi constitutionnelle du 23 juillet 2008). Concernant la nouvelle HADOPI 3, le processus s'avère particulièrement opaque (tant concernant le questionnaire que la sélection des projets que des auditions) et pressé — les demandes de

le modèle unique par l'industrie, fasse place à une prise en compte des usagers du droit d'auteur dans toute leur diversité.

Enfin, toutes ces questions n'ont d'intérêt que si l'accompagnement de ces nouvelles pratiques est pensé comme la première des priorités. Les droits exclusifs n'ayant d'utilité que dans l'autonomie qu'ils offrent aux auteurs et à leur public, il convient, lorsque ces derniers veulent le partage et la diffusion, de construire un cadre qui, s'il ne favorise pas cet usage, ne lui soit pas contraire. C'est là le futur et nous avons tous intérêt à y songer dès maintenant.

1.1.1.2.e Les freins systémiques : l'exemple de la gestion collective présentée comme un dogme absolu

Le code de la propriété intellectuelle regroupe une série d'outils qui permet de prendre en main (de manipuler, échanger, vendre, créer, etc.) les objets juridiques qu'il introduit sur le marché. En dehors de cette tâche, le CPI est « neutre » et permet tout type d'usage et, théoriquement, toute évolution ou transformation du système.

Néanmoins, l'évolution des usages butte sur certains freins systémiques, qu'ils soient présents dès l'origine ou, plus généralement, liés au développement que connaît la propriété intellectuelle. Il en existe plusieurs, mais celui auquel on pense en premier lieu se rattache à la culture française de la gestion collective¹.

Ancien et éprouvé, le système actuel français est l'une des fiertés nationales au regard tant de la complexité de son organisation que du nombre d'autres pays qui s'en sont inspirés. Il est néanmoins aussi très contesté

contributions, arrivées au courrier le 16 septembre 2009, étaient à rendre le 28 septembre 2009.

1. Certaines créations pouvant aussi être soumises au régime très strict des *biens et technologies à double usage* (c'est-à-dire aussi militaire). Dans les années 1990, Philip Zimmermann, auteur de *Pretty Good Privacy* (PGP) avait ainsi été poursuivi par le département de la défense américaine. Il avait notamment continué à publier le code source sous de multiples formes : livre (voir ZIMMERMANN (Philip), *PGP Source Code and Internals*, Boston, MIT Press, 1995) mais aussi T-Shirt, etc. On peut se reporter sur ce point à l'histoire du Zimmermann Legal Defense Fund (ZLDF) : <http://sattlers.org/mickey/tech/privacy/groups/zldf/index.html>; SIBAUD (Benoit), « De l'interdiction de publier certains logiciels (2) », *LinuxFr* (<https://linuxfr.org/news/de-l%E2%80%99interdiction-de-publier-certains-logiciels-2>); Direction générale des douanes et droits indirects, *Guide sur les exportations de biens et technologies à double usage*, 2010.

en raison de la place prééminente de la SACEM, considérée comme responsable de lourdeurs administratives, d'une gestion des politiques culturelles inadaptée et autarcique. Cette omniprésence de la société de gestion collective est souvent pointée du doigt, notamment lors des contrôles annuels de la commission permanente de contrôle des SPRD (qui publie annuellement un rapport¹). Il est en effet relativement courant de mettre en place de nouvelles SPRD pour collecter de nouveaux droits ou nouvelles licences obligatoires (SPRE, SDRM, SESAM, etc.), sans que la question essentielle de l'organisation de cette SPRD ne soit prévue en amont. Ainsi, les salariés, les répertoires, les barèmes, voire les locaux, les enquêtes sont « mis à disposition » (de manière onéreuse) par les organismes préexistants — en l'occurrence, il s'agit systématiquement de la SACEM. On multiplie ainsi les flux financiers en augmentant le nombre de structures, ce qui réduit d'autant la somme répartie entre les auteurs et ayants droit (au bénéfice du fonctionnement de la SACEM seulement ?).

Par ailleurs, le monde de la musique est aujourd'hui pensé en termes de gestion collective uniquement, au point où nombreux sont ceux qui pensent que celle-ci est obligatoire pour toucher leurs droits. Cela induit la validation de certains mécanismes susceptibles d'être contraires aux intérêts des auteurs. Par exemple, l'adhésion à la SACEM est exclusive de toute autre exploitation des œuvres puisqu'elle emporte une cession exclusive de toutes les œuvres (même celles à venir) de l'auteur (d'autres SPRD ne demandent qu'une cession non exclusive, voire un simple mandat). Ainsi, tout auteur adhérent à la SACEM ne peut décider seul de gérer individuellement quelques-unes de ses œuvres, par exemple en les diffusant gratuitement sur Internet (sous licence libre ou non). Les lignes bougent néanmoins et, depuis quelques années, la SACEM allège ce principe en permettant à ses sociétaires de diffuser eux-mêmes certaines de leurs œuvres, dans certaines conditions seulement (sur leur propre site web, gratuitement, uniquement en streaming).

Ainsi, il est aussi nécessaire de revoir l'infrastructure du droit d'auteur qui s'est modelé depuis le XVIII^e siècle autour des sociétés de gestion collective, notamment en faveur de la mise en place d'un registre ouvert et commun des œuvres qui permettrait (aux artistes comme aux plateformes de diffusion) de partager les informations relatives à la gestion

1. <http://www.ccomptes.fr/fr/CPCSPRD/RapportsAnnuels.html>.

des droits sur les différentes œuvres (des réflexions complémentaires au travail du Global Repertoire Database¹ Working Group).



OUVRIR LE RÉPERTOIRE DE LA SACEM À LA GESTION INDIVIDUELLE

Courant 2009, la SACEM avait néanmoins été approchée par des acteurs de la culture libre (à l'initiative du collectif Libre Accès¹) avec deux requêtes : autoriser les auteurs qui le souhaitent à diffuser certaines œuvres sous licences libres² et ouvrir son annuaire, contenant auteurs et œuvres, afin que des sites diffusant de la musique libre puissent vérifier que l'artiste est bien libre de diffuser ainsi ses œuvres (il était aussi envisagé de labelliser lesdits sites).

Les deux chantiers ont néanmoins fait long feu. Concernant le premier, après plus d'une année de discussions et quelques itérations sur le cadre du projet, les échanges ont été rompus (notamment à cause de la difficulté à s'entendre sur les usages qui devaient être considérés comme commerciaux — après avoir admis que le projet pouvait, dans un premier temps, être limité aux seuls usages non commerciaux). Quant au second, les échanges n'ont jamais réellement pris forme.

1. Qui comprend notamment les associations Copyleft Attitude, Dal-tex, Dogmazic, In Libro Veritas, Kassandre, Lady Long Solo, Lonah et Musiques Tangentes.

2. Dans une démarche assez similaire au projet pilote néerlandais.

1.1.1.3 La construction d'alternatives privées

À la fois en raison de l'inertie liée aux procédures législatives² et en raison des intérêts politiques et économiques attachés au maintien d'une industrie culturelle forte, les États sont aujourd'hui incapables de remettre en cause le système qu'ils ont créé. Certains essaient cependant de ré-

1. <http://globalrepertoiredatabase.com/faq.html>.

2. Mais l'argument est d'autant moins pertinent que la procédure d'urgence a été déclenchée par le gouvernement lors du vote des principales lois de ces dernières années.

former tout en ménageant les multiples intérêts. Par exemple, le Royaume-Uni a publié un plan pour moderniser la propriété intellectuelle en mettant en œuvre certaines recommandations du rapport Hargreaves de mai 2010 (dont l'ajout d'exceptions aux droits, d'un processus de licences croisées et d'une gestion des œuvres orphelines)¹.

Cependant, les vraies réformes ne proviennent pas des législateurs, mais des acteurs : utilisateurs des droits (titulaire) et utilisateurs des créations (le public). L'initiative Public Knowledge², groupe d'intérêt public³ qui œuvre à la défense des droits des citoyens à l'ère de la culture numérique émergente (information, propriété intellectuelle et protocoles internet), lutte notamment contre l'extension constante des droits et en défendant le bénéfice d'exception comme le *fair use*⁴.

Pourtant, face aux problèmes d'une « capitalisation de la propriété intellectuelle », la volonté de collaborer des différents acteurs (sociétés privées comprises) ne cesse d'augmenter. Ainsi, nombre d'entre eux ont pris à contre-pied le système de la propriété intellectuelle et se sont mobilisés afin de renverser sa logique au profit du partage, consacrant ainsi la théorie selon laquelle les libertés/exceptions reconnues au profit de l'utilisateur/du public ne seraient pas des exceptions, mais bien des droits. Pleinement pertinentes, ces initiatives posent la question du rôle de l'État : est-il *normal* que des industries ou des communautés se substituent à ce dernier ?

Enfin, la construction de ce système s'appuie sur des droits harmonisés à l'échelle mondiale. Les pays en voie de développement y trouvent ainsi un

1. Vince Cable déclarant « The Government is focused on boosting growth and the Hargreaves review highlighted the potential to grow the UK economy. By creating a more open intellectual property system it will allow innovative businesses to develop new products and services which will be able to compete fairly in the UK's thriving markets for consumer equipment ».

2. <http://www.publicknowledge.org>.

3. Cette forme, qui est aussi celle du célèbre *American Civil Liberties Union* (ACLU), désigne des regroupements de juristes et de spécialistes des multiples domaines concernés (ponctuellement rejoints par d'autres spécialistes sur certains dossiers) qui cherchent à prévenir les déviances du système et à accompagner les parties lésées.

4. Le GIP a récemment publié un livre blanc : WEINBERG (Michael), *It Will Be Awesome If They Don't Screw It Up : 3D Printing, Intellectual Property, and The Fight Over The Next Great Disruptive Technology*, PublicKnowledge.org, 2010. Ce livre invite le public à devancer les lobbyistes qui chercheraient à tuer dans l'œuf les nouveaux usages qui pourraient naître de l'émergence de l'impression 3D.

vecteur de collaboration et de sécurité juridique optimum, favorisant les relations pérennes Nord-Sud et une réduction de la fracture numérique¹. Plus encore, ce mouvement se révèle être un facteur important dans la diffusion des connaissances médicales (voir notamment le projet communautaire Openhealthtools² ou encore l'action de la fondation IntraHealth International au travers du projet eHealth³ qui donne une place importance à l'*open source*).

1.1.2 La structuration d'un équilibre différent sur la base du système existant

Il est intéressant de constater que les outils juridiques existants, s'ils ne peuvent généralement être repris en l'état, permettent de construire d'autres équilibres sur le fondement de logiques nouvelles, ce qui leur permet d'être à la base d'un système qui leur soit adapté. Par ailleurs, l'essence contractuelle de ce courant lui confère une réactivité très forte face aux développements d'usages et, à fortiori, face aux évolutions législatives qu'il prend en compte au fur et à mesure de leur apparition (marques, brevets, mesures techniques de protection, tivoïzation⁴, promesse de non-agression, etc.). Tirant profit des expériences passées, le mouvement s'étend progressivement aux autres branches de la création (bases de données, manuels, documentation, inventions, microprocesseurs⁵, etc.) — à la condition qu'il y ait bien usage d'un droit exclusif (droit d'auteur, brevet, etc.), même si le dépôt et le coût lié à l'acquisition des titres de propriété industrielle commandent une réflexion plus pointue.

1. À l'inverse, le Libre — logiciel libre et ses dérivés — peut être un outil de prédilection pour optimiser le transfert de connaissance. Voir sur ce sujet l'Atelier « Économie de la connaissance et valorisation par le Libre, Comment optimiser le transfert de connaissance par une pratique coopérative et ouverte ? », EFRARD 2010 à Dakar, animé par Nathalie Foutel, Sophie Gautier, Benjamin Jean, Yves Miezian Ezo et Morgan Richomme. Élément évoqué dès 2003 lors de la Conférence des Nations Unies sur le commerce et le développement (CNUCED), voir le *Rapport sur le commerce électronique et le développement*, CNUCED, 2003.

2. <http://www.openhealthtools.org>.

3. <http://www.intrahealth.org/section/open>.

4. <http://fr.wikipedia.org/wiki/Tivoisation>.

5. Voir à cet égard l'action menée par l'association April dans le domaine du *matériel libre* (voir la page dédiée sur <http://wiki.april.org>).

Ainsi, un nouveau système se dessine progressivement, laissant entrevoir de nouveaux usages et une nouvelle appréhension des différents droits : qu'il s'agisse des droits de propriété littéraire et artistique qui voient leur équilibre entièrement modifié (1.1.2.1) ou des droits de propriété industrielle qui se recentrent sur leurs fonctions initiales (1.1.2.2).

1.1.2.1 L'usage des droits de propriété littéraire et artistique

L'usage des droits de propriété littéraire et artistique est différent selon qu'on observe le droit d'auteur et les droits voisins (1.1.2.1.a), les mesures techniques (1.1.2.1.b) ou le droit *sui generis* des bases de données (1.1.2.1.c).

1.1.2.1.a Droit d'auteur et droits voisins

Certains droits sont de plus en plus partagés (les droits patrimoniaux, liés à l'exploitation de l'œuvre) alors que d'autres (les droits moraux, liés à la paternité des contributions de chacun) sont au contraire très fortement affirmés (conséquence logique de la place importante faite à l'individu au sein des communautés du Libre). Quant au domaine public, il répond à une volonté conjointe (auteur, public et fournisseurs de services) et prend une place centrale, tant pour déterminer les œuvres qui en font partie que pour en verser de nouvelles.

→ *L'usage des droits patrimoniaux*

Seuls les auteurs sont acteurs dans cette recherche d'un nouveau système dans lequel l'objectif consiste à « vivre de » et « faire vivre » leurs créations. Le numérique, Internet et les sociétés qui en font leur métier, leur offrent une capacité nouvelle à se produire et se distribuer eux-mêmes. En parallèle, mais dans un autre domaine, la gestion individuelle des droits se développe et se perfectionne de plus en plus. Par exemple, l'initiative SOLO (Syndicat pour les œuvres sous licences ouvertes) avait été lancée afin de défendre les intérêts des auteurs préférant la gestion individuelle à la gestion collective.

Probablement en raison du fort nombre de licences légales grevant leurs droits, les titulaires de droits voisins restent pour leur part très passifs : qu'ils se satisfont du système actuel (ce qui n'est pas vrai pour les

artistes qui connaissent des difficultés croissantes à vivre de leur art ¹) ou qu'ils soient concernés à d'autres titres — notamment lorsqu'il s'agit de la diffusion d'œuvres représentées et fixées par les auteurs eux-mêmes.

Le rôle des éditeurs et des producteurs, c'est-à-dire l'industrie de la création, n'est néanmoins pas exclu de ces nouveaux modes d'exploitation, pour peu qu'ils sachent répondre aux besoins sans chercher à reproduire des méthodes qui ne sont plus adaptées à cette nouvelle ère.

Pour aller plus loin...

On peut citer des encyclopédies comme Wikipedia, des initiatives comme *Tela Botanica* (base de données botaniques sous licence CC-By-SA), *Territoires sonores* (document/témoignages sonores, site sous GNU FDL 1.2, ballades sous CC-By-NC-ND), *Sesamath* (manuels et logiciels mathématiques, sous double licence GNU-FDL et CC-By-SA), *Public Library of Science* (PLOS, en CC-By), ou encore *Open Economics*.

⇒ *L'usage des droits extrapatrimoniaux*

Contrairement aux prérogatives patrimoniales qui sont très largement partagées, les droits extrapatrimoniaux font l'objet de politiques très strictes :

- ainsi la mention de la paternité de l'auteur est la condition inhérente à toutes les licences libres (les CC-0² et la PDDL³ exclues) et un formalisme particulier vient très souvent renforcer l'obligation. La réduction des contraintes liées au partage des droits patrimoniaux va aussi, par effet de bord, emporter une généralisation de la reconnaissance de la qualité d'auteur (cette dernière bénéficiant plus largement à tous ceux, auteurs et contributeurs divers, qui auront participé à la vie de l'œuvre) ;

1. Notons néanmoins l'existence d'initiatives sectorielles, tels les états généraux du Jazz, organisés le Ministère de la culture fin 2011, afin d'entendre les difficultés économiques des professionnels de ce courant.

2. <http://creativecommons.org/publicdomain/zero/1.0>.

3. <http://opendatacommons.org/licenses/pddl>.

- les autres prérogatives protectrices sont elles aussi très fortement défendues : qu'il s'agisse de l'absence de confusion avec l'œuvre originaires (en obligeant à mentionner très clairement les modifications apportées à la création) ou de toute atteinte à l'image ou à la qualité de l'auteur (que ces éléments soient prévus au sein de la licence ou qu'il faille se tourner vers les dispositifs généraux).

Précisons enfin que ces prérogatives morales subissent un sort particulier au regard de la conception que l'auteur adopte de l'œuvre, ce qui nécessite de repenser de nombreuses solutions qui avaient été résolues par la jurisprudence ou la doctrine (ainsi, la modification par un contributeur ultérieur respecte entièrement l'intégrité de l'œuvre dès lors que celle-ci est pensée comme ouverte et collaborative).

⇒ *L'extension du domaine public*

De plus en plus fourni et, surtout, de plus en plus accessible et disponible grâce au numérique et Internet, le domaine public connaît un regain d'intérêt notable. De nombreuses initiatives viennent ainsi favoriser l'accès à celui-ci, tel le « calculateur du domaine public ¹ » réalisé dans le cadre du projet europeanaConnect ².

Parmi les projets qu'elle porte, Creative Commons œuvre en faveur du domaine public. Ainsi, à côté de ses licences, Creative Commons offre aussi un outil qui permet de dédier ses œuvres au domaine public (via un processus intitulé Public Domain Dedication ³) instantanément ou après un délai de 14 ou 28 ans (comme aux origines du copyright). Un second outil ⁴ permet d'identifier les œuvres du domaine public par un processus déclaratif.

Parallèlement, en 2007 a été lancé le projet CC-0, un outil juridique permettant de céder le plus largement possible ses droits. La licence CC-Zero qui en résulte est la licence conseillée par le projet Sciences Commons pour l'application aux bases de données (similaire à la Public Domain Dedication & Licence (PDDL) rédigée par l'OKFN ⁵) ⁶.

1. <http://www.outofcopyright.eu>.

2. <http://www.europeanaconnect.eu>.

3. <http://creativecommons.org/licenses/publicdomain>.

4. <http://creativecommons.org/choose/publicdomain-2>.

5. <http://okfn.org>.

6. Dans le même registre, l'initiative Public Domain Review (<http://publicdomainreview.org>).

1.1.2.1.b Les mesures techniques

Apparus sous la pression des seuls industriels (et abandonnés par eux peu de temps après), les droits sur les mesures techniques de protection (MTP) sont, d'une manière générale, contestés et écartés dans le cadre des collaborations qui peuvent être à l'origine d'une œuvre.

Ils font figure d'archétypes de ces largesses offertes à une industrie défailante, obsolètes avant que les premiers décrets d'application ne viennent en préciser la portée. L'autorité qui avait été créée pour ses derniers (l'ARMT) n'a ainsi jamais été saisie.

Contractualisant ce rejet, les principales licences libres dédiées au contenu susceptible d'être couvert par une telle MTP écartent expressément le bénéfice de celle-ci ou, à défaut, imposent une cession de l'intégralité des droits afférents¹.

1.1.2.1.c Le droit *sui generis* des bases de données

Le droit *sui generis* des bases de données a durant longtemps été réservé à la seule sphère industrielle. Le bénéfice de ce droit étant automatique dès lors que les conditions étaient réunies, certaines licences ont néanmoins expressément écarté tout usage sur le fondement de ce droit qui serait contraire à l'esprit de la licence (notamment la Licence Art Libre 1.3).

Le courant de l'*open data* est venu changer la donne puisque le droit *sui generis* devint très souvent le meilleur levier susceptible d'encadrer la diffusion des bases de données. C'est ce qui motiva la rédaction des licences de l'OKFN et la mise à jour d'autres licences (surtout les Creative Commons 3.0). De telles bases de données collaboratives posent néanmoins plusieurs nouvelles questions relatives à l'acquisition du droit (notamment pour déterminer le « producteur » et pour qualifier son investissement).

1.1.2.2 L'usage des droits de propriété industrielle

Sans surprise — même parfois à contre-gré —, tous les acteurs industriels ont dû s'armer par l'acquisition de droits de propriété industrielle.

1. Sur ce point Richard M. STALLMAN a publié « The Danger of E-Books » (<http://stallman.org/articles/ebooks.pdf>).

Il convient néanmoins de distinguer selon qu'il s'agit des brevets (1.1.2.2.a), du droit des dessins et modèles (1.1.2.2.b), du droit des marques (1.1.2.2.c), du droit des topographies de semi-conducteurs ou des obtentions végétales (1.1.2.2.d).

1.1.2.2.a Brevets

Les brevets sont certainement les droits qui ont été les plus détournés de leurs objectifs initiaux. Il s'agit aujourd'hui d'idées triviales, en grande majorité rédigées par et pour les seuls conseils en propriété industrielle, sans profiter de l'état de l'art en la matière — les ingénieurs et développeurs ayant comme réflexes logiques d'ignorer ces derniers afin de se concentrer sur leur mission de génération de valeur.

Il pourrait être conseillé de revoir intégralement le système actuel, notamment afin de créer plusieurs régimes (durée, prérogatives, exceptions, procédure, etc.) en fonction des domaines d'application (les besoins de l'industrie pharmaceutique ne sont pas du tout similaires à ceux de l'informatique). En premier lieu, il conviendrait de se poser la question de la pertinence du brevet logiciel (et si oui, les conditions et le régime de celui-ci), actuellement utilisé comme une permission légale de stopper l'innovation et le commerce. Néanmoins, le plus urgent est de stopper l'hémorragie, ce à quoi s'emploient des associations comme la FFII (voir notamment l'initiative contre le brevet unitaire¹ portée par Gérald Sédrati-Dinet) et l'April².

En réaction au système des *patent trolls*, on observe des actions de regroupements de brevets à titre défensif — initiatives individuelles³ ou collectives⁴ — avec pour objectif d'immobiliser toute action tierce en

1. <https://www.unitary-patent.eu>.

2. <http://www.april.org/brevets-sur-les-logiciels>.

3. 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*.

4. Notamment l'*Open Source Development Laboratory (OSDL)*, l'*Electronic Frontier Foundation (EFF)* — avec notamment l'initiative *Patent busting project* ou l'*Open Invention Network (OIN)* auquel ont souscrit des sociétés comme Sony, IBM, NEC, Red Hat, Philips et Novell. La *Foundation for a Free Information Infrastructure (FFII)* et l'initiative « no software patents » affirmant que la constitution de regroupements de brevets à titre défensif est une mauvaise solution par rapport à la lutte pour imposer la

contrefaçon de brevets logiciels. Allant généralement encore plus loin, les initiatives peuvent associer une promesse de ne pas opposer leurs brevets aux communautés *open source* et l'engagement d'une protection des communautés grâce à ces portefeuilles de brevets — avec pour objectif de résoudre l'insécurité juridique qui découle des brevets logiciels. L'Open Invention Network¹ a conduit une nouvelle initiative intitulée *Linux Defenders*² : consortium composé d'industries de haute technologie (notamment IBM), le projet a pour vocation d'aider à protéger les communautés de logiciels *open source* contre les dangers et attaques récurrentes en matière de brevets. Cette action est destinée à réduire la crainte des actions injustifiées (sur le fondement de titres très faibles susceptibles d'être annulés par un juge), mais excessivement coûteuses pour les individus, les communautés et les petites ou moyennes entreprises (au point de les faire plier sous le seul prix du procès). Il consiste en la réalisation d'une publication défensive (avec des appels à la communauté), la transmission de ces données aux organismes nationaux de propriété intellectuelle afin qu'ils puissent avoir connaissance d'une antériorité susceptible d'invalider un brevet. Dans le même esprit, le projet *Peer-to-Patent*³, initiative de Crowdsourcing⁴ menée par la *New York Law School's Center for Patent Innovations* et l'office américain des brevets (USPTO), organise la publication de demandes de brevets afin d'obtenir un maximum de commentaires sur un nombre croissant de technologies⁵. Le nouveau projet pilote, reconduit annuellement depuis 2007, s'étend jusqu'au 30 septembre 2011. L'initiative est néanmoins contestée en ce qu'elle fait réparer les déficiences d'un système par ceux-là mêmes qui souffrent de la perte d'équilibre engendrée par les dérives de ce système.

non-brevetabilité des logiciels. Voir notamment la position d'Hartmut Pilch, « Collective Shields against Software Patents ? » (<http://www.ffii.fr/Boucliers-communs-contre-les-brevets-logiciels.html?lang=fr>).

1. <http://www.openinventionnetwork.com>.

2. <http://linuxdefenders.org>.

3. http://www.uspto.gov/patents/init_events/peerpriorartpilotindex.jsp.

4. <http://fr.wikipedia.org/wiki/Crowdsourcing>.

5. Concernant le projet de 2010-2011 : « This pilot will test the scalability of the peer review concept by expanding the candidate pool of applications to technology areas such as Life Sciences, Telecommunications, Business Methods and Computer Hardware and Software and by significantly increasing the total number of applications that may be accepted into the pilot. »

Cette même idée de « pot commun de brevets » se retrouve dans d'autres sphères. Par exemple, l'initiative Eco-Patent Commons¹, lancée en partenariat entre de grands groupes (IBM, Nokia, Pitney Bowes, Sony, etc.) et le Conseil mondial des affaires pour le développement durable (WBCSD) regroupe et partage plus d'une centaine de brevets relatifs à l'environnement et au développement durable. Enfin, en matière de spécifications et de standards, on retrouve ce mécanisme de promesse de non-agression² — qui précède parfois l'établissement même des normes³ ou qui accompagne la proposition de standard⁴.

Pour aller plus loin...

- voir la FAQ sur les brevets à l'intention des distributions communautaires (<http://www.debian.org/reports/patent-faq>, préparée par la SFLC pour le projet Debian), 8 juillet 2011 ;
- voir la page dédiée sur XML coverpages : <http://xml.coverpages.org/ni2005-08-10-a.html> ;
- *The Economist*, « Patents against prosperity », 01/08/2011 ;
- voir, sur Groklaw : *PolR*, « A Simpler Explanation of Why Software is Mathematics - Exposing Errors of Fact About Software in Patent Case Law », 2008 (<http://www.groklaw.net>).

1.1.2.2.b Les dessins et modèles

Protégeant le caractère propre, l'impression d'ensemble (impression générale) d'une création, le droit des dessins et modèles est susceptible de

1. <http://www.wbcds.org/web/epc>.
2. Microsoft a par exemple publié une « Open Specification Promise » portant sur 35 Web Services.
3. Voir à ce sujet *The OASIS Intellectual Property Rights (IPR) Policy* (sur www.oasis-open.org) : « Each Obligated Party in a Non-Assertion Mode TC irrevocably covenants that, subject to Section 10.3.2 and Section 11 of the OASIS IPR Policy, it will not assert any of its Essential Claims covered by its Contribution Obligations or Participation Obligations against any OASIS Party or third party for making, having made, using, marketing, importing, offering to sell, selling, and otherwise distributing Covered Products that implement an OASIS Final Deliverable developed by that TC. »
4. Tel Cisco à IETF : « If this standard is adopted, Cisco will not assert any patents owned or controlled by Cisco against any party for making, using, selling, importing or offering for sale a product that implements the standard [...] » (<https://datatracker.ietf.org/ipr/1439>).

s'ajouter à de nombreuses autres créations par ailleurs sujettes à d'autres droits exclusifs (œuvres, microprocesseurs, etc.).

Il y a peu de choses à dire sur son usage, si ce n'est qu'il fait partie des armes classiquement utilisées au sein des querelles qui opposent les géants de l'industrie ¹.

1.1.2.2.c Marques/Signes distinctifs, etc.

Le droit des marques est peut être le moins remis en cause, conservant ses fonctions tant dans le cadre de projets communautaires (tels Debian ², LibreOffice, etc.) que commerciaux. Tout au plus peut-on dire que les marques gagnent généralement des initiatives communautaires ou de *crowdsourcing* (ces dernières faisant leur promotion à moindre coût). Enfin, il semble que la marque collective soit injustement boudée, car son utilisation est marginale alors qu'elle pourrait répondre efficacement aux préoccupations de nombreux projets libres — même si la lourdeur du mécanisme est probablement trop contraignante en l'état.

Bien entendu, les batailles titanesques qui se déroulent dans d'autres champs de la propriété industrielle touchent en périphérie le droit des marques : telle Microsoft qui conteste la validité de la marque App Store (et Apple qui répond en pointant le fait que la marque Windows ne serait pas plus distinctive...) ³. Mais ce ne sont là que des contentieux classiques qui animent la sphère des nouvelles technologies comme ils le faisaient avec l'industrie traditionnelle. De nombreuses marques connues ne furent ainsi pas exploitées sans douleur : Iphone (qui appartenait à Cisco), Android (qui appartenait à Android Data), Nexus One ou encore l'iPAD (Fujitsu).

1. Ainsi, Apple avait notamment fait interdire en été 2011 la commercialisation en Europe du Galaxy Tab de Samsung au regard de sa ressemblance avec l'Ipod (interdiction levée quelques jours après).

2. La politique de la distribution Debian est néanmoins très permissive : « [n]ous permettons à toute entreprise de faire un usage raisonnable de la marque commerciale *Debian*. Par exemple, si vous distribuez des CD de notre distribution Debian GNU/Linux, vous pouvez appeler ce produit *Debian* ». Toute autre utilisation doit être autorisée. Voir <http://www.debian.org/trademark.fr.html>.

3. Voir Apple, « Opposition/Response to Motion », 28/02/2011 (sur <http://www.techflashpodcast.com>).

Pour aller plus loin...

- WALKER MORGAN (D. J.), « The FOSS fakery problems » (<http://h-online.com/-1287613>), un article qui illustre les déviances potentielles ou réelles en l'absence de contrôle des marques par les projets communautaires ;
- la liste des actions entamées par Mozilla en matière de marque : <https://wiki.mozilla.org/User:Chefhja> ;
- « Open For Business : The importance of trademarks, even for an open source business » (sur <http://opensource.com>), une analyse fine de l'intérêt du droit des marques pour les projets *open source* communautaires ou commerciaux.

1.1.2.2.d Les topographies de produits semi-conducteurs et les obtentions végétales

Les droits des topographies de semi-conducteur et des obtentions végétales demeurent intouchés : globalement peu utilisés et reposant eux-mêmes sur un équilibre complexe qui favorise la création de nouveaux microprocesseurs et de nouvelles obtentions végétales, ces droits ne méritèrent pas l'effort d'une licence dédiée. Tout au plus sont-ils évoqués comme susceptibles d'être cédés par le biais de licences classiques (telle la GNU GPLv3 qui mentionne expressément le droit sur les topographies de produits semi-conducteurs).

Ainsi, les brevets sont généralement la plus grande source d'inquiétude et les licences portant sur de tels produits semi-conducteurs s'attachent surtout à céder les autres droits de propriété intellectuelle. Ce comportement n'est néanmoins pas satisfaisant puisque le titulaire du droit exclusif resterait tout à fait autorisé à revendiquer ce droit (s'il n'y a pas de modification de la création initiale ou que celle-ci n'est pas suivie d'un nouveau dépôt). Enfin, l'évolution du droit — généralement favorable à l'extension des brevets — modifie cet équilibre, et il est possible que nous voyions apparaître à l'avenir de nouvelles licences dédiées à ces créations.

1.2 Les différentes écoles de pensée

Il est important de préciser qu'il n'y a pas réellement de chronologie : de fait, certaines structures ont précédé d'autres, mais elles répondent généralement à l'air du temps et sont donc bien souvent imaginées, réfléchies et bâties en parallèle. Par ailleurs, les rapports entre ces courants de pensée sont bien souvent complémentaires, ou partagent au moins quelques affinités, et il n'est pas rare de retrouver des acteurs transverses aux multiples courants.

Malgré leur grande similarité et leur complémentarité, il est peu fréquent d'assister à une harmonisation entre ces mouvements, qui sont généralement justifiés par des intérêts bien précis. Néanmoins, il semble possible d'augurer le maintien voire l'accroissement d'efforts terminologiques (FLOSS pour Free Libre Open Source Software est par exemple le terme officiel adopté par la Commission Européenne) et peut-être faut-il s'attendre à de futurs efforts de normalisation (que ce soit par des entités officielles de normalisation ou par d'autres entités extranationales comme l'OSI, qui a déjà posé la question d'une définition de l'*open data*)¹.

Parmi les écoles de pensées, il est nécessaire d'examiner la Free Software Foundation et l'école du Logiciel Libre (1.2.1), l'Open Source Initiative et l'école de l'*open source* (1.2.2), l'art Libre ou le Libre sur les œuvres non logicielles (1.2.3), le mouvement Creative Commons (1.2.4) et l'extension du Libre au-delà de la création (1.2.5).

1.2.1 La Free Software Foundation et l'école du logiciel libre

Précurseur en la matière (et gourou potache à ses heures perdues — Saint IGNUcius, de l'Église d'Emacs), Richard Matthew Stallman est le fondateur du mouvement pour le logiciel libre. Il a fondé en 1985 la Free Software Foundation (FSF), organisation américaine à but non lucratif, pour aider au financement du projet GNU et de la communauté du logiciel libre.

1. À ce sujet, voir JEAN (Benjamin) « Compatibility — Incompatibility », EOLE 2009, au Parlement européen (<http://www.eolevent.eu/en/node/160>).

1.2.1.1 Le projet GNU

À son origine, le projet GNU devait aboutir au développement d'un système d'exploitation de type Unix complètement libre. Alors que de nombreuses briques étaient déjà prêtes dès 1990, le développement du noyau de système d'exploitation libre Hurd, prit du retard et ne devint utilisable (au moins théoriquement) qu'en 1996.

Parallèlement, un étudiant de l'université d'Helsinki nommé Linus Torvalds a proposé en 1991 un noyau de type Unix en se basant sur la boîte à outils fournie par le projet GNU. En plus d'avoir choisi d'ouvrir son code grâce à la licence GNU GPL, Linus Torvald opta pour un développement original coordonné sur le réseau et ouvert à tout contributeur. Ce développement, sur le mode plus tard appelé « du bazar » (en référence au célèbre essai *The Cathedral and the Bazaar* d'Eric Steven Raymond¹), assurant un succès croissant à son système d'exploitation, le propulsa sur le devant de la scène (notamment du projet GNU) au détriment d'autres noyaux. C'est le début du projet GNU/Linux.

1.2.1.2 Les libertés du logiciel libre

La FSF liste les quatre libertés² fondamentales qui doivent être assurées à l'utilisateur final (généralement le détenteur d'une copie légitime du logiciel) afin que le logiciel soit qualifié de libre :

- *liberté 0* : la liberté d'exécuter le programme pour tous les usages ;
- *liberté 1* : la liberté d'étudier le fonctionnement du programme, et de l'adapter à ses besoins (l'accès au code source et donc nécessaire) ;
- *liberté 2* : la liberté de redistribuer des copies du logiciel ;
- *liberté 3* : la liberté d'améliorer le programme et de publier ses améliorations (là encore, l'accès au code source est nécessaire).

Le logiciel est donc libre par opposition à un logiciel qui serait la propriété d'un seul, ce dernier pouvant alors discrétionnairement décider

1. RAYMOND (Eric S.), *The Cathedral and the Bazaar*, Thyrsus Enterprises, 2000. Voir la traduction française : <http://www.linux-france.org/article/these/cathedrale-bazar/cathedrale-bazar.html>.

2. <http://www.fsf.org/licensing/essays/free-sw.html>.

d'autoriser ou d'interdire certains usages. La force de cette définition résulte notamment du fait qu'elle est rédigée pour un type d'œuvre en particulier qu'est le logiciel (et donc avec une grande connaissance des libertés nécessaires sur ce dernier) et qu'elle fonctionne par finalités (sans préciser le moyen d'y arriver — exception faite de l'obligation de livrer le code source). Ainsi, en définissant ces libertés, on s'assure que tout le monde peut en disposer et améliorer le logiciel, et surtout que cela puisse continuer en l'absence de ses propriétaires.

On oppose ainsi *logiciels libres* à *logiciels propriétaires* de la même façon que l'on oppose logiciel *open source* aux logiciels *closed source*. Néanmoins, tous les logiciels propriétaires ne sont pas *closed source* (il arrive même que les contributions soient encouragées, dans un modèle très propriétaire) et tous les logiciels *open source* ne sont pas forcément *libres* (dès lors que les utilisateurs ne sont pas, *in fine*, libres : soit pour des raisons juridiques, par exemple en raison de brevets qui limiteraient la jouissance des droits, soit pour des raisons pratiques, devant l'impossibilité de modifier, d'étudier ou de redistribuer la création).



LE DOMAINE PUBLIC N'EST PAS OPEN SOURCE, MAIS IL PEUT ÊTRE LIBRE !

Dans la situation de logiciels (ou d'œuvres) tombés dans le domaine public, on ne peut valablement parler de licence puisque, par définition, l'auteur ne dispose plus de droits exclusifs sur son œuvre.

La suite du raisonnement est simple : les critères de l'OSD qui permettent de certifier une licence *open source* ne peuvent jouer (le logiciel n'est donc pas soumis à une licence *open source*, il n'est donc pas *open source*) ; à l'inverse, les libertés telles que définies par la FSF peuvent être réunies au profit du détenteur d'une copie du logiciel — et le logiciel pourra ainsi être dit libre — dès lors que l'utilisateur dispose aussi matériellement de ces libertés (notamment des sources lui permettant de modifier, adapter, etc. le logiciel).

1.2.1.3 Les licences GNU

La licence n'apparaît alors que comme une conséquence, une traduction juridique de ces libertés (via une cession de droits). Néanmoins, d'autres obligations plus pratiques (accès au code source dans sa forme préférentielle, sa documentation ou, dans une certaine mesure, la qualité du code) viennent la compléter afin que l'utilisateur soit réellement *libre*. Ainsi, par extension, une licence libre est une licence qui traduit dans le champ juridique les libertés offertes par un logiciel libre.

Les licences GNU ne sont devenues les licences génériques qu'aux alentours des années 1990 : Richard Stallman utilisa pour son logiciel Emacs la GNU Emacs General Public License¹ (première licence copyleft), avant de reproduire le même type de licence pour le GNU Debugger (GDB) et la GNU Compiler Collection (GCC), puis de rédiger une première mouture générique sous le nom de GNU General Public License² (GNU GPL) en 1989. Très vite, une licence plus permissive devint nécessaire pour faciliter l'usage de certains programmes : la GNU Library General Public License³ (GNU LGPL)⁴ vit le jour en 1991. Une troisième licence, la GNU Free Documentation License⁵ (GNU FDL ou GFDL), rejoignit finalement la famille afin de proposer une licence pour les documentations de programmes, plus adaptée que les licences GNU GPL ou LGPL. Le juriste Eben Moglen a assisté Richard Stallman dans la rédaction des licences qui suivirent : personnellement pour la seconde version de la GNU GPL⁶ en 1991 et ensuite (notamment la GNU GPL v. 3⁷ et la GNU Affero GPL v. 3⁸) par l'intermédiaire du Software Freedom Law Center (SFLC) qu'il dirige.

1. http://www.free-soft.org/gpl_history/emacs_gpl.html.

2. <http://www.gnu.org/licenses/gpl-1.0.html>.

3. <http://www.fsf.org/licensing/licenses/lgpl.html>.

4. Aujourd'hui dénommée GNU Lesser General Public License depuis sa version 2.1 ; depuis sa troisième version, elle n'est plus qu'une simple exception à la GNU GPL.

5. <http://www.gnu.org/copyleft/fdl.html>.

6. <http://www.gnu.org/licenses/gpl-2.0.html>

7. <http://www.fsf.org/licensing/licenses/gpl.html>.

8. <http://www.gnu.org/licenses/agpl.html>.

1.2.1.4 La mise en place de structures complémentaires

De nouvelles structures complémentaires furent créées lors de la professionnalisation, dans le cadre d'une structuration des missions de la FSF, avec notamment la séparation des différentes ambitions de la fondation : le Software Freedom Law Center (1.2.1.4.a) et le Software Freedom Conservancy (1.2.1.4.b).

1.2.1.4.a Le Software Freedom Law Center

Créé en 2005, le Software Freedom Law Center¹ (SFLC) n'est vraiment opérationnel qu'à partir de 2007, date où les actions commencèrent à être effectives. Son périmètre d'action s'étend de l'information au public (par la publication d'études diverses et variées), à toute assistance juridique auprès d'organisations à but non lucratif.

Centre juridique entourant l'usage des licences de la Free Software Fondation, le SFLC travaille gracieusement pour un certain nombre de projets communautaires et conseille aussi quelques sociétés privées au travers Moglen Ravicher LCC² (cabinet d'avocats affilié avec le SFLC, partageant la même équipe et redistribuant aux actions du SFLC tous les profits tirés de leurs clientèle privée). Il a enfin assuré une activité contentieuse foisonnante, mais cette mission est aujourd'hui prise en charge par la SFC.

1.2.1.4.b La Software Freedom Conservancy (SFC)

Créée en 2006, la Software Freedom Conservancy³ est une association à but non lucratif qui aide à promouvoir, améliorer, développer et défendre des projets de logiciels libres et *open source* (tels des projets réputés comme Amarok, BusyBox, Git, Inkscape, JQuery, Samba ou Wine). Pour ce faire, la SFC leur offre l'hébergement et la structure nécessaire. Ainsi, les développeurs peuvent se concentrer sur ce qu'ils font le mieux : l'écriture de logiciels libres.

1. <http://www.softwarefreedom.org>.

2. <http://moglenravicher.com>.

3. <http://sfconservancy.org>.

La Software Freedom Conservancy assure ainsi tout une série de services au profit de ses membres : aspects administratifs, fiscaux, comptables, contentieux, responsabilité personnelle, conseils sur la gestion de communautés, etc.

Ancien salarié du SFLC en charge du projet de la SFC, Bradley Kuhn est devenu fin 2010 le directeur exécutif de la SFC lorsque celle-ci évolua en une structure autonome.

1.2.2 L'Open Source Initiative et l'école de l'*open source*

Fondée en 1998 par Eric Steven Raymond et Bruce Perens, l'Open Source Initiative¹ (OSI) compte dès ses origines Todd Anderson, Chris Peterson, John Maddog Hall, Larry Augustin, Sam Ockman. Elle est née d'une divergence de point de vue avec la FSF, afin de labelliser les licences réunissant les critères pragmatiques de la définition *open source* (*Open Source Definition*). Structurellement, l'OSI² est une *non profit public benefit corporation* (sorte d'association à but non lucratif) californienne. Depuis 2011, l'OSI étend son action et s'ouvre notamment à l'adhésion de partenaires commerciaux.

Depuis sa création, elle a mis en place une *Open Source Definition* (1.2.2.1) qu'elle utilise pour valider les licences qui lui sont soumises selon une procédure de labellisation particulière (1.2.2.2). Elle contribue aussi, depuis 2006, à la lutte contre la prolifération des licences (1.2.2.3).

1.2.2.1 Les critères formulés par l'OSD

Les termes *libre* et *open source* sont utilisés indifféremment dans le langage courant, mais ils correspondent néanmoins à deux définitions complémentaires : le premier se fonde sur quatre critères (ou « libertés fondamentales » du logiciel), le second sur dix (conditions que doivent respecter les licences). Ainsi, l'*Open Source Definition* est fortement inspirée par le

1. <http://opensource.org>.

2. Voir les statuts de l'OSI sur www.opensource.org/bylaws. Voir de même CLARKE (Gavin), « OSI set to expand open source mission — Defender of the faith on new crusade », sur Theregister.co.uk.

Contrat Social Debian¹ qui, lui-même, était inspiré de la définition de la FSF et, dans les faits, les deux notions se rejoignent le plus souvent, même si les conceptions sont *in fine* différentes : là où le choix d'un logiciel propriétaire est une solution sous-optimale pour l'OSI, la FSF y voit une atteinte aux libertés des utilisateurs devant être combattue.

L'OSD est centrée sur les méthodes de développement de logiciels à code ouvert où le service reprend le pas sur le produit lui-même. Elle requiert :

1. *la libre redistribution* du logiciel — la licence ne peut, par exemple, exiger le paiement d'une redevance supplémentaire ;
2. le *code source doit être fourni* ou être accessible ;
3. les *dérivés des œuvres* doivent être permis ;
4. l'*intégrité du code* doit être préservée — un tiers ne peut pas s'approprier le travail d'un autre et les contributions de chacun sont clairement attribuées (les modifications peuvent n'être éventuellement distribuées que sous forme de patch, séparément : distinguo que ne tolère pas la FSF) ;
5. *pas de discrimination* entre les *personnes ou les groupes* — toute personne détentricrice d'une copie du logiciel bénéficie des termes de la licence tant qu'il s'y conforme lui-même ;
6. *pas de discrimination* entre les *domaines d'application* — la licence se limite à la propriété intellectuelle : elle ne peut en aucun cas réguler d'autre domaine « politique » ;
7. la licence s'applique *sans dépendre d'autres contrats* — on ne peut par exemple pas ajouter un NDA (*Non-Disclosure Agreement* ou accord de confidentialité) lors de la cession du logiciel ;
8. la licence ne doit *pas être propre à un produit* — elle est attachée au code et non à un logiciel particulier : une brique peut resservir dans un logiciel différent, voire concurrent ;
9. la licence d'un logiciel *ne doit pas s'étendre à un autre* — ce qui ne s'oppose pas aux licences copyleft ayant un large copyleft, telle

1. Rédigé par Bruce Perens, à l'époque où il pilotait le projet Debian, afin de n'inclure dans le système d'exploitation que des outils conformes à la philosophie GNU. Voir http://www.debian.org/social_contract.fr.html.

la GNU GPL qui ne s'étend qu'au programme envisagé comme un tout ;

10. la licence doit être *neutre technologiquement* — c'est-à-dire ne pas dépendre d'une technologie.

Très pragmatique, claire, et centrée sur la non-discrimination, l'*Open Source Definition* détaille par cette définition les critères qu'une licence doit remplir pour être considérée comme *open source*. Une illustration très claire de cet objectivisme fut donnée lors de la certification par l'OSI de deux des licences *shared source* de la firme de Redmond : seules les licences furent évaluées au regard de l'OSD et non l'entreprise ou la politique qui l'anime¹.

Les licences *open source* ne sont pas une, mais plusieurs : 70 sont certifiées par l'OSI — mais bien d'autres, souvent similaires et incompatibles, existent. Ainsi, les licences conformes à l'une des définitions le sont quasi systématiquement à l'autre, mais on peut trouver deux exemples contraires, labellisées *open source*, mais non considérées comme libres :

- la Reciprocal Public License (label open source² ; licence non libre³) ;
- la licence Artistic 1.0 (*idem*).

D'autres sont probablement dans la même situation, mais il faut admettre que l'absence de consensus est plutôt rare. Aucune terminologie ne convient parfaitement, mais seront qualifiées (par souci de simplicité) de « commerciales » toutes les licences qui ne seront ni libres ni *open source* et qui revêtent ainsi une dimension commerciale étrangère à ces licences a-commerciales (cet adjectif ne préjugeant nullement de l'activité commerciale qui peut accompagner l'usage de ces licences).

1. Voir à ce sujet l'article qu'avait publié son président, TIEMAN (Michael), « Who Is Behind 'Shared Source' Misinformation Campaign? », 2007 (<http://www.opensource.org/node/225>). Voir également le discours de Michael Tiemann lors de l'*O'Reilly Open Source Convention* : « On 'Shared-Source' », *Juillet 2001*.

2. <http://www.opensource.org/licenses/rpl.php>.

3. <http://www.gnu.org/philosophy/license-list.html>.

1.2.2.2 Le processus de labellisation

Quelques principes fondamentaux gouvernent le processus de labellisation. Celui-ci doit permettre de :

1. vérifier l'adéquation avec l'*Open Source Definition* ;
2. identifier la catégorie parmi celles identifiées par le projet de « License Prolifération » et essayer de limiter la duplication de licences (*Cf. infra*) ;
3. assurer une procédure transparente et pérenne d'examen des licences (dans les 60 jours en moyenne) et fournir une traçabilité du processus d'examen.

La requête — en principe faite par le rédacteur de la licence, mais le respect de cette règle est relatif — doit identifier le type de soumission, vérifier que tous les critères sont réunis pour cette requête et être complète (sujet clair, texte de la licence, demande d'inscription au système de suivi et toute autre information utile). Le demandeur doit lui-même s'inscrire à la liste de diffusion correspondante (*license-review*).

Il existe plusieurs types de soumission d'une licence : lors de la mise à jour d'une licence (il faut alors inclure un lien vers l'ancienne, la nouvelle, et les modifications apportées à la licence), pour l'ajout dans une nouvelle catégorie, pour retirer une version, pour l'approbation d'une version déjà existante (il faut indiquer la catégorie et les justificatifs) ou pour l'approbation d'une nouvelle licence — ou licence utilisée par une seule entité (il faut soumettre la pré-version, justifier, comparer vis-à-vis des licences existantes, recommander une catégorie).

Par la suite, la certification de la licence sera discutée sur la liste dédiée au moins une trentaine de jours (l'outil de suivi de l'OSI fournira le statut approprié de chaque tâche) et une synthèse des recommandations sera présentée au bureau de l'OSI (avec copie à la liste) par la personne en charge de la labellisation des licences. Le bureau de l'OSI aura alors le pouvoir de prendre une décision finale ou de demander des informations complémentaires. Pour finir, la personne en charge des licences informera la liste et, si approuvée, la licence sera ajoutée au site de l'OSI.

1.2.2.3 La lutte contre la prolifération

Fin 2007, une nouvelle organisation de labellisation¹ fut mise en place et un nouveau projet fut lancé pour lutter contre la prolifération des licences², dorénavant classées en plusieurs catégories :

- les licences qui sont populaires et largement utilisées ou avec une large communauté ;
- les licences répondant à des besoins spécifiques/particuliers ;
- les licences qui sont redondantes avec les licences les plus populaires ;
- les licences qui ne sont pas réutilisables ;
- les licences autres/diverses.

Tout à fait utile, cette nouvelle mission que s'est attribuée l'OSI repose sur des considérations subjectives qu'il convient de distinguer très clairement du rôle plus objectif d'« autorité de certification »³.

1.2.3 L'art libre ou le Libre sur les œuvres non logicielles

Ce n'est pas un hasard si le documentaire *Nom de code : Linux*, se termine par l'affirmation : « Ce serait peut-être l'une des plus grandes opportunités manquées de notre époque si le logiciel libre ne libérait rien d'autre que du code »⁴.

Il faut ici dissocier deux mouvements qui n'ont pas la même valeur artistique : l'extension du Libre à la documentation du logiciel et aux autres créations « utilitaires » (1.2.3.1) et l'extension à l'art (1.2.3.2).

1.2.3.1 Le prolongement du Libre vers les œuvres utilitaires

La nature même de ce type d'œuvres (1.2.3.1.a) simplifia grandement le traitement des problématiques juridiques afférentes (1.2.3.1.b).

1. « Announcement : Major Restructuring of OSI MailingLists » : <http://opensource.org/reorg-2007-12>.

2. Et d'autres modifications mineures comme celles relatives aux listes de diffusions. Voir : <http://opensource.org/prolifération>.

3. Lawrence Rosen, qui avait vu ses deux licences classées comme « redondantes », s'était ainsi clairement opposé à ce choix : <http://osdir.com/ml/licenses.opensource.general/2007-04/msg00001.html>.

4. PUTTONEN (Hannu), *Nom de code : Linux*, 2002. Phrase aujourd'hui célèbre et notamment réutilisée sur le Framablog.

1.2.3.1.a Les fondements de cette extension

Précurseur, la documentation des logiciels fut le premier type d'œuvres non logicielles pour lesquelles les développeurs de logiciels libres ressentirent le besoin d'utiliser aussi une licence libre — son champ d'utilisation était restreint à la documentation, Richard Stallman estimant que seules les libertés de copier et de distribuer étaient véritablement importantes pour les œuvres artistiques¹. Les motifs, simples, étaient que la documentation est l'un des facteurs clés de la collaboration et qu'il est donc nécessaire qu'elle soit aussi libre que le logiciel sur lequel elle porte, faisant de la documentation une partie intégrante du logiciel (même si une distinction fut ensuite faite entre la documentation utilisateur, développeur, les supports de formation, etc.).

La documentation s'envisageant comme un tout, à l'instar du logiciel soumis à la GNU GPL, la licence devait étendre le copyleft initial à tout ajout ou modification réalisés sur la documentation initiale.

Enfin, l'un des autres intérêts était le vecteur de communication que représentait la documentation : il était en effet possible d'expliquer, voire d'approfondir, au sein de cette documentation la démarche liée à l'utilisation d'une licence libre.

1.2.3.1.b La dimension juridique

À l'origine, les acteurs du Libre estimaient que les licences existantes, et notamment la GNU GPL et les licences MIT ou BSD, permettaient parfaitement de couvrir des œuvres non logicielles² — cela d'autant plus qu'ils doutaient de l'utilité de nouvelles licences dédiées à ce type de création.

Néanmoins, plusieurs licences apparurent en 2000 pour libérer les contenus, accompagnant ainsi l'évolution des usages que le numérique et Internet offraient. Ce fut notamment le cas de l'Open Content License³

1. Voir « Licences pour les œuvres d'opinion et de jugement » (<http://www.gnu.org/licenses/license-list.fr.html> (OpinionLicenses)).

2. « The GNU GPL can be used for general data which is not software, as long as one can determine what the definition of "source code" refers to in the particular case. As it turns out, the DSL (see below) also requires that you determine what the "source code" is, using approximately the same definition that the GPL uses » (<http://www.gnu.org/licenses/license-list.html> – OtherLicenses.)

3. <http://www.opencontent.org/opl.shtml>.

(OCL) publiée le 14 juillet 1998 — considérée comme non libre du fait qu'elle interdisait de faire payer la mise à disposition du contenu soumis à cette licence¹ — ou son successeur, l'Open Publication License² (OPL) publiée le 9 juin 1999 — elle-même déconseillée en raison de la possibilité qu'elle offrit d'interdire la modification ou l'usage commercial³. Parallèlement, et conscient que la GNU GPL ne répondait pas parfaitement aux besoins, la FSF lança en 1999 un appel à contribution et publia en mars 2000 la nouvelle *GNU Free Documentation License* (en version 1.1)⁴. Non satisfait de cette licence qu'elle trouvait trop complexe, Apple publia sa propre licence un an plus tard : la Common Documentation License⁵ — elle aussi *copyleft* (c'est à dire imposant la diffusion sous ses propres termes) et donc incompatible avec la GNU FDL.

La même année, Michael Stutz publia une nouvelle licence, la Design Science License⁶, qui se positionnait discrètement comme une licence *copyleft* générale adaptée à tout type d'œuvres. Elle préfigurait ce que seraient ensuite les licences libres non logicielles.



L'UNITÉ DE L'ART ET LE LIBRE

En droit, le principe de l'unité de l'art traduit l'interdiction faite au juge de se fonder sur la destination d'une œuvre pour décider du principe et de l'étendue de sa protection par le droit d'auteur (lui retirant tout rôle de critique ou censeur).

La question est ici de savoir s'il faut différencier les œuvres en fonction de leur nature et, par là, préférer une dis-

1. La licence indique : « You may not charge a fee for the sole service of providing access to and/or use of the OC via a network (e.g. the Internet), whether it be via the world wide web, FTP, or any other method. »

2. <http://www.opencontent.org/openpub>.

3. La licence indique : « A. To prohibit distribution of substantively modified versions without the explicit permission of the author(s). 'Substantive modification' is defined as a change to the semantic content of the document, and excludes mere changes in format or typographical corrections. B. To prohibit any publication of this work or derivative works in whole or in part in standard (paper) book form for commercial purposes unless prior permission is obtained from the copyright holder. »

4. Notamment, la licence autorisait des « sections invariantes », qui permettait la FSF de contraindre des personnes qui ne partageaient pas ses idées à diffuser le « manifeste GNU » avec ses documents.

5. http://fedoraproject.org/wiki/Licensing/Common_Documentation_License.

6. <http://www.gnu.org/licenses/dsl.html>.

tribution sous licence libre pour certaines seulement : certaines œuvres (philosophiques, politiques, littéraires, etc.) n'auraient pas vocation à être mises sous licence libre, alors que d'autres, plus utilitaires, y gagneraient (on pense à Wikipedia, Framabook.org, etc.).

Ce raisonnement conduit à une différenciation entre les œuvres au sein desquelles la personnalité de l'auteur (ses idées, convictions, son style, etc.) apparaîtrait, et celles où cette personnalité ne serait pas perceptible. Elle semble difficile à défendre puisqu'elle reviendrait à admettre que ce qui est qualifié d'œuvre par la Loi (car empreint de la personnalité de son auteur) ne serait pas sous licence libre, alors que seul ce qui n'y est pas soumis le serait — en l'absence d'originalité, il n'y aurait pas de droit et « pas de droits, pas de licence... ».

Ainsi, il semble être plus pertinent d'appréhender l'œuvre comme un tout, véhiculant pêle-mêle idées, informations, connaissances, style de l'auteur, etc. Par la suite, toute œuvre aurait un versant utilitaire et un versant propre à son auteur, et l'équilibre entre ceux-ci présagerait d'une utilisation différente si elle venait à être mise sous licence libre : les œuvres principalement utilitaires seront très fréquemment réutilisées après avoir été amendées, modifiées, complétées, ajoutées dans un tout plus large ; à l'inverse, les œuvres très empreintes de leur auteur bénéficieront surtout d'une diffusion plus large, notamment par des citations sans limites, etc.

Dans les deux situations, le contrôle de l'exploitation de l'œuvre n'est plus réservé à l'auteur initial, mais celle-ci continuera tout de même à être diffusée ou élaborée en référence au premier auteur. De plus, à l'instar des logiciels libres, une évolution de l'œuvre par des tiers ne se ferait que si l'œuvre est laissée en désuétude par l'auteur initial.

1.2.3.2 L'extension du Libre à la musique et à l'art en général

Les artistes se sont très rapidement approprié l'usage d'Internet pour diffuser leurs œuvres, les faire connaître et en créer de nouvelles grâce aux contributions venant de toute part. Aux origines, les deux principaux penseurs de ce mouvement sont sans conteste Ram Samudrala — notamment connu pour ses écrits sur la Free Music Philosophy^{1 2} — et Antoine Moreau, initiateur du collectif Copyleft Attitude.

Le second citant ici le premier :

Comme le dit Ram Samudrala, musicien et chercheur en biotechnologies : 'La musique est libre parce qu'on peut laisser ses amis l'écouter, la copier, la faire entendre à leurs amis, et ainsi de suite. Dans une acception plus radicale, la musique est totalement libre lorsqu'un autre musicien peut utiliser une création préexistante comme point de départ pour sa propre création. C'est alors que la musique libre devient très intéressante. Et sans cette liberté, la créativité humaine ne peut vraisemblablement pas développer toutes ses capacités'.³

Ainsi, pour le mouvement Copyleft Attitude, le rapprochement avec les licences libres ne s'est pas réalisé pour imiter un mouvement, mais parce que l'utilisation de ces licences répondait à la conception et aux pratiques artistiques du moment : « [I]e copyleft n'est pas une alternative, ce n'est

1. http://www.ram.org/ramblings/philosophy/fmp/fmp_gnu_article.html.

2. « Nous verrons peut-être surgir une musique individuelle au lieu d'une musique pour les masses. Étant donné le mode de diffusion de votre musique sur Internet, vous enrichirez la quantité d'informations disponibles sur le réseau tout en atteignant des publics dont vous n'aviez jamais rêvé ! À plus long terme, la mainmise des grandes firmes sur la musique que les gens écoutent sera brisée. La musique est devenue une industrie institutionnalisée qui débite des produits musicaux. L'industrie musicale restreint le droit de reproduction et les autres usages de la musique de façon à augmenter le profit, mais le prix à payer est la limitation de la créativité. Cette situation va changer. Il est désormais possible pour les musiciens de diffuser leur message musical directement auprès de leur public grâce à la technologie de pointe, enrichissant à la fois l'artiste et le monde de la musique de toutes les façons possibles. La musique est un processus créatif et un monde d'idées et de passions ; ce n'est pas un produit. » Voir la traduction sur le site de Dogmazic : <http://blog.dogmazic.net/categorie/lindustrie-du-disque>.

3. Voir MOREAU (Antoine), « Musique et Copyleft, ça coule de source », in *Synesthésie*, 11, 2002.

pas 'un autre monde est possible', c'est véritablement le monde tel qu'il est depuis l'invention des grands récits de l'humanité, des mythes fondateurs et notamment des images qui instituent le rapport entre soi et ses semblables. Le monde tel que nous l'inventons aujourd'hui quand nous savons le voir et le découvrir en forme. »¹

C'est ce qui explique l'adoption d'un « libre sans concession » au sein de la Licence Art Libre alors que d'autres licences cherchaient à offrir à l'auteur différents outils de contrôle sur son œuvre. Ainsi naissait la distinction entre le *mouvement qui avait fait le choix du Libre* et celui qui préférait celui du *Libre choix* : « [l]'approche de Copyleft Attitude avec la Licence Art Libre est de ne pas donner le choix entre plusieurs licences. Nous avons décidé, dès le départ, de faire le choix du Libre, plutôt que d'avoir le libre choix. »²



MUSIQUE LIBRE ! EN FRANCE DEPUIS LES ANNÉES 2000

Enfin, parce qu'on a la chance en France d'avoir des partisans indéfectibles de la musique libre, notamment au travers le travail de l'association Musique Libre !¹, il semble bon de rappeler ce texte en date de février 2001³ et signé de la main de l'inépuisable Éric Aouanès :

Musicien depuis un certain temps, je me suis toujours demandé quel était le meilleur moyen pour diffuser la musique que je compose. Cela m'embêtait fort d'être obligé de passer par une liste toujours plus longue d'intermédiaires vampiriques, ou muets, et lorsque je me suis par hasard intéressé au projet GNU, ça a tout de suite fait tilt : pourquoi pas une licence du même type pour la musique ? J'eus la chance d'échanger quelques mots avec

1. Voir MOREAU (Antoine), « Le copyleft, la toupie tourmente de l'auteur », texte de la conférence donnée par Antoine Moreau lors du colloque sur l'utopie à l'École des Beaux-Arts de Besançon, le 24 février 2005. Publié dans la revue de l'école, *D'ailleurs* n°2, printemps 2010.

2. Citation d'Antoine Moreau extraite d'une intervention le 28 juillet 2005 sur la liste de diffusion Creative Commons France. Voir aussi le rapport du CSPLA sur *La mise à disposition ouverte des œuvres de l'esprit*, p. 35, note 67 : « Pour reprendre l'expression d'un membre de la commission : Art libre a fait le choix du libre ; Creative Commons a fait celui du libre choix. »

R. Stallman sur ce sujet lors de sa venue à Bordeaux l'été dernier, pour les rencontres mondiales du logiciel libre. Il m'indiqua l'e-mail d'un étudiant de l'Université de Berkeley, Ensor, avec lequel je me mis tout de suite en contact. Ensor travaille actuellement avec l'aide d'un avocat, Me Lawrence Lessig, à l'élaboration du texte de la Free Music Public Licence (FMPL), le texte est aussi en germination avancée chez Ram Samudrala, auteur de nombreux — et fort instructifs — articles sur la philosophie de la musique libre. Il existe déjà quelques sites web qui diffusent de la musique libre, de nombreux musiciens y proposent déjà leur musique (on trouvera en fin d'article les adresses de ces sites).

Enfin, si la licence prévue n'a jamais vu le jour, une nouvelle plate-forme dédiée à la musique libre a vu le jour (actuellement *Dogmazic*, après s'être écrit *musique-libre.org*).

1. Dans le même esprit, il faudrait mentionner la fédération Boxson, née en 2005, avec un rôle local important et très présent dans la région grenobloise : http://www.boxson.net/team_federation.php.

À propos de Shagai

SHAGAI (<http://shagai.org/>) est une hypothèse : celle de jouer autrement le devenir marchandise des œuvres. Elle induit d'autres comportements qui favorisent l'élargissement des contextes d'émergence, d'inscription et de circulation de l'art. À la logique d'acquisition de l'œuvre, elle suggère d'autres attitudes plus amènes à l'esprit de nombreux travaux contemporains, celle de l'échange et de la participation.

Parallèlement à leur travail structurant le mouvement, Ram Samudrala et Antoine Moreau rédigèrent leur licence (respectivement la Free Mu-

sic Public License — FMPL¹ — et la Licence Art Libre — LAL²). La plupart des autres licences écrites pour la musique s'inspirèrent de la GNU GPL, avec ou sans l'aide de la FSF³ : l'Open Source Music License (OSML), la Choral Public Domain Library License (CPDLL), les Open Music Licenses (OML) (Green, Yellow, Red et Rainbow License)⁴, Ethymonics Free Music License (EFML), la Loca Public License, l'EFF Open Audio License publiée par l'Electronic Frontier Foundation (EFF), ou encore la licence Ain't No GNU ! (IANG).

Premier avant-goût de la culture Libre, la Free Music Public License interdisait les reprises commerciales et la licence Open Music Rainbow était une licence modulaire qui offrait la possibilité à l'auteur de choisir les options qu'il souhaitait interdire sans son autorisation expresse : (A) la distribution d'une version modifiée, (B) la publication ou la création d'œuvre dérivée pour un usage commercial, (C) la publication sur certains types de supports ou via certains modes de diffusion (comme Internet), (D) une distribution de copies supérieure au seuil fixé par l'auteur. Quant aux autres licences Open Music, seule la Green était libre, les deux autres (Yellow et Red) interdisaient l'usage commercial et une seule (Red) interdisait les modifications.

La Licence Art Libre (Free Art License, en anglais) est la première licence consacrée à l'« Art », qui désigne tout type de création « sans que même les qualités qui sont reconnues propres à l'art soient exigées »⁵. Recommandée par la FSF pour les œuvres artistiques⁶, la Licence Art Libre s'inspira, elle aussi, de la GNU GPL tout en conservant une grande part d'originalité. En s'apercevant de la similitude de visée qui existait entre la liberté prônée en informatique et celle recherchée par les artistes, ces derniers s'intéressèrent à la transposition du mécanisme des licences. Née sous l'impulsion du mouvement Copyleft Attitude (et de la liste

1. <http://www.fmpl.org/fmpl.html>.

2. <http://artlibre.org/licence/lal>.

3. La FSF autorisant la rédaction de toutes nouvelles licences sur la base des licences GNU pour autant que le nom soit changé et que le préambule ne soit pas conservé.

4. Basées sur l'Open Publication License, qu'elles scindent en quatre variantes (trois fixes et une modulaire, voir ci-après).

5. Voir MOREAU (Antoine), « Musique et *copyleft*, ça coule de source », *ibid*.

6. « We don't take the position that artistic or entertainment works must be free, but if you want to make one free, we recommend the Free Art License » (<http://www.gnu.org/licenses>).

de diffusion correspondante : *copyleft_attitude@april.org*), cette licence a vu le jour en juillet 2000 suite aux rencontres Copyleft Attitude qui se sont déroulées à Accès Local et Public, deux lieux d'art contemporain à Paris. C'est à cette occasion que se sont réunis juristes (Mélanie Clément-Fontaine et David Geraud) et artistes (Isabelle Vojdani et Antoine Moreau), et que l'écriture d'une licence spécifique — pendant de la liberté des logiciels appliqués à l'Art — s'est avérée nécessaire.

À l'exception de la Licence Art Libre (en version 1.3), ces licences sont aujourd'hui presque toutes abandonnées, voire retirées au profit des licences Creative Commons (généralement CC By-SA, voir notamment le cas de l'EFF OAL¹), ce qui est d'autant plus dommage que ces initiatives contenaient généralement plus que leur seule licence (telle la licence IANG et son manifeste² éponyme).

Abandonnant sa participation à la rédaction de la FMPL, Lawrence Lessig lança ensuite les licences Creative Commons qui se substituèrent à toutes les autres tentatives de ce mouvement du « libre choix ».

1.2.4 Le mouvement Creative Commons

Creative Commons, c'est d'une part une famille de licences construite sous l'égide du juriste américain Lawrence Lessig³ autorisant *a minima* la distribution gratuite non commerciale des œuvres⁴ — très simples à utiliser et portées dans de nombreux pays grâce au projet *iCommons*⁵ —, et d'autre part une communauté de personnes ayant en commun de favoriser le partage et la diffusion, et se retrouvant dans différents groupes de travail.

1. http://web.archive.org/web/20040803083103/http://www.eff.org/IP/Open_licenses/eff_oal.html

2. <http://iang.info/fr/manifesto.html>

3. D'après les idées de Hal Abelson et Eric Eldred, voir http://lessig.org/blog/2002/12/cc_launch.html.

4. Consacrant l'expression « some rights reserved » (quelques droits réservés).

5. Lui-même lancé en 2004, avec la traduction japonaise. Voir sur ce sujet BOURCIER (Danièle), DULONG DE ROSNAY (Mélanie), *International Commons at the Digital Age — La création en partage*, Paris, Romillat, 2004. Le projet iCommons est aujourd'hui devenu le projet Creative Commons International, iCommons étant devenu une association anglaise à part entière et au domaine d'action plus large que les seules licences Creative Commons. Voir http://lessig.org/blog/2006/04/icommons_and_the_isummit.html.

On peut décrire l'évolution de Creative Commons en plusieurs phases : une première phase d'initialisation et de communication dans laquelle de lourds efforts furent réalisés pour favoriser l'adoption des licences (chacune des licences étant portée par des chapitres locaux dans leur juridiction respective, de nouvelles licences furent créées pour répondre aux besoins rencontrés), une seconde phase de rationalisation et de consolidation (passant notamment par la suppression de quelques licences, la définition d'une meilleure gouvernance, de premiers accords avec les SPRD et un travail sur les outils pour assurer le suivi des licences, notamment via le watermarking, Mesures Techniques d'Information (MTI), et les accords avec les moteurs de recherche) et, enfin, une dernière phase d'extension dans laquelle la structure actuelle sert d'incubateur pour des projets concernant des domaines connexes (*Sciences Commons*, *Open Data*, *Open Educational Ressources*¹, etc.).

Présentées comme une alternative à l'utilisation traditionnelle du droit d'auteur sur le numérique, les licences Creative Commons permettent de mettre rapidement et très simplement ses œuvres sous licence de libre diffusion. De nombreux sites se sont basés et se basent encore sur ces licences pour sécuriser des usages nouveaux (telles l'encyclopédie Wikipedia, la forge musicale CC mixer² ou, plus traditionnelle — et sous CC-By-NC-SA —, ArteRadio³).

1.2.4.1 L'association Creative Commons

Historiquement⁴, Lawrence Lessig, Hal Abelson et Eric Eldred fondèrent *Creative Commons* en 2001, sous la forme d'une association à but non lucratif américaine. En 2008, l'association s'émancipa de son mentor, Lawrence Lessig (personnage de renom, aussi impliqué dans le logiciel libre⁵), et accueillit de nouveaux entrants, comme Joi Ito en qualité de directeur et James Boyle⁶ comme président (voir l'organigramme

1. Avec des expériences comme Mit Open Courseware (<http://ocw.mit.edu/>) en CC BY-NC-SA ; CK-12 Foundation CC BY-SA ; Khan Academy (<http://www.khanacademy.org/>) en CC BY-SA ; Peer 2 Peer University (P2PU) (<http://p2pu.org>) en CC BY-SA.

2. <http://ccmixter.org>.

3. http://www.arteradio.com/content/fr_cgu-arteradio.html.

4. <http://creativecommons.org/about/history>.

5. Il est notamment membre du comité des directeurs de la FSF.

6. Professeur de droit britannique, fondateur du *Center for the Study of the Public Domain*.

sur le site de Creative Commons¹⁾ — faisant entrer l’initiative du monde académique dans le monde industriel²⁾...

Depuis, l’organisation de l’association s’est davantage complexifiée et elle entretient des liens plus ou moins étroits avec de nombreuses autres initiatives aux valeurs proches (la FSF notamment). Elle héberge dorénavant quatre projets principaux :

- Creative Commons qui a pour objectif d’étendre le nombre d’œuvres disponibles sous licence Creative Commons (Mike Linksvayer est le Vice-President) ;
- Creative Commons International qui s’occupe de porter les licences Creative Commons dans d’autres juridictions du monde entier (actuellement 45) ;
- Sciences Commons qui a pour objectif de transposer dans le domaine des sciences le travail que réalise Creative Commons dans la culture (John Wilbanks est le Vice-President et la représentation française est assurée par l’Institut Pasteur). Cela passe par trois missions : rendre la recherche réutilisable (plus facilement et plus rapidement), permettre un accès facilité et accéléré aux données scientifiques (notamment en supprimant les freins), permettre l’intégration de sources d’information fragmentées³⁾ ;
- ccLearn qui a pour mission de baisser les barrières au partage et à la réutilisation du matériel éducatif.



LE PROJET ICOMMONS

Projet indépendant incubé par Creative Commons, iCommons est une organisation caritative enregistrée au Royaume-Uni qui favorise la collaboration entre les promoteurs des mouvements de l’éducation ouverte, l’accès aux connaissances, du logiciel libre, de la publication ouverte et des communautés de la culture libre dans le monde

1. <http://mirrors.creativecommons.org/cc-org-chart.png>.

2. Voir http://lessig.org/blog/2006/12/help_ccs_new_chairman_meet_our.html : Joi Ito, « a venture capitalist from Japan and a key driver in the 'sharing economy', would be replacing me as Chairman of Creative Commons ».

3. On retrouve aussi dans le secteur un groupe de travail de l’OKF intitulé Open Data in Science Working Group (<http://science.okfn.org/about>), qui promeut l’ouverture des données scientifiques — en lien avec les autres actions menées en faveur de l’*open access*.

entier. Son objectif est de réduire les coûts d'accès au savoir et à la culture et d'accroître la capacité de l'utilisateur à bénéficier de ces outils. Il organise les iCommons Summit et a récupéré le nom du projet d'internationalisation de Creative Commons qui est devenu Creative Commons International.

1.2.4.2 Les licences Creative Commons

Surfant sur la vague naissante du web collaboratif, la première version des licences proposées en 2002 connut un énorme succès. Pour favoriser leur utilisation et leur promotion, des chapitres nationaux (structures nationales homologuées¹ — généralement des centres de recherche) eurent la mission de transposer et de diffuser des versions nationales des licences (jusqu'alors inspirées du droit américain). C'est le CERSA (Centre d'Études et de Recherches de Sciences Administratives) qui prit cette initiative en main en France et publia les licences françaises fin 2004 (alors dans leur seconde version) — le nombre de licences françaises était dès le début réduit à 6 licences en raison de l'impossibilité de retirer la clause By qui assurait la paternité à l'auteur de l'œuvre².

Une attention toute particulière est portée sur l'effort de simplification réalisé pour permettre une utilisation toujours plus simple des contrats CC : un utilitaire pour les auteurs³, un jeu d'icônes et symboles indiquant les différentes contraintes pour les utilisateurs⁴, et un métamoteur de recherche dédié aux contenus sous licence CC.

Ensuite, il suffit de joindre la licence, de pointer vers cette dernière (ou son résumé, le *commons deeds*) pour respecter la licence. Pour simplifier encore cette procédure, un outil dédié permet de fournir à l'internaute le code HTML à coller sur sa page web, en fonction de ses attentes. Une image, un texte, et un lien sont inclus dans ce code afin de permettre aux

1. <http://creativecommons.org/worldwide>.

2. Conformément aux droits moraux reconnus en France à l'auteur ainsi qu'au « minimum de protection » assuré par la convention de Berne.

3. <http://creativecommons.org/choose>.

4. Renvoyant à un *Commons Deed* qui résume en quelques lignes les droits et obligations de la licence et renvoyant lui-même au texte complet de la licence (*legal code*). Le tout étant complété par un *Digital Code* compréhensible par les moteurs de recherches et logiciels.

utilisateurs de trouver la licence. Dans la même veine, un autre outil¹ élaboré dans ce même souci de simplification, mais aussi de protection des auteurs, permet de « tatouer » l'œuvre de la licence qui lui est appliquée afin de suivre plus facilement l'œuvre lors de sa circulation.

Enfin, différentes interactions furent mises en place pour que ces licences s'intègrent à l'infrastructure d'Internet et soient reconnues et utilisées par les différentes plates-formes : que ce soit au sein de moteurs de recherches (tels Google CC ou Yahoo CC) qui proposent de filtrer en fonction des licences ou des sites hébergeant du contenu (tels Picasa, Flickr, Blip.tv, etc.) qui, à leur tour, proposent d'associer une licence au contenu téléchargé. Pour finir, des partenariats avec Microsoft et Creative Commons ont donné naissance à des greffons permettant à l'utilisateur de choisir une licence CC *ad hoc* lors de l'enregistrement de ses fichiers² et un greffon Firefox a été spécifiquement développé pour détecter les licences des contenus embarqués : MozCC³.

Les six licences Creative Commons (toutes identifiées par un contrat, une combinaison de logos, un résumé explicatif et des métas-données particulières) :

1. CC By : paternité ;
2. CC By-SA : paternité, partage des conditions initiales à l'identique ;
3. CC By-ND : paternité, pas de modification ;
4. CC By-NC-ND : paternité, pas d'utilisation commerciale, pas de modification ;
5. CC By-NC : paternité, pas d'utilisation commerciale ;
6. CC By-NC-SA : paternité, pas d'utilisation commerciale, partage des conditions initiales à l'identique.

1. <http://creativecommons.org/technology/usingmarkup>.

2. Voir « Office Add-in : Creative Commons Add-in for Microsoft Office 2003 & Office XP v1.2 » sur <http://www.microsoft.com>, et « OpenOfficeOrg Addin » sur <http://wiki.creativecommons.org>.

3. <http://wiki.creativecommons.org/MozCC>.

Les licences Creative Commons se rapprochent juridiquement des licences libres classiques en ce qu'elles opèrent une cession non exclusive de droit d'auteur assez large au profit du licencié¹. Néanmoins :

- le socle minimal des droits cédés (diffusion et utilisation non commerciale des œuvres *non modifiées*) est inférieur à celui des licences libres — ainsi, deux tiers des licences CC ne sont pas des licences libres ;
- il est systématiquement rappelé la possibilité, pour l'auteur originaire, de lever les interdictions posées par la licence (alors que ce mécanisme est l'exception dans le domaine des logiciels libres, et est tout bonnement impossible dès lors que l'œuvre est dans une logique dynamique/contributive). Ainsi, le programme *Creative Commons Plus* (qui n'est pas une licence²) permet d'associer une annexe à une licence (généralement choisie parmi les plus contraignantes) par laquelle le titulaire de droit autorise cumulativement, moyennant des conditions qu'il fixe, d'autres utilisations que la licence choisie n'autorise pas — sorte de mécanisme de double licence bénéficiant d'une communication harmonisée et d'une procédure simplifiée³, de nombreux sites commerciaux s'étant emparé de cet outil — tels Jamendo, Magnatune ou Beatpick.

C'est la raison pour laquelle on parle traditionnellement de licences ouvertes⁴ ou de libre diffusion — la libre diffusion étant le plus petit dénominateur commun aux six principales licences Creative Commons.

Enfin, pour être exhaustif, il faut mentionner les licences Sampling + (qui interdisent les usages commerciaux et permettent seulement les reproductions du type *sampling* ou *mash-up* — la diffusion se faisant ensuite avec ou sans clause NC), et la licence CC-0 lancée en 2007⁵ par

1. Elles imposent aussi une information à l'égard du public et interdisent des MTP qui limiteraient les droits cédés.

2. <http://wiki.creativecommons.org/CCPlus>.

3. Voir la méthode et les outils offerts par Creative Commons sur <http://wiki.creativecommons.org/CCPlus> (Easy_CC.2B_Markups).

4. Voir le rapport du CSPLA sur *La mise à disposition ouverte des œuvres de l'esprit*, *ibid.*.

5. <http://creativecommons.org/weblog/entry/7919>

laquelle le titulaire de droits renonce à tous ses droits (ou, si ce n'est pas possible, les cède très largement)¹.



LICENCES RETIRÉES

En 2004 furent retirées toutes les licences qui ne contenaient pas la clause By (voir : <http://creativecommons.org/retiredlicenses>). Peu de temps après les premières traductions des licences Creative Commons, de nombreuses variantes ont germé en fonction des domaines ou des territoires (dédiées aux pays en développement, au sampling, au domaine public, aux sciences, etc.).

Pas assez utilisées (moins de 0,01 %) et contraires à la liberté fondamentale des Creative Commons (la liberté de partager une œuvre non commercialement), deux autres licences furent retirées en 2007¹.

D'autres licences semblent avoir été retirées (notamment la licence Creative Commons Music Sharing — sorte de CC-By-NC-ND v2).

1. Voir le billet de blog : « Retiring standalone DevNations and one Sampling licence », <http://creativecommons.org/weblog/entry/7520>.

Une licence dédiée aux wikis ?

De plus en plus souvent, l'apparition d'un nouveau phénomène, d'une nouvelle pratique, amène le législateur à légiférer à nouveau — sans prendre le recul nécessaire à l'édition de lois pérennes. C'est la même erreur qui a été évitée lorsque des licences « spéciales wiki » étaient imaginées.

Côté Creative Commons, afin d'éviter la création de la licence CC-Wiki évoquée, une licence 2.5 générique avait été mise en place¹

1. Issue du projet *Open Science* de Creative Commons, cette dernière licence est l'instrument juridique utilisé pour s'assurer que les bases de données scientifiques puissent s'intégrer les unes aux autres (cette faculté d'intégration étant l'une des libertés fondamentales pour les données sur le web).

— précisant que la mention de la paternité devait être effectuée au profit du titulaire de droit ou d'une entité qu'il aurait désignée.

C'est le même raisonnement qui a inspiré les commentateurs de la GFDL, dont le draft actuel contient un article renvoyant à une licence GNU Wiki¹ (8b. Wiki Relicensing).

1. Voir le blog de L. Lessig «Code v2.0 and the CC-Wiki license (<http://www.lessig.org/blog/>), 17 mars 2005.

1.2.5 L'extension du libre au-delà de la création

Au fur et à mesure que la philosophie du Libre se répand, d'autres secteurs s'orientent dans une direction similaire (influencés par l'exemple, ou tout simplement pour répondre aux impératifs du monde actuel).

Les aspects juridiques sont eux aussi des paramètres fondamentaux puisque chaque objet immatériel répond à un équilibre particulier avec lequel la licence doit composer : la transposition d'une licence sur un type de créations non prévu est généralement une mauvaise idée. En effet, le titulaire de droits sur un brevet ou une base de données n'aura pas les mêmes prérogatives que l'auteur d'un logiciel, de la même façon que l'auteur d'un logiciel aura des prérogatives différentes de celles de l'auteur d'un film : la licence choisie doit donc parfaitement appréhender les droits qui pèsent sur la création, au risque sinon que chaque auteur conserve un contrôle qui limiterait les libertés de l'œuvre.

Seront analysés ci-après quelques autres mouvements, encore en construction : l'*open access* (1.2.5.1), l'*open data* (1.2.5.2), les polices libres (1.2.5.3), les formats ouverts (1.2.5.4), l'*open cloud* (1.2.5.5), l'*open hardware* (1.2.5.6) et l'*open web* (1.2.5.7).

1.2.5.1 *Open access* ou archives ouvertes

Les bases du mouvement de l'*open access*¹ dépassent la simple diffusion sous licences libres (1.2.5.1.a) et reposent notamment sur une gestion juridique des contributions menées dans ce cadre (1.2.5.1.b).

1.2.5.1.a Les bases du mouvement de l'*open access*

Tirant profit des richesses du numérique et d'Internet, l'apparition du mouvement de l'*open access* est aujourd'hui perçu comme l'évolution logique des pratiques scientifiques² à l'ère du numérique : favorisant les échanges, évitant de dupliquer des recherches et des erreurs, offrant une vision plus large de l'état de la science, etc. Une pratique d'autant plus appréciée en raison des abus du système de publication scientifique antérieur (avec des auteurs entièrement dépossédés de leurs droits et des prix d'abonnement prohibitifs, au point de rendre ces revues inaccessibles à certaines bibliothèques).

L'Open Archive Initiative³ élabore en 1999 le Protocole OAI-PMH afin de favoriser l'interopérabilité entre les archives ouvertes. Mais l'*open access* fut réellement défini et perfectionné lors des déclarations de Budapest (Budapest Open Access Initiative⁴ en février 2002), Bethesda (Bethesda Statement on Open Access Publishing⁵ en juin 2003) et Berlin (Berlin Declaration on Open Access to Knowledge in the Sciences and Humanities⁶ en octobre 2003). Ce concept englobe les publications électroniques en *libre accès* ou *accès ouvert*, c'est-à-dire qui offrent à tout utilisateur un droit d'accès immédiat, gratuit, irrévocable et universel des articles scientifiques entiers.

En pratique, les politiques d'*open access*, variées, proviennent des financeurs que sont les centres de recherches et les organismes de financement de la recherche, tous deux conscients de l'intérêt d'une bonne dif-

1. Voir <http://openaccess.inist.fr> et Peter Suber, « Open Access Overview » (<http://www.earlham.edu>).

2. Il est né dans les années 1990 au travers les premières archives comme arXiv.org pour la physique et Cogprints pour la psychologie, les neurosciences et la linguistique.

3. <http://www.openarchives.org>.

4. <http://www.soros.org/openaccess>.

5. <http://www.earlham.edu/%7Eepeters/fos/bethesda.htm>.

6. <http://oa.mpg.de/openaccess-berlin/berlindeclaration.html>.

fusion et réutilisation de la recherche¹. Cette politique concerne les publications existantes et celles à venir — ce cadre de diffusion pouvant être obligatoire (ou fortement conseillé...) pour des chercheurs appartenant ou financés par ces organismes² — et la publication est réalisée par l'intermédiaire d'archives institutionnelles³ ou de journaux ayant fait le choix de l'*open access* (par exemple PLOS⁴ et BioMed Central⁵).

En France, peu d'organismes ont adopté une politique en faveur de l'*open access* (comparativement à nos voisins européens⁶) — principalement l'ANR, le CNRS, l'INRIA, l'INSERM et l'Université Lyon 2 (en plus de l'Institut Pasteur déjà cité) —, et plusieurs solutions coexistent⁷ même si une convergence⁸ s'observe actuellement autour du site archives-ouvertes.fr⁹.

Dans ce nouveau paradigme — qui n'est pas un « modèle commercial¹⁰ » — où elles ne peuvent facturer l'abonnement ou l'accès, les revues alternatives se sont positionnées dans un modèle d'« auteur-payeur »¹¹ : les frais de publication — nécessaires au travail éditorial de la revue — sont ainsi supportés par le chercheur (généralement son organisme de recherche et ses fonds de soutien) plutôt que d'être supportés

1. Par exemple, aux États-Unis, le Wellcome Trust et les National Institutes of Health (NIH) se sont tous deux positionnés en faveur du libre accès et tout travail financé par l'une de ces institutions doit être déposé en accès ouverts dans le PubMed Central (PMC) (dans les six mois pour le Wellcome Trust et douze mois pour le NIH).

2. L'accès libre se faisant généralement dans un délai allant de 0 à X mois après publication par l'éditeur.

3. Qui acceptent généralement les *preprint* et *postprint* (lorsque l'éditeur l'accepte), sans qu'il y ait de revue par les pairs.

4. <http://www.plos.org>.

5. <http://www.biomedcentral.com>.

6. Voir l'annuaire mondial des politiques des établissements.

7. Différents logiciels existent pour la création d'archives : DSpace, EPrints, CDSWare et HAL — les logiciels *open source* venant ici aussi simplifier les processus d'archives et de révision.

8. Deux répertoires principaux listent les différentes archives : le Registry of Open Access Repositories (ROAR) et le Directory of Open Access Repositories (Open DOAR).

9. <http://hal.archives-ouvertes.fr>.

10. Tout comme l'*open source* n'est pas un modèle commercial.

11. Springer proposa en 2003 le premier son modèle *Open Choice* qui offrait à l'auteur la possibilité de rendre librement accessible son article pour 3 000 dollars.

par les lecteurs (les prix varient selon les éditeurs¹). On parle de « modèle hybride » pour les revues qui cumulent les deux modèles².

L'*open access* est tout à fait compatible avec un processus de relecture par les pairs — ceci d'autant plus que la revue elle-même est généralement bénévole, mais elle pourrait tout aussi bien être rémunérée dès lors que le coût serait pris en charge par les financeurs.

D'autres aspects doivent être pris en compte lors de la mise en œuvre de cet *open access* :

- les établissements (écoles, centre de recherche, etc.) ne doivent pas limiter ou filtrer l'accès ;
- la plupart des publications se font en anglais, il faut œuvrer pour réduire cette barrière ;
- les solutions doivent permettre un accès aux utilisateurs handicapés ;
- tous les pays n'ont pas le même accès au réseau, il faut œuvrer pour leur donner un tel accès.

1.2.5.1.b La dimension juridique

Dans le mouvement d'*open access*, les auteurs autorisent un usage gratuit et sans restriction de leur production³ — cette absence de restriction induisant l'usage de licences libres⁴ ou proches (de type Creative Commons interdisant l'usage commercial).

Par ailleurs, le principe repose sur la conservation par les auteurs de leur titularité lors de la publication⁵, ce qui induit de changer les pra-

1. Le Wellcome Trust remboursait par exemple jusqu'à 3 000 dollars les auteurs qui publiaient chez Elsevier — le NIH avait conclu à un reversement automatique et gratuit au bout d'un an (<http://publicaccess.nih.gov/>). Pour voir différents coûts et des organismes de financement : http://www.biomedcentral.com/info/authors/apcfaq_fr.

2. Voir l'étude « The Facts About Open Access », par Kaufman-Wills Group, LLC, 2005 (sur <http://www.alpsp.org>).

3. Le titulaire de droit doit en effet permettre aux utilisateurs de « copy, use, distribute, transmit and display the work publicly and to make and distribute derivative works, in any digital medium for any responsible purpose, subject to proper attribution of authorship. . . »

4. Voir notamment l'initiative PLOSS qui a adopté la CC-By.

5. On parle d'*author addenda* (ou d'avenants), qui sont proposés par différents organismes et associations comme SPARC (Scholarly Publishing and Academic Resources Coalition), Sciences Commons et le MIT (Massachusetts Institute of Technology). L'initiative Sciences Commons propose ainsi un avenant permettant de diffuser parallèlement sous CC-By-NC (Accès — Réutilisation), un autre permettant une publication en Accès Ouvert immédiate (Accès — Immédiat), et un dernier permettant un accès retardé de six mois (Accès — Retardé).

tiques actuelles (le projet Sciences Commons recommande à cet effet l'ajout de certaines clauses afin d'atténuer les cessions de droits, au travers du Scholar's Copyright Addendum Engine¹).

Pour aller plus loin...

- le site JULIET, qui centralise les différentes politiques d'*open access* (<http://www.sherpa.ac.uk/juliet/>) ;
- le projet français PLUME : Promouvoir les Logiciels Utiles Maîtrisés et Économiques dans l'enseignement supérieur et la recherche (<http://www.projet-plume.org/>).



UNE EXTENSION AU-DELÀ DU MONDE SCIENTIFIQUE ?

L'attrait de ce mouvement fut particulièrement fort auprès d'un public d'auteurs qui n'était, de toute façon, qu'exceptionnellement payé pour ses articles (les chercheurs, professeurs ou parfois les praticiens, comme les avocats, qui écrivent des articles ne sont généralement pas payés). La rédaction d'ouvrages, plus denses, leur assurant généralement quelque rémunération. Il n'est néanmoins pas inimaginable que ce mouvement s'étende à d'autres sphères de création (images, articles d'actualités, etc.), dès lors que les bénéfices tirés de a publication ouverte resteraient supérieurs à la valeur de la rémunération — la redevance — qu'ils auraient pu toucher dans un modèle traditionnel.

L'obstacle majeur pourrait concerner la prise en charge des coûts de publications, généralement publique pour la recherche, et privée pour les autres sphères de créations, mais la possibilité d'annuler ses coûts grâce au numérique et à Internet rend cette évolution beaucoup plus simple.

1. « The Scholar's Copyright Addendum Engine will help you generate a PDF form that you can attach to a journal publisher's copyright agreement to ensure that you retain certain rights » (<http://scholars.sciencecommons.org>).

1.2.5.2 L'ouverture des données (*open data*) poussée par l'*Open Knowledge Foundation* et la *Sunlight Foundation*

Les bases du mouvement seront étudiées dans un premier temps (1.2.5.2.a), avant de détailler la dimension juridique (1.2.5.2.b).

1.2.5.2.a Les bases du mouvement de l'ouverture des données

L'*open data* est l'application des concepts formalisés par l'*Open Knowledge Foundation*¹ (OKF) au Royaume-Uni et la *Sunlight Foundation*² aux États-Unis : un accès libre et gratuit aux données publiques, sous une licence gratuite qui permette la libre reproduction, redistribution, modification, et la libre ré-utilisation (y compris à des fins commerciales) des données³. Un nombre croissant d'acteurs privés s'intéresse à l'*Open Data*, mais restent encore principalement concernées les données publiques détenues par une administration, une collectivité ou une société dans l'exercice d'une mission de service public.

Toutes deux organismes à but non lucratif, la *Sunlight Foundation* (qui a pour objet de rendre les gouvernements « transparents et responsables »⁴) et l'*Open Knowledge Foundation* (dédiée à la promotion de la connaissance ouverte dans toutes ses formes) sont les plus actives dans la promotion de l'ouverture des données, notamment par les acteurs du secteur public, ou dans les projets communautaires.

La politique d'« ouverture » des données ne repose que partiellement sur des enjeux juridiques et il est nécessaire de veiller (la liste n'est pas exhaustive) : à *se donner les moyens de la mise à disposition* (notamment par la mise en place d'interface de programmation — *Application Programming Interface* ou *API*) ; à *l'utilisation de formats ouverts* ; à *l'animation de la communauté d'utilisateurs des bases de données* (utilisateurs lambda, utilisateurs contributeurs et éditeurs de services utilisant ces bases de données). En effet, des bases de données stockées en marge d'un site,

1. <http://okfn.org>.

2. <http://sunlightfoundation.com>.

3. Voir aussi la Déclaration commune sur l'*open data* en France rédigée par les associations Regards Citoyens, OKF, Creative Commons France et Veni Vidi Libri (<http://www.donneeslibres.info>).

4. Elle a publié fin 2010 un document intitulé « Ten principles for opening up government information » (<http://sunlightfoundation.com/policy/documents/ten-open-data-principles>).

difficilement accessibles, peu documentées ou enfermées dans des formats propriétaires seront trop difficiles à appréhender pour entraîner un mouvement vertueux (on court ainsi le risque de perdre de potentielles valorisations financières de ces bases sans pour autant en tirer de vrais profits).

En parallèle, cette ouverture des données est accélérée par la reconnaissance de certaines missions liées aux services publics :

- l'exigence démocratique de transparence de l'État (le Conseil d'État ayant même fait de ce droit d'accès au document administratif une garantie fondamentale accordée au citoyen¹) ;
- la transformation de notre société en une société de la connaissance et de l'information — et l'incitation corollaire au développement d'activités commerciales fondées sur l'information (voir le Livre Vert sur le droit d'auteur dans l'économie de la connaissance² et la directive européenne INSPIRE 2007/2/CE³ qui contraint les États membres à publier un certain nombre de données publiques géographiques) ;
- le succès généralisé de l'*open innovation* (la capacité à bénéficier de la créativité, de l'intelligence et des contributions externes — on parle aussi d'« *open source* au-delà du logiciel », voire de *crowdsourcing* (probablement la forme la plus ouverte de l'OI

Basé sur l'OSD, une définition intitulée l'*Open Definition* est venue précisée les éléments permettant de qualifier un contenu ouvert. Pour qu'une base de données puisse être dite ouverte, la définition requiert :

1. *le libre accès des bases de données* : les bases de données doivent être disponibles entièrement, pour un coût raisonnable en cas de distribution matérielle (gratuitement lorsque le coût est négligeable, comme pour un transfert par Internet). Elles doivent être disponibles dans une forme adaptée et modifiable ;

1. Le Conseil d'État parle de garanties fondamentales accordées aux citoyens pour l'exercice des libertés publiques au vu de l'article 34 de la Constitution de 1958 - CE, 29 avril 2002, Ullmann (<http://www.juricaf.org/arret/FRANCE-CONSEILDETAT-20020429-228830>).

2. COMMISSION EUROPÉENNE, *Livre Vert sur le droit d'auteur dans l'économie de la connaissance*, 2008.

3. http://fr.wikipedia.org/wiki/Infrastructure_for_Spatial_Information_in_the_Euro-pean_Community.

2. *la libre redistribution des bases de données* : la licence ne peut, par exemple, exiger le paiement d'une redevance supplémentaire au titre de la redistribution ;
3. *la libre réutilisation des bases de données* : la licence doit permettre la création et la redistribution de bases de données dérivées (éventuellement sous la même licence lorsque celle-ci est de type *copyleft*) ;
4. *l'absence de restrictions techniques* : il ne doit pas y avoir de restriction technique empêchant la jouissance des droits conférés par la licence ;
5. *l'attribution des auteurs et contributeurs* : la licence peut soumettre au bénéfice de la licence l'attribution de la paternité des créateurs et contributeurs ;
6. *l'intégrité de la base doit être conservée* : un tiers ne peut pas s'approprier le travail d'un autre et les contributions de chacun sont clairement attribuées ;
7. *l'absence de discrimination entre les personnes ou les groupes* : toute personne détentrice d'une copie de la base de données bénéficie des termes de la licence tant qu'il s'y conforme lui-même ;
8. *l'absence de discrimination entre les domaines d'application* : la licence se limite à la propriété intellectuelle et ne peut en aucun cas réguler d'autres domaines politiques ou commerciaux ;
9. *la licence s'applique sans dépendre d'autres contrats* : par exemple on ne peut pas ajouter un NDA (*Non-Disclosure Agreement* ou accord de confidentialité) lors de l'accès à la base ;
10. *la licence ne doit pas être propre à la compilation de bases sur un même média* : elle est attachée à la base de données et non à cet ensemble, le licencié étant libre de la sortir et d'en jouir conformément à la licence en dehors de cet ensemble ;
11. *la licence ne doit pas s'étendre automatiquement à d'autres bases compilées sur un même média* : ce qui ne s'oppose toutefois pas aux licences de type *share alike* ayant une étendue large (à l'instar de la GNU GPL dans le domaine du logiciel qui ne s'étend qu'au programme envisagé comme un tout).

Les données publiques des systèmes d'information géographique (SIG) sont les premières concernées, mais elles ne sont pas les seules et des initiatives telles Data-Publica¹ ou Regards Citoyens² regroupent de nombreuses autres données publiques (souvent statistiques).

Enfin, ce mouvement, encore en pleine maturation, fait partie d'un mouvement plus large intitulé *open government*.



OPEN STREET MAP OU LA CARTOGRAPHIE LIBRE

Initiative très représentative de l'intérêt de l'*open data* pour le privé comme le public, le projet Open Street Map est un projet de cartographie libre et mondiale, une sorte de « Google Maps-like » enrichi et ouvert qui permet à tout un chacun de partir réaliser ses propres relevés GPS, de les partager via les outils fournis et ensuite de les enrichir. Le projet connaît une croissance fulgurante et continue depuis son lancement (les principales villes étant toutes cartographiées et certaines données n'intéressant que quelques passionnés (comme les tracés des chemins de randonnée) sont d'une qualité qui dépasse les solutions officielles ou grand public.

Véritable « base de données géographiques », le projet OSM propose de nombreuses applications (la cartographie, très visible, n'étant qu'une partie de celles-ci).

L'OpenStreetmap Foundation³ est une association à but non lucratif de droit britannique créée par Steve Coast — également dirigeant de l'entreprise Cloudmade Ltd⁴ qui, de manière tout à fait transparente, propose des services autour d'Open Street Map.

1.2.5.2.b La dimension juridique du mouvement

La notion de donnée n'est pas une qualification juridique, la donnée étant généralement plus associée à une information (soumise à aucun monopole) qu'à une œuvre ou une autre création soumise à un quelconque

1. <http://www.data-publica.com>.

2. <http://www.regardscitoyens.org>.

droit de propriété intellectuelle. Néanmoins, certaines sociétés n'hésitent pas à opérer un *distinguo* relatif à la protection des données qu'elles génèrent en fonction des efforts financiers qu'elles ont pu fournir¹ : les *données brutes* (primaires : inexploitablement directement par l'utilisateur) ; les *données corrigées* (ou traitées/ exploitables : elles seraient appropriables) ; et les *données élaborées* (ou analysées ou dérivées — des données extérieures sont ajoutées : elles sont appropriables). Sans préjuger de l'originalité de leur apport, notons que ce sera au juge qu'il reviendra, au cas par cas, de trancher la question au regard des critères du droit d'auteur.

Ce phénomène dépasse les seuls enjeux de propriété intellectuelle et cumule licence de droit d'auteur et autorisation donnée en vertu du droit *sui generis* des bases de données et contrat. De nouvelles licences² sont venues apporter des réponses à l'ouverture des données³, en s'inspirant et se détachant des licences existantes de contenu et de logiciel.

En effet, contrairement aux créations classiques (logiciels, articles, etc.), les données ne génèrent pas, en tant que telles, un quelconque droit de propriété intellectuelle au profit de celui qui les crée, les détient ou les exploite — seule la structure de la base de données peut, pour peu qu'elle soit considérée comme originale, prétendre à une telle protection. Le droit *sui generis* des bases de données peut, pour sa part, limiter ou conditionner certaines extractions réalisées sur la base. Il y a deux conséquences majeures :

- en l'absence de droit exclusif qui permettrait de conditionner chaque usage au respect du cadre contractuel défini, celui qui détient des données se trouve démuné face à toute personne qui aurait pris connaissance des données sans contracter (ce qui est d'autant plus préjudiciable lorsque la valeur des bases repose plus sur la qualité des données que sur leur quantité ou organisation) ;

1. Voir à ce sujet les excellents travaux de thèse de MORENO (Annie), *La commercialisation des images spatiales. Approche juridique*, Litec, 1999.

2. L'importance de l'ouverture et de l'utilisation des données, alors que nous sommes à l'ère de l'information, ne fait aujourd'hui plus de doute — et en découlent déjà quelques guerres de chapelles — qu'il s'agisse de prôner l'ODbL, l'Open Knowledge Foundation ou la CC-0 de Sciences Commons (initiative dérivée de Creative Commons), ou de réfléchir comme l'OSI à une définition des données ouvertes...

3. Les licences actuellement les plus adaptées sont certainement les licences ODbL et PDDL. Voir la récente Creative Commons- zéro spécialement rédigée à cette fin.

- en l'absence de cession relative aux autres droits exclusifs (même potentiels), les utilisateurs subséquents encourent le risque que ces derniers leur soient opposés.

Deux courants de pensée ont alors animé ces nouveaux projets : le premier sous la direction du projet *Science Commons* de *Creative Commons* et la seconde sous celle de l'*Open Knowledge Foundation*.

En 2007, *Science Commons* lança le projet CC-0 visant à concéder le plus largement possible les droits sur les données. La licence Creative Commons Zero (CC-0) qui en résulta est la licence conseillée par le projet Sciences Commons pour l'application aux bases de données. Le projet communautaire *Personal Genome* ainsi que la région italienne du Piémont utilisent cette licence.

En 2009, l'*Open Knowledge Foundation* a publié un panel de licences reposant sur une assiette plus large que le seul droit d'auteur (à l'inverse des licences classiques telles les Creative Commons¹), en incluant également le droit des contrats et le droit *sui generis* des bases de données (article 2.0 « Champ d'application » de la Licence)². Il existe actuellement trois licences rédigées sur ce principe :

- Public Domain Dedication and License (PDDL)³ — « Public Domain for data/databases » ;
- Attribution License (ODC-By)⁴ — « Attribution for data/databases » ;
- Open Database License (ODC-ODbL)⁵ — « Attribution Share-Alike for data/databases ».

L'ordre dans lequel ces trois licences viennent d'être citées traduit le contrôle croissant qu'elles offrent aux titulaires de droits sur les bases de données : la PDDL opère une « renonciation » aux droits similaires à la licence CC-0 précitée, l'ODC-By impose seulement de mentionner la paternité et de différencier les contributions de chacun, tandis que l'ODbL (ODC-ODbL) est la seule licence adaptée aux données qui contienne une clause de type *copyleft*.

1. C'est cette prise de conscience qui a conduit le projet OpenStreetMap à mettre en place un processus de changement de licence au profit de l'ODbL.

2. Voir la FAQ publiée sur le site de OKF : <http://www.opendata-commons.org/faq/>.

3. <http://www.opendatacommons.org/licenses/pddl>.

4. <http://www.opendatacommons.org/licenses/by>.

5. <http://www.opendatacommons.org/licenses/odbl>.

1.2.5.3 Les polices libres

Souvent méconnus, les enjeux relatifs à l'utilisation de polices libres (1.2.5.3.a) ont justifié la rédaction de licences spécifiques (1.2.5.3.b).

1.2.5.3.a Les enjeux

Les polices de caractères désignent des ensembles complets de caractères typographiques de même famille (Times, Arial, Helvetica, etc.). Leur conception était auparavant dévolue à de grands groupes industriels, mais est aujourd'hui partagée avec de nombreuses petites sociétés ainsi qu'un nombre croissant de créateurs individuels.

Soucieux de ne pas utiliser ou distribuer des polices détenues par des entreprises concurrentes, les éditeurs de distributions GNU/Linux, les éditeurs de logiciels de bureautiques et les autres projets globaux ont publié et promu la publication de polices libres (l'utilisateur final reste néanmoins libre, pour certains usages seulement, d'utiliser avec ces logiciels des polices non libres pour lesquelles il détiendrait une licence).

Red Hat a ainsi publié les polices de caractères *Liberation font* (en version Sans, Serif et Mono) et le projet GNU publie les GNU FreeFont ¹.

Pour des raisons différentes, mais convergentes, l'association SIL International est aussi à l'origine de nombreuses polices libres (publiées pour répondre à ses objectifs d'étude et de développements des langages).

1.2.5.3.b La dimension juridique du mouvement

La protection des polices de caractères par le droit d'auteur n'est pas unanimement reconnue dans le monde :

- en France (et, semblerait-il, en Europe), il convient de rechercher l'originalité nécessaire à l'acquisition du droit : une jurisprudence de 1993 est venue préciser que les polices de caractères *pouvaient* constituer des logiciels ² et que leur mise à disposition gratuite sur un CD-Rom largement diffusé était constitutive de contrefaçon ³ ;

1. <http://www.gnu.org/software/freefont>.

2. TGI Paris, 8 oct. 1993, Frédérique B, Makar c/ Nicole B et l'APP : « les polices de caractères peuvent constituer des logiciels et sont donc protégeables au titre de l'article L112-1 ».

3. La cour d'appel de Paris a, dans un arrêt en date du 11 octobre 2000, retenu à l'encontre d'une société des actes de contrefaçon et publication sur un CD-Rom offert gratuite-

- Aux États-Unis, la protection n'est pas garantie aux polices de caractères en tant que telles, mais la qualité de logiciel leur est souvent reconnue (à fortiori pour les polices vectorielles).

D'autres protections (notamment le brevet, le droit des dessins et modèles et le droit des marques) pourraient être utilisées pour limiter l'utilisation de la police de caractères, et il est en tout état de cause essentiel de vérifier que la licence d'utilisation les cède (ou les exclue) de façon cohérente avec les droits qu'elle confère aux utilisateurs de ces polices.

Pour majeure partie, les polices de caractères libres sont diffusées sous licences GNU GPL (version 2 ou 3), avec comme exception que tout document réalisé avec ces polices n'a aucune obligation à être lui aussi sous la même licence (*copyleft*)¹.

Il existe néanmoins de nombreuses licences dédiées, plus adaptées à l'objet technique et juridique que sont les polices de caractères, et la SIL Open Font License² (OFL) fait figure de chef de file.

Pour aller plus loin...

- voir le site OpenFontLibrary (<http://openfontlibrary.org>) ;
- la League of Moveable Type, une collection de polices *open source* (<http://www.theleagueofmoveabletype.com>) ;
- la FSF tient à jour une liste de licences appliquées aux polices (<http://www.gnu.org/licenses/license-list.html>) ;

ment aux lecteurs, accompagnant une revue, des polices de caractères dénommées : « actes ayant entraîné un préjudice patrimonial et moral pour la société qui les a créés, éditées pour l'impression et la publication informatisée ; préjudice d'autant plus important que la mise à disposition gratuite au profit des lecteurs en question dudit CD-Rom contenant ces polices a eu pour effet de les rendre accessibles à de nombreux internautes qui s'en sont emparés comme le démontrent les copies d'écrans de sites internet produits ; préjudice qui mérite par conséquent réparation. »

1. Voir par exemple l'exception de Gnu Freefont : « *As a special exception, if you create a document which uses this font, and embed this font or unaltered portions of this font into the document, this font does not by itself cause the resulting document to be covered by the GNU General Public License. This exception does not however invalidate any other reasons why the document might be covered by the GNU General Public License. If you modify this font, you may extend this exception to your version of the font, but you are not obligated to do so. If you do not wish to do so, delete this exception statement from your version.* »

2. <http://scripts.sil.org>.

- Fedora maintient une page wiki à jour contenant les réflexions relatives à la protection des polices de caractères ainsi qu’une liste relativement exhaustive des licences existantes (http://fedoraproject.org/wiki/Legal_considerations_for_fonts).

1.2.5.4 Les formats ouverts

On peut aussi parler de spécifications ouvertes au lieu de format ouvert. Les enjeux (1.2.5.4.a) sont d’autant plus importants à l’ère numérique, au sein d’une société basée sur les échanges et la diffusion de l’information, et donc intimement soumise à l’établissement de standards (ou spécifications) ouvert(e)s. Les solutions sont néanmoins peu juridiques (1.2.5.4.b).

1.2.5.4.a Les enjeux

D’après la loi du 21 juin 2004 pour la confiance dans l’économie numérique « [o]n entend par standard ouvert tout protocole de communication, d’interconnexion ou d’échange et tout format de données interopérables et dont les spécifications techniques sont publiques et sans restriction d’accès ni de mise en œuvre. »

Le programme IDABC (aujourd’hui ISA), en charge de cette question pour la Commission européenne, a établi une définition des standards ouverts :

1. « le standard est adopté et sera maintenu par une organisation sans but lucratif et ses évolutions se font sur la base d’un processus de décision ouvert accessible à toutes les parties intéressées (consensus ou vote à la majorité, etc.) ;
2. le standard a été publié et le document de spécification est disponible, soit gratuitement, soit au coût nominal. Chacun a le droit de le copier, de le distribuer et de l’utiliser, soit gratuitement, soit au coût nominal ;
3. la propriété intellectuelle — c’est-à-dire les brevets éventuels — sur la totalité, ou une partie, du standard est irrévocablement et gratuitement mise à disposition ;

4. il n'y a pas de restrictions à la réutilisation du standard. »

Ainsi, les enjeux sont de deux ordres : l'ouverture du format en lui-même (le fait que la spécification finale soit implémentable par tous sans restriction ou licence limitative) ; l'ouverture du processus d'élaboration du format (car s'il est conçu par un acteur unique, l'acteur en question a forcément un avantage par rapport aux autres — tel le format ouvert ISO 32000 – 1 : 2008, concernant le PDF, où Adobe est en position de seul rédacteur).

En terme de normalisation, l'ISO ne considère que des travaux qui sont portés par des organismes externes : l'ODF fut par exemple discuté au sein de l'OASIS¹ (Organization for the Advancement of Structured Information Standards — consortium mondial créé en 1993 qui compte plus de 3.500 membres) et l'OOXML au sein de l'ECMA (organisme européen non officiel de normalisation, initié et dirigé par une quinzaine d'entreprises internationales américaines et japonaises).

Le W3C a récemment mis en place des procédures accélérées (*Agile Track*²) visant à favoriser la mise en place de groupes de travail sur les réflexions relatives aux innovations du web.

Pour aller plus loin...

- le blog de Thierry Stoehr dédié aux formats ouverts (<http://formats-ouverts.org>) ;
- la page Wikipedia consacrée aux *formats ouverts* ;
- Patrice Bertrand, « Documents ouverts : un pont entre bureautique et gestion de contenus » (sur <http://tribunes-libres.smile.fr>).

1.2.5.4.b La dimension juridique du mouvement

En termes juridiques, les enjeux ne touchent pas vraiment la propriété intellectuelle : on parlera plus de normes, voire de référentiels nationaux,

1. Précisons enfin que l'Open Document Format, en sa version 1.2, a récemment été approuvé par le Committee Specification de l'OASIS ODF TC et voté au sein de l'OASIS (sous le parrainage de sociétés comme IBM, Oracle, KDE et Novell) le 30 septembre 2011.

2. <http://www.w3.org/2011/08/cg-pr.html.en>.

communautaires ou internationaux, relatifs à l'emploi de certains formats (généralement liés aux problématiques d'interopérabilité). Suite aux différends avec Microsoft, la Commission européenne avait exigé la mise en place de licences RAND (*reasonable and non-discriminatory*) — celles-ci restent néanmoins incompatibles avec les fondamentaux du logiciel libre, car elles mettent les standards à la discrétion des éditeurs propriétaires.

Ainsi, il est nécessaire qu'un format soit exempt de droits exclusifs (droit d'auteur ou brevets) pour être dit *ouvert* et, à terme, les problématiques récurrentes resurgissent : ainsi en est-il notamment avec le format vidéo WebM utilisé pour l'HTML 5 (utilisant notamment VP8 diffusé sous licence CC By avec une implémentation sous BSD¹).

Pour aller plus loin...

- DODD (T. Colin), « ODF : The inevitable format », *The RedHat Magazine*, 2007 (sur <http://magazine.redhat.com>) ;
- TREPPOZ (Édouard), « Aux confins du droit de la concurrence et du droit de la propriété intellectuelle : l'affaire Microsoft », *Le Monde*, 26 mars 2004 ;
- voir l'article de Wikipedia consacré au litige opposant Microsoft à la Commission Européenne (« Microsoft v. Commission »).

1.2.5.5 Open cloud

Les enjeux du *cloud* (1.2.5.5.a), s'ils sont cruciaux au regard de l'évolution des services et des produits, ne sont que faiblement juridiques (1.2.5.5.b).

1.2.5.5.a Les enjeux

Au regard des terminologies juridiques, le *cloud* n'est pas fongible (substituable) : il n'est pas possible, de changer du jour au lendemain de fournisseur tout en conservant les mêmes services et données (au mieux faut-il exporter ses données dans un format ouvert, afin de les importer ensuite

1. Peu de temps après que Google ait diffusé VP8, composant essentiel des formats WebM (vidéo) et WebP (image) intégrés dans le HTML 5, l'organisation MPEG LA a lancé un « appel à brevets » qui lui a permis de réunir 12 industriels prêts à assigner Google.

auprès du nouveau fournisseur — l'idéal étant que les deux fournisseurs disposent d'interfaces standards qui puissent communiquer entre elles, ce qui permettrait aux utilisateurs de rester libres et aux fournisseurs de conserver leur business).

Les enjeux du *cloud* dépassent donc les simples droits de propriété intellectuelle¹ et remettent en question les libertés assurées aux utilisateurs des services en *cloud* : la vie privée, les données (personnelles ou autres), l'interopérabilité² et la standardisation sont ici des enjeux cruciaux. C'est ce constat qui a motivé la création de nombreuses initiatives logicielles³ et groupes de réflexion à l'instar de l'Open Cloud Consortium⁴, l'Open Cloud Manifesto⁵, FFII TIO⁶, le Distributed Management Task Force⁷ (DMTF), l'initiative d'OW2 Open Source Cloudware Initiative⁸ ou encore l'alliance industrielle Free Cloud Alliance. Toutes ces stratégies démontrent la nécessité de retrouver dans le monde du *cloud* les mêmes qualités que celles que nous trouvons dans le monde du logiciel libre et de l'*open source* (l'absence de barrière d'entrée et de sortie, l'absence de discrimination, l'interopérabilité, la neutralité technologique et la transparence⁹).

L'Open Cloud Initiative (OCI¹⁰), association à but non lucratif californienne initiée en 2009, fut officiellement créée en juillet 2011 lors de la conférence OSCON. Elle édicte les Open Cloud Principles (OCP)¹¹ qui permettent de qualifier un produit ou service d'*open cloud*.

Les grandes sociétés d'Internet contribuent de plus en plus sous forme de logiciels libres afin de mutualiser leurs développements respectifs :

1. Même s'il a fallu adapter les licences libres à ces usages, comme le firent notamment les GNU Affero GPL v3, OSL v3.0, EUPL v1.1, etc.

2. Nommons ici le projet Deltacloud qui cherche à assurer l'interopérabilité entre les nuages via son API.

3. Telles Eucalyptus (GNU GPL), OpenStack (Apache v2.0), OpenNebula (Apache v2.0).

4. <http://www.opencloudconsortium.org>.

5. <http://www.opencloudmanifesto.org>.

6. <http://tio.ffii.org>.

7. <http://www.dmtf.org>.

8. <http://www.ow2.org/view/Cloud>.

9. Voir notamment la « Réponse de l'April à la consultation européenne sur le *cloud computing* » sur <http://april.org>.

10. <http://www.opencloudinitiative.org>.

11. <http://www.opencloudinitiative.org/principles>.

Google et Yahoo poussant le projet Hadoop alors que Twitter parle de libérer son logiciel Storm, tandis que l'éditeur LexiNexis ouvre sous GNU Affero GPL v3 son propre logiciel de traitement de données HPCC¹.

On peut enfin citer le travail réalisé par la fondation Mozilla autour des *Open Web Applications* qui sont des sites installables accompagnés de certaines fonctionnalités supplémentaires qui offriront aux utilisateurs la possibilité de récupérer tous les éléments nécessaires pour éventuellement migrer chez eux ou sur un autre service.



EXEMPLES CONCRETS

Le projet UNG, l'offre Drupal Garden et le projet Unhosted font figures de précurseurs :

- lancé en 2010 par des étudiants brésiliens, le projet UNG² (acronyme récursif de *UNG is not Google*) se présente comme alternative complète aux solutions de *cloud computing* propriétaires (logiciel métier, moteur de recherche, outil bureautique, etc.) ;
- l'offre *Drupal Garden* de la société Acquia est très intéressante en ce qu'elle donne aux utilisateurs, une fois le service de la plate-forme utilisé, la possibilité d'exporter le code, le thème et les données sur une autre instanciation (mutualisée ou dédiée) de ce même logiciel libre : véritable extension du Libre au *cloud* ;
- enfin, le projet Unhosted travaille sur un standard de web ouvert permettant de décentraliser les données des utilisateurs (et de concevoir des sites web implémentant cette technologie).

On se reportera aussi :

- à l'interview de Michiel de Jong, leader du projet Unhosted, sur le Framablog (<http://www.framablog.org>) : « Unhosted : libre et salubre tentative de séparer applications et données sur le web » ;

1. Avec, du côté de Facebook : Cassandra, Tornado et Hadoop : <http://developers.facebook.com/opensource>.

- au rapport « 2011 Cloud Computing Outlook – SurveyResults », sur networkworld.com ;
- à RASKIN (Aza), « Privacy Icons : Alpha Release » (blog personnel <http://www.azarask.in>) ;
- à COPE (Rod), « How Open is Open ? A PaaS Scorecard », OpenLogic, 2011.

1.2.5.5.b La dimension juridique du mouvement

La dimension juridique du mouvement est en réalité essentiellement traitée par le biais des licences libres classiques : telle la GNU Affero GPL v. 3 qui impose que les modifications du logiciel utilisé dans un service en ligne soient disponibles aux utilisateurs. La généralisation de l'usage de certains logiciels libres facilitera le transfert des services grâce à un ensemble de paramètres et données qui pourront être repris chez un concurrent ou hébergé par l'utilisateur lui-même.

Toutes les autres facettes (respect de la confidentialité, de la vie privée, etc.) seront probablement plus liées à des enjeux de transparence, voire de communication et de business (les contrats généraux d'utilisation étant pour le moment peu génériques et très fluctuants). La multiplication de logiciels libres dans ce secteur facilitera néanmoins le coût d'entrée pour tout « cavalier blanc » qui entendrait proposer de réelles sécurités sur le sujet. On peut regretter que les instances nationales ne puissent être plus présentes sur le sujet (notamment la CNIL en France), mais le caractère international d'Internet est incompatible avec une telle gestion décentralisée (il serait certainement plus efficace de travailler sur des collaborations internationales, voire d'établir des normes et de mettre en place des structures aptes à les faire respecter)¹.

1.2.5.6 L'embarqué et l'*open hardware*

Les enjeux de l'embarqué (1.2.5.6.a) sont très liés aux modèles des logiciels libres², mais ils s'en distinguent notamment par les réponses juridiques apportées (1.2.5.6.b).

1. On pourra se reporter aussi à l'interview par MOODY (Glyn) : « Eben Moglen - Freedom vs. The Cloud Log », *h-online.com*, 2010.

2. Voir BLANC (Gilles), *Linux embarqué : comprendre, développer, réussir*, Paris, Pearson, 2011.

1.2.5.6.a Les enjeux

Qu'elles soient communautaires (telle l'imprimante 3D RepRap¹) ou industrielles (comme Arduino²), la multiplication d'initiatives en la matière démontre le fort intérêt que présente l'*open source* pour les constructeurs de matériels : tant pour ce qui concerne les logiciels embarqués dans leurs produits (leur valeur ajoutée est principalement matérielle) que dans le processus de création et d'exploitation du matériel sous licence libre. On annonçait ainsi en 2010 plus de 300 projets de matériel libre (avec un chiffre d'affaires de 1 à 10 millions de dollars³) partagés entre industriels et communautés⁴.

Ce phénomène (et la réflexion économique qui l'accompagne et le justifie) est d'autant plus intéressant que cette industrie ne peut créer sans investir préalablement : d'une part dans la matière première et dans les machines nécessaires à la réalisation des produits ; d'autre part dans la recherche, le dépôt ou l'acquisition de titres de propriété industrielle (brevets, droit des dessins et modèles ou droit des topographies de semi-conducteurs).

Cette nouvelle vague d'innovation devient donc possible grâce à plusieurs facteurs : une réduction de la matière première et du coût des outils nécessaires pour créer les produits⁵ ; une transformation des produits et des méthodes afin de faciliter la simulation, les optimisations et les itérations en amont de la réalisation du produit de sorte à diminuer le coût et le temps de création, et de favoriser la réutilisation, voire le portage, en aval du projet initial. La plus grande avancée en la matière est probablement l'arrivée dans les années 1990 des FPGA (*Field Programmable Gate Array* — composants numériques reprogrammables) : même si les performances ne sont pas égales aux composants classiques, un FPGA et une carte adaptée présentent une véritable alternative — très

1. <http://reprap.org>.

2. <http://www.arduino.cc>.

3. Voir notamment la vidéo « Open source hardware \$1m and beyond - foo camp east 2010 » (<http://vimeo.com/11407341>).

4. Voir par exemple le projet The Enough Already construit sur la base d'Arduino afin de couper le son d'un téléviseur en fonction des intervenants et de leur discours.

5. L'OCDE estime que de 1974 à 1994 le prix des semi-conducteurs (microprocesseurs et mémoires) a été divisé par plus de 1000 et celui des ordinateurs par 10. Voir *Perspectives des technologies de l'information*, OCDE, 1997.

accessible — à la fonte de ces composants, ceci d'autant plus qu'ils font appel à un code source qui peut être partagé sous licence libre ¹.

En raison de la forte compétitivité de secteur, il faut aussi prendre en compte l'avantage attaché au premier entrant et les autres mécanismes différenciateurs (notamment les nécessaires procédures de certifications ou qualifications dans certains secteurs — l'aéronautique, le ferroviaire, l'aérospatiale et bientôt l'automobile).

Acteur très présent sur le sujet, le CERN² a récemment lancé l'*Open Hardware Initiative*, qui s'appuie sur la plate-forme Open Hardware Repository³ créée quelques années plus tôt dans le but de permettre aux scientifiques d'échanger et de partager leurs travaux en matière de plans, documentations et schémas, afin de favoriser la réutilisation de contenus existants et d'éviter de dupliquer leurs efforts. La *Cern Open Hardware Licence v 1.1* impose néanmoins des conditions qui empêchent d'y voir une licence libre : l'obligation d'avertir les contributeurs antérieurs quant aux modifications apportées et à la fabrication des matériels concernés.

1.2.5.6.b La dimension juridique du mouvement

Les produits étant plus complexes, ils sont couverts par de multiples droits d'importance différente : les droits de propriété industrielle (brevets, dessins et modèles, topographies de produits semi-conducteurs) sont ici prédominants alors que le droit d'auteur est encore relativement peu utilisé (sauf pour ce qui concerne les logiciels embarqués, ainsi que la partie reprogrammable de certains composants).

Chaque projet a adopté une politique différente en matière de licences : GNU GPL pour FreeCores⁴, GNU LGPL pour le projet Opencores⁵, licences *copyleft* ou permissives pour le LinuxFund.org⁶ (anciennement Open Hardware Foundation) et l'Open Graphics Project⁷ (quelques licences propriétaires également pour ce dernier), ou encore la rédaction

1. Des projets comme Armadeus permettent ainsi d'embarquer un Linux sur une seule carte.

2. L'Organisation européenne pour la recherche nucléaire (<http://public.web.cern.ch>).

3. <http://www.ohwr.org>.

4. <http://andras.tantosonline.com/freecores.htm>.

5. <http://opencores.org>.

6. <http://www.linuxfund.org>.

7. <http://wiki.opengraphics.org/tiki-index.php>.

de licence spécifique comme pour le projet Ballon¹ ou Tucson Amateur Packet Radio (TAPR)². Le projet Qi hardware³, qui a pour ambition de créer un pot commun de matériels libres, recommande aujourd'hui la GNU GPL v 3 (à la place de son ancienne politique par laquelle les plans étaient sous CC By-SA, le code sous GNU GPL v 2 et les brevets sous une licence particulière). Le CERN a publié la version 1.1 de sa licence OHL, qui encadre les plans et documentations d'équipements aux spécifications libres (*open hardware*) tout en imposant certaines obligations liées au partage des modifications des plans et à l'avertissement de toute mise en œuvre de ceux-ci.

Enfin, l'adoption de licences libres affecte directement les relations entre les différents acteurs, certains se réunissant en amont des projets afin de s'ouvrir ensemble à de nouveaux marchés (tel le projet français Baby-lone qui a pour vocation à créer et partager l'environnement nécessaire à un système GNU/Linux embarqué à destination de l'aéronautique) et d'autres rejoignant plus tard le projet (en tant qu'intégrateur ou client).

1.2.5.7 Open Web

Globaux, les enjeux de l'*open web* (1.2.5.7.a) reposent aussi sur une dimension juridique (1.2.5.7.b).

1.2.5.7.a Les enjeux

Autre mouvement transverse, l'*open web* affirme fondamentalement que les pièces majeures du web devraient être ouvertes, libres, afin de pouvoir être implémentées par tous ceux qui composent le réseau.

La fondation Open Web⁴ a donc été créée en 2010 sur le modèle des fondations Apache⁵ et OpenId, pour gérer les spécifications du web.

Ses missions se répartissent entre :

- un rôle d'incubateur, pour créer de nouvelles spécifications à destination du web ;

1. <http://balloonboard.org/licence.html>.

2. http://www.tapr.org/TAPR_Open_Hardware_License_v1.0.txt.

3. <http://en.qi-hardware.com/wiki/Qi:About>.

4. <http://www.openwebfoundation.org>.

5. <http://apache.org>.

- la gestion de licences sur les objets de droits exclusifs ;
- la diffusion de spécification sous Creative Commons ;
- la création et le support d'une communauté.

Elle comble de ce fait l'inaction des organisations de standards, promeut l'usage de licences claires ainsi que l'édiction de standards pour gérer la propriété intellectuelle. L'initiative n'englobe pas les autres courants dont elle reconnaît néanmoins la légitimité (comme l'*open data*). Enfin, elle est ici pour rédiger le contrat social qui réunira la communauté.

Projet complémentaire ayant récemment été annoncé, l'Open Networking Foundation¹ vient d'être fondée par d'importantes sociétés de télécommunication et du web (notamment Deutsche Telekom, Facebook, Google, Microsoft, Verizon, and Yahoo) pour accélérer l'innovation relative au réseau (en se basant sur la technologie OpenFlow)².

1.2.5.7.b La dimension juridique du mouvement

La fondation OpenWeb a publié plusieurs licences qui s'étendent tant au droit des brevets qu'au droit d'auteur. L'Open Web Final Specification Agreement (OWFa 1.0) est ainsi utilisé par le projet Open Compute³, projet lancé par Facebook afin de créer une communauté ouverte destinée à optimiser la création de serveurs et datacenters. Elle contient une licence en matière de droit d'auteur et une promesse de non-agression en matière de brevets.

1.2.5.8 etc.

La liste serait trop longue s'il fallait détailler toutes les autres extensions de ce phénomène, tout du moins peut-on en lister quelques-unes :

- Personal Genome⁴ et PSI structural genomics⁵. Projets qui œuvrent dans le secteur des génomes humains, de la biologie (Personal Genome partage ses informations sous licence CC-0) ;

1. <http://www.opennetworkingfoundation.org>.

2. Voir le *Manifeste* des Open Web Applications qui décrit les informations nécessaires au navigateur web pour interagir avec une application (https://developer.mozilla.org/en/OpenWebApps/The_Manifest).

3. <http://opencompute.org>.

4. <http://www.personalgenomes.org>.

5. <http://kb.psi-structuralgenomics.org>.

- Tela Botanica¹. Principal réseau de botanistes qui partagent leurs connaissances sous licence Creative Commons By-SA ;
- Territoires sonores². Documents et témoignages sous forme de balades sonores (sous licence Creative Commons) ;
- Sesamath³. Manuels et logiciels mathématiques rédigés par une communauté de professeurs de mathématiques et diffusés sous licences libres (GNU FDL et GNU GPL) ;
- l'initiative Open Prosthetics⁴ qui est une collaboration ouverte entre utilisateurs de prothèses, concepteurs et financeurs afin de créer des modèles de prothèses disponibles pour tous ;
- le projet Open Money⁵ qui donne tous les outils pour la mise en place de monnaies alternatives ;
- le projet Open Law⁶, soutenu par Harvard, a pour ambition d'impliquer les communautés dans la réflexion relative à l'édiction des lois.

1.3 L'impulsion favorable des puissances politiques publiques

En tant qu'utilisatrices, les puissances publiques se sont très tôt intéressées au phénomène du Libre (pour différentes raisons dont le prix, l'adaptabilité, la sécurité, etc.), sans jamais franchir le pas du politique. Le préjudice est d'autant plus fort que le budget alloué au marketing des logiciels libres est généralement nul⁷, ce qui les rend bien moins visibles auprès de la sphère politique.

Néanmoins, le marché comme le politique ne peuvent que suivre le chemin tracé par les acteurs de la création et de l'innovation, et on observe ainsi des impulsions plus ou moins fortes des puissances publiques qui bénéficient au Libre : dans l'*open source* / logiciel libre (1.3.1), les standards ouverts (1.3.2), et l'*open data* (1.3.3).

1. <http://www.tela-botanica.org>.

2. <http://www.territoires-sonores.net>.

3. <http://www.sesamath.net>.

4. <http://openprosthetics.org>.

5. <http://www.openmoney.org>.

6. <http://cyber.law.harvard.edu/openlaw>.

7. À relativiser néanmoins depuis que d'importants acteurs (notamment Google) assurent une promotion équivalente au profit de leur logiciel sous licence libre.

1.3.1 L'impulsion des puissances publiques en faveur du logiciel libre

Différents types d'impulsions (1.3.1.1) caractérisent les actions publiques en faveur de l'*open source* dans le monde (1.3.1.2).

1.3.1.1 Les types d'impulsion

La dimension politique du logiciel libre n'a pas échappé aux administrations ou collectivités qui peuvent ainsi justifier auprès de leurs contribuables d'une action qui participe à la constitution d'un fonds commun et qui les rend « plus libres » à l'ère du numérique.

Même s'il leur est parfois possible d'édicter des lois en ce sens (1.3.1.1.a), l'action des administrations ou collectivités se fait surtout au travers des marchés publics (1.3.1.1.b), voire par la prise en charge de l'édition de logiciels libres (1.3.1.1.c) ou le soutien du mouvement par d'autres actions directes ou indirectes (1.3.1.1.d).

1.3.1.1.a Les réformes législatives en faveur du Libre

En 2009, le Conseil régional italien du Piémont a adopté une loi disposant que : « la Région, dans le processus de sélection des programmes d'ordinateur qu'elle acquiert, préfère les Logiciels Libres et les programmes dont le code source peut être inspecté par les licenciés ». Alors que ce choix était accueilli avec enthousiasme par les partisans du logiciel libre et par la société civile, la Présidence du Conseil italien a contesté cette loi en saisissant la Cour constitutionnelle afin de déclarer ce texte illégal. Par une décision du 23 mars 2010¹, la Cour a jugé que la préférence envers le logiciel libre est légitime et conforme au principe de la liberté de la concurrence. La Cour précisant que

Le concept du logiciel libre et des logiciels dont le code source est ouvert ne se réfère pas à une technologie particulière, marque ou produit, mais exprime une caractéristique juridique.

1. <http://www.cortecostituzionale.it>.

Dans une autre perspective, le président de la Fédération de Russie, Dmitry Medvedev, a récemment proposé¹ une réforme de la législation de son pays afin de faciliter la diffusion de contenu sous licence de type Creative Commons.

Certains estiment que les réformes devraient être plus profondes : ainsi Mélanie Clément Fontaine propose la création d'un *domaine public réservé* qui permettrait aux auteurs de renoncer légalement à leurs droits au profit d'un statut légal conçu sur le modèle du *copyleft*².

Toutes ces réformes posent néanmoins un certain nombre de problématiques (notamment au regard des traités internationaux dont la France est signataire) et il est à craindre qu'il faille attendre encore quelques années avant que celles-ci puissent se généraliser³.

1.3.1.1.b Les marchés publics comme premier vecteur de commande de logiciels libres

La source de financement de l'écosystème du logiciel la plus simple est la commande de logiciels (en qualité de matériels et fournitures informatiques) ou de services autour de ceux-ci par le biais d'appels d'offres. Une telle technique permet par ailleurs de mutualiser les développements au bénéfice du secteur public, celui-ci ayant tout intérêt à pouvoir réutiliser massivement et sans limitation les logiciels payés une première fois — destructeur d'un nombre important de rentes qui s'était construites autour des besoins des acteurs publics.

Classiquement, cette politique peut être intégrée par des critères objectifs au sein de marchés publics qui restent conditionnés à un certain nombre de règles destinées à assurer un bon usage des deniers publics⁴ — qui ne leur permettent pas, par exemple, de désigner nommément le logiciel

1. Voir l'annonce sur : <http://en.rian.ru/society/20110602/164385846.html>.

2. CLÉMENT-FONTAINE (Mélanie), *Les Œuvres Libres*, thèse sous la direction du Professeur Michel Vivant, Univ. Montpellier 1, 2006.

3. Voir JEAN (Benjamin), *Propriété intellectuelle et Open Innovation*, *op. cit.*

4. Citons néanmoins le décret 1111-2011 du Gouvernement du Québec (rendu public par le site QuebecLeaks), qui autorise le Centre de services partagés du Québec à conclure des contrats selon des conditions différentes de celles qui lui sont applicables en vertu de la loi sur les contrats des organismes publics (au profit d'un nombre limité de fournisseurs, dont : Microsoft, Oracle Canada, IBM Canada, Adobe et Symantec).

souhaité¹. On vit néanmoins la situation analogue où des marchés publics de service indiquaient par leurs marques les logiciels libres sur lesquels étaient demandés l'installation ou le support : il ne semble pas y avoir à priori d'atteinte à la concurrence puisqu'aucune société n'est par ce fait exclue de l'appel (la situation pourrait néanmoins être différente si une des sociétés était l'éditrice unique du logiciel) ; mais il est en revanche plus critiquable (en termes de recherche d'une solution optimum) que de tels appels puissent se faire sans une étude des différentes solutions répondant au besoin (obligatoires dans le cadre d'un marché public de fournitures). C'est exactement cette hypothèse qui a récemment emporté la saisine du juge des référés puis du Conseil d'État : statuant sur une requête par laquelle les sociétés évincées de l'appel d'offres reprochaient à la région Picardie d'avoir nommé fait référence aux logiciel libre pour lequel elle demandait la mise en œuvre, l'exploitation, la maintenance et l'hébergement d'une plate-forme de services, le Conseil d'État a, par une décision (numéro 350431) du 30 septembre 2011, jugé qu'un tel marché public de service pouvait mentionner une marque car il n'était pas soumis au régime plus contraignant des marchés publics de fournitures (et que celle-ci n'entraînait aucune distorsion de la concurrence). Si cette décision semble heureuse en l'espèce², il aurait été intéressant de pousser plus loin la réflexion relative à l'atteinte à la concurrence pour laquelle d'autres facteurs (procurant potentiellement un avantage à l'éditeur) que la licence devraient, nous semble-t-il, être considérés : la lisibilité et l'accès du code (peut-il être compris et manipuler par un tiers qui se penche sérieusement sur ce dernier), les modalités de diffusion (le code publié est-il le plus à jour), le business modèle (la société éditrice possède-t-elle une offre de modules propriétaires susceptibles de la favoriser ?), la gouvernance du projet (tout développeur peut-il en pratique contribuer ses modifications

1. Un tel critère étant interdit, en l'absence de la mention « ou équivalent » (sauf à justifier techniquement un tel choix) — même si certaines personnes publiques continuent à exclure expressément la procédure d'ouverture des marchés publics en citant les marques des produits désirés (plus de 400 références à des marques commerciales avaient été dénombrées au sein du seul journal officiel de l'UE entre février et mars 2010 par le groupe OpenForum).

2. L'ENT Lilie est un bel exemple de mutualisation : initialement financé par la Région Île-de-France, un effort particulier ait été réalisé pour rendre ce logiciel libre (notamment par l'organisation d'une copropriété autour du code permettant d'empêcher toute privatisation) et il est aujourd'hui massivement réutilisé par d'autres collectivités.

au sein du projet ? Ce dernier aspect pouvant être fondamental pour un client qui souhaite rendre pérenne toute modification déjà payée).

Finalement, de plus en plus de raisons pragmatiques entraînent l'adoption de logiciels libres (large choix de logiciels, interopérabilité, confiance et stabilité, sécurité, facilité de déploiement, facilité de localisation, etc.). On constate même que certains projets, auparavant trop importants pour les sociétés du secteur, leur sont aujourd'hui partiellement accessibles grâce au soutien de grandes SSII (Sociétés de Services en Ingénierie Informatique) en tout cas pas dans ce chapitre — ceci même si la tendance à rédiger des appels d'offres globaux préjudiciable à l'écosystème industriel du Libre qui n'est généralement pas en mesure de répondre par lui-même¹.

Enfin, il est néanmoins heureux de constater que les acteurs publics se rendent compte de l'importance de garder de bonnes relations avec les communautés qui éditent leur logiciel ou qui les utilisent (les administrations ne doivent pas réaliser tout toutes seules : outre que ce n'est pas leur métier, elles passeraient certainement à côté d'innovations bienvenues en provenance desdites communautés). Ce rôle est généralement contractuellement confié à l'attributaire du marché qui contribue sur les logiciels ou propose une assistance sur ces derniers.

Pour aller plus loin...

- AIMÉ (Thierry), « Guide pratique d'usage des logiciels libres dans les administrations », 2007-2011 (voir sur www.osor.eu) ;
- April, « Courrier-type pour appel d'offres discriminant », 2011 (voir sur www.april.org).

1.3.1.1.c L'édition de logiciels par le secteur public

Toujours par le biais de marché public, certaines collectivités et administrations décident de financer le développement de logiciels libres

1. Voir notamment la table ronde présidée par Benjamin Jean et Frédéric Couchet lors de *Solutions Linux 2011* : « Quelle politique publique en matière de logiciel libre ? ».

qu'elles maintiennent — quitte à ce qu'elles le partagent ensuite avec d'autres acteurs du secteur public.

Certains éditeurs propriétaires se sont soulevés contre ce nouveau courant d'autonomie des administrations et collectivités qui leur « porterait concurrence » par le développement de produits *open source*. Le centre espagnol de ressources sur l'*open source*, Cenatic, déclare au contraire que « les administrations publiques qui développent et partagent leur logiciel ne doivent pas être perçues comme des pratiques anticoncurrentielles, mais prises comme une opportunité pour les sociétés privées de construire et d'étendre leur offre de services ». Cela d'autant plus que de tels logiciels sont généralement développés dans un contexte où aucune offre existante ne convient aux besoins.

Il conviendrait par ailleurs de rappeler que l'édition de tels logiciels peut rentrer dans les missions de services publics : si les besoins en équipement informatique étaient considérés comme une nécessité, et que les logiciels propriétaires étaient proposés à des coûts prohibitifs.

1.3.1.1.d Les autres impulsions publiques

Enfin, d'autres actions en faveur de l'écosystème des logiciels libres et *open source* existent, notamment sous la forme de « Centres de compétences *open source* », centres de recherche spécialisés (telle l'Initiative de Recherche et Innovation sur le Logiciel Libre¹ en France) ou encore pôles de compétitivité dédiés (ces derniers facilitant l'accès aux subventions publiques grâce à une procédure de labellisation).

La sensibilisation et le financement d'événement en faveur du Libre ou du logiciel libre en particulier semblent aussi tout à fait nécessaires compte tenu de la difficulté pour les entreprises du secteur — et, à fortiori, les communautés — à investir dans la communication et le marketing.

1.3.1.2 Les différentes politiques favorables à l'*open source* dans le monde

Le mouvement que l'on observe en France (1.3.1.2.a) s'inscrit dans une perspective européenne (1.3.1.2.b), voire mondiale (1.3.1.2.c).

1. <http://www.irill.org>

1.3.1.2.a En France

Nous avons la chance, dans notre pays, d'avoir des administrations qui, très tôt, comprirent leurs intérêts dans l'*open source* et qui, par la multiplication de marchés publics favorables, permirent au tissu économique du Logiciel Libre de se former et de se structurer.

Par ailleurs, l'association de collectivités Adullact¹ a, dès 2002, promu une politique publique de mutualisation qui donna rapidement la première forge publique adullact.org² destinée à partager les logiciels payés sur fonds public (inspirant les travaux postérieurs autour de la forme européenne Osor.eu³ lancée par la Commission Européenne). Ainsi le logiciel de modélisation Code-Aster⁴ (notamment utilisé dans le nucléaire) a récemment fêté ses 20 ans.

Il n'y a en revanche aucune politique nationale du logiciel libre similaire au positionnement récent en faveur de l'*open data*. Ainsi, contrairement aux engagements qui purent être pris lors des présidentielles, aucun pôle de compétitivité dédié au logiciel libre n'a été mis en place, et c'est donc au travers des multiples pôles de compétitivité (à dimension nationale ou internationale) que s'est dispersée l'industrie du logiciel libre : au premier rang, le pôle System@tic au travers d'un groupe thématique dédié⁵, mais aussi d'autres pôles comme Cap Digital⁶ (et notamment CoLLibri⁷) ou Aerospace Valley⁸. Ce choix bénéficie peut-être partiellement au logiciel libre, dont la culture infuse ainsi dans l'ensemble des pôles, mais il le fait sans force (face à une industrie traditionnelle qui tient encore une place

1. L'Adullact est une association de collectivités territoriales, d'administrations publiques et centres hospitaliers qui a pour objectif de promouvoir, développer, mutualiser et maintenir un patrimoine commun de logiciels libres utiles aux missions de service public.

2. <http://adullact.org>

3. <http://www.osor.eu>.

4. <http://www.code-aster.org>.

5. <http://www.systematic-paris-region.org/fr> (groupe thématique « logiciel libre »).

6. <http://www.capdigital.com>.

7. « La communauté Collibri (<http://www.collibri.org/>) est née d'un désir des acteurs du logiciel libre et du web 2.0 de se rassembler et de s'organiser de façon à faire émerger des projets communs. Ce site collaboratif représente à lui tout seul l'esprit du web 2.0 : il prône la participation, l'échange, le partage et la communication. Le rôle de Collibri est à la fois transverse, prônant l'*open innovation*, et vertical, sur les thématiques comme la coopération, l'intelligence collective, les réseaux sociaux, les nouveaux modèles économiques. »

8. <http://www.aerospace-valley.com>.

dominante) et sans remplacer l'opportunité préalable qui aurait pu être offerte au logiciel libre de se structurer et de se renforcer¹.

En terme de promotion du Libre et de l'*open source*, on peut citer l'événement annuel Open World Forum² (OWF), soutenu par de nombreux acteurs institutionnels. Histoire moins heureuse, le Centre européen de transfert et de recherche en informatique libre (CETRIL), organisateur des Trophées du Libre à Soissons, a aujourd'hui disparu. La Fédération Nationale du Logiciel Libre (FniLL), organisatrice de l'événement « Paris Capitale du Libre », n'a pas survécu à la perte des financements publics et ses adhérents s'en sont détournés.

Enfin, et même si la démarche semble aujourd'hui beaucoup moins active, il faut reconnaître le travail réalisé par la Direction générale de la modernisation de l'état DGME³ (qui avait notamment publié le « Guide pratique d'usage des logiciels libres dans les administrations » rédigé par Thierry Aimé, cité précédemment).

1.3.1.2.b En Europe

Au-delà de la France, il est possible de trouver quelques initiatives européennes en faveur du logiciel libre, même si force est de constater que celles-ci n'ont jamais été menées jusqu'à leur terme (des pays tels que les Pays-Bas, l'Italie ou le Royaume-Uni ont communiqué à plusieurs reprises sur l'importance de l'*open source*). Il semblerait qu'il s'agisse néanmoins de démarches politiques difficiles à affirmer à l'échelle d'un pays — raison pour laquelle, dans les pays composés de régions fortes et relativement autonomes, l'édiction de loi et les prises de position franches en faveur du logiciel libre sont faites à l'échelle de ces dernières (telle la Région du Piémont en Italie ou l'état du Kerala en Inde)⁴. Le CSI Pié-

1. La question n'est bien sûr pas si simple et les querelles de chapelle au sein de l'industrie de l'*open source* peuvent justifier à elles seules l'impossibilité de leur confier la gestion de quelques financements publics.

2. <http://www.openworldforum.org>.

3. <http://www.modernisation.gouv.fr>.

4. Voir notamment les différentes interventions réalisées par ces acteurs lors d'EOLE 2010 à Turin : *Free Software in Turin Province (Ida Vana)*, *The work of the Commissione Ministeriale sull'Open Source (Prof. Angelo Raffaele Meo)*, *Piedmont Region law* (Roberto Moriondo), *Free Software in public sector — Kerala experience* (Arun Madhavan Pillai), *Free software in Ecuador* (Diego Chavez) et *Free software in Extremadura* (Carlos M Cabo Domínguez).

mont, qui mutualise à grande échelle, explique d'ailleurs promouvoir (et accompagner) l'utilisation de logiciels libres par pragmatisme.

Au Royaume Uni, après quelques années de communication sans réels effets, une politique plus concrète a pris forme courant 2011 par le biais d'une liste des logiciels *open source* pouvant être utilisés par les administrations (sous l'intitulé d'« Open Source Software Options for Government », aujourd'hui en version 0.3) ainsi que l'édition des critères nécessaires à l'utilisation de tels logiciels (au travers l'« Assessment of Open Source Software for Government », lui aussi en version 0.3). De son côté, l'Allemagne a ainsi opté pour la création d'un Centre de compétences OSS (Open Source Software Competence Centre¹) qui permet de mutualiser les réflexions et expériences des administrations. Il est rattaché au Bundesstelle für Informationstechnik (BIT) et promeut l'utilisation de logiciels libres dans l'administration.

Par ailleurs, l'Europe — qui voit dans l'*open source* un développement potentiel pour son industrie face aux géants américains et asiatiques² — a financé deux projets qui ont œuvré en faveur du logiciel libre : le projet Qualipso³ (Quality Platform for Open Source Software) d'une part et les initiatives Osor.eu (maintenant Joinup.eu) et EUPL⁴ issues du département IDABC⁵ — aujourd'hui ISA — d'autre part. Cependant, la dimension de la structure, la lourdeur administrative et l'aspect politique de la Commission sont autant d'arguments qui expliquent qu'il est très difficile pour la Commission, en tant que structure politique, de faire le choix unique du logiciel libre. Ainsi, la Direction Générale de l'Informatique⁶ (DIGIT) de la Commission européenne, qui explique sur son site sa stratégie en faveur de l'utilisation interne d'*open source*, s'est récemment distinguée par l'achat de plusieurs dizaines de milliers de licences Microsoft sans procéder à de quelconques appels d'offres⁷.

1. <http://www.oss.bund.de>.

2. Voir The impact of Free/Libre/Open Source Software on innovation and competitiveness of the European Union, UNU-MERIT, 2006.

3. <http://www.qualipso.org>.

4. <http://www.osor.eu> et <http://www.osor.eu/eupl>.

5. <http://ec.europa.eu/idabc>.

6. http://ec.europa.eu/dgs/informatics/index_fr.htm.

7. Les appels d'offres comportant une exigence de code « without GPL » se multiplient aussi au sein d'administrations et établissements publics craignant les contraintes et les effets de bord. Une partie de ces craintes disparaîtra lorsque les logiciels et licences libres seront

1.3.1.2.c Dans le reste du monde

Dans le reste du monde, les politiques sont diverses et assez complexes. Le Pérou et l'Extremadure sont les précurseurs, et l'Australie avait publié dès 2005 un guide intitulé *A guide to Open Source Software for Australian Government Agencies*. Aux États-Unis, l'*open source* est aujourd'hui perçu comme la meilleure méthode de développement de logiciels (moins chers, mieux testés et donc sécurisés, interopérables, etc.). On retrouve ce constat du côté du gouvernement, mais celui-ci est surtout très actif dans la mise en place d'une politique de « transparence » et d'« ouverture » qui bénéficie, directement ou indirectement aux logiciels libres. Le ministère de la défense américaine (DoD) est lui aussi un fervent partisan du logiciel libre ¹ et possède sa propre forge publique (<http://forge.mil>).

L'Inde et le Brésil se distinguent en la matière. Dans ces deux pays, les principaux acteurs de l'*open source* sont publics en raison d'une impulsion politique très forte qui entraîne l'édition sous licences *open source* des logiciels destinés aux propres besoins des administrations comme à ceux de ses citoyens, la formation des étudiants, la création de centres de compétences locaux, etc.

Nul doute que ces mouvements gagneront en importance au fur à mesure que ces pays progresseront. En 2011, le Brésil a annoncé qu'il allait, en sa qualité de très grand utilisateur de la suite OpenOffice.org, rendre les contributions nationales plus régulières et conséquentes.

Pour aller plus loin...

- « Libérer les logiciels du secteur public », European Open Source & Free Software Law Event (EOLE), Turin, 2010, (<http://eolevent.eu/fr/node/265>) ;
- voir l'initiative indienne CATFOOS (Centre for Advanced Training in Free and Open Source) Software ainsi que l'IC-

mieux compris, mais cela peut aussi être un choix mûrement réfléchi (ainsi, la fondation Eclipse refuse actuellement l'intégration de tout composant sous licence GNU GPL au sein de ses projets).

1. Voir notamment le numéro « DoD and Open Source Software, Lessons Learned, Challenges Ahead », *SoftwareTech*, (1)14, 2011 (<http://journal.thedacs.com/issue/56>).

FOSS (International Center for Free and Open Source Software), <http://www.catfoss.kerala.gov.in> ;

- « Brazil and India : The Next Generation of Open Source », *Open Source Initiative*, 2010, (<http://www.opensource.org/node/528>) ;
- voir la « Letter of Intent » publiée par le Brésil en faveur de l'ODF et de la suite OpenOffice.org (<http://www.softwarelivre.gov.br>) ;
- Gouvernement australien, *A Guide to Open Source Software for Australian Government Agencies Second Edition*¹ (dernière mise à jour mars 2011).

1.3.2 Les standards ouverts

Pour rappel, l'article 4 de la Loi n° 2004-575 pour la confiance dans l'économie numérique (LCEN) définit les standards ouverts de la façon qui suit : « [o]n entend par standard ouvert tout protocole de communication, d'interconnexion ou d'échange et tout format de données interoperables et dont les spécifications techniques sont publiques et sans restriction d'accès ni de mise en œuvre. » En l'absence d'un article supplémentaire contraignant à l'usage de tels standards, l'intérêt de cette définition était avant de tout de poser un premier cadre de réflexion.

Ce n'est ainsi que plus tard, le 11 novembre 2009, que fut publié le Référentiel Général d'Interopérabilité² afin de « guider les autorités administratives dans l'adoption de normes, standards et bonnes pratiques, afin de favoriser l'interopérabilité de leurs systèmes d'information ». La version initiale prévoyait de préconiser le recours au format ODF (Open Document Format) normalisé par l'ISO (Norme ISO/IEC 26300:2006) en mai 2006, mais elle a ensuite été révisée pour intégrer le format OOXML (Office Open XML) normalisé en un temps record (6 000 pages en deux mois seulement !) sous la pression de Microsoft qui souhaitait assurer une rétrocompatibilité vis-à-vis des versions antérieures de son format (il de-

2. <http://references.modernisation.gouv.fr/rgi-interoperabilite>.

vait être utilisé dès Office 2010, mais la version implémentée ne correspond pas au format normalisé).

En Italie, la région des Pouilles prépare une loi qui rendra obligatoire à ses administrations l'utilisation de formats ouverts et de logiciels libres : cela dans une politique de réduction des coûts et pour ouvrir le marché aux TPE. Enfin, une étude intitulée *UK Government Open Standards Survey* a été réalisée sur le sujet au Royaume-Uni en 2011 (non encore publiée).

Le gouvernement hongrois a exprimé le 1^{er} juin 2011 sa volonté d'imposer l'utilisation du format ODF, vu comme un format indépendant de tout fournisseur¹.

Pour aller plus loin...

- le site de veille <http://www.openformats.org> ;
- la « Charte sur la conservation du patrimoine numérique » adoptée par l'UNESCO le 15 octobre 2003 (voir <http://portal.unesco.org>) ;
- l'European Interoperability Framework for pan-European eGovernment Services (sur <http://ec.europa.eu>), Version 1.0 (2004).

1.3.3 L'impulsion publique en faveur de l'*open data*

Le mouvement de l'*open data* est arrivé tardivement sur le devant de la scène politique, mais son adoption fut alors fulgurante et vue comme l'achèvement d'une politique de transparence initiée dans les années 1980. Ainsi, la démarche étant encore jeune et en pleine adoption (1.3.3.1), il faut garder un regard critique et replacer la situation française (1.3.3.3) à l'échelle des pays (1.3.3.2) et à l'échelle européenne (1.3.3.4). Enfin, les principes de l'*open data* s'étendent au-delà, notamment dans ce qu'il est d'usage d'appeler l'*Open Government* (1.3.3.5).

1. Le plan ODF fut annoncé le 1^{er} juin 2011 lors de la conférence « The Parliament of Information Society » qui s'est tenue au parlement hongrois.

1.3.3.1 Les origines

En 1978, la France s'est dotée d'une loi « portant diverses mesures d'amélioration des relations entre l'administration et le public et diverses dispositions d'ordre administratif, social et fiscal ». Elle était destinée à assurer aux citoyens l'accès aux documents administratifs (en provenance d'établissements publics administratifs, ou privés avec mission de service public) et entraînait d'une part des obligations de mise à disposition pour l'administration et d'autre part la constitution d'une commission, la Commission d'Accès aux Documents Administratifs (CADA¹), garante de leur respect. Il y eu ensuite peu d'usage de cette loi, même si, en phase avec son époque, le gouvernement français confirma en 1998 que les « données publiques essentielles » devaient être accessibles gratuitement sur Internet.

En 2005, une ordonnance « relative à la liberté d'accès aux documents administratifs et à la réutilisation des informations publiques » (transposant la directive européenne de 2003 « sur la réutilisation des données du secteur public ») est venue ajouter — et organiser — la possibilité de réutiliser les données publiques. Certains documents sont expressément exclus de cette réutilisation (lorsque protégés par un droit de propriété intellectuelle d'un tiers, relatifs à un service public industriel et commercial, ou provenant d'établissements et institutions d'enseignement et de recherche ou d'organismes ou services culturels). Une circulaire du Premier Ministre ajoute, courant mai 2006, un « objectif de développement économique par une meilleure valorisation des gisements de données dont disposent les administrations. »

Deux logiques coexistent donc : celle (passive) de la simple mise à disposition impliquant une démarche du demandeur et celle (active) de la diffusion reposant sur une démarche du producteur de la donnée. Constitutives d'une politique incitative, ces dispositions prennent la forme d'une série d'obligations à l'encontre de certaines personnes publiques (tous les établissements publics ne sont pas concernés), pour certains documents (tous les documents ne sont pas visés — sont notamment exclus tous ceux devant demeurer secret, touchant à la défense nationale, la sécurité publique, la protection d'espèces rares ou des données archéologiques)

1. <http://www.cada.fr>.

afin d'assurer certains droits aux citoyens. Au-delà de ce cadre minimum, il leur est évidemment tout à fait possible d'opter pour une diffusion plus large des données/informations publiques détenues : le mouvement de l'*open data* étant la politique la plus ouverte en la matière, et la meilleure en termes de marketing. . .

Enfin, parallèlement, et dans deux domaines précis, ont été organisés des régimes plus contraignants. Une Charte de l'environnement a été rédigée dans la continuité de la Convention d'Aarhus afin de préciser que « [t]oute personne a le droit, dans les conditions et les limites définies par la loi, d'accéder aux informations relatives à l'environnement détenues par les autorités publiques et de participer à l'élaboration des décisions publiques ayant une incidence sur l'environnement ». Peu de temps après, la directive européenne INSPIRE a ajouté un cadre légal pour l'établissement et l'exploitation d'une infrastructure d'information spatiale commune en Europe.

Pour aller plus loin...

- Rapport « Recommandation. Quelle politique de diffusion des données publiques ? », Forum des droits sur l'internet (<http://www.foruminternet.org/>) ;
- « Les sources de la démocratie environnementale — le principe de participation du public : de la convention d'Aarhus à la charte de l'environnement », dossier du participant, Conférence du Conseil d'État — 22 décembre 2010 (voir : <http://www.conseil-etat.fr>).

1.3.3.2 Les démarches *open data* à l'échelle des pays

À l'échelle internationale, les États-Unis¹ en 2009, puis le Royaume-Uni² en 2010, ont été les deux premiers pays à communiquer sur l'adoption d'une politique d'*open data* avec la mise en place de leurs portails respectifs.

1. <http://www.data.gov>.

2. <http://data.gov.uk>.

Devant le succès de ces initiatives, tant en termes de communication qu'au regard des usages qu'elles ont engendrés, les autres pays ont rapidement adopté des démarches similaires : Pays-Bas¹, Suède², Espagne, Bulgarie, Canada, Tunisie, Finlande, Australie³, Nouvelle-Zélande⁴, Irlande du Nord et Maroc⁵. L'excellent site américain Open Data Site⁶ répertorie ainsi plus de 200 initiatives similaires à l'échelle des états, des collectivités ou des organisations internationales. Par ailleurs, un regroupement de collectivités et administrations autrichiennes a annoncé la mise en place d'une coopération « Cooperation OGD Austria » qui mutualisera les outils juridiques (les licences) et techniques (grâce au logiciel CKAN développé par l'OKF) pour la diffusion des informations publiques ; et le Royaume-Uni a récemment publié le rapport « Making Open Data Real : A Public Consultation⁷ » destiné à « établir une culture de la transparence et de l'ouverture des services publics. »

Plusieurs types de licences sont utilisées pour la diffusion de ces données :

- les licences communautaires préexistantes (principalement les licences Creative Commons et ODbL) :
 - la coopération autrichienne *Cooperation OGD Austria* ainsi que la Nouvelle-Zélande ont opté pour la CC-By 3.0 ;
 - La région du Piémont italienne, déjà précurseur en matière de logiciels libres en Italie, a publié son portail open data⁸ sous CC-By et utilise la licence CC-0 sur les données ;
 - La suisse a opté pour une CC-By-SA 3.0 ;
 - l'ODbL a été choisie par de nombreuses collectivités françaises (notamment la Mairie de Paris⁹, Nantes Métropole, Grand Toulouse, le Nord-Pas-De-Calais, etc.) et quelques pays (notamment le Maroc).

1. <http://www.opendatanelderland.nl>.

2. <http://www.opengov.se>.

3. <http://data.gov.au>.

4. <http://nzgoal.info>

5. <http://data.gov.ma>.

6. <http://www.data.gov/opendatasites>.

7. <https://update.cabinetoffice.gov.uk/sites/default/files/resources/open-data-consultation.pdf>

8. <http://dati.piemonte.it>.

9. <http://opendata.paris.fr>.

- ou des licences spécifiques :
 - l'Open Government Licence¹ (OGL) en Angleterre pour le site [legislation.gov.uk](http://www.legislation.gov.uk) : la licence est rédigée pour les besoins du gouvernement britannique et compatible avec la licence Creative Commons Attribution (pour le copyright) et la licence Open Data Commons Attribution (pour les bases de données) ;
 - la licence ColorIURIS² (ColorIURIS) pour la ville espagnole de Saragosse ;
 - la récente Licence Ouverte³ (LO) qui sera utilisée en France par toute l'administration et les collectivités qui le décident. Elle est très ouverte et compatible avec les principales licences communautaires existantes, notamment avec l'OGL, la CC-By-SA 2.0 et l'ODbL.

Il n'existe à l'heure actuelle aucun consensus quant à l'usage de licences de type *copyleft* ou non : celles-ci offrant des pistes de valorisation rassurent de nombreuses collectivités, mais qui génèrent aussi un courant de mécontentement du côté des industriels qui souhaiteraient profiter de ces données sans contrepartie⁴.

Pour finir, outre ces initiatives directement menées par les États, ceux-ci incitent indirectement les sociétés privées à suivre ces recommandations (notamment celles qui travaillent directement avec elles) : ainsi la société *simplegeo*⁵, qui développe des applications autour de la géolocalisation, a annoncé la publication de ses propres données sous licence CC-0 afin de se concentrer sur le service.

1.3.3.3 Les démarches *open data* à l'échelle française

Les villes de Brest, Rennes et Nantes (aux dernières nouvelles en 2011) ont chacune à leur tour arboré les couleurs de l'*open data*. La démarche

1. <http://www.nationalarchives.gov.uk/doc/open-government-licence>.

2. <https://www.coloriuris.net/risp-ayto-zaragoza/contenido/126>.

3. <http://ddata.over-blog.com/xxxyy/4/37/199/126/licence/Licence-Ouverte-Open-Licence.pdf>

4. Voir sur le sujet le récent (et criticable) rapport Samuelson-Glushko, *Analysis of share-alike obligations in municipal open data licenses*, Canadian Internet Policy and Public Interest Clinic, University of Ottawa, 2011.

5. <https://simplegeo.com>.

parisienne se distingue aussi, mais par le fort investissement (et la réflexion relative aux licences) et par son aspect « pionnier » qui donnèrent confiance à d'autres collectivités (notamment : Marseille, Montpellier, Nantes, Bordeaux, Toulouse et le Nord-Pas-de-Calais).

On peut néanmoins regretter que les échanges aient été si faibles quant au choix des licences, des technologies, etc., chaque collectivité et administration fonctionnant de façon isolée en l'absence de cadre commun (ou de licence française), quitte à renouveler le travail réalisé par d'autres — même si l'investissement et l'implication de la ville de Paris permirent de dégager une certaine orientation au profit de la licence ODbL. C'est ainsi, grâce aux initiatives communes et au travail des communautés, que les expériences respectives sont partiellement mutualisées.

Parmi les autres initiatives isolées, on peut citer :

- le Répertoire du registre français des émissions polluantes sur Internet (IREP¹), qui donne accès aux données concernant la pollution ;
- le site du ministère de l'Écologie, du Développement durable, des Transports et du Logement qui permet une utilisation libre des données tant que celles-ci ne sont pas dénaturées et en précisant que « [l]es informations mises à disposition ne sont pas fournies en vue d'une utilisation particulière, et aucune garantie quant à leur aptitude à un usage particulier n'est apportée par le service fournisseur » (voir notamment les conditions générales d'utilisation des données disponibles en téléchargement sur le site) ;
- plus récemment, et plus loin dans cette démarche d'ouverture, le Ministère de la justice a rédigé en 2010 une licence « Information Publiques librement réutilisable² » qui s'appuie essentiellement sur la loi de 1978 relative aux données publiques (Licence IP ou LIP).

Enfin, une prise de conscience nationale du phénomène s'est traduite par la création de l'Agence du patrimoine immatériel de l'État (APIE³) et de la mission Etalab⁴.

1. <http://www.pollutionsindustrielles.ecologie.gouv.fr/IREP/index.php>.

2. http://www.rip.justice.fr/information_publicque_librement_reutilisable

3. Créée sous l'initiative de la Direction de l'Information Légale et Administrative (DILA), elle a pour mission de mener une réflexion, coordonner, évaluer et organiser un effort commun des différentes administrations sur leurs données (voir : <https://www.apiefrance.fr>).

4. <http://blog.etalab.gouv.fr>.

- L'APIE est un service à compétence nationale qui a pour mission de sensibiliser les acteurs publics aux enjeux attachés aux actifs immatériels de l'État, et propose à cette fin plusieurs licences¹ destinées à accompagner la diffusion des données publiques (dans une logique qui mélange diffusion gratuite et payante). Néanmoins ces documents ont été pensés dans une logique propre à l'administration (avec un socle de conditions générales de réutilisation des informations publiques sur lequel sont construites deux licences, chacune composée de conditions générales et potentiellement de conditions particulières), pas forcément adaptée à un mouvement global d'*open data* qui n'est pas centré sur les concédants, mais sur les bases de données licenciées. Actuellement les documents sont encore trop complexes pour répondre aux enjeux de large diffusion des bases de données. Par ailleurs, ils restent franco-français, négligent le formalisme lié aux cessions de droits de propriété intellectuelle et sont plus orientés vers la libre diffusion que la libre réutilisation. Une nouvelle licence intitulée Informations Publiques (du même nom que la licence rédigée par le Ministère de la Justice en 2010) a été publiée suite à la constitution de la mission Etalab.
- Créée début 2011 dans le cadre du plan « France numérique 2012 », la mission Etalab anime un groupe de réflexion sur le sujet avec pour objectif la mise au point d'un portail unique, alimenté par les ministères et les collectivités territoriales, donnant accès à toutes les données publiques de l'État. La mission a aussi la lourde tâche de rédiger (ou préconiser) la licence qui sera utilisée sur la plate-forme : c'est-à-dire de dégager une stratégie globale et de se prononcer sur le contenu nécessaire. Actuellement, il semblerait que les différentes collectivités ayant fait le pas de l'*open data* privilégient une licence de type *copyleft* assimilable aux fréquents accords de coopération (une partie profite gratuitement d'une base de données et l'enrichit en échange) tout en se tournant résolument vers l'*open data*.

La mission Etalab a récemment publié sa licence libre permissive intitulée « Licence Ouverte » dédiée aux données du secteur public français et assurant une compatibilité avec les projets existants. Il est très probable

1. https://www.apiefrance.fr/sections/acces_thematique/reutilisation-des-informations-publiques/licence-type/view.

que cette dernière licence rende obsolète les licences rédigées précédemment par l'APIE et avant elle par le Ministère de la justice. Le portail national est quant à lui prévu pour la fin de l'année 2011. Même si ces travaux ne contraignent que l'État et ses administrations, les autres collectivités territoriales sont invitées à mutualiser les ressources (juridiques ou techniques) liées à l'ouverture de leurs données.

Pour aller plus loin...

- Plusieurs associations assurent un travail de veille et d'accompagnement : LiberTIC, Regards Citoyens et Veni, Vidi, Libri ;
- la Fing a aussi publié en janvier 2011 la version de travail d'un « Guide pratique de l'ouverture des données publiques territoriales — Guide à l'usage des territoires et de leurs partenaires » (sur <http://fing.org>) ;
- Voir l'article « Ouverture des données publiques : les enjeux relatifs au choix de la licence » sur <http://blog.vvlibri.org> ;
- Voir le rapport « La valorisation des informations du secteur public (ISP) : un modèle économique de tarification optimale » rédigé en 2010 par le Bureau d'économie théorique et appliquée (BETA) à la demande de l'APIE (sur <http://www.apiefrance.fr>).

1.3.3.4 Réflexion sur une démarche *open data* européenne

On remarque en Europe une évolution des tendances : après un premier courant législatif (les directives citées *supra*) qui impulsa le mouvement d'ouverture, c'est maintenant conjointement que l'Union européenne et les différents acteurs publics se réunissent pour confronter et échanger sur leurs pratiques respectives. Le projet Open Cities¹, issu de cette collaboration, ainsi que l'appel d'offres² pour la mise en place d'un portail européen des données publiques sont de bons exemples.

Concernant les licences, l'une des questions très actuelles est de savoir s'il est pertinent de mettre en place une initiative européenne — les logiciels libres / *open source* s'étant en effet diffusés en l'absence d'une telle

1. <http://opencities.net>.

2. <http://www.dw-world.de/dw/article/0,,15007160,00.html>.

harmonisation. En plus d'assurer une certaine cohérence avec les différentes directives européennes, plusieurs arguments semblent pouvoir le justifier :

- l'évidence des enjeux politiques faciliterait la consécration d'un tel cadre ;
- les moyens à disposition de l'Europe pour mettre en place un cadre juridique adapté aux contraintes spécifiques des personnes publiques : le document pourrait ainsi être conforme aux directives européennes, prendre en compte les impératifs des personnes publiques, et être traduit dans toutes les langues de l'Union européenne. Les gouvernements et collectivités seraient d'autant plus rassurés qu'ils sont plus habitués à utiliser les documents en provenance de l'Europe que des contrats privés du type des licences libres ;
- la fenêtre de tir actuelle : étant encore à ses balbutiements, le cadre juridique va évoluer très rapidement — avec ou sans l'Europe.

Pour ce faire, l'Europe doit rapidement profiter de l'ouverture qui se présente à elle, conjonction de besoins forts des administrations (en terme d'outils) face à des réponses (les licences) encore peu nombreuses. Il faudrait par exemple que l'un des projets européens actuels, à déterminer, s'estime compétent pour travailler sur une telle licence (telle l'EUPL rédigée par l'IDABC)¹.

1.3.3.5 Gouvernement ouvert— *open government*

Dès la première journée de son mandat, le président américain Barack Obama mit en place l'Open Government Initiative² : elle promeut l'ouverture et la transparence politique, engageant le gouvernement américain et ses agences à travailler avec les citoyens et de manière transparente, participative et collaborative — cela d'autant plus que les créations réalisées par le gouvernement, ou financées par celui-ci, ne bénéficient pas d'une protection par le copyright (Copyright status of work by the U.S. government³).

1. Voir la directive On the re-use of public sector information sur le site <http://ec.europa.eu>.

2. <http://www.whitehouse.gov/open>.

3. http://en.wikipedia.org/wiki/Copyright_status_of_work_by_the_U.S._government

Cette tendance est à la fois la conséquence d'une ouverture progressive et la prise de conscience de l'impact de l'informatique et de son utilisation sur le politique dans son acception large, c'est-à-dire les entreprises comme les administrations, avec une nécessité de rendre compte et de responsabiliser leurs actions.

Au regard du caractère immatériel du numérique, il n'est guère étonnant que des collaborations transfrontalières se développent, tel l'Opengovwest¹ entre les États-Unis et le Canada.

Enfin, concernant les actions des citoyens en faveur d'une ouverture et d'une transparence de leur gouvernement, il est possible de citer la plate-forme Openspending² — initié par l'OKF — qui trace le budget italien, l'équivalent public américain USAspending³ ou encore les initiatives Farmsubsidy.org⁴ (qui suit le budget lié à la politique agricole européenne) ou « Publish What You Fund⁵ » (qui promeut une transparence relative aux diverses aides, dans l'esprit de l'International Aid Transparency Initiative (IATI)⁶). D'autres initiatives étendent cette ouverture : datalibre.ca⁷ qui « exhorte les gouvernements à rendre les données sur les citoyens du Canada et les Canadiens gratuites et accessibles aux citoyens », OpenCorporates⁸ (pour comprendre la place des sociétés dans nos vies) ou encore le site suédois OpenAid.se⁹ qui vise à « promouvoir la 'transparence' et les 'idées nouvelles' dans les programmes d'aide au développement ». Les initiatives nosdeputés.fr¹⁰ et nossenateurs.fr¹¹ mises en place par Regards Citoyens¹² en France participent à ce mouvement (en affichant notamment l'assiduité de ces derniers lors des débats législatifs...).

1. <http://www.opengovwest.org/events/conference/opengovwest-11>.

2. <http://openspending.org>.

3. <http://www.usaspending.gov>.

4. <http://farmsubsidy.org>.

5. <http://www.publishwhatyoufund.org/what-we-do>.

6. <http://www.aidtransparency.net>.

7. <http://datalibre.ca>

8. <http://opencorporates.com>.

9. <http://openaid.se>.

10. <http://www.nosdeputés.fr>.

11. <http://www.nossenateurs.fr>.

12. <http://www.regardscitoyens.org>.

Enfin, l'Open Government Partnership¹ est une initiative multilatérale qui a pour objet d'assurer des actions concrètes des gouvernements en faveur de la transparence, de l'action citoyenne, et de toutes les autres valeurs de l'*open data*. Elle compte actuellement de nombreux pays tels que le Brésil, l'Indonésie, le Mexique, la Norvège, les Philippines, l'Afrique du Sud, le Royaume-Uni et les États-Unis.



L'OPEN GOVERNMENT ET LA NASA

Aux États-Unis, la NASA et l'agence de protection de l'environnement sont les meilleures élèves. Ainsi, le plan Open Government de la NASA s'est aussi démarqué par ses ambitions, les moyens qui lui ont été accordés et les mécanismes de transparence mis en place.

L'initiative se base à la fois sur l'affirmation de certains principes et sur l'énumération de 25 projets (qui font l'objet d'un rapport régulier²).

Les principes de la Nasa Open Government Plan sont :

1. accroître la transparence et la responsabilisation de l'Agence à des parties prenantes externes ;
2. permettre la participation des citoyens dans la mission de la NASA ;
3. améliorer la collaboration et l'innovation interne de la NASA ;
4. encourager les partenariats susceptibles de créer des opportunités économiques ;
5. institutionnaliser les principes et pratiques du Gouvernement Ouvert à la NASA.

La NASA a organisé l'Open Source Summit 2011³.

Voir aussi :

- Danish Board of Technology, « Open-source software in e-government », Octobre 2002 (sur <http://www.tekno.dk>) ;

1. <http://www.opengovpartnership.org/about>

- voir l'article de Red Hat sur l'Open-Source Government : <http://openadvantage.redhat.com> ;
- la plate-forme Open.Nasa (open.nasa.gov) ;
- « Publish what you fund », Aid Transparency Assessment 2010, 2011 (<http://www.publishwhatyoufund.org>) ;
- « NZ State Services Commission », New Zealand Government Open Access and Licensing framework (NZGOAL), 2010 (sur <http://www.ict.govt.nz>) ;
- GRAY (Jonathan), « We need international open government data principles », OKF, 2011 (sur <http://blog.okfn.org>).
- voir la page du Wiki Creative Commons intitulée « Government use of Creative Commons » ;
- Commission européenne, Stratégie numérique : la Commission lance une consultation sur un accès plus ouvert aux informations scientifiques, Communiqué de presse, 15 juillet 2011 (sur <http://europa.eu>).

Après cette présentation historique et systémique du libre, nécessaire pour comprendre et appréhender une telle connaissance, nous sommes désormais capables de nous orienter parmi les licences libres (chapitre suivant).

CHAPITRE 2

Les bons repères pour s'orienter parmi les licences libres

La description des différents mouvements et usages qui entourent les licences libres laisse entrevoir une certaine complexité néanmoins facile à relativiser grâce à quelques *bons repères* simplifiant la compréhension des différentes licences libres.

Le nombre de licences libres a plus que décuplé en une décennie. Cette multiplication s'explique essentiellement par le succès du Libre et par sa structure décentralisée. En dépit de l'autorité de certains organismes (notamment l'OSI et la FSF, mais aussi la Commission européenne ou les centres de recherche à leurs niveaux respectifs) plusieurs facteurs favorisent cet accroissement :

- un facteur *personne* lié à l'arrivée de nouveaux acteurs : en premier lieu l'industrie et ses atteintes particulières en termes de sécurité juridique et, en second lieu, les administrations et leurs contraintes particulières ¹);

1. En France il y a notamment un contrôle de légalité qui impose aux collectivités une prévisibilité dans leurs actes, ce qui peut inciter à utiliser des licences plus adaptées à cette

- un facteur *temps* : les licences étant basées sur un système en constante évolution, elles évoluent ou se créent pour ajuster leurs effets ;
- un facteur *lieu* : certaines législations peuvent imposer des contraintes absentes dans d'autres régions. Toutes les combiner dans une seule licence peut s'avérer très difficile, voire impossible¹ ;
- et enfin, un facteur *périmétrique* lié à l'extension du Libre à d'autres domaines, pour lesquels des problématiques différentes peuvent induire la rédaction de nouvelles licences.

Le mouvement connaît cependant actuellement un succès et une professionnalisation qui induisent une structuration du cadre juridique basé sur les licences. L'OSI définit par exemple une hiérarchie entre les licences alors qu'une initiative comme le projet Harmony² rédige des *Copyright Assignment* « standards ».

Trois éléments sont donc nécessaires pour pouvoir se repérer au sein de la « jungle » des licences libres : une qualification juridique des licences (2.1), une classification des licences (2.2) et un déchiffrement au moyen d'une grille de lecture dédiée aux licences (2.3).

2.1 Qualifier juridiquement les licences libres

Un contrat exprime la volonté des parties et tient lieu de *loi des parties* dès lors qu'il ne porte pas atteinte aux bonnes mœurs ou à l'ordre public³.

nécessité. Un autre très bon exemple est la Commission européenne qui a rédigé sa propre licence : l'*European Union Public License*.

1. Notamment si la contrainte réside en l'imposition d'une langue au détriment d'une autre (comme c'est le cas en France vis-à-vis de certaines personnes publiques).

2. <http://www.harmonyagreements.org>.

3. En l'occurrence, le seul argument juridique opposable à cette extension des droits serait l'abus de droit (cf. *supra*). Tout au plus pouvons-nous rappeler la décision du Conseil constitutionnel n°2002-465 DC du 13 janvier 2003 : « Le législateur ne saurait, sans méconnaître les exigences résultant des articles 4 et 16 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789, porter au contrat légalement conclu une atteinte qui ne soit justifiée par un motif d'intérêt général satisfaisant » (l'article 4 est le fondement de la liberté contractuelle, l'article 16 est le fondement du principe de la sécurité juridique). L'effet n'étant ici qu'*inter partes*, il semble devoir être considéré comme valide.

2.1.1 Un engagement juridique

Il convient d'analyser le type d'engagement juridique (2.1.1.1), l'impact des éléments liés au caractère international des licences (2.1.1.2) ainsi que la validité des exclusions de garantie et de responsabilité (2.1.1.3).

2.1.1.1 Le type d'engagement juridique

En l'absence de contestation sur les droits et devoirs de chacun, tout se passe généralement pour le mieux. En cas de discord, le conciliateur, le juge ou l'arbitre, chercheront à déterminer la relation (exprimée ou non) qui lie les parties et à en retirer la dimension juridique afin de leur imposer les effets attendus. La qualification juridique de l'engagement est donc un passage obligé, mais encore faut-il rappeler aux juristes qui se pencheront sur cette question (juges, avocats, juristes d'entreprise, etc.) que cet exercice ne peut être mené sans intégrer le contexte particulier (communautaire et décentralisé, collaboratifs et évolutif, etc.) qui caractérise le Libre : une simple application des règles juridiques traditionnelles aboutissant à des réponses soit inadaptées soit contraires à la volonté des parties (voir à l'intérêt général).

Ce sont en l'occurrence les licences libres qui représentent l'essentiel de l'engagement, exprimant en termes de droits et d'obligations les engagements souscrits par chacune des parties dans le cadre du développement collaboratif d'une création (et reprenant très souvent les engagements souscrits préalablement par l'une d'elles). Ainsi, si l'auteur, ou ses héritiers, décide(nt) de revenir sur ce qu'il a pu promettre aux détenteurs d'une copie de l'œuvre ou créateurs d'œuvres dérivées, ou si l'un de ces détenteurs en déduit des libertés supplémentaires, la licence leur sera opposable. Afin que personne ne puisse prétendre ignorer ces dernières, les licences libres accompagnent quasi systématiquement la mise à disposition des créations originales ou dérivées (en favorisant ainsi la diffusion ultérieure).

2.1.1.1.a La qualification juridique

Les licences libres ou *open source* confèrent au licencié des droits similaires à ceux des titulaires de droits initiaux (leur permettant notamment

de copier, modifier et distribuer librement la création), de façon à favoriser l'implication de ces derniers dans l'œuvre commune. Il s'agit donc de contrats gratuits opérant une cession non exclusive très large, posant éventuellement quelques problématiques au regard des droits moraux, et qui sont qualifiés de *licenses* dans les régimes anglo-saxons.

⇒ *Un contrat*

En usant d'une licence libre le titulaire va céder certains de ses droits aux utilisateurs de la création, à la condition pour ceux-ci de respecter le cadre défini par la licence. En cas de non-respect, ou si l'utilisateur ne souhaite pas y consentir, on retombe dans la contrefaçon classique.

Ainsi, les licences sont bien des contrats synallagmatiques, c'est-à-dire des conventions par lesquelles les parties s'obligent réciproquement l'une vers l'autre¹. Plus précisément, les licences *open source* sont des contrats (ou offres, le contrat étant formé dès acceptation par le licencié) gracieux² de cessions non exclusives de droit de propriété intellectuelle consentis pour le monde entier, pour toute la durée des droits, pour tous les usages et sur tout type de support³.

En termes de schémas contractuels attachés à des créations composées de multiples contributions deux modèles existent : soit la licence autorise les sous-licences et il n'y a dans la relation finale qu'un seul contrat entre le licencié et le concédant (ce dernier cédant simultanément les droits des auteurs des contributions antérieures), soit ce n'est pas le cas et il y a alors autant de contrats qu'il y a de titulaire de droit (chaque contrat portant néanmoins sur une contribution déterminée).

Enfin, une même personne sera liée à plusieurs personnes différentes (l'auteur de la création initiale d'une part et les utilisateurs de l'œuvre dérivée d'autre part) par la même licence (notamment lorsque celle-ci est *copyleft*). L'*instrumentum* (le contrat qui exprime les engagements) est

1. Art. 1102 C. civ.

2. Le caractère gratuit, non pas de la mise à disposition, mais de la cession de droits (automatique) subséquente, constitue la principale distinction entre libre et propriétaire.

3. À ce sujet : « Les licences libres sont des licences par lesquelles l'auteur autorise la copie, la modification et la diffusion de l'œuvre modifiée ou non, de façon concurrente, sans transférer les droits d'auteur qui y sont attachés et sans que l'utilisateur ne puisse réduire ces libertés tant à l'égard de l'œuvre originale que de ses dérivés », CLÉMENT-FONTAINE (Mélanie), *Les œuvres libres, op. cit.*.

bien le même, mais les deux relations sont indépendantes : ainsi l'utilisateur ne pourra pas reprocher le non-respect des obligations de la licence, pas plus que l'auteur d'une contribution ne pourra reprocher ce même non-respect vis-à-vis d'une contribution dont il n'est pas l'auteur ou le cessionnaire. Ainsi, dans l'arrêt de la cour d'appel de Paris du 16 septembre 2009 (SA EDU4 c/ Association AFPA) le contrat n'est pas annulé pour non-respect de la licence, mais pour non-respect des autres obligations contractuelles prises au surplus par la société.

⇒ *Un contrat conclu à titre gratuit*

Aucun prix ne conditionnant le bénéfice des licences, celles-ci sont des contrats gratuits qui offrent notamment aux licenciés le droit de distribuer la création comme ils l'entendent, commercialement ou non. La mise à disposition (acte matériel) de la création soumise à la licence peut ainsi parfaitement être payante — et, de fait, beaucoup d'entreprises « vendent du Libre » — tant que la licence est par ailleurs respectée (certaines vont en effet immédiatement, automatiquement et gratuitement étendre leur bénéfice aux nouveaux utilisateurs). Une œuvre dont l'accès est gratuit n'est pas forcément libre et réciproquement.

Contrairement à une confusion fréquente, due à la traduction du terme *free*, la distribution d'un logiciel libre, ou tout acte de mise à disposition, n'est donc pas nécessairement gratuite (« libre ne veut pas dire gratuit¹ ») alors que la licence est elle-même gratuite². Sa violation reste néanmoins constitutive d'un préjudice³. Source fréquente de confusion, de nombreuses licences le stipulent expressément, à l'instar de l'AFL⁴, l'OSL⁵, la CDDL⁶, la Common Public License⁷ et de bien d'autres.

Même si la solution était depuis longtemps acquise, la loi DADVSI a ajouté l'article L122-7-1 au CPI qui précise que « [l']auteur est libre de

1. http://en.wikipedia.org/wiki/Gratis_versus_libre.

2. D'après Richard Stallman : « Don't think free as in free beer ; think free as in free speech » (voir STALLMAN (Richard), MASUTTI (Christophe), WILLIAMS (Sam), *Richard Stallman et la révolution du logiciel libre*, Paris, Eyrolles/Framabook, 2010, p. 187).

3. Cette question n'aurait pas posé de problème en France (le droit moral étant généralement lui-même violé), mais la même précision a été apportée aux États-Unis lors de l'arrêt de la cour d'appel dans l'affaire Jacobsen v. Katzer.

4. <http://wiki.venividilibri.org/index.php?title=AFL>.

5. <http://wiki.venividilibri.org/index.php?title=OSL>.

6. <http://wiki.venividilibri.org/index.php?title=CDDL>.

7. <http://wiki.venividilibri.org/index.php?title=CommonPublicLicense>.

mettre ses œuvres gratuitement à la disposition du public, sous réserve des droits des éventuels coauteurs et de ceux des tiers ainsi que dans le respect des conventions qu'il a conclues. »

⇒ *La cession de droits*

La doctrine juridique se divise sur le sujet, une partie considérant que la cession de droits de propriété intellectuelle pouvait être exclusive ou non exclusive, une autre partie estimant qu'une cession était nécessairement exclusive, contrairement à la concession qui était non exclusive. Plus simple et parfaitement adaptée à l'idée d'une propriété immatérielle différente c'est la première conception qui est retenue dans cet ouvrage : celle-ci est par ailleurs naturellement non exclusive¹.

La cession d'un droit est l'élément essentiel au fonctionnement des licences libres : en l'absence de droits que le concédant « partagerait », les licenciés n'auraient aucun intérêt à accepter de quelconques engagements pour l'utilisation de créations gratuitement accessibles.

Si toutes les licences récemment mises à jour répondent au formalisme légal², il n'en était pas toujours ainsi, certaines licences³ contenant parfois des cessions implicites⁴ à la valeur très contestable.

⇒ *Les atteintes potentielles au droit moral*

La liberté de ne pas partager est aussi importante que celle de partager. . . Cette idée est souvent rappelée en réaction aux licences *copyleft* qui soumettent les licenciés ayant fait acte créatif sur la base de l'œuvre initiale à diffuser l'œuvre dérivée sous une licence précise.

Il est en effet incontestable que chacun doit pouvoir choisir l'exploitation souhaitée pour sa création et, en fonction, être libre d'opter pour une

1. Voir LUCAS (André) et LUCAS (Henri-Jacques), *Traité de la propriété littéraire et artistique*, Paris, Litec (567), 2006.

2. Art. L131-3 du CPI : « La transmission des droits de l'auteur est subordonnée à la condition que chacun des droits cédés fasse l'objet d'une mention distincte dans l'acte de cession et que le domaine d'exploitation des droits cédés soit délimité quant à son étendue et à sa destination, quant au lieu et quant à la durée. »

3. Par une extrapolation de l'usage des termes *use* et *grant* dans la licence MIT par exemple.

4. Contraire, donc, à l'article L613-8 du CPI qui stipule en son dernier alinéa que « [I]es actes comportant une transmission ou une licence, visés aux deux premiers alinéas, sont constatés par écrit, à peine de nullité ».

licence libre ou non. Une telle clause pourrait être perçue comme une atteinte au droit (de divulgation, ou de destination si la création est publique) de l'auteur de la création dérivée. Mais la réalité est plus simple : le licencié conserve toujours la liberté soit de respecter la licence, et donc de diffuser l'œuvre dérivée ainsi qu'il lui est demandé, soit de renoncer à distribuer cette dernière en l'état, quitte à distribuer ses propres contributions, à part, sous une autre licence¹.

Le droit au respect de l'intégrité de l'œuvre pourrait aussi être évoqué, fidèlement au principe classique selon lequel seules seraient valides les ratifications et approbations données en pleine connaissance de cause à posteriori. Il semblerait néanmoins qu'il soit possible d'interpréter différemment cette contrainte lors de la modification de créations sous licences libres. Ce serait en effet ignorer l'aspect fondamental du Libre, les œuvres étant imaginées comme collaboratives et évolutives. À l'inverse, une diffusion propriétaire de celles-ci pourrait valablement être considérée comme contraire au respect des droits moraux de l'auteur.

Pour aller plus loin...

- l'article de Jurispedia consacré aux licences libres (http://fr.jurispedia.org/index.php/Licence_libre) ;
- JOCQUEL (Grégoire), «Licence GPLv3 et aspects de droit privé », EOLE 2008.

→ *La notion de licence*

Il existe outre-Atlantique un débat relatif à la qualification de *licence* (engagements de détenteurs de droits soumis à un régime fédéral dans le cadre des lois sur le copyright) préférée à celle de *contract* (convention similaire à notre notion française, soumise au régime général des contrats américains). La *licence* américaine n'est pas l'équivalente de la licence que nous connaissons : sorte de convention unilatérale par laquelle, plutôt que de conférer des droits aux utilisateurs, l'auteur s'engage à ne pas les leur opposer. L'analogie est souvent faite avec une permission générale

1. Cela dit, ce comportement peut être lui-même critiquable lorsque ces contributions sont elles-mêmes fortement inspirées de l'œuvre originale.

qui serait donnée de traverser un jardin à certaines conditions, par exemple celle de porter un chapeau : nous y verrions un contrat, les Américains une licence. Les conséquences pratiques sont de plusieurs ordres, notamment quant à la juridiction compétente et la réparation attachée à leur violation : interdiction d'exploiter ou exécution forcée en cas de licences, simple dédommagement en cas de contrat.

Néanmoins, même si certains auteurs américains contestent la qualification de contrat aux licences libres¹ et que certaines d'entre elles refusent expressément l'appellation de contrat², cette question suscite à priori peu d'intérêt dans notre système qui n'y voit qu'une cession gracieuse et non exclusive de droits de propriété intellectuelle. Par ailleurs, il semble difficilement défendable de nier l'existence d'un contrat lorsqu'un certain nombre de comportements est attendu des licenciés.

L'affaire *Jacobsen v. Katzner*³, qui s'est étendue de 2008 à 2010, a permis de porter l'attention sur les enjeux. Les apports des juges furent très intéressants puisque la cour d'appel estima que le non-respect de la licence (Artistic License) n'entraînait pas seulement des sanctions contractuelles (qui auraient seulement entraîné l'allocation de dommages et intérêts), mais aussi des sanctions pour violation de la licence. Décision spécifique à l'Artistic License, l'arrêt établit par ailleurs les critères permettant de distinguer les *obligations* (contractuelles) des *conditions* (rattachées au bénéfice de la licence)⁴ qui sont attachées aux cessions de droits.

2.1.1.1.b Les parties aux contrats

La question est ici généralement celle de l'opposabilité du contrat : conformément à l'effet relatif des contrats, seules les parties qui se sont engagées doivent répondre de leurs obligations. Les licences libres posent

1. Voir JONES (P.), « The GPL Is a License, not a Contract », *Linux Weekly News*, 3 décembre 2003 ; à contrario : ROSEN (L. E.), « Open Source Licensing : Software Freedom and Intellectual Property Law », Upper Saddle River, N.J., Prentice Hall PTR, 2004, p. 59-66.

2. Voir par exemple l'article 9 de la GNU GPL v. 3 : « Not a Contract. »

3. Voir l'arrêt *Jacobsen v. Katzner*, United States Court of Appeals for the Federal Circuit, 18/08/2008 (<http://www.cafc.uscourts.gov/images/stories/opinions-orders/08-1001.pdf>).

4. La décision suivante fut néanmoins moins favorable aux auteurs du logiciel libre puisqu'elle fixa très haut les critères permettant d'obtenir les injonctions visant à faire cesser la violation de la licence. L'affaire s'est terminée en février 2010 par une transaction entre les parties.

par ailleurs deux questions particulières : l'impact dans les grands groupes ou institutions, et l'impact de la chaîne contractuelle.

→ *L'engagement des grands groupes par les licences libres*

Il s'agit ici des grands groupes industriels, mais aussi des centres de recherche, universités, etc., c'est-à-dire le type de structure au sein de laquelle la personnalité juridique est plus large et le pouvoir d'engagement détenu à un plus haut niveau.

Les licences raisonnent, tels des contrats, à l'échelle des personnes (physiques ou morales) qui cèdent ou bénéficient de cette cession. Si l'enjeu est minime dans le cadre de la simple utilisation personnelle d'un logiciel libre par un collaborateur, il devient beaucoup plus important lorsque la licence est utilisée pour partager des droits détenus par l'entité utilisatrice dudit logiciel. C'est par exemple le cas lorsque la personne morale est titulaire de droit en vertu de la dévolution automatique des droits d'une œuvre collective (création logicielle salariale) ou encore d'une cession expresse. Or les créations sous licences libres sont souvent utilisées ou intégrées par des individus qui ne possèdent pas la capacité d'engager leur structure, ce qui oblige à trouver plusieurs palliatifs, comme la mise en place d'un processus qui permette d'obtenir les validations nécessaires ; la mise en place d'une délégation de pouvoir permettant à certaines personnes dans certaines conditions d'engager la société par une licence libre ; ou la renonciation à la dévolution automatique des droits dans certaines circonstances et au profit de certaines personnes. La première solution est la moins risquée, mais aussi la plus lourde administrativement (songeons que seul le doyen peut consentir un tel engagement dans le cadre d'une université). La seconde présente les risques inhérents à toute délégation, notamment du fait d'un portefeuille de brevets qui pourraient se trouver affaiblis par ignorance de ces derniers. La dernière peut résoudre certaines difficultés, mais réduit les droits de la structure et n'est pas adaptée à toutes les solutions, notamment lorsqu'il y a ensuite une diffusion des dites créations.

En matière de groupe de sociétés, la FAQ de la GNU GPL ¹ renvoie à la loi applicable en indiquant que la loi américaine ne semble pas considérer qu'il y ait dans ce cas de distribution. En droit français la notion

1. <http://www.gnu.org/licenses/gpl-faq.html>.

d'entreprise, dépassant les clivages de simples sociétés, permettrait sans doute d'arriver à la même conclusion. Néanmoins, il est fréquent que ces grands groupes fusionnent, intègrent des sociétés, s'en séparent ou fassent appel à des filiales. Il est alors nécessaire de veiller à ce que les licences soient respectées lorsque des créations sous licences libres circulent entre plusieurs personnes juridiques (entre une société mère et ses filiales, mais aussi en cas de rachat de l'activité d'une société par une autre, etc.). En effet, la situation juridique de ces dernières peut engendrer l'application des licences sans qu'il n'y ait d'acte matériel supplémentaire (sauf à s'assurer que seule la personne juridique initiale conserve lesdites créations), si l'élément déclencheur peut rétroactivement être considéré comme atteint.

→ *La question de la chaîne contractuelle*

La notion de chaîne contractuelle s'est développée avec l'industrialisation et la multiplication des intermédiaires. Il s'agit d'une succession de contrats reliés par une identité d'objet et relatifs à un même bien. La chaîne est dite homogène lorsqu'elle est constituée d'une suite de contrats qui ont une qualification identique. On parle par ailleurs de groupe de contrats lorsque les contrats qui se succèdent ne portent pas sur le même objet, mais concourent à un même but (ce qui peut caractériser les créations pour lesquelles chaque contribution est cédée selon les mêmes termes).

Elle permet, en présence de contrat translatif de propriété, tel que la vente, d'opposer des clauses contractuelles qui suivent le bien transféré de manière accessoire (clause d'exclusion de garantie, clause compromissoire, etc.). En l'espèce, et en l'absence d'exclusivité des cessions, il ne semble pas possible d'appliquer ces effets¹.

En matière de licence libre, soit le contrat de licence autorise le sous-licencement², et dans ce cas le licencié cède les droits qui lui ont été cédés au surplus des droits patrimoniaux sur ses contributions propres, soit le sous-licencement est interdit³ et le licencié cède ses droits en son

1. Une étude supplémentaire serait probablement nécessaire, mais il est possible de noter que le Conseil Supérieur de la Propriété Littéraire et Artistique relevait dans son rapport de 2007 « la complexité de la chaîne contractuelle ».

2. Comme les licences BSD et MIT (en réalité la majorité des licences permissives), ou CeCILL (-A, -B, ou -C), OSL, EUPL, etc.

3. Comme la majeure partie des licences *copyleft* : GNU (L-,A-), GPL, MPL, etc.

nom et agit au nom de chaque autre contributeur (mandat) ou grâce à la stipulation pour autrui¹ pour les droits restants.

L'ajout d'une licence compatible est une autre situation qui peut aussi compliquer la chaîne contractuelle résultant de la création sous licence libre.

Ainsi, en plus de l'action qu'il pourrait souhaiter sur le fondement du contrat de mise à disposition, le licencié pourra se retourner contractuellement sur le fondement de la licence : contre le concédant seulement dans le cas d'une licence basée sur le sous-licenciement (à sa charge de se retourner ensuite contre ses propres concédants); contre chaque contributeur pour sa seule contribution si la licence n'autorise pas le sous-licenciement. Les deux options présentent néanmoins chacune des avantages et des inconvénients. La chaîne contractuelle peut par exemple remettre en question le bénéfice de la licence si l'un des maillons se retrouvait défaillant.

2.1.1.1.c L'objet du contrat

Quelle que soit la licence, la création à laquelle elle est associée — ou, plus précisément, les droits relatifs à cette création — constitue l'objet du contrat, qui peut pour partie être une œuvre, pour partie invention, etc. Au fur et à mesure que de nouveaux contributeurs participeront à l'évolution de cette création, le statut de celle-ci sera de plus en plus tourné vers le public/ses utilisateurs, pour finir par être uniquement gouverné par la licence libre (et sa finalité de rendre *libres* ses utilisateurs) lorsque leur nombre sera trop conséquent pour qu'ils puissent s'exprimer d'une seule voix. La création deviendra ainsi un élément distinct, détaché de la personne de ses auteurs, et avec sa propre vie (et ses évolutions inattendues).

C'est donc une logique véritablement inverse à la conception traditionnelle de ces droits selon laquelle un rapport fort lie l'œuvre et son auteur. D'où le fait que l'obligation essentielle du contrat (on pourrait aussi parler

1. Voir pour cette analyse, COOL (Yorick), *op. cit.*. On ajoutera que depuis un arrêt de la première chambre civile de la Cour de cassation du 21 novembre 1978, « la stipulation pour autrui n'exclut pas, dans le cas de l'acceptation par le bénéficiaire, qu'il soit tenu de certaines obligations » (*Bull. Civ.*, I, n° 356; voir aussi *Civ. 1re*, 8 déc. 1987, *Bull. Civ.*, I, n° 43). On remarque néanmoins que pour une utilisation en l'espèce, la lettre du Code civil s'en trouve altérée.

de prestation caractéristique) porte sur celui qui cède les droits (le donneur de licence), condition primordiale pour assurer l'objectif de liberté au profit des utilisateurs subséquents.

Du fait de l'évolution de notre société vers l'immatérialisation, l'objet de droits devient de plus en plus complexe, glissant du seul logiciel — en qualité d'œuvre — à tout type de créations, tant du domaine de la propriété littéraire et artistique (œuvres, interprétations, bases de données, etc.) que de la propriété industrielle (brevets, topographies de semi-conducteurs, etc.).

2.1.1.2 Les éléments liés au caractère international des licences

Il s'agit ici de la langue du contrat (2.1.1.2.a) et des notions de loi applicable et de tribunaux compétents (2.1.1.2.b).

2.1.1.2.a La langue du contrat

Les licences sont, dans leur très grande majorité, rédigées en langue anglaise. Pour contrôler les risques d'erreurs, les traductions des licences n'ont généralement aucune valeur contractuelle. C'est notamment la position vis-à-vis des licences GNU, même si, à l'inverse, d'autres licences (LAL, CeCILL ou plus largement encore l'EURL) confèrent expressément une valeur équivalente aux diverses versions. Quoiqu'il en soit, il est toujours utile de les associer lors de la distribution de la création, leur faisant intégrer un tout qui, même expressément exclu de la relation contractuelle, sera connu des parties et du juge. Car si un titulaire de droits peut parfaitement choisir d'utiliser la seule version traduite, il court le risque d'y glisser des erreurs voire, lorsque la licence est *copyleft*, de rendre cette version incompatible avec la version originale.

Ainsi, l'usage de telle licence anglaise présente sur le plan civil un risque de vice du consentement (sur le fondement de l'erreur le cocontractant pouvant prétendre n'avoir pu saisir les termes du contrat)¹ ou, sur le plan pénal, une contravention en application de la loi Toubon relative

1. Une décision allemande du 19 mai 2004 — fortement critiquée — avait néanmoins considéré l'usage de la langue anglaise comme « usuel et compréhensible par les professionnels de l'informatique ».

à l'emploi de la langue française ¹ notamment dans le cadre des licences de logiciels et à l'égard des contrats à destination des consommateurs ou impliquant des personnes publiques).

2.1.1.2.b La loi applicable et la juridiction compétente

En application de la convention de Rome sur la loi applicable aux obligations contractuelles (19 juin 1980) le juge doit se baser sur : le choix des parties (art. 3) ; à défaut, la loi du pays avec lequel le contrat présente les liens les plus étroits (art. 4) ; en présence du consommateur (c'est-à-dire un étranger à l'activité professionnelle), la loi du pays de résidence de celui-ci (art. 5).

La détermination se fera donc au cas par cas : conformément aux licences lorsqu'elles précisent la loi applicable (certaines licences précisent celle-ci ou les règles relatives à sa détermination) ou, à défaut, conformément aux règles classiques.

2.1.1.3 L'exclusion de responsabilité et de garanties

Par principe, les licences libres excluent toute responsabilité et il n'est d'ailleurs pas certain que le droit de la consommation trouve à s'appliquer à défaut de déséquilibre entre les parties. Deux remarques néanmoins : cela est surtout vrai dans l'hypothèse où tant la licence que la mise à disposition de la création se font à titre gracieux, ensuite, cette exclusion ne s'étend cependant pas à la responsabilité qui serait liée au propre fait de l'auteur (auteur d'une faute lourde).

En matière de garantie, la garantie d'éviction (être titulaire de droits sur les droits que l'on cède) ne peut être exclue, d'autant que cette cession de droit est la cause de l'engagement du licencié. En revanche, les garanties légales (garantie légale de conformité, garantie légale des vices cachés) ne s'appliquent pas automatiquement à la licence (en l'absence de vente), mais pourront éventuellement trouver à s'appliquer au contrat de mise à disposition (voire de développement spécifique) susceptible de lier le licencié au concédant.

1. Loi n°94-665 du 4 août 1994 relative à l'emploi de la langue française.

2.1.2 Une cession non exclusive de droits

La non-exclusivité des licences est à la base de leur fonctionnement. C'est aussi elle qui permet de justifier les obligations, parfois excessivement contraignantes, à la charge du concédant. En effet, même lorsque celui-ci se voit contraint par une licence *copyleft*, il ne perd en aucun cas la possibilité d'exploiter différemment ses contributions à un autre moment, dans un autre cadre et à d'autres conditions (quitte à en faire une version mise à jour entièrement propriétaire).

C'est grâce à ce mécanisme de cession non exclusive qu'il est souvent possible de multiplier des situations d'exploitation complexes mêlant propriétaire et *open source*, ou composants *open source* sous licences à priori incompatibles.

2.1.3 Quelques jugements

Même s'il ne cesse d'augmenter, le faible nombre de décisions relatives aux licences libres ne permet pas de considérer l'existence d'une vraie jurisprudence ou doctrine sur laquelle s'appuyer. Par ailleurs, la plupart des jugements « traditionnels » antérieurs reposent sur un esprit tout à fait différent et ne sont guère adaptés aux nouvelles situations relatives aux logiciels libres.

Néanmoins, il convient d'admettre que le mécanisme sur lequel reposent les licences renforce leur respect. En effet, soit l'utilisateur reconnaît la validité de la licence et peut utiliser la création afférente, soit il conteste cette dernière et se retrouve en position de contrefacteur. C'est la raison pour laquelle la plupart des décisions ou des litiges ne concernent pas l'application des licences (ceux-ci étant à leur très grande majorité réglés par le biais d'une transaction¹), mais le respect d'autres règles de droits (telle que la contestation des droits de propriété intellectuelle sur l'œuvre, la contestation de la sanction, la violation d'autres prérogatives patrimoniales ou extra-patrimoniales, etc.).

L'Allemagne est ainsi à l'origine des décisions les plus importantes pour la GNU GPL et, par extension, pour les autres licences libres : en référé

1. L'initiative gpl-violations.org évalue à plus de 150 le nombre de dossiers traité en dehors des tribunaux.

en 2004 (Munich) contre Sitecom Deutschland, puis devant le tribunal de Francfort contre D-Link Deutschland¹ GmbH le 22 septembre 2006 et enfin devant le tribunal de Munich contre Skype en 2008. Les apports vont de la reconnaissance de la GNU GPL comme un contrat valide jusqu'à la sanction du non-respect du formalisme qu'elle impose.

Un grand nombre d'actions furent menées aux États-Unis sous l'impulsion de la SFLC, mais l'affaire *Jacobsen v. Katzer* fut la plus riche puisqu'elle confirma, au regard du droit américain (et pour une licence en particulier) les sanctions attendues du non-respect d'une licence libre (telles que l'exécution forcée des obligations du licencié ou l'interdiction d'exploitation de la création).

Pour ce qui concerne la France, les quelques jugements relatifs à des litiges concernant des logiciels intégrant (ou plus précisément, utilisant) des composants *open source*² sont pauvres en apports. Tout au plus est-il rappelé que les droits relatifs à des logiciels sous licence libre appartenant à des tiers ne peuvent être cédés (de façon exclusive) par le prestataire que si ce dernier est soumis à une obligation d'information et de conseil qui s'étend notamment à l'indication d'un tel usage, mais que la faute peut être en partie imputée au client lui-même s'il ne pouvait ignorer l'existence de ces composants et de leur licence. Très intéressante en ce qu'elle entendait définir la notion de *distribution* au sein de la GNU GPL v. 2, l'affaire *Free* résulta, dans le courant de l'année 2011, en une transaction favorable aux attentes des titulaires de droits.

On retiendra enfin de l'arrêt américain *Wallace v. International Business Machines Corp. et al.* de 2006, ainsi que de l'affaire *Skype*, que l'usage des licences libres n'est pas constitutif d'un comportement contraire aux lois antitrust. Le juge américain a au contraire affirmé que :

La GPL encourage, plutôt que décourage, la libre concurrence et la distribution de systèmes d'exploitation, desquels bénéficient directement les consommateurs.

1. Voir le communiqué sur http://gpl-violations.org/news/20060922-dlink-judgement_frankfurt.html.

2. TGI Paris, 28 mars 2007, « *Educaffix c/ CNRS, Université Joseph Fourier et a.* » ; TGI Chambéry, 15 nov. 2007, « *Espaces et Réseaux Numériques c/ Conseil général de Savoie et Université de Savoie* » ; et CA Paris, 16 sept. 2009, « *SA EDU4 c/ Association AFPA* »

*teurs. Ces bienfaits comprennent : des prix moins élevés, un meilleur accès et plus d'innovation.*¹

Fruits partiels des litiges liés à l'utilisation des licences Creative Commons, quelques jugements évoquèrent expressément ces dernières :

- 2006 : la District Court of Amsterdam a considéré que les termes des licences Creative Commons s'appliquaient automatiquement pour tout usage d'une œuvre sous cette licence et qu'un professionnel aurait au moins dû cliquer sur le symbole et lire le texte de la licence ;
- 2006 : une cour espagnole a rejeté la demande de la principale société de perception et de redistribution des droits espagnole (SGAE) qui souhaitait collecter des droits sur un bar qui ne passait que de la musique sous licence Creative Commons ;
- 2007 : pour la diffusion sous licence Creative Commons -By de la photographie d'un mineur dans une campagne de publicité de Virgin Australie². Les parents ont finalement retiré leur plainte à l'encontre de Virgin pour utilisation d'une photographie de leur enfant sans leur autorisation, comme le photographe retira la sienne qui reprochait à Creative Commons de ne pas suffisamment avertir des conséquences relatives à l'usage de ses licences³ ;
- 2010 : tribunal de Nivelles concernant le non-respect de la licence (Paternité et NC) ; condamnation pour contrefaçon ;
- 2011 : une cour d'Israël a retenu la contrefaçon pour l'utilisation de photographies tirées du site Flickr non conforme aux licences Creative Commons apposées sur ces dernières (<http://cyber-law.stanford.edu/node/6589>).

1. « The GPL encourages, rather than discourages, free competition and the distribution of computer operating systems, the benefits of which directly pass to consumers. These benefits include lower prices, better access and more innovation. »

2. Voir le billet de LESSIG (Lawrence), « On the Texas Suit Against Virgin and Creative Commons », 2007, sur son blog (<http://lessig.org>).

3. « to adequately educate and warn him ... of the meaning of commercial use and the ramifications and effects of entering into a license allowing such use. » (Point V de la plainte).

2.2 Caractériser par une classification des licences libres

De nombreux regroupements permettent de classer les différentes licences libres. Les cumuler et les croiser permet d'avoir une vision plus globale du système des licences libres. Il est ainsi possible de regrouper les licences en deux catégories, licences permissives et licences *copyleft* (2.2.1), en phase historique (2.2.2), par domaine d'application (2.2.3) ou encore en fonction des libertés qu'elles confèrent aux utilisateurs (2.2.4).

2.2.1 Classification classique : licence *copyleft* versus permissive

L'utilisation du terme *copyleft* désigne des licences qui rendent persistantes les libertés consenties en astreignant les utilisateurs subséquents à concéder systématiquement les mêmes libertés. Dans cette situation c'est l'intérêt de l'utilisateur final qui prévaut sur la liberté de celui qui diffuse l'œuvre. Deux types de clauses traduisent cette mention :

- celles qui imposent l'utilisation d'une licence particulière (à l'instar de la GNU GPL, à son propre compte) ;
- celles qui obligent à conférer les mêmes libertés (comme le fait la Licence Art Libre (LAL) : les droits cédés devront se retrouver dans la licence finale, qu'il s'agisse de la LAL ou de toute autre.

Il en résulte une relation de confiance qui sécurise et favorise les collaborations entre professionnels. Seule une cession non exclusive est requise juridiquement et les contributeurs restent donc titulaires de leurs droits. Ils conservent ainsi la liberté d'exploiter leur contribution par ailleurs, que ce soit sous licence libre ou commerciale.

À l'inverse, on parle de licence *permissive* lorsque seules les obligations de celui qui reçoit l'œuvre doivent être transmises (ainsi en est-il notamment de la licence Apache), laissant le contributeur libre d'en ajouter d'autres lors du transfert aux utilisateurs subséquents, y compris sous forme de licence commerciale. Les licences les plus permissives (BSD, MIT, etc.) sont traditionnellement assimilées à des renonciations et le statut des œuvres est proche de celui des œuvres tombées dans le domaine public puisqu'elles n'imposent en règle général que le respect

de la paternité (avec les habituelles clauses d'exclusion ou limitation de garanties et de responsabilité). Cette relative liberté les fait coexister sans anicroche puisqu'il est très simple pour ces licences d'être compatibles en perpétuant simplement les obligations initiales. Elles peuvent néanmoins contenir des obligations qui les rendraient incompatibles avec certaines licences *copyleft*¹. Cette absence d'incompatibilité a pour effet une très grande diversité de licences, parfois très *libertaires*, sans formalisme poussé, leur usage est néanmoins généralement conditionné à l'ajout a minima d'une exclusion de garantie et de responsabilité pour l'inclusion dans certaines distributions (notamment Debian).



ANDROID ET LA LICENCE APACHE

Comme la majorité des produits de la firme Google, Android est essentiellement distribué sous licence Apache, à l'exception de certains composants bien isolés tel le noyau Linux. Certaines applications fournies avec le logiciel restent néanmoins propriétaires, telles Android Market ou Google Maps.

Récemment, il est apparu que la version 3 de l'OS, dédiée aux tablettes, ne serait pas diffusée en *open source* (rien n'est dit quant à son portage sur les portables). Une situation critiquable lorsqu'on admet que certains contributeurs, personnes physiques ou morales, ont pu créer de la valeur au profit de ce système alors même qu'ils ne l'auraient pas fait pour un système fermé classique.

Voir sur ce point l'article de METZ (Cade), « Google Open Source Guru : 'Why we ban the AGPL', *The Register*, 2011 (http://www.theregister.co.uk/2011/03/31/google_on_open_source_licenses).

***Copyleft* et autre terminologie**

Le terme *copyleft*, double jeu de mots *copyleft/copyright* et *copy 'left'*, n'est pas le seul utilisé pour décrire ce type de clauses. On

1. Cf. *infra*.

parle ainsi parfois de *réciprocité*, *prophylaxie*, ou, plus négativement, de *viralité* ou de *contamination*.

2.2.2 Classification historique

Même si moins tranchée et plus personnelle, une représentation historique des licences permet un second regroupement opportun.

La première série de licences est dite *philosophique*. Elle comprend les licences publiées par la Free Software Foundation ainsi que celles qui partagent leur esprit et leur philosophie.

Les plus utilisées sont celles de la FSF. La première de la famille est la GNU General Public License, publiée en 1989, modifiée en 1991 et 2007. Sa petite sœur est la GNU Library General Public License, renommée Lesser GPL, et leur cousine, à destination de la documentation, la GNU Free Documentation License. Fin 2007, la GNU Affero GPL est la dernière des licences à s'être ajoutée à celles existantes (le projet de la Simplified FDL semble être figé).

À l'origine, le langage de ces licences est très proche de celui des développeurs. Il est empreint d'une intention forte et d'une portée parfois difficile à définir. La réécriture récente des licences ajoute néanmoins à cette famille de licences des versions beaucoup plus juridiques et complexes. Elles s'opposent à toute réappropriation du code grâce à leur *copyleft* qui impose que tout logiciel dérivé, basé sur, ou constituant un tout avec le logiciel, soit lui-même soumis à cette même licence. Les sociétés intéressées par l'alternative du libre hésitent souvent à recourir à l'utilisation de ces licences aux implications extensives et parfois incertaines, mais les communautés y voient un gage de confiance.

Une seconde série de licences, poussée par le monde académique/universitaire, accompagna la diffusion des nombreux logiciels qui composent aujourd'hui l'infrastructure d'Internet. Par exemple, le système de nom de domaine BIND, le protocole TCP/IP et Sendmail sont tous des standards *de facto* construits et diffusés sous licences permissives. On y retrouve l'idée d'un partage des connaissances *sans condition* issue des universités américaines et elles sont le plus

fréquemment formulées d'une façon courte et claire. Elles consistent généralement en l'énumération de la totalité des droits conférés, une obligation de respecter la paternité de l'œuvre et une exclusion de responsabilité et de garantie. Un bon exemple est la licence BSD, pour Berkeley Software Distribution.

Parallèlement, de nombreuses communautés s'étaient constituées autour de projets qui, pour certains d'entre eux, finirent par se structurer au travers de leurs propres licences, dites *communautaires*. Très spécifiques puisqu'intimement liées à un projet et son vécu, elles sont en principe peu juridiques et trop souvent susceptibles d'interprétations hasardeuses. Les deux plus symptomatiques sont la licence Artistic et la licence Apache (dans sa première version). Elles sont essentiellement des licences permissives, mais leur spécificité (en matière de brevets ou clause de publicité) les rend difficiles, voire impossibles, à concilier avec la plupart des licences *copyleft*.

Concrétisation du mouvement *open source*, l'arrivée de sociétés commerciales induisit la rédaction de licences industrielles¹ adaptées aux nouveaux modèles économiques qu'elles introduisirent. La licence la plus symptomatique est sans aucun doute la Mozilla Public License (MPL), rédigée par la firme Netscape pour la libération du code de son navigateur. Mais d'autres existent sur le même modèle : l'EPL, la Nokia Public License, l'OSL, etc. Ces licences sont précises, très complètes, et ont une étendue circonscrite.

2.2.3 Classification par domaine

Comme le laisse entrevoir cet ouvrage, les licences libres sont aujourd'hui utilisées dans de nombreux domaines : les logiciels bien sûr, mais aussi les encyclopédies (on pense bien sûr à Wikipedia), les livres, la musique et bientôt tout type de création. La majeure partie des licences libres trouve ainsi son fondement dans une application particulière pour un domaine artistique ou technique bien déterminé et il est généralement délicat, et déconseillé, de transposer dans un nouveau domaine des licences pensées et rédigées dans un contexte particulier.

1. Également dit *courant institutionnel*.

Par exemple, le formalisme extrêmement contraignant de la GNU GPL n'est pas du tout adapté à la musique : le texte entier de la licence doit être attaché, les sources doivent être simultanément fournies, etc. Inversement, des licences comme les Creative Commons ont été écrites pour la musique, le film, les livres, etc., mais pas pour les logiciels ou les bases de données (de type OpenStreetMap). Ainsi, utiliser une licence Creative Commons pour un logiciel, par exemple une CC By-SA (licence assez similaire à la GNU GPL), n'est pas conseillé par Creative Commons¹ puisque tous les aspects propres au logiciel sont inexistantes : la distribution du code source n'est pas envisagée, la dimension *liaison* non plus, etc.

Enfin, quelques licences, plutôt rares, ont été rédigées avec l'ambition de s'étendre à l'ensemble des créations couvertes par le droit d'auteur, voire à toute la propriété littéraire et artistique : l'OSL et la LAL sont deux très bons exemples, même si l'une reste plus adaptée aux logiciels et la seconde aux œuvres non logicielles.

Il est néanmoins nécessaire dans certaines situations, notamment en présence d'œuvres dites multimédias (regroupant différents types d'œuvres), de réfléchir à l'opportunité d'utiliser une licence pour le tout dans un objectif d'uniformisation ou de privilégier une approche modulaire en utilisant une licence pour chaque type d'œuvre. Il n'y a encore une fois ni bonne ni de mauvaise réponse, tout dépend des circonstances. Les politiques complexes de licences sont par exemple fréquentes en matière de jeux vidéo : moteur sous licence GNU GPL, textures, cartes et graphisme sous une licence non libre.



EXEMPLE PRATIQUE

La motivation du changement de licence de Wikipedia en 2009 est un bon exemple de l'inadéquation des contraintes matérielles de la GFDL vis-à-vis des articles publiés sur l'encyclopédie en ligne. Toutes les licences de la famille GNU imposent en effet un formalisme assez lourd lors de l'exploitation du contenu, de la création, soumis à cette licence. La GNU FDL imposait notamment 1) que la

1. <http://wiki.creativecommons.org/FAQ>.

licence soit systématiquement recopiée au côté de la création (voir imprimée, selon le nombre d'exemplaires tirés) et 2) un *copyleft* très fort (calqué sur celui de la GNU GPL).

Ces conditions, dont le non-respect aurait normalement dû causer la résolution de la licence, étaient ainsi très rarement respectées et diminuaient d'autant la capacité des auteurs à faire respecter d'autres points de leur licence. À titre d'exemple, l'ajout d'une Creative Commons CC BY-SA 3.0 (avec une étendue plus raisonnable et qui impose seulement des mentions légales succinctes ainsi qu'un lien vers la licence) a eu pour effet de sécuriser la réutilisation du contenu de Wikipedia.

2.2.4 Classification par libertés

Sous la coprésidence de Valérie-Laure Bénabou et de Joëlle Farchy, la commission spécialisée du CSPLA, portant sur la mise à disposition ouverte des œuvres de l'esprit, a publié en juin 2007 un rapport reprenant une distinction issue des travaux de thèse de Mélanie Clément Fontaine sur les œuvres libres¹. On y retrouve cette classification entre libertés réellement conférées :

- les licences qui offrent une liberté pérenne. Il s'agit des licences disposant d'un *copyleft* : l'œuvre et ses dérivées sont libres et le resteront ;
- les licences qui offrent une liberté fragile. Il s'agit ici des licences permissives qui autorisent la propriétérisation par un tiers d'une œuvre dérivée : les contributeurs acceptent que leurs contributions soient intégrées dans un produit commercial, et n'ont aucune garantie de bénéficier des contributions ultérieures ;
- les licences qui offrent une liberté asymétrique. Il s'agit ici des licences qui créent un déséquilibre au profit de celui qui a choisi initialement la licence. Il s'agit par exemple des licences interdisant l'exploitation commerciale de l'œuvre (la CC By-NC ou, autrefois,

1. CLÉMENT-FONTAINE (Mélanie), *Les œuvres libres, op. cit.*

l'Aladdin Free Public License¹ en matière de logiciel) ou la modification de celle-ci (la CC By-ND)².

2.3 Déchiffrer : une grille de lecture de licences libres

Distinguer les licences les unes des autres est une première étape, nécessaire, mais non suffisante pour en jouir entièrement. Encore faut-il en effet comprendre la structure commune à chacune d'entre elles.

S'il était possible de construire une nouvelle analogie avec les recettes, le code source étant très souvent comparé à celles-ci, il pourrait être dit qu'il est nécessaire d'apprendre et de maîtriser la recette originale avant de faire preuve d'imagination.

La grille qui suit s'inspire d'un tel travail empirique basé sur l'étude de plusieurs dizaines de licences libres et de leurs variantes — étant entendu qu'une telle grille de lecture a pour objet d'être simplificatrice et qu'il n'est pas possible, pour qui veut comprendre les licences libres, de s'épargner l'effort de les lire. De manière générale, les licences libres ont des effets différents selon que l'utilisation est destinée à l'usage privé du licencié³ (on parle de *sphère privée*) ou qu'elle dépasse cet usage (ces limites étant différentes selon les licences). Conformément à la philosophie *hacker*, l'usage dans la sphère privée est entièrement libre et sans aucune contrainte alors que l'usage du logiciel en dehors de celle-ci impose de respecter toutes les obligations de licences, voire d'étendre celle-ci à d'autres composants logiciels.

Il est ainsi possible de décomposer une licence libre selon trois éléments :

1. Voir par exemple la licence (version 9) sur <http://www.pdfforge.fr/content/aladdin-free-public-license>.

2. « Des licences offrant une liberté asymétrique. Dans ce cadre, l'utilisateur peut faire usage de l'œuvre, mais l'auteur n'est pas contraint de la même manière que ce dernier. Les modifications apportées ne sont pas nécessairement sous la même licence que l'œuvre initiale. Mais l'auteur peut aussi se réserver des utilités qu'il refuse à l'utilisateur et combiner une licence libre et une exploitation commerciale, lesquelles peuvent le cas échéant reprendre des modifications apportées par des utilisateurs de la chaîne » (BENABOU (V.-L.) et FARCHY (J.), Rapport *La mise à disposition ouverte des œuvres de l'esprit*, CSPLA, 2007, p. 8).

3. Pour peu qu'il n'ait pas précédemment violé la licence.

- ses *droits et obligations* (2.3.1) — en matière de brevet, copyleft, etc. ;
- son *étendue* (2.3.2) — les effets de la licence concernent-ils uniquement le code initial ou s'étendent-ils à d'autres codes qui en dépendraient ? ;
- et son *élément déclencheur* (2.3.3) — action par laquelle le licencié se voit opposer des obligations supplémentaires, généralement liées à l'implication d'utilisateurs tiers.

Enfin, de plus en plus de licences intègrent en leur sein un mécanisme de *compatibilité* (2.3.4).

2.3.1 Les droits et obligations des licences libres

Comme tout contrat, les licences libres sont des rapports de droits qui se composent de droits et d'obligations, les droits venant accroître l'actif du licencié tandis que les obligations grèvent son passif.

Droits et obligations sont autant d'éléments qui distinguent les licences les unes des autres— selon leurs engagements vis-à-vis des brevets, signes distinctifs, DRM, etc. — ou les rapprochent — le minimum de liberté étant fixé par leur qualité de *libre* et/ou d'*open source*.

S'il est très facile de percevoir les droits cédés par les licences libres grâce aux efforts effectués par la rédaction de la Free Software Definition (FSD) et de l'OSD (2.3.1.1), il n'existe aujourd'hui aucun référentiel commun en matière d'obligations (2.3.1.2).

2.3.1.1 Des droits identiques

Les droits sont harmonisés grâce aux définitions que sont l'Open Source Definition ou la Free Software Definition précédemment présentées.

Il est néanmoins possible que les licences contiennent des droits supplémentaires, par exemple quant à l'usage du nom des auteurs ou du projet, le plus lourd des effets juridiques étant probablement l'autorisation de sous-licencier (là aussi, voir précédemment).

Enfin, notons que tous les droits de propriété intellectuelle ne sont pas systématiquement cédés. C'est le cas de la GNU GPL v. 2 qui ne partage que les prérogatives essentielles aux libertés offertes ¹.

2.3.1.2 Des obligations variées

Le corollaire de cette cession de droit est l'existence de multiples conditions et obligations non négociables. Les personnes qui souhaitent bénéficier de la licence s'engagent ainsi à en respecter les contraintes : avec l'engagement automatique de la responsabilité de celles souhaitant s'y soustraire.

À ce stade, il est nécessaire de préciser que l'utilisateur d'un composant sous licence libre sera lié contractuellement avec le ou les auteurs dudit composant, mais qu'il sera aussi lié avec les utilisateurs subséquents s'il contribue lui-même au composant, qu'il le fasse selon le même contrat (mais sans nécessairement être soumis aux mêmes obligations) ou selon un autre (pour peu que la première licence le permette). L'absence de consensus en la matière nuit énormément aux licences libres et tout le monde gagnerait à ce qu'un vocabulaire ou des définitions communes soient partagés. Les initiatives normatives ne répondent pas en effet à un autre besoin industriel qui consiste en l'identification et en la classification des obligations des licences (principal élément différenciateur) et de leurs variantes (notamment lors de l'ajout de clauses d'exception ou d'interprétation) ².

C'est dans les obligations (en matière de paternité, de *copyleft*, brevets, etc.), et dans leurs différentes combinaisons, que se distinguent les licences libres. Il est possible de suivre la *summa division* du Code civil ³

1. Ainsi, dans l'esprit du copyright américain qui la gouverne, certains droits manquent à la GNU GPL : ceux de représentation (*to perform*) et d'exposition (*to display*).

2. Il semble donc aujourd'hui nécessaire de réfléchir à la rédaction d'une telle nomenclature auxiliaire. Ce travail serait utile à deux égards : pour répondre à la demande (croissante) des clients dans le cadre du développement d'un marché de services autour des logiciels libres (de façon à ce qu'ils puissent définir précisément, mais non limitativement, le type de licences souhaité) ; pour accompagner les avancées en matière d'informatisations et d'identifications des composants et de leur licence (qu'il s'agisse de solutions communautaires comme SPDX, QSOS, ou commerciales telles que BlackDuck). Voir à cet égard JEAN (Benjamin), « Identifier les obligations des licences libres et *open source* sur la base d'une nomenclature normalisée ? », OWF 2011.

3. FABRE-MAGNAN (Muriel), *Les Obligations*, Puf Droit, coll. Thémis Droit privé (1re édition), n°71, 2004.

qui distingue les obligations de faire¹ (2.3.1.2.a), les obligations de ne pas faire² (2.3.1.2.b) et les obligations de donner³ (2.3.1.2.c).

2.3.1.2.a Les obligations de faire au sein des licences

Les obligations de faire sont des obligations par lesquelles une des parties (le débiteur) s'engage à accomplir certains actes en faveur de l'autre partie (le créancier). On peut donner comme exemples les obligations de délivrance (de remettre matériellement la chose) ou de renseignement (devoir implicite d'informer l'autre partie des informations qu'elle détiendrait relatives au contrat).

L'obligation de renseignement est particulière en matière de licence libre, compte tenu de l'importance que peut revêtir l'usage de composants *open source* lors du transfert final de droit. À ce sujet, la cour d'appel de Paris avait donné raison à un client public qui avait unilatéralement résolu le marché pour non-respect de ses engagements par son contractant qui lui avait caché l'utilisation de logiciels libres dans le cadre de ses développements (de sorte que sa livraison n'était pas conforme à la mission qui lui avait été confiée)⁴. On retient surtout de cet arrêt une obligation de conseil renforcée à l'encontre du prestataire.

Le *copyleft*⁵ est aussi l'une des obligations de faire à laquelle s'engage l'utilisateur : dans l'hypothèse où il modifierait et redistribuerait sa version modifiée, il le ferait sous la même licence (voire une licence compatible). Il est tentant de voir ici une atteinte à ses droits d'auteurs⁶, mais la réalité est plus simple : le licencié peut soit respecter la licence et donc diffuser son œuvre ainsi qu'il lui est demandé, soit perdre sa qualité de licencié et renoncer à distribuer l'œuvre dérivée sans l'accord exprès de l'auteur de l'œuvre originale.

D'autres formalités se retrouvent fréquemment parmi les licences *open source* : l'obligation de distinguer ses propres contributions de celles des autres contributeurs, celle de tenir à jour un fichier récapitulatif des

1. Article 1142 à 1144 C. civ.

2. Article 1142 et 1145 C. civ.

3. Article 1136 à 1141 C. civ.

4. CA Paris, 16 sept. 2009, SA EDU4 c/ Association AFPA.

5. Double jeu de mots avec *copy* — *right* et avec le second sens de *left* signifiant *laissé*.

6. Cf. *supra*.

plaintes ou revendications reçues par les licenciés et de le distribuer avec les sources¹. Plus généralement, toutes les obligations relatives au formalisme qui accompagne l'utilisation de la licence sont des obligations de faire : donner accès aux sources dans certaines conditions, mentionner l'auteur ou le logiciel dans certaines conditions, etc.

Certains comportements peuvent aussi être dictés au licencié, comme les clauses aménageant la juridiction compétente² ou la loi applicable, qui peuvent être réajustées en faveur du donneur de licence.

2.3.1.2.b Les obligations de ne pas faire au sein des licences

Celui qui s'engage à une obligation de ne pas faire s'abstient de faire quelque chose : utiliser un signe particulier, revendiquer certains droits de propriété intellectuelle, agir en contrefaçon, etc.

En supplément, quelques licences interdisent l'usage de certains mots, souvent dénués d'originalité, et même déposés à titre de marque. S'il faut émettre des réserves sur cette pratique qui crée des exclusivités et peut être à la source d'atteintes importantes à la liberté de l'utilisateur (notamment lorsque des clauses similaires se cumulent) une justification peut être avancée, consistant à dire que dans l'espace de promiscuité d'Internet la protection de certains droits de propriété industrielle n'est pas adéquate du fait de leur application territoriale. Par exemple, en matière de marque, le donneur de licence est astreint à multiplier les dépôts (et donc les coûts) s'il veut protéger sa marque, alors qu'interdire simplement l'utilisation de son nom à ses licenciés lui permet à moindre frais de se prévenir des confusions qu'engendrerait l'arrivée d'un licencié concurrent exploitant un produit identique sous un nom similaire.



L'INTERDICTION DE L'USAGE COMMERCIAL OU DE LA MODIFICATION

Certaines licences interdisent les usages commerciaux. Il s'agit en particulier des licences Creative Commons avec la clause NC, mais on peut aussi citer l'ancienne Yello Open Music Licence ou, par certains usages seulement, la

1. Dans un fichier *ad hoc*, voir par exemple la MPL, Article 3.4 a), «Third Party Claims».

2. Arbitrage pour certaines, comme la Reciprocal Public License.

licence IANG. Réintroduire ce critère revient à un retour en arrière. Au milieu des années 1990, en effet, il existait des licences comme l'Aladdin Free Public License¹ qui interdisaient l'usage commercial et n'iaient le rôle que peut jouer l'usage commercial dans la reprise et la diffusion des créations, en particulier dans notre société capitaliste. D'ailleurs, juridiquement, les choses hors commerce sont inaliénables¹ (au contraire, ce qui circule est dans le commerce).

Une autre difficulté, majeure, naît de cette interdiction : l'appréciation du critère commercial. Quelques interprétations, définitions ou FAQ, tentent d'aider à la compréhension de la notion, mais aucun consensus n'existe sur la portée précise des engagements (sachant qu'aucune interprétation n'a de valeur contractuelle/contraignante puisque seule la licence est acceptée par les parties).

Publiée en 2009, l'enquête *Defining Noncommercial*² menée par Creative Commons montre la difficulté qu'il y a à envisager une définition commune tant les conceptions peuvent diverger. Néanmoins, la majorité des interviewés semble arriver à un accord relatif :

- l'utilisateur : doit être un particulier ou une personne morale non-commerçante (ou sans but lucratif dans le cas d'une association) ;
- la nature de l'utilisation : ne doit pas être commerciale (directement ou indirectement, comme dans le cas d'une publicité) ;
- condition d'utilisation : l'utilisateur ne doit pas gagner d'argent par un service qui soit en relation avec le contenu sous NC.

Néanmoins, il n'existe pas de consensus en la matière et il semble ainsi préférable de préciser soi-même ce que l'on entend autoriser en utilisant cette licence.

1. Article 1128 du Code civil : « Il n'y a que les choses qui sont dans le commerce qui puissent être l'objet des conventions. »



L'INTERDICTION DE LA MODIFICATION

Toutes les licences Creative Commons contenant la clause ND, ou encore les licences dites verbatim (copie et distribution conformes), interdisent à quiconque de modifier la création. La question est de savoir quelle définition doit-on appliquer aux créations non logicielles, et si la possibilité de modifier est aussi inconditionnelle : la FSF estime généralement que seules les œuvres utilitaires doivent être librement modifiables, non les œuvres d'*opinion*¹.

Néanmoins, souvent utilisées par défaut, sans réflexion de fond, ces licences traduisent une peur des auteurs quant au partage de leurs œuvres — une peur d'autant moins compréhensible qu'ils partagent souvent naturellement en matière de logiciel. Les conséquences de ce choix de conformité ne sont néanmoins pas neutres puisque l'œuvre est figée alors que :

- quelle que soit la licence utilisée, à aucun moment les licenciés ne se voient reconnaître une permission de détourner le discours de l'auteur original, de lui attribuer de nouvelles paroles, voire plus généralement de lui porter préjudice. Un tel comportement serait punissable : sur le fondement de la responsabilité délictuelle, ou en vertu d'autres dispositions, si opportunes (droit de la presse, droit de la personnalité, droit commun de la responsabilité, droit pénal, etc.).
- la différenciation entre œuvres techniques et œuvres d'opinion reviendrait à distinguer les œuvres où la personnalité de l'auteur (ses idées, convictions, son style, etc.) apparaîtrait, et celles où cette personnalité ne serait pas perceptible. Cette distinction n'est pourtant pas défendable puisque, juridiquement, elle reviendrait à admettre que ce qui est qualifié d'œuvre par la loi (car empreint de la personnalité de son auteur) ne serait pas sous licence libre, alors que seul ce qui n'y est pas soumis le serait.

Ce serait alors bafouer précisément le principe selon

lequel les licences libres ne sont utiles qu'en cas de droits exclusifs, et qu'elles s'appuient alors sur ces derniers pour inverser leur utilisation... Ainsi, il semble être plus pertinent d'appréhender l'œuvre comme un tout, véhiculant pêle-mêle idées, informations, connaissances, style de l'auteur, etc.

Par la suite, toute œuvre aurait un versant utilitaire et un versant propre à son auteur, et l'équilibre entre ceux-ci présagerait d'une utilisation différente si elle venait à être mise sous licence libre (plus de modification sur des œuvres essentiellement utilitaires, plus de citation concernant les œuvres d'opinion).

1. Ces licences sont largement utilisées par la FSF. Eben Moglen s'en explique : « Notre intention dans la phrase « verbatim copying in any medium » n'est pas d'obliger la rétention des en-têtes et des pieds de page, ou d'autres mises en forme graphique. La rétention des liens hypertextes à la fois sur les supports de type hypertextes ou non (tels que les notes ou les URL imprimées dans des médias non HTML) est en revanche requise. »

2.3.1.2.c Les obligations de donner au sein des licences

On parle d'obligations de donner lorsqu'il y a transfert d'un droit réel sur une chose (droit permettant de tirer d'un bien tout ou partie de son utilité économique — les différents droits de propriété intellectuelle entrant dans cette catégorie de droits réels ¹).

Les licences ayant généralement pour objet tout ou partie des droits de propriété littéraire et artistique ou de propriété industrielle, l'obligation concerne généralement ces derniers. Ainsi, la personne qui diffuse une création sous GNU GPL v. 3 s'oblige à une certaine cession de ses droits d'auteur (ou assimilés), une licence en matière de brevet, etc.

1. Lamy Droit de l'Informatique et des Réseaux, 2011, n°828, *La qualification de vente applicable à la cession totale des droits portant sur un logiciel* : « Les droits de propriété intellectuelle — qu'ils relèvent de la propriété littéraire et artistique ou de la propriété industrielle — sont en effet des droits réels qui peuvent faire l'objet d'une cession totale (à l'exception des attributs moraux du droit d'auteur, insusceptibles d'un quelconque transfert de propriété, mais dont nous savons qu'ils sont — en matière de logiciels — réduits à fort peu de choses, voir n°191 et s.). »



DES LICENCES QUI NE SONT PAS ENTIÈREMENT IMPARTIALES. . .

Généralement, les licences sont dites « génériques » et emportent les mêmes effets quel que soit le contractant, néanmoins quelques unes différencient les obligations en fonction de la qualité des personnes potentiellement engagées (telle l’EURL lorsque la Commission européenne est partie au contrat) ou de leur rôle.

Certains donneurs de licence ont ainsi choisi de se faire conférer des prérogatives exorbitantes. C’est le cas de la licence NPL (licence calquée sur la MPL, à laquelle se rajoute une annexe conférant ces prérogatives supplémentaires), qui permet(tait) au donneur de licence de réutiliser les contributions au sein d’une distribution propriétaire. La BIPL (Broad Institute Public License) en est un autre exemple, en imposant au licencié une licence sur leur brevet alors même qu’elle ne leur en consent aucune.

Ces pratiques sont néanmoins de plus en plus rares et les licences actuellement utilisées n’en contiennent plus.

2.3.1.3 La sanction du non-respect des licences

Les obligations des licences libres sont généralement des conditions résolutoires : la licence contenant en effet un processus de terminaison automatique de la licence, immédiate ou différée, en cas de non-respect. Cette résiliation¹ du contrat a pour effet d’interdire toute exploitation de la création concernée et de rendre l’ancien licencié susceptible de contrefaçon pour toute exploitation postérieure. Au cours d’une action particulièrement violente, la SFLC avait par ailleurs plaidé qu’en cas de non-respect de la licence, celle-ci se terminait automatiquement sans possibilité d’en bénéficier à nouveau, sauf à ce que l’auteur (ou la communauté d’auteurs) réintroduise la société dans ses droits².

1. Et non pas *résolution*, les effets n’étant pas rétroactifs.

2. La SFLC avait alors déclaré : « Further, once Best Buy made a distribution of BusyBox that did not comply with the license terms, the license terminated, and therefore any further act of copying or distributing BusyBox by Best Buy (even if in compliance with the

Cette sanction étant particulièrement sévère, surtout pour le secteur industriel qui peut violer une licence par ignorance, un nombre croissant de licences atténue les effets d'un tel non-respect grâce à des mécanismes permettant au licencié de corriger son comportement voire d'être automatiquement réintroduit dans ses droits à certaines conditions (tel l'article 8 de la GNU GPL v. 3 lorsqu'il s'agit d'une première violation et que celle-ci est rapidement corrigée). La FSF s'est notamment appuyée sur cette faiblesse de la licence pour inciter les contributeurs à solliciter le passage de GNU Linux à la troisième version de la licence (« Android GPLv. 2 termination worries : one more reason to upgrade to GPLv. 3 ¹ »).

2.3.2 L'étendue des licences libres

L'étendue de la licence permet de déterminer contractuellement dans quelle mesure certaines créations lui seront rattachées (comme le sont les œuvres dérivées ou composites du régime légal) et, dès lors, si elles sont combinées, subir les contraintes de la licence lors du déclenchement² de cette dernière. En cas de situation floue, imprécise ou ambiguë, le juge recherchera la volonté des parties au moment de leur consentement au contrat. Pour cette raison, tout élément accompagnant la diffusion sous licence libre est bienvenu (FAQ, notice, etc.).

Ainsi, deux techniques peuvent être utilisées conjointement aux fins de détermination des créations soumises à l'étendue de la licence : un renvoi aux qualifications légales des œuvres dérivées³ et composites⁴ ou l'utilisation des contrats pour compléter ces dernières⁵ ou s'y substituer⁶

license) is without [a particular author's] permission. [...] Thus, Best Buy's failure to comply with the license has terminated any right it may have to make any copies or distributions of BusyBox and its ongoing distribution of BusyBox therefore infringes Andersen's copyrights regardless of whether the distributions today are in compliance with the Open Source license. »

1. <http://www.fsf.org/news/android-termination-upgrade-gplv3>.

2. Cf. *infra*.

3. Voir pour ceci l'exemple de la licence Ms-CL.

4. Toutes les législations n'ont pas nécessairement cette distinction entre œuvres dérivées et œuvres composites. Ainsi, la Belgique fait entrer les deux notions sous la définition d'œuvre dérivée.

5. Par exemple la licence OSL qui rajoute aux termes légaux celui d'*external deployment*.

6. Les exemples sont nombreux, dont celui de la MPL, instituant un *copyleft* limité aux fichiers.

(par exemple en stipulant que seules les œuvres dérivées sont soumises à l'application de la même licence).

Cette étendue peut être unique et imposer que l'ensemble des obligations soient respectées dans ses limites (induisant par exemple qu'un composant logiciel non séparé et indépendant soit soumis à la même licence¹) ou être multiple et distinguer en fonction des droits de propriété intellectuelle en question (la cession en matière de brevets pouvant par exemple être moins étendue que la cession en matière de droit d'auteur). Enfin, l'impact est différent selon les obligations de la licence et il est fréquent que l'étendue de la licence soit modérée ou, au contraire, maximisée, eu égard à certaines clauses (telle la clause *copyleft*).

Différents types d'étendues peuvent être identifiées (2.3.2.1), mais leur appréciation demande quelques précisions complémentaires dans le cadre d'œuvres logicielles (2.3.2.2).

2.3.2.1 Les différents types d'étendue

On distingue généralement trois types d'étendue (étendue faible, standard et forte), mais il est possible d'en caractériser quatre :

- l'étendue *restreinte* : seule la création originale reste soumise aux obligations de la licence, tout ce qui est apporté à cette dernière peut être diffusé sous d'autres termes (on la retrouve généralement dans les licences dites permissives) ;
- l'étendue *faible* : la création originale et les modifications qui lui sont faites sont soumises à cette étendue, mais elle peut se combiner avec d'autres créations sous d'autres licences ;
- l'étendue *standard* (ou *légale*) : l'appréciation de l'étendue conformément au droit applicable, permettant généralement diverses liaisons entre plusieurs composants ;
- l'étendue *forte* : la création originale, ses modifications et toute autre création qui serait dépendante (donc liée) seraient soumises à cette étendue.

1. Toujours le cas de la GNU GPL, voir *infra*.

2.3.2.1.a L'étendue restreinte

Cette étendue ne concerne en pratique que les licences permissives : seule la version diffusée par l'auteur initial restera soumise à la licence d'origine, tandis que toute modification sera potentiellement, pour les éléments apportés, sous une autre licence.

Plusieurs créations dotées d'une même étendue restreinte ne seront jamais susceptibles de générer des situations d'incompatibilité. Cependant, toutes ces licences imposent néanmoins de respecter les obligations qui les caractérisent, ce qui peut générer des incompatibilités lorsqu'on souhaite utiliser simultanément une autre licence (en présence de licences ayant une plus large étendue ou lorsqu'on souhaite associer une seule licence pour distribuer le tout).

2.3.2.1.b L'étendue faible

L'étendue est dite faible lorsqu'elle ne couvre qu'une partie de l'étendue des droits classiquement reconnus aux titulaires de droits (droits d'auteur notamment). Il s'agit généralement des licences qui vont estimer que toute œuvre dérivée sera soumise à la licence d'origine, alors qu'une œuvre composite pourra être soumise à d'autres licences tant que la licence d'origine est respectée à l'égard de l'œuvre d'origine (intouchée ou dérivée).

2.3.2.1.c L'étendue standard

Cette étendue désigne les licences dont il fut décidé de ne pas définir contractuellement l'étendue, laissant libre cours à l'interprétation de la législation applicable — cette législation étant déterminée par contrat ou, à défaut, en application des règles de droit international privé. Une telle étendue à l'avantage d'être éprouvée (appliquée systématiquement en cas de contentieux, la jurisprudence sur le sujet est large) et l'inconvénient d'être parfois moins adaptée à l'objet de la licence.

La licence Eclipse fait ainsi référence à la définition américaine de l'œuvre dérivée, sans se prononcer sur l'étendue de celle-ci¹ alors que l'EURL précise que l'interprétation de la notion d'œuvre dérivée dépendra de la

1. Voir notamment la FAQ juridique : « Some open source software communities specify what they mean by a "derivative work". Does the Eclipse Foundation have a position on this ? » (<http://www.eclipse.org/legal/eplfaq.php>).

loi applicable au contrat (celle-ci étant fixée comme étant « la loi de l'État membre de l'Union européenne où le donneur de licence réside ou a établi son siège social¹ » ou, à défaut la loi Belge). Enfin, l'Open Software License ne définit pas la notion d'œuvre dérivée (*derivative work*), laissant aux juges le soin d'en interpréter la portée.

2.3.2.1.d L'étendue forte

L'étendue forte caractérise des licences qui développent une conception contractuelle extensive de l'œuvre dérivée, entraînant un nombre plus important d'œuvres dépendantes de l'œuvre initiale.

Il s'agit d'une potentielle expansion des droits de propriété intellectuelle qui s'explique par la volonté d'empêcher globalement toute atteinte liée à la jouissance de l'œuvre. Ce mécanisme repose en effet sur un droit exclusif, qu'il étend par le biais du contrat : celui qui veut utiliser l'œuvre consent à s'engager de la sorte. Sans porter de jugement de valeur sur ce type de clauses, très courantes, il convient de remarquer qu'elles se basent généralement sur des considérations non juridiques (appréciant le logiciel en tant qu'outil) et peuvent générer quelques difficultés d'interprétation qui sont autant de sources d'insécurité juridique (d'autant que les parties peuvent avoir une interprétation différente de celle du rédacteur de la licence).

Cette étendue constitue enfin un paradoxe puisque l'application d'une telle conception par l'industrie traditionnelle pourrait être très néfaste au logiciel libre.

2.3.2.2 L'étendue des licences en matière de créations logicielles

Dans le domaine du logiciel, en raison du caractère hybride de son objet à la fois technique et juridique, l'application de la typologie classique nécessite d'être précisée par des notions techniques (2.3.2.2.a) sans qu'elles ne suffisent à appréhender tous les types de relations particulières pouvant exister entre plusieurs composants logiciels (2.3.2.2.b).

1. Licence EUPL, version française, « Article 15. Loi applicable ».

2.3.2.2.a L'application de la typologie classique précisée par des notions techniques

Dans le domaine des licences libres appliquées aux logiciels, on s'aperçoit que l'aspect juridique est accessoire aux considérations techniques qui constituent le véritable enjeu des licences.

Ainsi, la GNU General Public License¹ raisonne à l'échelle du programme et s'étend au *logiciel comme un tout*, à l'exception des briques logicielles indépendantes et séparées (sauf si elles-mêmes distribuées comme un tout avec le reste du logiciel). La GNU Lesser General Public License² allège cette dernière en mettant en place un mécanisme autorisant les *simples utilisations du logiciel*.

Enfin, d'autres licences comme la CeCILL-C ou la Mozilla Public License (MPL) raisonnent à l'échelle du fichier et demandent que *tout fichier contenant du code sous l'une de ces licences* soit aussi sous cette licence.

Ainsi, en terme d'étendue :

- l'étendue restreinte des licences permissives de types BSD, MIT ou Apache ne posent pas plus de difficulté que des licences classiques : le code d'origine est (et reste) soumis à la licence initiale, mais il est aussi possible de le redistribuer (modifié ou non) sous toute autre licence qui respecte ces obligations (mentions légales, licence de brevets, etc.) ;
- l'étendue faible caractérise les licences modulaires de type CeCILL-C et la licence MPL qui limitent le *copyleft* aux seuls fichiers contenant du code sous licence³ (chaque fichier demeurant ainsi sous une seule licence), de type GNU LGPL⁴ qui permet certaines utilisations (le *copyleft* envisage toujours l'œuvre comme un tout⁵ et

1. 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.

2. 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.

3. Mozilla Public License, Article 1.9 : « 1. Any addition to or deletion from the contents of a file containing Original Code or previous Modifications. 2. Any new file that contains any part of the Original Code or previous Modifications. »

4. Article 5 de la GNU LGPL v 2.1 : « A program that contains no derivative of any portion of the Library, but is designed to work with the Library by being compiled or linked with it, is called a "work that uses the Library". Such a work, in isolation, is not a derivative work of the Library, and therefore falls outside the scope of this License. »

5. Article 2 de la GNU LGPL v 2.1, identique à celui de la GNU GPL.

toute œuvre dérivée doit être distribuée sous la même licence alors que l'œuvre composite est autorisée, que le lien soit statique ou dynamique, tant qu'il n'y a qu'utilisation du logiciel) ou de type EPL qui permet certaines liaisons ;

- l'étendue standard pose plus de difficulté dans son interprétation, notamment quant à savoir si l'appréciation légale de l'œuvre dérivée couvre, ou non, les liens dynamiques. Par exemple, l'avocat américain rédacteur de l'OSL, Lawrence Rosen, considère qu'un simple lien entre plusieurs logiciels ne peut en faire des œuvres dérivées en application de la loi américaine ¹.

L'étendue forte qualifiera les licences :

- de type GNU GPL ² qui, en se basant essentiellement sur une efficacité technique de leur étendue, étend la licence au logiciel comme « un tout » ³, dans sa globalité ⁴, tel qu'il apparaît à l'utilisateur. Sont ainsi concernées les œuvres basées sur l'œuvre sous licence GNU GPL ⁵ et les œuvres parties d'un ensemble plus grand contenant

1. « In most cases we shouldn't care how the linkage between separate programs was technically done, unless that fact helps to determine whether the creators of the programs designed them with some apparent common understanding of what a derivative work would look like. We should consider subtle marketbased factors as indicators of intent, such as whether the resulting program is being sold as an "improved" or "enhanced" version of the original, or whether the original was designed and advertised to be improvable "like a library" », Lawrence E. Rosen, *Derivative Works*, p. 2. (<http://www.rosenlaw.com/html/GL18.pdf>).

2. Celle-ci dans sa FAQ rend une solution assez large : « What constitutes combining two parts into one program ? This is a legal question, which ultimately judges will decide. We believe that a proper criterion depends both on the mechanism of communication (exec, pipes, rpc, function calls within a shared address space, etc.) and the semantics of the communication (what kinds of information are interchanged). If the modules are included in the same executable file, they are definitely combined in one program. If modules are designed to run linked together in a shared address space, that almost surely means combining them into one program. By contrast, pipes, sockets and command-line arguments are communication mechanisms normally used between two separate programs. So when they are used for communication, the modules normally are separate programs. But if the semantics of the communication are intimate enough, exchanging complex internal data structures, that too could be a basis to consider the two parts as combined into a larger program » (<http://www.gnu.org/licenses/old-licenses/gpl-2.0-faq.html>).

3. Repris dans le projet de licence GNU GPL v. 3, dans son article 5.[2] « Distributing Modified Source Versions ».

4. C'est ici une traduction que nous proposons de *the whole*, nous pourrions tout autant parler d'*ensemble*.

5. Article 2, alinéa 1 de la GNU GPL : « You may modify your copy or copies of the Program or any portion of it, thus forming a work based on the Program, and copy and

l'œuvre sous GNU GPL¹. Ainsi, une œuvre considérée comme indépendante et séparée ne sera pas soumise à la licence tant qu'elle restera distribuée comme une œuvre distincte (différenciant l'œuvre indépendante et séparée, distribuée séparément dans une visée autre que d'être utilisée en combinaison avec le logiciel licencié, et la même œuvre distribuée cette fois-ci de façon à être combinée avec le logiciel licencié)². Afin d'éviter des situations trop extrêmes où l'étendue de la licence engloberait le système d'exploitation ou des éléments de ce dernier (les logiciels réutilisent en effet, pour leur quasi-totalité, des bibliothèques systèmes spécifiques à un environnement), la GNU GPL comporte une exception dédiée³ ;

- de type de la licence CeCILL qui différencie les « modules internes »⁴ (soumis à la licence) des « modules externes »⁵ (non soumis) sur le fondement de l'espace d'adressage commun. Un module est interne s'il s'exécute dans le même espace d'adressage que le logiciel licencié et externe s'il s'exécute dans un autre espace d'adres-

distribute such modifications or work under the terms of Section 1 above, provided that you also meet all of these conditions. »

1. Article 2, alinéa 2 de la GNU GPL : « These requirements apply to the modified work as a whole. If identifiable sections of that work are not derived from the Program, and can be reasonably considered independent and separate works in themselves, then this License, and its terms, do not apply to those sections when you distribute them as separate works. But when you distribute the same sections as part of a whole which is a work based on the Program, the distribution of the whole must be on the terms of this License, whose permissions for other licensees extend to the entire whole, and thus to each and every part regardless of who wrote it. »

2. Article 5 du projet de GNU GPL v. 3 : « These requirements apply to the modified work as a whole. If identifiable sections of that work, added by you, are not derived from the Program, and can be reasonably considered independent and separate works in themselves, then this License, and its terms, do not apply to those sections when you distribute them as separate works for use not in combination with the Program. But when you distribute the same sections for use in combination with covered works, no matter in what form such combination occurs, the whole of the combination must be licensed under this License, whose permissions for other licensees extend to the entire whole, and thus to every part of the whole. »

3. GNU GPL, Article 3 al. 2 : « However, as a special exception, the source code distributed need not include anything that is normally distributed (in either source or binary form) with the major components (compiler, kernel, and so on) of the operating system on which the executable runs, unless that component itself accompanies the executable. »

4. Article 1 : « Module Interne : désigne tout Module lié au Logiciel de telle sorte qu'ils s'exécutent dans le même espace d'adressage. »

5. Article 1 : « Module Externe : désigne tout Module, non dérivé du Logiciel, tel que ce Module et le Logiciel s'exécutent dans des espaces d'adressages différents, l'un appelant l'autre au moment de leur exécution. »

sage (et est appelé lors de l'exécution du logiciel). Plus objective que la définition précédente, cette notion simplifie la détermination de l'œuvre dérivée.

On notera enfin que le rassemblement d'œuvres logicielles distinctes (*mere aggregation*) au sein d'une compilation (dans le cadre d'un CD, d'une distribution GNU/Linux ou d'une Framakey) est néanmoins permise dès lors que chaque composant reste soumis à sa propre licence. Néanmoins, il est aussi possible d'apposer une licence sur la composition elle-même, le droit d'auteur protégeant une telle compilation dès lors qu'elle est originale et reflète la personnalité de son auteur¹.

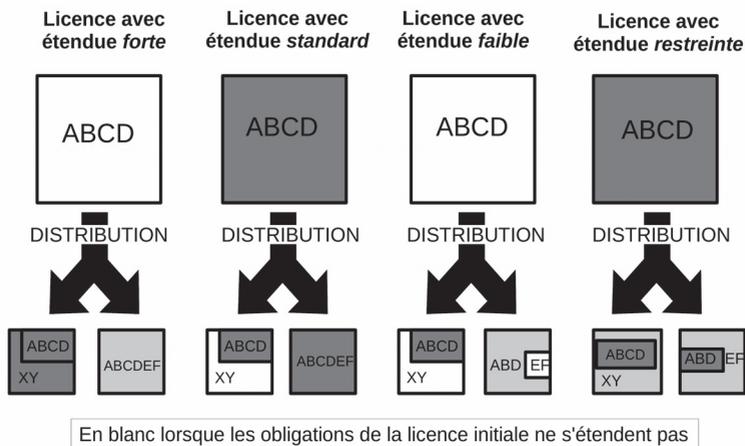


FIGURE 2.1 - Représentation des licences (A,B,C,D composants du programme d'origine, X,Y composants d'un autre).

1. Art. L112-3 CPI : « Un travail de compilation d'information peut accéder à la protection du droit d'auteur, mais la protection n'est pas acquise en soi par le genre, les juges du fond doivent préciser en quoi la forme retenue est originale ». Civ. 1ère, 2 mai 1989 : JCP 1990. II. 21392, note Lucas et « Un travail de rassemblement, de collection et de sélection de photographies historiques relatives à des personnages politiques de certains pays peut accéder à la protection par le droit d'auteur ». TGI Paris, 29 Janvier 1986 : RIDA, oct. 1986, p. 152.

2.3.2.2.b L'appréciation de l'étendue au sein des relations particulières susceptibles de rattacher plusieurs composants logiciels

Les logiciels sont, dans des degrés différents, plus ou moins autonomes ou dépendants d'autres logiciels. Ainsi, de multiples relations peuvent exister entre différents logiciels, aux effets variables.

⇒ *Le cas des œuvres produites par un logiciel sous licence copyleft*

Il est souvent demandé si l'œuvre issue d'un logiciel peut être qualifiée d'œuvre dérivée, ou basée sur celui-ci. La réponse est heureusement négative par principe : l'œuvre est produite par la fonction programme, extérieure à la forme de celui-ci. Un bémol persiste cependant, puisque certains programmes incluent une partie de leur code dans les œuvres qu'ils génèrent¹. Celles-ci peuvent donc valablement être qualifiées d'œuvres dérivées et soumises en ce nom à la licence *copyleft*. La situation doit être nuancée en ce que ce type de logiciels prévoient fréquemment une exception dans leur licence permettant à l'utilisateur de disposer « librement » de sa création. Néanmoins, d'autres utilisent ce *copyleft* « déloyal » afin de rendre attractive une licence commerciale par ailleurs proposée. Par exemple, lors d'une compilation par EiffelStudio, les binaires contiennent du code² soumis à la GNU GPL et doivent alors se conformer à la licence, situation paradoxale où les binaires sont soumis à la licence pour un simple *runtime* en GNU GPL, alors que les fichiers sources seuls ne le seraient pas (car ne contenant pas lesdits fichiers).

⇒ *La liaison entre une bibliothèque et un autre logiciel*

Les bibliothèques logicielles se distinguent des logiciels programmes en ce qu'elles sont utilisées par ces derniers pour leur fournir un code assistant. Plus généralement on peut classer dans cette catégorie tout logiciel qui n'aurait pas vocation à s'exécuter par lui-même, mais à être utilisé par un autre. Si, dans le cas d'une liaison statique, la qualification d'« œuvre dérivée »³ ne fait pas de doute⁴, la liaison dynamique ne doit pas recevoir

1. On peut penser notamment aux éditeurs ou aux compilateurs, comme Bison ou le Gnu Compiler Collection (GCC).

2. En l'occurrence, le support d'exécution.

3. En l'occurrence, composite.

4. En ce qui concerne la GNU GPL, l'intention de créer un seul programme est ici manifeste.

de réponse différente puisque ce choix technique est transparent pour l'utilisateur final (que le logiciel soit complété lors de la compilation ou au moment de son utilisation).

⇒ *Le cas des plug-ins et drivers de périphériques*

Il semble qu'il faille ici transposer la démarche précédente puisqu'il s'agira le plus souvent¹ d'une liaison dynamique entre le plug-in et le logiciel. Les drivers sous GNU GPL posent des questions plus simples puisque, lorsqu'ils communiquent avec des systèmes d'exploitation, ceux-ci bénéficient d'une exception expresse qui les dispense de la distribution du tout². À l'opposé, si c'est le système d'exploitation qui est sous GNU GPL, l'effet devrait être contraire : d'où l'interprétation apportée par Linus Torvalds afin de réduire la portée du *copyleft* de son kernel. C'est pourquoi, dans le cas de développement de logiciels *en grappe* — par l'accumulation de plug-ins —, il est conseillé d'utiliser une licence avec un *copyleft* standard, ou de rajouter une exception à un *copyleft* fort. Dans le cas contraire, la GNU GPL n'y verra pour sa part qu'une seule œuvre, l'existence d'un module propre à un logiciel faisant quasi systématiquement supposer une intention de lier les deux en un tout. L'argument de Linus Torvalds qui consiste à prendre uniquement en considération l'intention des parties semble être la meilleure ligne de conduite³, même si c'est la plus difficile à mettre en œuvre et si beaucoup de licenciés n'en ont pas conscience. Dans une telle hypothèse, c'est le juge qui tranchera en déduisant l'intention du comportement (dans le cas du noyau Linux, une commande spécifique a été créée à cette fin⁴).

⇒ *L'héritage et le cas des classes dérivées, mères et filles (Java)*

La programmation avec le langage java organise une notion d'héritage (afin de spécialiser une classe qui possédera non seulement les propriétés et méthodes de son unique mère, mais d'autres méthodes spécifiques ou

1. Certaines fonctions sont considérées comme *non contaminantes* : par exemple si le plug-in est invoqué par la fonction *fork* ou *exec*, il est alors un programme séparé. Voir la FAQ GNU GPL.

2. Article 3 al. 2, déjà cité.

3. Voir à ce sujet un courriel publié et les exemples qu'il donne (en liaison entre les systèmes Unix et Linux : un module est créé pour se lier dynamiquement avec Unix, est ensuite portée sur Linux sans modification, alors il n'est pas question d'œuvre dérivée) : <http://www.atnf.csiro.au/people/rgooch/linux/docs/licensing.txt>.

4. Il existe en effet une commande pour le noyau Linux qui ne peut être utilisée que pour lier des pilotes et modules sous licence GNU GPL ou compatibles, `EXPORT_SYMBOL_GPL`.

redéfinies). Lorsqu'une classe¹ est sous licence *copyleft*, toute sous-classe est une œuvre dérivée, soumise à l'obligation de réciprocité². La justification découle en réalité des développements précédents puisque l'utilisation de classes parentes (ou surclasses) et de sous-classes n'est qu'une utilisation optimale des liaisons entre programmes : par défaut, toutes les classes dérivées héritent de toutes les méthodes et propriétés de ces super classes³. On assiste ici à une ramification où chaque nouvelle sous-classe ajoute de nouvelles fonctionnalités au tronc commun⁴.

2.3.3 L'élément déclencheur des licences libres

L'élément déclencheur est l'action par laquelle le logiciel sort de la « sphère privée » de son utilisateur : en présence de nouveaux utilisateurs, il est nécessaire que ceux-ci disposent des droits que leur confère la licence (le premier n'étant par ailleurs plus un « simple » utilisateur). Ce critère est extrêmement important puisque nombre de sociétés y ont adapté leur modèle économique de manière à bénéficier de logiciels libres avec le minimum de contraintes ou pour proposer à leurs utilisateurs une licence commerciale lorsque la licence libre prend ses pleins effets⁵.

Les éléments déclencheurs les plus fréquents sont : la distribution (2.3.3.1), l'utilisation (2.3.3.2) et le déploiement externe (2.3.3.3).

2.3.3.1 La distribution

À l'origine seul et unique critère, la notion de distribution fut utilisée dès la première GNU GPL et reprise dans toute la génération de licences qui s'en inspirèrent. Ainsi, celui qui modifie une création peut l'exploiter sans

1. Concept de base de la programmation orientée objet, la classe déclare des attributs représentant l'état des objets et des méthodes représentant leur comportement.

2. La FAQ GPL le stipule clairement.

3. Un exemple de hiérarchie pour une *applet* java : `java.lang.Object > java.awt.Component > java.awt.Container > java.awt.Panel > java.applet.Applet`.

4. Elle peut aussi permettre de redéfinir des membres hérités, à l'aide de la surcharge des méthodes, d'une réaffectation des variables ou du mot clé *super*.

5. Cette situation est néanmoins intenable à moyen terme : chaque développement spécifique devant ensuite être maintenu et ajusté aux nouvelles versions du projet communautaire, l'investissement devient très rapidement intenable. Ainsi, Google a finalement reversé de nombreuses améliorations apportées au noyau Linux, alors même qu'elle n'y était pas contrainte en l'absence de distribution.

restriction jusqu'à ce qu'il décide de la distribuer. Dès lors qu'il y a distribution, il lui faut veiller à avoir bien respecté l'ensemble des contraintes des licences (maintien — voire extension — des licences, apposition des mentions obligatoires, etc.)¹.

On considère classiquement que la distribution s'entend de la diffusion ou communication à un tiers d'une copie du logiciel. Néanmoins, il existe différentes acceptions selon que l'on fait référence au droit américain, français ou européen. La notion américaine de *distribution* s'apparente à celle de *mise sur le marché* européenne, tandis que cette dernière induit le *transfert* d'une copie². C'est pour pallier aux difficultés d'interprétation liées à la localisation du litige, des auteurs, etc. que la dernière version de la GNU GPL redéfinit les notions fondamentales de la licence (en l'occurrence au travers des termes *convey* et *propagate*). Il est maintenant entendu que cet élément déclencheur n'appréhende pas l'usage ou l'offre de services d'un logiciel par le réseau, ces derniers pouvant être réalisés sans contraintes particulières.

Enfin, certains langages (notamment Ajax, Javascript, Flash, etc.) s'exécutent directement dans le navigateur web de l'utilisateur et sont donc automatiquement distribués (mais pas nécessairement les parties restantes du logiciel installées sur le serveur et qui communiquent via le réseau).



LES ACCORDS DE NON-DIVULGATION

Les licences peuvent parfaitement se conjuguer avec d'autres dispositifs contractuels. Par exemple, l'auteur d'une contribution peut s'engager à ne pas publier ses modifications, ou à ne les proposer qu'à son client. La situation est courante et ne pose pas de problème tant que la licence est respectée.

En effet, ce n'est ici que la mise à disposition qui est altérée, et non la licence : dans le premier cas, s'il n'y

1. En conséquence de quoi la simple utilisation d'une création logicielle en tant que service (SaaS) n'est pas une distribution selon la GNU GPL (en l'absence de transfert de copie).

2. SIEDLECKA-VAN RUMST (A.), « Validity Issues of Open Source Licenses in European Union — The EU's solution », dans *Mazaryk University Journal of Law and Technology*, n°2, 2008, p. 63-73 (<http://mujlt.law.muni.cz/>), et VÄLIMÄKI (M.), « GNU General Public License and the Distribution of Derivative Works » (http://www.valimaki.com/org/gpl_valimaki_updated.pdf).

a pas de distribution, l'auteur n'a pas à subir les effets contraignants de la licence (par exemple mise sous une licence identique), tandis que dans le second cas, l'auteur doit respecter la licence, et donc éventuellement livrer le logiciel sous licence libre — dans cette hypothèse, à un client unique. Ce client sera alors le seul à bénéficier du contrat (licence libre ou commerciale) et il pourra interdire toute autre réutilisation à son prestataire. L'inverse n'est pas vrai, et un licencié qui chercherait à limiter contractuellement les droits de son partenaire en opposition avec les libertés assignées par la licence serait en infraction avec cette dernière.

Pour aller plus loin...

Sur le fondement de la distribution, voir l'assignation de Free devant le TGI de Paris : Assignation Welte, Andersen, Landley v. Free (<http://fsffrance.org/news/assignation-free.pdf>).

2.3.3.2 L'utilisation

En réaction aux usages développés sans distribution (notamment l'utilisation des logiciels en SaaS, c'est-à-dire comme un service — Software as a Service) certains souhaitèrent régler la question du déclenchement en fixant ce dernier très bas.

Ainsi, quelques licences réduisent la *sphère privée* de sorte que leurs obligations s'appliquent très tôt : la Reciprocal Public License fixe le seuil à toute utilisation autre que pour sa recherche interne et/ou utilisation personnelle¹.

Le palliatif était néanmoins non suffisant et d'autres éléments déclencheurs apparurent, plus adaptés aux actions que les auteurs entendaient interdire.

1. « other than for Your internal Research and/or Personal Use », Art. 1.2 de la Reciprocal Public License v. 1.5.

2.3.3.3 Le déploiement externe

Enfin, la dernière génération de licences a multiplié les recours à un nouvel élément déclencheur inspiré de l'évolution d'Internet : l'Open Software License¹ ou la GNU Affero GPL² imposent ainsi le respect de leurs obligations dès lors que le logiciel peut être utilisé ou qu'il interagit avec des tiers, directement ou indirectement³. Ces licences viennent combler l'ASP *Loophole* (faille des logiciels libres utilisés en SaaS) en faisant en sorte que le licencié qui utilise un logiciel pour fournir un service à des utilisateurs via le réseau ne puisse le faire sans avoir l'obligation de redistribuer les modifications qu'il aurait lui-même apportées à ce dernier.

Lors de leur mise à jour, certaines licences troquèrent, ou ajoutèrent, cet élément déclencheur au précédent (pour les plus récentes : l'EUPL v. 1.1 ou la MPL 2.0).



BON À SAVOIR

La troisième version de la GNU GPL devait elle-même intégrer une telle modification (encore prévue à l'article 7b.4 de son second brouillon), mais l'idée fut finalement retirée sous la pression extérieure. Un choix contesté, certains n'hésitant pas à dire que la « GPL est la nouvelle BSD⁴ », voire à lui affubler l'appellation de « *SHING* GPL » (en référence à Sun HP IBM Nokia Google, principaux détracteurs et lobbyistes qui s'opposèrent à cette clause).

Néanmoins, la solution alternative mise en place s'avère tout aussi bonne : les deux licences peuvent cohabiter, étant expressément compatibles entre elles, mais, alors que chaque partie reste sous sa propre licence, l'élément déclencheur de la GNU Affero GPL s'étend au logiciel comme un tout. . . Les rédacteurs des licences ont ainsi introduit *un copyleft dans le copyleft* et il y a fort à parier

1. Elle emploie le terme d'*external deployment* pour appréhender l'usage par le réseau.
2. Reprise en main par la FSF, la nouvelle GNU Affero version 3.0 a été publiée le 19 novembre 2007.

3. Les licences de seconde génération assurent les libertés à l'égard de tout détenteur *et* de tout utilisateur des fonctionnalités du logiciel.

que cette conception sera le standard dans quelques années, quelles qu'en soient les critiques.

Voir à ce propos : JEAN (Benjamin), « Sortie de la version 3 de la GNU General Public License », 2008 (sur <http://blog.vvlibri.org>).

2.3.4 La compatibilité au sein des licences libres

Notion particulièrement importante dans le domaine des licences libres, l'*incompatibilité* caractérise la situation où deux licences imposent des obligations contradictoires dans l'usage des créations concernées (par exemple deux licences *copyleft* qui imposent que le logiciel global soit diffusé sous une seule d'entre elles)¹. Cette situation, inconnue dans le domaine traditionnel *propriétaire* qui, par principe, s'oppose à l'évolution de l'œuvre, n'est en réalité que la rançon de la gloire. De nouveaux usages se créant il peut sembler logique qu'ils entraînent aussi certaines exigences de réflexions de la part des utilisateurs — faible tribu donc, compte tenu de ce qui leur est offert. . .

Les licences n'étant que des contrats, leurs effets sont dits relatifs (limités aux parties du contrat : les auteurs qui cèdent sous licences libres et les utilisateurs) et il n'existe ainsi pas de licences qui seraient dominantes : toutes ont la même force obligatoire et le licencié doit renoncer à exploiter une création lorsqu'il ne peut pas respecter l'ensemble de ses engagements.

Malheureusement, la multiplication des licences accroît cette problématique alors même qu'il n'y a généralement que quelques obligations qui différencient les licences les unes des autres². Par ailleurs, puisqu'il est impossible pour quiconque de décider unilatéralement de l'abandon d'une licence au profit d'une nouvelle :

1. Voir à ce sujet JEAN (Benjamin) « Compatibility - Incompatibility », EOLE 2009, Parlement européen, Bruxelles ; ainsi que JEAN (Benjamin), *Option Libre : compatibilité entre contrats*, mémoire sous la direction de Michel Vivant, Montpellier, ERCIM, 2006.

2. Voir notamment SCHMITZ (Patrice-Emmanuel), « Licence compatibility lists : could they compensate proliferation by developing circles of trust ? », EOLE 2010, Parlement européen, Bruxelles.

1. chaque nouvelle version de licence peut être considérée comme une nouvelle licence à part entière¹ ;
2. même si la plupart permettent une compatibilité ascendante au bénéfice des nouvelles versions de la licence, quelques licences autorisent expressément aux auteurs de licences libres et *open source* de figer la licence à une version spécifique². Il y a alors un *copyleft* en deux temps : le premier caractérisant l'*étendue de la licence* et le second déterminant *la version sur chaque contribution*. Cette situation crée donc une potentielle incompatibilité entre deux versions d'une même licence³.

Ainsi, si les licences libres et *open source* tendent à être génériques pour faciliter leur réutilisation, cela n'a malheureusement pas empêché l'apparition de nouvelles licences destinées à répondre à des situations particulières (communautés, domaine, contributeurs types, langage, voire objet de la licence lorsqu'on dépasse la sphère du logiciel). Au final, plus de 1 800 licences sont ainsi recensées dans la seule base de code analysée par la société Black Duck — un chiffre qu'il convient néanmoins de relativiser en raison du socle commun que constituent les licences certifiées par l'Open Source Initiative (voire moins d'une douzaine d'entre elles⁴). En terme d'utilisation des différentes licences, il est possible de se référer au classement (en terme de couverture de code) tenu à jour⁵ par la société Black Duck et à l'étude publiée par OpenLogic⁶. Le premier classement concerne la couverture de code : GNU GPL v. 2 (42.77%), MIT (11.29%), licence Artistic (7.80%), GNU LGPL 2.1 (7.23%), BSD (6.79%), GNU

1. Il est en effet toujours possible d'utiliser les anciennes versions des licences — comme c'est souvent le cas pour la GNU GPL v. 2, même si la SFLC et la FSF plaident le changement en faveur de la dernière version (Voir : <http://www.fsf.org/news/android-termination-upgrade-gplv3>).

2. Si on prend l'exemple de la GNU GPL et du noyau Linux, toutes les contributions de Linus Torvalds 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 composants sous GPL v. 2 n'auront pas été réécrits ou que leur auteur aura consenti à modifier la licence !

3. C'est cette incompatibilité qui empêche actuellement le noyau Linux de passer sous GNU GPL v. 3 tant qu'il restera des contributions sous GNU GPL v. 2 *only*.

4. « Fewer than a dozen open source software licenses govern the bulk of all enterprise use of open source », *The Myth of open source License Proliferation*, the451group.com, p. 16.

5. <http://www.blackducksoftware.com/oss/licenses>

6. KERNER (S. M.), « What is the Top Open Source License ? », *internetnews.com*, 2011.

GPL v. 3 (6,43%) et licence Apache v. 2 (5,41%) ; le second se focalise sur les logiciels *open source* les plus importants : la licence Apache passe en tête (32,7%) devant la GNU LGPL v. 2.1 (21%) et la GNU GPL v. 2 (14,4%)¹.

La rédaction de nouvelles licences renforce cette problématique (ceci même si elle prévoit expressément la compatibilité avec d'autres licences²) en plus d'être source d'insécurité (par la réintroduction potentielle de failles réglées par d'autres licences³, l'incapacité de la faire évoluer, etc.). Il est donc généralement plus simple (juridiquement, techniquement et en terme de communication) d'utiliser une licence connue que l'on modifie par le biais d'une exception, dans le but de préciser des clauses floues ou pour ajouter des droits ou obligations⁴.

Pour prendre en compte ce phénomène, les licences ont été revues au moyen de clauses *actives* qui permettent de licencier l'œuvre lors de sa redistribution sous une licence différente⁵ et de clauses *passives* qui, en cas de cumul avec certaines autres licences, limitent ou excluent une partie de leurs obligations⁶ pour se rendre compatibles. Avec la croissance de l'usage de l'*open source*, la maîtrise de cette notion est devenue cruciale : ce qui explique que de nouvelles formes de compatibilité (2.4.2.) se soient ajoutées à celles existantes (2.4.1).



COMPATIBILITÉ CC BY SA / GNU FDL 1.3 / LAL 1.3

Trois licences *copyleft* sont majoritairement utilisées sur Internet pour tout ce qui n'est pas logiciel : la GNU FDL, la Creative Commons By-SA et la Licence Art Libre. Chacune étant d'origine différente, mais avec des caractéristiques semblables, il était pendant très longtemps impossi-

1. Le projet Debian a aussi réalisé une étude des licences utilisées par sa distribution : voir <http://lists.debian.org/debian-policy/2010/06/msg00099.html>.

2. Paradoxalement, cette concession conduit à se demander s'il est pertinent d'en créer une nouvelle puisque toute la sécurité créée peut disparaître via ce mécanisme de compatibilité.

3. Ainsi, la première version de l'EUPL ne couvrait pas l'usage en SaaS (l'*ASP loophole*) alors même que tous les logiciels originaires destinataires de cette licence fonctionnaient ainsi.

4. Cf. *infra* : « la création ou la sélection d'une ou plusieurs licences. »

5. Comme il en est de la GNU LGPL ou de la CeCILL à l'égard de la GNU GPL.

6. Solution adoptée par les licences CeCILL-B et CeCILL-C de la famille CeCILL à l'égard de la licence CeCILL.

ble de mélanger du contenu sous une licence avec du contenu sous une autre licence. Cette contrainte a fait réagir leurs rédacteurs respectifs, considérant que « le point important n'est pas les différences, mais au contraire le but commun. »¹

- Licence Art Libre : en 2007, une nouvelle version de la Licence Art Libre ouvre le chemin de la compatibilité en permettant de relicencier l'œuvre sous toutes licences offrant les mêmes obligations et droits et assurant une compatibilité réciproque (voir l'article 5 « critères de compatibilité ») ;
- Creative Commons By-SA : peu de temps après, en février 2007, la troisième version de la Creative Commons CC By-SA intègre elle aussi une compatibilité pour toute licence aux termes équivalents qui assurerait une réciprocité et qui est approuvée et listée sur le site de Creative Commons (aucune ne l'a été depuis) ;
- GNU FDL : le 3 novembre 2008, dans une version 1.3 de la GNU Free Documentation License (FDL), la FSF a répondu au souhait de Wikipedia de relicencier sous CC By-SA (c'était une bonne chose, le formalisme de la GNU FDL étant trop contraignant pour ce type de contenu — et ainsi rarement respecté). Ceci malgré le profond désaccord de RMS².

1. Tiré d'un courrier de LESSIG (Lawrence) : « The important point is not the differences but instead the common aim. », disponible sur <http://creativecommons.org/weblog/entry/5709>.

2. Voir le billet de LESSIG (Lawrence), « Enormously Important News From the Free Software Foundation », 2008 (sur <http://lessig.org/blog>).

2.3.4.1 Les différents types de compatibilité

La compatibilité peut ensuite être conditionnée à l'existence de certaines situations d'incompatibilité (2.2.4.1.b) ou discrétionnaire, c'est-à-dire à la seule volonté de la personne qui redistribue la création (2.2.4.1.a).

2.3.4.1.a La compatibilité discrétionnaire ou compatibilité non conditionnée

Dans ce type de compatibilité, la licence précise que la création peut indifféremment être redistribuée selon ses propres termes ou selon ceux d'une licence prédéterminée. Le choix est donc offert lors de la redistribution de la création soumise à la licence.

La clause expresse de la GNU LGPL v. 2 traduit bien cette première hypothèse puisqu'elle prévoit, en son troisième article¹, que le licencié peut choisir de lui substituer les termes de la GNU GPL. Dans sa troisième version, le mécanisme est perfectionné puisque la GNU LGPL ne devient qu'une « exception » à la GNU GPL (pouvant, à ce titre, être supprimé à tout moment).

2.3.4.1.b La compatibilité conditionnée

On parle de compatibilité conditionnée lorsque le mécanisme est limité aux seules situations d'incompatibilité, c'est-à-dire quand l'ajout d'un composant sous une autre licence *open source* imposerait de redistribuer le tout sous cette unique autre licence.

Technique initialement mise en place par la licence CeCILL (au profit de la GNU GPL), elle fut depuis réutilisée par d'autres licences (notamment l'EURL qui utilise ce mécanisme au profit de cinq licences : l'OSL v. 2.1 et v. 3.0, la CPL v. 1.0, l'EPL v. 1.0, la CeCILL v. 2.0 et la GNU GPL v. 2.0.).

2.3.4.2 Les nouvelles formes de compatibilité

Après avoir été un frein majeur aux échanges entre projets libres durant de longues années, le problème de l'incompatibilité entre licences semble

1. GNU LGPL, article 3 : « You may opt to apply the terms of the ordinary GNU General Public License instead of this License to a given copy of the Library. To do this, you must alter all the notices that refer to this License, so that they refer to the ordinary GNU General Public License, version 2, instead of to this License. (If a newer version than version 2 of the ordinary GNU General Public License has appeared, then you can specify that version instead if you wish.) Do not make any other change in these notices. Once this change is made in a given copy, it is irreversible for that copy, so the ordinary GNU General Public License applies to all subsequent copies and derivative works made from that copy. This option is useful when you wish to copy part of the code of the Library into a program that is not a library. »

se résorber progressivement grâce aux licences de nouvelles générations qui intègrent progressivement cette problématique en amont dans leur rédaction (telles la GNU GPL v. 3, l'EUPL v. 1.1 ou la MPL 2).

Néanmoins, les réponses qu'elles apportent sont généralement imparfaites du fait qu'elles reposent sur une hiérarchie entre les licences. Or, il semble improbable que toutes les licences conviennent un jour à un tel système féodal et il serait probablement plus simple que les licences (et leurs rédacteurs) lèvent les situations conflictuelles en se reconnaissant comme égales (ou, pour le moins, alliées) et en ne cherchant plus à s'imposer aux autres ou à les influencer. Par exemple — mais ces réflexions sont encore trop récentes — il pourrait être suggéré que les licences *copyleft* incluent systématiquement en leur sein un mécanisme réduisant l'étendue de la licence lors d'une combinaison avec d'autres composants déjà diffusés sous une licence libre et *open source* (rien ne sert de les rendre « plus libres », surtout compte tenu des problèmes d'incompatibilité) ou que la clause *copyleft* soit « mise en veille » en présence de composants sous certaines autres licences (par ailleurs listées) qui reprendraient néanmoins des obligations semblables.

Enfin, il est souvent préférable, lorsque l'opportunité existe, de résoudre ces situations par des réflexions préalables en terme d'ajout de licences, de multilicences (licences multiples) ou encore d'exceptions hybrides du type « FOSS Exception »¹.



COMPRENDRE LES INTENTIONS DES RÉDACTEURS

Les rédacteurs de licence ont généralement intérêt de s'assurer que leur licence se *substitue* à d'autres licences afin de favoriser son usage (il n'y a pas de réelle substitution, puisque les licences sont intégrées/contenues dans la première — cf. *infra*). Cette compatibilité est au moins recherchée à l'égard des licences permissives (l'absence de compatibilité entre les licences GNU GPL v. 2 et Apache

1. L'exception pourrait ainsi limiter l'étendue de la licence dans certains contextes seulement : par exemple, dans le cadre de son utilisation sur la bibliothèque MySQL diffusée sous GNU GPL, l'exception réduit l'étendue de la licence en présence d'une combinaison avec des composants tiers *open source* (ceux-ci, pour autant que leur licence figure dans la liste annexée à cette exception, peuvent ainsi continuer à être régis par cette seule licence).

était très critiquée à cet égard), l'exemple le plus représentatif étant la GNU GPL v. 3 qui peut moduler certains de ses termes afin de s'assurer de cette compatibilité (notamment vis-à-vis des licences Apache ou Latex).

Inversement, il peut aussi être dans leur intérêt de reconnaître une licence comme expressément compatible (comme le font les licences CeCILL, EUPL, GNU AGPL, etc.) afin de répondre à une demande et de supprimer une partie des difficultés nées de situations d'incompatibilité : soit par souci de légitimité (la situation la plus courante concerne la GNU GPL) ; soit, dans une vision plus altruiste, pour assurer une plus large diffusion des développements réalisés (la licence est rédigée pour un projet ou une structure particulière, mais on cherche simultanément à faire profiter une large communauté de ces développements : c'est notamment le cas de la licence EUPL).

Ainsi, les intérêts entre rédacteurs de licences et simples utilisateurs de licences sont différents et il est généralement conseillé pour un utilisateur de contourner (par des techniques contractuelles) les situations d'incompatibilité plutôt que de revêtir la casquette de rédacteur d'une licence *open source*. Cela fait partie des nombreux réflexes relatifs à l'usage des licences libres (chapitre suivant).

CHAPITRE 3

Les bons réflexes

L'innovation, la création ou le développement reposent aujourd'hui, plus que jamais, sur une très large réutilisation des travaux de tiers. Dès lors, la question n'est plus de savoir qui détient les droits de propriété intellectuelle, mais simplement comment pouvoir les exercer ! Cette situation — une concentration de titulaires de droits exclusifs réunis pour l'exploitation d'une seule création — amplifie l'importance d'une bonne maîtrise tant des enjeux de propriété intellectuelle que des licences libres.

Chaque nouveau projet se traduit par une multitude de relations contractuelles destinées à favoriser et sécuriser les collaborations composées d'une part croissante de contrats types fixant à priori et de façon *intangible* les conditions d'utilisation. À cet égard et puisqu'elles opèrent une cession de droits d'exploitation très large facilitant la réutilisation de leurs créations (au bénéfice seulement de ceux qui respectent le cadre qu'elles ont fixé), les licences libres et *open source* constituent une réponse optimum à cette recherche d'une innovation rapide et efficace. La liberté offerte est néanmoins conditionnée au respect de certaines conditions et obligations qui nécessitent une vigilance particulière (avec comme

sanction l'action en contrefaçon). Ainsi, cette logique de mutualisation, génératrice d'importantes économies pour l'industrie, nécessite la mise en place d'une gestion spécifique, et notamment juridique, destinée à garantir le respect de l'ensemble des licences. Innover dans ce cadre juridique ouvert impose donc :

- de *gérer l'extension des effets des licences sur d'autres composants* : c'est la question de *l'ajout d'une licence* et des *situations d'incompatibilité* ;
- de *veiller au respect du formalisme* imposé par les différentes licences (transmission du code source, mention de paternité, différenciation des modifications, etc.). Celui-ci est notamment destiné à assurer la maîtrise effective du code, essentielle dans les projets *open source* (code source, documents préparatoires, scripts, etc.).

Ces deux composantes doivent imprégner l'élaboration de bonnes pratiques au sein des projets, voire de politiques *open source* formalisées au sein des sociétés concernées.

Ce dernier chapitre est celui le plus orienté « pratique » de l'ouvrage, répondant à la question « comment, concrètement, doit-on utiliser les licences libres ». Pour commencer, il convient d'admettre qu'il est encore habituel que les enjeux relatifs aux licences libres ne soient appréhendés que trop tardivement, par exemple lorsque la distribution de la création est d'ores et déjà programmée, ce qui abouti à des situations de concession peu satisfaisantes tant pour l'équipe juridique que technique. Une réflexion en amont doit donc être systématiquement préférée, car même si chaque licence obéit à un mécanisme qui lui est propre, il est néanmoins possible de donner un certain nombre de recommandations quant à la mise sous licence libre (3.1) et la diffusion sous licence libre (3.2).

3.1 Les réflexes préalables à la diffusion

Les projets doivent veiller à respecter l'ensemble des licences attachées aux composants qu'ils utilisent, notamment vis-à-vis du cadre juridique qu'elles imposent et ses conséquences quant au choix et l'ajout d'une licence (3.1.1) et du formalisme qui leur est attaché (3.1.2).

3.1.1 Apprécier le cadre juridique induit par les licences libres

Une bonne connaissance des licences est la condition nécessaire à l'appréhension du cadre juridique qu'elles induisent. Cette appréhension permet alors de prendre toute mesure liée aux contraintes issues des choix des composants. C'est en agissant avec méthode que l'on choisit la licence (3.1.1.1) et que l'on s'assure du respect des conditions nécessaires à l'ajout d'une licence libre (3.1.1.2).

3.1.1.1 Méthode relative à la sélection de la licence initiale

Le choix initial de la licence est fondamental : en termes de marketing afin d'interpeller des communautés déjà existantes ; en termes stratégiques, car le modèle économique développé autour du logiciel peut en dépendre ; et enfin en termes juridiques puisque l'ouverture du projet peut engendrer l'arrivée de contributions pour lesquelles le titulaire initial ne pourra pas unilatéralement changer de licence. Une licence adaptée au logiciel et aux attentes de la société facilitera la structuration de la collaboration future, cette dernière n'étant alors concentrée que sur l'optimisation et la mutualisation dans le développement et l'exploitation du logiciel (les licences assurent, elles, les cessions de droits de propriété intellectuelle nécessaires). Le choix de la licence peut aussi avoir pour objectif d'ouvrir ou de fermer des pistes de collaboration avec des sociétés concurrentes : on parle alors de *coopétition*, pour traduire l'idée d'une coopération entre des entreprises potentiellement concurrentes qui gagnent toutes au développement du Libre.

Plusieurs démarches doivent être décrites : la création d'une nouvelle licence (3.1.1.1.a), ou le choix d'une ou plusieurs licence(s) existante(s), éventuellement adaptée(s) au logiciel (3.1.1.1.b).

3.1.1.1.a La création d'une licence particulière

S'épargnant tout choix, il peut être tentant de s'orienter vers la rédaction d'une licence spécifique, particulièrement lorsque les projets et structures impliquées sont importants.

Néanmoins, avant de se lancer dans cet exercice, il est nécessaire de mesurer l'intérêt et les inconvénients de cette solution, généralement motivée par une volonté de créer un pot commun « encadré » ou de créer une

licence « mieux adaptée » aux besoins. En effet, ces préoccupations emportent aussi un certain nombre de désavantages qu'il peut être préférable d'éviter.

S'il s'agit de sectoriser afin de ne pas risquer la récupération par un projet ou une entreprise concurrents, l'effet n'est pas garanti (compte tenu des libertés conférées par la licence) et les inconvénients sont non négligeables : la manne de composants *open source* tiers devient indisponible (en effet, plus la licence est spécifique et plus la compatibilité sera difficile à atteindre) et il sera alors plus difficile d'intéresser les tiers aux projets (et il n'est pas possible d'ajouter une compatibilité en faveur d'autres licences sans entrer en contradiction avec cet objectif de réservation — mieux vaut revoir complètement sa position que d'aboutir à la situation hybride qui consisterait à ajouter *in extremis* une telle compatibilité).

S'il s'agit, de manière tout à fait légitime, d'une volonté de créer une nouvelle licence optimisée pour la création (et son auteur), cet effort peut aussi s'avérer contre-productif : il fait courir le risque que la licence contienne des failles non existantes (ou résolues) dans d'autres licences, et demande, outre sa rédaction, la mise en œuvre d'un travail de communication, d'interprétation et d'assistance dans la compréhension de cette licence, ce qui est, une nouvelle fois, une activité coûteuse en temps et en énergie¹. En effet, la rédaction d'une licence est un projet ambitieux. Il n'est pas rare que les nouvelles versions de licences prennent un ou deux ans avant d'être terminées. Un tel projet fait appel à des compétences particulières. Il est ainsi généralement plus sûr d'utiliser une licence largement répandue chez des grands groupes tels IBM, HP, Microsoft, Sun, Oracle, Google, etc.. Le seul aspect positif est la potentielle compatibilité avec la licence utilisée comme canevas, avantage bien faible compte tenu des autres solutions assurant une même compatibilité.

Ainsi, la rédaction d'une nouvelle licence *open source*, si elle peut dans certains cas (limités) se justifier, ne doit pas être une solution « par défaut », mais au contraire le fruit d'une réflexion globale qui ne peut faire l'économie d'une sélection en amont d'une ou plusieurs licences « mod-

1. C'est d'ailleurs ce constat qui explique en partie l'insuccès des licences CeCILL : alors que l'initiative était réellement novatrice, il n'y avait qu'une seule personne qui s'occupait — parmi bien d'autres tâches — de la mise à jour du site, de la FAQ, des relations avec les différentes instances de l'écosystème (OSI, FSF, etc.).

èles ». Elle devra par ailleurs être le fruit de professionnels, aptes à intégrer les contraintes de sécurité juridique face à l'écosystème existant du Libre et de l'*open source*.

L'aspect politique pouvant, à lui seul, être la justification d'un tel choix, il est alors nécessaire de rappeler les éléments qui précèdent afin que les risques soient clairement identifiés (un mauvais choix en la matière pourra annuler l'intégralité des avantages qu'apporterait l'ouverture du projet).

3.1.1.1.b Le choix d'une licence adaptée

Plutôt que de « réinventer la roue », il est généralement conseillé d'utiliser une ou plusieurs licences existantes.

→ *Le choix d'une licence*

Le choix d'une licence est une juste combinaison de stratégie et de tactique.

En termes *stratégiques*, le choix de la licence doit traduire les intérêts juridiques, techniques et commerciaux du projet (voire de la société). Par ailleurs, il doit intégrer les contraintes issues de la réutilisation de créations tierces, sous licence *open source* ou non.

Il est nécessaire d'adopter la licence la plus adaptée à son projet en se concentrant sur ses obligations, son étendue, son élément déclencheur et éventuellement la compatibilité qu'elle organise. Il convient donc, dans un premier temps, de réaliser un « cahier des charges des besoins » et de dresser un inventaire des licences qui répondent, en totalité ou en partie, aux attentes. Dans un second temps, il peut être utile d'estimer l'intérêt des licences au regard du contexte : est-ce important d'utiliser une licence largement connue et testée ? Doit-on s'inspirer des choix opérés par des projets concurrents analogues ? Ces réponses ne peuvent être données qu'au cas par cas, en fonction de l'examen et de l'approche choisie. Incontestablement, une licence disposant d'une large notoriété participe avantageusement à la communication qui suivra la libération de la création. En revanche, le choix d'une licence similaire à un projet concurrent est un pari dont il faut bien mesurer les aléas : les contributions pouvant librement circuler d'un projet à l'autre, celui qui réunit la meilleure communauté risque de l'emporter et de détourner à son profit les contributeurs de son concurrent ; à l'inverse, bénéficier de l'expérience et de l'expertise

déployée par une société concurrente peut s'avérer être un choix judicieux.

Une fois sélectionnée la licence (ou un nombre limité de licences), il est nécessaire de faire preuve de *tactique* de sorte à peaufiner l'usage fait de la licence afin de s'assurer qu'elle réponde en tout point aux objectifs de l'auteur ou du projet. La seule existence de plusieurs centaines de licences laisse présager un nombre tout aussi grand de situations particulières les ayant justifiées. Il faut néanmoins rester vigilant au phénomène d'incompatibilité que cette multiplication a favorisé (cf. *supra*). Cette tactique peut prendre la forme d'interprétations ou d'exceptions.

En cas de clauses imprécises ou équivoques, il peut être utile de préciser le sens attendu, voire de désigner une personne tierce — un médiateur ou *proxy* — comme source d'interprétation. Cela confère une portée précise à la licence, qui tient les parties et le juge. C'est cette technique, dite de l'« interprétation » qu'utilisa Linus Torvalds sur le noyau Linux¹.

L'usage des *exceptions* est une autre technique plus radicale qui consiste à modifier une licence préexistante en ajoutant, dans une clause jointe à la licence (ou insérée dans les en-têtes des fichiers), une spécificité qui déroge aux termes initiaux avec pour effet de rendre la licence finale plus ou moins contraignante. Cela permet, par exemple, de réduire efficacement la portée d'un *copyleft*, en lui fixant une étendue différente, en excluant plusieurs logiciels ou une catégorie entière de logiciels (plusieurs exceptions peuvent d'ailleurs être attachées à des parties différentes d'un logiciel²). Il est à noter qu'en l'absence de stipulation contraire, une clause additionnelle qui ne fait « qu'ajouter des droits » pourra être supprimée par tout licencié au moment de la redistribution d'une copie de cette création³.

1. « The "user program" exception is not an exception at all, for example, it's just a more clearly stated limitation on the "derived work" issue », TORVALDS (Linus), *op. cit.*. Le texte ajouté par l'auteur : « NOTE ! This copyright does *not* cover user programs that use kernel services by normal system calls - this is merely considered normal use of the kernel, and does *not* fall under the heading of 'derived work'. »

2. Tel Sencha qui offre une exception pour les applications différentes de l'exception pour le Framework (plus ouverte).

3. 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. Enfin, cette remarque n'est pas valable si la clause additionnelle contient aussi des obligations supplémentaires.

La maîtrise de plus en plus fine de la pratique contractuelle liée aux licences *open source* conduit aujourd'hui à conseiller une pratique réfléchie et adaptée de ces exceptions et interprétations. Les premières confèrent plus de souplesse aux licences¹, les secondes assurent une plus grande sécurité juridique. Un bon usage de celles-ci peut permettre de prévoir et de résoudre a priori la plupart des situations préjudiciables (obligations particulières du licencié, problèmes d'incompatibilité, failles au sein des licences, etc.).

⇒ *Le choix du libre choix : les multilicences*

On parle de multilicence lorsqu'une seule et même création est simultanément disponible sous différentes licences : qu'elles soient toutes *open source* ou qu'au moins l'une d'elles le soit. On ne parle plus de « double licence » lorsque la licence *open source* n'est qu'une option au côté de licences propriétaires classiques. Multiplier les licences permet généralement d'associer leurs avantages : assurer une compatibilité au bénéfice de plusieurs licences, bénéficier de la renommée de l'une, consolider la cession de droits, etc.

Contrairement à ce que beaucoup semblent croire, il s'agit d'une technique simple et efficace :

1. le contenu sous licence est dès lors compatible avec la totalité des licences qui lui sont adjointes — auxquelles se rajoutent les licences avec lesquelles celles-ci sont déjà elles-mêmes compatibles ;
2. le licencié dispose donc de beaucoup plus de droits — dès lors qu'il respecte au moins l'une des licences. En quelque sorte, cette pratique permet d'ajouter une liberté au licencié qui est celle du choix de la licence à laquelle il se soumet (chaque usage fait de la création doit être conforme au moins à l'une des licences) ;
3. conséquence du point précédent, cette pratique permet de limiter le *copyleft* global qui s'applique à l'œuvre par cela même que, le licencié pouvant utiliser tout droit compris dans l'une au moins des

1. Dans un article dédié, la troisième version de la GNU GPL invite même à user de cette faculté sur ses propres contributions (en distinguant d'une part les permissions additionnelles qui peuvent être ajoutées sans limitation et les termes supplétifs à tirer parmi une liste de sept types de clauses).

licences, ce sont les dispositions de la licence la plus permissive qui l'emportent souvent¹ ;

4. enfin, en termes de sécurité juridique : si l'une des licences devait être annulée par une juridiction nationale, le licencié pourrait toujours revendiquer les droits conférés par l'autre² (c'est aussi une source de prévisibilité pour celui qui utilise au moins une licence assurément valide — qui pourrait par exemple souhaiter utiliser une licence en langue française, conforme à son droit national, etc.).

C'est donc une solution qui, utilisée à bon escient par les auteurs, peut permettre optimiser la diffusion des créations et faciliter les contributions. Enfin, les motivations ne sont pas uniquement d'ordre juridique et il est possible de constater des situations où l'une des licences « contenant » déjà la seconde, la réunion des deux ne confère ainsi aucune prérogative spéciale au licencié³. Inutile juridiquement, mais utile en termes de communication. . .

Pour finir, ce mécanisme n'est pérenne dans son application sur un projet qu'autant que l'ensemble des contributions se fasse *a minima* sous licence multiple (quitte à ce que celles qui ne le seraient pas soient réécrites), ou licence permettant ces licences multiples (par exemple des licences du type MIT ou BSD).

3.1.1.2 Les conditions relatives à l'ajout d'une licence

L'ajout d'une licence libre à une création peut être du fait volontaire d'une personne physique ou morale qui diffuse l'œuvre (par exemple en application d'une politique globale à l'échelle de son entreprise ou du projet, etc.) ou par application des contraintes d'une licence (clause dite *copyleft*) qui imposerait l'extension des termes à d'autres composants (généralement du fait de leur combinaison ou d'une relation d'utilisation).

1. Une double licence MPL/GNU GPL permet d'appliquer les deux licences, ou l'une au choix, dans les limites du *copyleft* de la MPL.

2. Par exemple, en utilisant conjointement les licences GNU GPL/CeCILL ou BSD/CeCILL-B, puisque les secondes sont expressément conformes au droit français.

3. L'exemple révélateur est le navigateur Firefox, sous MPL, GNU LGPL et GNU GPL. Si la double licence MPL/LGPL est sans conteste utile, l'ajout de la licence GNU GPL semble l'être beaucoup moins puisque tout code sous GNU LGPL peut expressément être licencié sous GNU GPL.

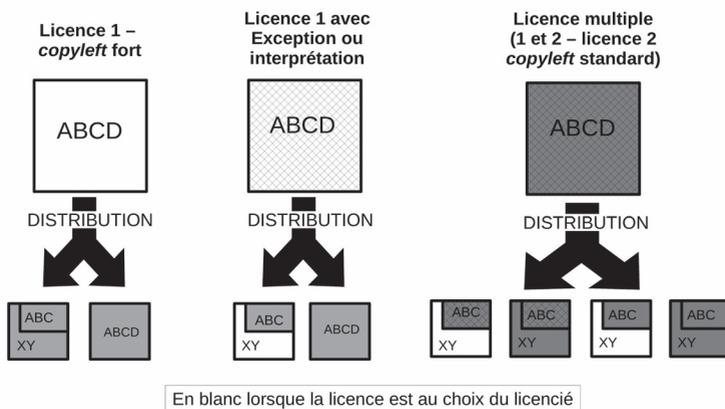


FIGURE 3.1 - Différentes techniques appliquées à une même licence

Quel que soit le contexte, celui qui diffuse une création selon les termes d'une licence *open source* doit veiller à être en capacité de le faire. Il ne s'agit pas ici de savoir s'il a la capacité d'opérer sur le marché, mais de savoir si cela se fait en conformité avec les différents droits de propriété intellectuelle qui peuvent porter sur la création — les licences libres n'étant en effet que des outils juridiques dont l'effectivité repose sur la possession de droits de propriété intellectuelle suffisants. Deux statuts peuvent exister :

1. celui de titulaire des droits ;
2. celui de cessionnaire.

Finalement, un tel ajout est peu complexe vis-à-vis des créations que l'on contrôle personnellement (3.1.1.2.a), mais il en va autrement en présence de créations tierces soumises au respect de licences particulières (3.1.1.2.b).

3.1.1.2.a L'ajout d'une licence sur ses propres créations

Le titulaire des droits peut être le créateur originaire (ou son employeur si l'œuvre est créée « dans l'exercice de ses fonctions ou d'après les in-

structions de son employeur »¹) ou une personne qui se serait fait céder l'intégralité des droits (par exemple le bénéficiaire de la création dans le cadre d'un contrat de commande lorsqu'une telle répartition des droits est prévue). On ne saurait trop conseiller à une personne morale (société, association, etc.) de vérifier les droits qu'elle détient (par contrat, dévolution automatique ou du fait de ses propres démarches en cas de dépôts de brevet, marques, etc.).

Le titulaire des droits va ainsi user de ses prérogatives patrimoniales² afin d'organiser le partage de ses droits gracieusement³ au profit de détenteur de support ou de l'utilisateur de la création sur laquelle porte la licence. Cette cession non-exclusive n'empêche aucune autre exploitation ultérieure :

- le titulaire des droits qui communique son œuvre sous licence libre peut aussi (concomitamment ou ultérieurement) la diffuser d'une façon tout autre, et pas nécessairement libre ou *open source* ;
- le contributeur qui doit diffuser sous licence libre ses propres contributions peut cumulativement le faire sous une autre licence, voire sous une licence non libre (ou *open source*) s'il trouve à les réutiliser dans d'autres contextes (pour résumer : sa contribution restera *a minima* aussi libre).

Note

Il y a donc une grande différence de situation entre la (ou les) personne(s) titulaire(s) de droit(s) et les personnes cessionnaires (en capacité d'exploiter l'œuvre). Ainsi la création serait véritablement libre lorsque, au surplus d'être soumise à une licence, elle est aussi partagée entre de multiples auteurs : la création devenant alors quasiment autonome — une *res communis* qui, de par sa nature, ne peut être appropriée — appartenant à tous, donc à personne.

1. Cf. *supra*.

2. Voir par exemple VIVANT (Michel), *Un jeu de prérogatives à caractère patrimonial*, dans *Lamy droit de l'informatique et des réseaux*, 2005, p. 192 *sq.*.

3. Art. L122-7 CPI prévoit la cession de ces droits à titre onéreux ou gratuit, dans la limite de ce qui est expressément stipulé dans le contrat.



L'ŒUVRE D'UN MINEUR

L'auteur est celui qui crée l'œuvre originale : enfant, adulte, peu importe. Néanmoins, la question de sa capacité à s'engager se pose lorsque le concédant en est incapable (notamment entre enfant ou représentant légal).

La réponse est en deux temps, selon qu'il s'agit du droit moral ou du droit patrimonial. . .

En tant qu'auteur, le contrat est soumis à l'autorisation écrite de l'auteur (droit moral de divulgation), mais, en tant qu'incapable mineur, l'enfant ne peut pas exploiter son œuvre (droit patrimonial), car c'est un engagement qui dépasse les seuls actes de la vie courante et qui doit donc être confié à ses représentants.

Ainsi, pour mettre sous licence libre l'œuvre d'un mineur (ou d'un quelconque incapable), il faut réunir les deux signatures : celle de l'auteur et celle de son représentant (on peut noter que la seconde est moins importante puisque la seule action disponible est l'action en rescision pour lésion : si l'acte est pécuniairement désavantageux pour le mineur, alors même que les licences libres sont en principe sans considération économique).

3.1.1.2.b L'ajout d'une licence sur d'autres composants *open source* et les situations d'incompatibilité

Le second statut, celui de cessionnaire d'une licence, est régi par contrat et est généralement assorti d'un certain nombre de conditions : qu'il s'agisse d'une autre licence *open source* ou d'une cession limitée (il peut, par exemple, ne disposer que du droit de céder les droits, sans possibilité d'en jouir lui-même).

Les conditions peuvent être plus ou moins contraignantes, mais il faut garder à l'esprit qu'il est impossible de simplement « remplacer » une licence et, ainsi, que toute utilisation d'une nouvelle licence doit respecter celles préexistantes — c'est la raison pour laquelle on parle d'ajouter une licence « *au surplus* de celle(s) déjà existante(s). »

Ainsi, lorsque plusieurs licences nécessitent leur extension à un même composant, il convient de régler en amont les problèmes de compatibilité entre elles (la situation la plus simple étant lorsqu'une telle compatibilité est expressément assurée au sein de la licence) — en déterminant dans quelle mesure la distribution sous une licence spécifique respecte les autres licences — afin de vérifier ensuite que l'ajout est bien possible au regard de la licence d'origine.

Il convient donc de déterminer les situations de superposition et, à défaut d'une compatibilité expresse, de vérifier l'existence d'une compatibilité logique entre les différentes licences (c'est-à-dire la possibilité de respecter l'une en utilisant l'autre, généralement parce qu'elle n'oblige pas moins et ne donne pas plus de droits). Cette problématique est relativement simple lorsque les licences font partie d'une même famille de licences¹, mais devient rapidement plus complexe lorsque les licences sont d'origines diverses. La dernière version de la GNU GPL (v. 3) s'appuie sur ce principe pour accueillir en son sein une souplesse et une modularité qui lui permettent d'assurer la compatibilité à l'égard de licences libres et *open source* auparavant incompatibles² : en permettant, sur chaque nouvelle contribution, d'une part, l'ajout de *permissions additionnelles* et, d'autre part, l'ajustement par l'utilisation de certains *termes supplémentifs* limitativement autorisés³.

Néanmoins, il peut arriver dans certaines situations que les obligations soient contradictoires et inconciliables (impossibles à respecter simultanément), y compris en présence seulement de composants *open source*, on parle alors d'*incompatibilité* entre les licences : la création ainsi composée ne peut être exploitée en respectant cumulativement toutes les licences. Parfois, la lecture des licences peut permettre, matériellement⁴ ou techniquement, de résoudre certaines incompatibilités (par exemple dans l'hy-

1. La plus connue est certainement la famille des licences GNU (GPL, LGPL, AGPL, etc.), mais bien d'autres peuvent être citées pour l'exemple : CeCILL (CeCILL-A, CeCILL-B, CeCILL-C), OSL (OSL, AFL), etc.

2. Notamment les licences plus permissives comme les licences Apache, LaTeX, etc.

3. Il convient donc de confronter chaque licence aux différentes clauses, au cas par cas, afin d'être certain de leur compatibilité — avec le risque d'une divergence d'interprétation, comme c'était déjà le cas les licences GPL et Apache.

4. Les licences modulaires du type MPL sont justement optimisées en ce sens puisqu'elles permettent, par leur étendue limitée aux seuls fichiers, la conception de logiciels complexes soumis à différentes licences, ce qui réduit la nécessité de clause particulière assurant leur compatibilité. À noter néanmoins que la seconde version de la MPL

pothèse de certaines formes de distribution¹, certains modes de distribution² et certaines constructions de la création³). Mais de tels contournements compliquent la compréhension de la licence et ne sont généralement pas souhaitables — ou possibles — et, à défaut de solution à cette incompatibilité, il faudra renoncer à l'utilisation d'un composant (ce qui revient souvent à le réécrire), voire à la diffusion d'un ensemble de composants, ou encore se rapprocher de l'auteur (ou des auteurs⁴) de la création afin qu'il consente soit à une exception expresse⁵ indiquant à quel logiciel il entend ne pas étendre sa licence⁶ (dans un fichier supplémentaire distribué avec le logiciel et sa licence), soit à l'utilisation d'une autre licence⁷.



LA THÉORIE DES ENSEMBLES ET LA COMPATIBILITÉ

Cette réflexion peut se traduire mathématiquement grâce à la théorie des ensembles sous la forme qui suit : la licence B est dite compatible (c'est-à-dire qu'elle peut être utilisée pour redistribuer le logiciel en respectant les termes

devrait organiser une compatibilité au profit des licences GNU (le problème venant du fait que celles-ci ont des étendues très larges qui favorisent les situations d'incompatibilité).

1. Par exemple un exécutable, tant que les sources des modifications sont disponibles par ailleurs.

2. On pense notamment aux logiciels dont seul le client est distribué alors que le serveur est hébergé chez l'éditeur.

3. Par exemple la construction modulaire pour l'utilisation de composants sous licence du type MPL, voire LGPL.

4. Le nombre et la dispersion des auteurs et contributeurs restant néanmoins un écueil notable.

5. Qui n'est en réalité qu'un avenant au contrat.

6. Des exemples d'exceptions sont proposés par la FAQ de la GPL : « Linking ABC statically or dynamically with other modules is making a combined work based on ABC. Thus, the terms and conditions of the GNU General Public License cover the whole combination. In addition, as a special exception, the copyright holders of ABC give you permission to combine ABC program with free software programs or libraries that are released under the GNU LGPL and with independent modules that communicate with ABC solely through the ABCDEF interface. You may copy and distribute such a system following the terms of the GNU GPL for ABC and the licenses of the other code concerned, provided that you include the source code of that other code when and as the GNU GPL requires distribution of source code. Note that people who make modified versions of ABC are not obligated to grant this special exception for their modified versions ; it is their choice whether to do so. The GNU General Public License gives permission to release a modified version without this exception ; this exception also makes it possible to release a modified version which carries forward this exception » (<http://www.gnu.org/licenses/gpl-faq.html>).

7. Sur ces points, voir aussi Software Freedom Law Center, *Maintaining Permissive-Licensed Files in a GPL-Licensed Project : Guidelines for Developers*, 2007.

de la licence originaire A) si et seulement si l'ensemble des droits de la licence B est inclus dans la licence A et que l'ensemble des obligations de la licence A est inclus dans la licence B.

3.1.2 Respecter le formalisme lié à l'utilisation des licences libres

La maîtrise effective des éléments constitutifs de la création est essentielle dans les projets *open source* puisque ce n'est que lorsque l'utilisateur est matériellement en mesure d'en user que les droits cédés par la licence trouvent leur utilité¹ — rendant indispensable l'accès à un certain nombre d'éléments matériels (code source, documents préparatoires, scripts, etc.).

Ainsi, au-delà de la simple cession de droits, les licences libres et *open source* contiennent généralement un ensemble de dispositifs pratiques qui ont pour fonctions principales d'assurer aux utilisateurs une bonne information (3.1.2.1) et une réception effective de la création (3.1.2.2). C'est sur leur fondement que la cour de Munich avait, courant 2007, rendu une décision en ce sens lors de l'affaire Welte vs. Skype Technologies SA, condamnant la société Skype qui n'incluait ni une copie de la GNU GPL ni le code source correspondant au binaire conformément au texte de la licence (Skype incluait néanmoins l'URL de celui-ci par l'intermédiaire d'un flyer).

3.1.2.1 Le respect du formalisme assurant une bonne information

La reconnaissance par les pairs, ainsi que l'entretien d'une « image » liée à leurs activités créatrices (pour des raisons artistiques ou économiques), sont des éléments moteurs pour de nombreux individus. Les mentions légales, obligatoires, y pourvoient, mais sans indiquer précisément quelles sont les actions attendues et quel formalisme doit accompagner la réutilisation et la diffusion de leurs œuvres (les juges appréciant au regard des « usages du métier »).

1. Voir/écouter à cet égard PETERSON (Scott) (Senior Counsel Hewlett-Packard Company), « Current trends in the hardware sector : the HP Experience », EOLE 2010. Ainsi que MARR (Dave) (Director Legal , Open Source Group Products and Technology Law, Sun Microsystems, Inc), « GPLv3 from an Embedded Industry Perspective », EOLE 2009.

C'est ce manque — moins présent pour les œuvres non logicielles¹ — que comblent les contraintes des licences relatives au formalisme, sous la forme d'une série d'obligations qui assurent une bonne information quant à l'origine du code et des conditions de son exploitation auprès des utilisateurs. Ces obligations vont parfois plus loin que les simples mentions légales — telles les clauses dites « de publicité » qui s'étendent à tous les documents commerciaux publicitaires relatifs au logiciel qui les contient.

Ainsi, il est possible de distinguer les obligations opérant une mise à disposition passive des informations légales (3.1.2.1.a) et celles contraignant à un affichage actif (3.1.2.1.b).

3.1.2.1.a La mise à disposition passive des informations légales

Les informations légales (y compris le texte des licences) figurent dans les en-têtes des fichiers et (si nécessaire) dans des fichiers joints aux sources.

De manière générale, tout fichier (comprenant du code sous licence libre ou non) devrait contenir un en-tête affichant les « mentions légales minimums » : c'est-à-dire rappelant le nom et la qualité du titulaire de droits, la date de la création (et éventuellement des ajouts) et les licences utilisées. Une mention excluant toute garantie est aussi à prévoir dans le cadre des licences libres. Elle peut être assez courte pour les petits fichiers, et reprendre l'intégralité de la clause d'exclusion de garantie de la licence utilisée pour les fichiers plus importants.

Pour éviter d'alourdir inutilement le code distribué, toutes les mentions trop longues pour être insérées en l'état dans chaque en-tête peuvent être transférées dans des fichiers joints aux sources :

- les textes des licences², leurs éventuelles traductions et modalités spécifiques d'application (fichier `license(s).txt`) ;

1. Ce qui explique qu'elles imposent un formalisme beaucoup plus léger, qui peut le plus souvent être rempli par l'indication du titre de l'œuvre, son auteur, sa date, la licence et un lien vers l'œuvre originale. Les exemples qu'elles fournissent sont généralement très simples à mettre en œuvre (voir notamment la LAL ou la GNU FDL).

2. Certaines, très courtes, telles les licences BSD, peuvent néanmoins se retrouver en en-tête.

- le fichier explicatif permettant à l'utilisateur ou au licencié de comprendre où trouver les informations qu'il recherche, le fonctionnement du projet, comment contribuer au projet, les éventuels composants soumis à d'autres licences, etc. (fichier `readme.txt`) ;
- la liste exhaustive des contributeurs originaux et subséquents au logiciel, avec les dates de chacune de leur contribution (fichier `authors.txt`) ;
- les autres informations (documentation du logiciel — qui rappellera par ailleurs les mentions légales du logiciel —, une FAQ — qui permettra de lever toute ambiguïté —, etc.).

Il s'agit ici de bon sens et de bonnes pratiques, les licences n'imposant généralement que des mentions « raisonnables »¹ de ces éléments, d'autres fichiers peuvent venir compléter cette liste : `changelog.txt`, `legal.txt`, `export.txt`, etc.



FAUT-IL IMPÉRATIVEMENT UTILISER LE SIGNE © ?

En matière de copyright, le droit américain s'est longtemps différencié du système latin du droit d'auteur, et ceci notamment en conditionnant l'action en justice à un enregistrement des œuvres auprès de l'United States Copyright Office.

En parallèle, et afin de reconnaître des droits aux auteurs étrangers dont les œuvres n'étaient pas soumises à ce formalisme, une procédure plus légère fut assimilée à cet enregistrement, consistant en l'apposition d'une mention comportant « de façon nette le symbole ©, accompagné du nom du titulaire du droit d'auteur et de l'année de publication de l'œuvre. »

Depuis l'adhésion des États-Unis à la Convention de Berne, en 1989, un assouplissement du formalisme américain a rapproché celui-ci du système du droit d'auteur

1. Voir le texte de la GNU GPL v. 3, Art. 7 : « b) Exigeant le maintien de mentions légales spécifiées ou de mentions d'attribution de paternité spécifiées raisonnables au sein de cette contribution ou dans les Mentions Légales Appropriées affichées par les créations la contenant ; c) Interdisant une indication erronée de l'origine de cette contribution, ou exigeant que les versions modifiées de cette contribution soient marquées de façon raisonnable comme étant différent de la version originale ; ou (...) »

qui protège les œuvres du simple fait de leur conception. Ainsi, une simple mention de l'auteur et de la date de conception devrait permettre à toute personne de revendiquer ses droits.

Néanmoins, cette *notice de copyright* doit être considérée comme une présomption de titularité des droits, et la rédaction « à l'américaine », notamment recommandée par l'article III.1 de la Convention Universelle, conserve ainsi une certaine utilité.

3.1.2.1.b L'affichage actif des mentions légales

Dépassant l'affichage classique des mentions légales, quelques licences demandent aux licenciés de s'assurer par un comportement actif que les utilisateurs auront bien connaissance des mentions légales, de la licence, etc.

Ainsi peut-on regrouper les clauses qui ont pour vocation d'assurer :

- *la visibilité de l'affichage des mentions légales*. Les licences peuvent demander à ce que les mentions légales soient clairement affichées : à certains moments et dans certains contextes (telle la GNU GPL en présence d'interface utilisateur interactive¹) ou telles qu'elles étaient affichées à la réception de l'œuvre (telles les licences Yahoo Public License ou Zimbra Public License²) ;
- *l'affichage d'attributions particulières*. Ces clauses vont un peu plus loin que les simples mentions légales et demandent que soient

1. Une interface utilisateur interactive affiche des « Mentions Légales Appropriées » dans la mesure où elle inclut un dispositif pratique et visible de façon proéminente qui (1) affiche une mention de droit d'auteur appropriée et (2) indique à l'utilisateur qu'il n'y a aucune garantie portant sur la création (sauf si des garanties sont accordées), que les licenciés peuvent transmettre la création sous cette licence, et comment voir une copie de cette licence. Si l'interface intègre une liste de commandes ou d'options utilisateur, tel qu'un menu, un élément proéminent dans la liste remplit ce critère.

2. « 3 — Intellectual Property Rights (...) 3.2 — In any copy of the Software or in any Modification you create, You must retain and reproduce, any and all copyright, patent, trademark, and attribution notices that are included in the Software in the same form as they appear in the Software. This includes the preservation of attribution notices in the form of trademarks or logos that exist within a user interface of the Software. »

ajoutées certaines mentions ou phrases lors de la distribution et/ou l'utilisation du logiciel ¹ ;

- *la publicité autour du logiciel*. Ainsi était-ce notamment le cas de la licence Apache version 1.0 ou de la version initiale de la BSD (4-clause BSD) — ces deux licences étant encore utilisées sur le logiciel Truecrypt ². Ces clauses, bénignes à leur origine, deviennent lourdes de conséquences lorsque leurs effets se cumulent ou s'accroissent. Ainsi en est-il lors de la multiplication de clauses de publicité, la plus renommée pour sa dégénérescence étant celle de la licence BSD ³. Elle contraignait à citer le donneur de licence dans toute publicité relative au logiciel ou à son utilisation, provoquant de lourds problèmes lorsque les contributeurs choisirent d'utiliser cette licence en modifiant la citation en leur faveur : la multiplication des citations devint rapidement extrêmement fastidieuse et gênante. La FSF s'est rapidement prononcée contre l'« odieuse clause de publicité BSD ⁴ » (Richard Stallman rapporte ainsi avoir décompté en 1997 plus de 75 mentions publicitaires obligatoires attachées à la distribution de NetBSD).

3.1.2.2 Le respect du formalisme assurant une réception effective de l'œuvre

Il s'agit ici du code source correspondant (3.1.2.2.a), de la documentation (3.1.2.2.b) et tout autre élément utile pour l'appréhension de la création (3.1.2.2.c).

1. Par exemple : « This product includes PHP software, freely available from <<http://www.phpnet/software/>> » ou « RSA Data Security, Inc. MD5 Message-Digest Algorithm » ou « derived from the RSA Data Security, Inc. MD5 Message-Digest Algorithm », pour toute distribution du logiciel modifié.

2. Ce qui oblige à cumuler les deux mentions suivantes : « This product includes software developed by the OpenSSL Project for use in the OpenSSL Toolkit. (<http://www.openssl.org>) » ; « This product includes cryptographic software written by Eric Young (eay@cryptsoft.com). »

3. Qui figurait dans son article 3 : « All advertising materials mentioning features or use of this software must display the following acknowledgement : This product includes software developed by the University of California, Berkeley and its contributors. », supprimé en 1999 par l'Université de Californie.

4. <http://www.gnu.org/philosophy/bsd.html>

3.1.2.2.a Le code source correspondant

De nombreuses licences définissent la notion de code source comme la forme de la création préférée pour faire des modifications sur celle-ci.

Les licences vont dorénavant plus loin et la GNU GPL requiert la « source correspondante » du logiciel fourni en exécutable, défini comme étant « tout le code source nécessaire pour générer, installer et (pour une création exécutable) exécuter le code objet et modifier la création, y compris les scripts pour contrôler ces activités ». Les bibliothèques systèmes et autres éléments habituellement disponibles dans un environnement de développement sont cependant exclus pour des raisons pratiques.

Le plus simple est généralement que la source accompagne le binaire (ou soit disponible sur le même serveur). Or, ce n'est cependant pas toujours possible ou souhaité et d'autres alternatives sont généralement proposées : telle l'offre de fournir les sources correspondantes à la demande (mais avec d'autres problématiques comme le délai raisonnable de cette communication des sources).



NON RESPECT DE LA GNU GPL SUR GNU EMACS ?

Il est toujours bon de se rappeler que même les meilleurs sont faillibles. Ainsi, RMS a récemment publié un article annonçant que plusieurs versions de son logiciel GNU Emacs ne respectaient pas la GNU GPL (Emacs distributions are not GPL-compliant)¹ :

```
From: Richard Stallman
Subject: Re: Compiled files without sources????}
Date: Thu, 28 Jul 2011 19:00:17 -0400
```

```
They are in Emacs releases 23.2 and 23.3.
They have been in all pretests since
emacs-23.1.90, dated 2009-12-09. They
were merged into the Emacs trunk
in bzc 97804, dated 2009-09-28;
here's a URL for that: (URL).
```

```
We have made a very bad mistake. Anyone
redistributing those versions is violating
```

```
the GPL, through no fault of his own.
```

```
We need to fix those releases retroactively
(or else delete them), and we need to do it
right away.
```

```
I see two quick ways to fix them: to delete the
compiled files, or to add the sources they are
made from.
```

```
--
```

```
Dr Richard Stallman
```

```
President, Free Software Foundation
```

Bien entendu, cette erreur est aujourd'hui corrigée.

1. Source : <http://lists.gnu.org/archive/html/emacs-devel/2011-07/msg01155.html>.

3.1.2.2.b La documentation

La documentation d'un code et d'un logiciel (ou d'une création utilitaire qui sera ou non amenée à évoluer) est une condition nécessaire à sa bonne prise en main. Deux types de documentation peuvent être distribués :

- la documentation relative à l'installation et au paramétrage du logiciel. Son statut juridique est calqué sur celui du logiciel et certaines licences imposent sa communication dans les mêmes termes (notamment l'OSL) ;
- la documentation « utilisateur » qui est protégée de manière indépendante et pour laquelle la société peut parfaitement utiliser une licence différente (la GNU FDL étant généralement la plus adaptée en raison de son étendue très large qui permet d'assurer de conserver une documentation entièrement libre).

3.1.2.2.c Autres éléments

Enfin, dans l'hypothèse où certains composants pourraient être *certifiés* (ou simplement qualifiés, selon le secteur industriel), la probléma-

tique d'une mutualisation des coûts engendrés par cette certification peut venir s'ajouter aux réflexions sur l'*open source* : le matériel de certification pourra ainsi être librement communiqué (afin de favoriser la diffusion et utilisation du logiciel) ou, au contraire, être réservé à un groupe de sociétés afin de mutualiser le coût au sein d'une communauté d'utilisateurs. Ces problématiques sont très fortes dans des secteurs tels l'aéronautique, l'aérospatiale, le ferroviaire, l'automobile, etc.

3.2 Diffuser sous licences libres

Le courant des licences libres, malgré sa jeunesse et sa relative complexité, a rapidement donné naissance à un nouveau système. Ainsi, c'est l'organisation des acteurs privés qui doit être examinée (3.2.1) avant de se pencher sur l'organisation relative à la diffusion du logiciel sous licence libre (3.2.2).

3.2.1 Se positionner dans l'écosystème du logiciel libre

Par leur organisation, les acteurs privés ont dessiné un nouveau système dont il convient de présenter les acteurs (3.2.1.1) et les interactions qui le caractérisent (3.2.1.2)¹.

3.2.1.1 Les acteurs du système du logiciel libre

Les licences libres ne sont que des outils. Le corollaire est que tous les types de personnes (physiques ou morales, privées ou publiques, de tout secteur ou métier) les utilisent, avec une pluralité de motivations, mais au profit de la constitution d'un « pot commun » qui les réunit (chacun étant libre d'y verser comme d'y puiser). Les individus, les associations et autres organismes à but non lucratif ont souvent un rapport au Libre complexe qui mêle philosophie, idéologie, et des arguments plus raisonnés comme le coût ou l'indépendance qu'offrent les solutions logicielles libres. Tandis que les entreprises, neutres par essence², ainsi que les col-

1. On pourra accessoirement se reporter au Rapport Ernst & Young, *Open source software in business-critical environments*, 2011 (sur <http://www.ey.com>).

2. Voir notamment FRISON-ROCHE (Marie-Anne) : « Qu'est-ce qu'agir de façon neutre », dans *La neutralité dans les systèmes de régulation économique*, Colloque annuel de *The Journal of Regulation (JR)*.

lectivités et administration adoptent le Libre par opportunité et pragmatisme (les logiciels libres assurant, outre une maîtrise des coûts, les avantages d'une grande flexibilité et d'un développement rapide).

Parmi tous les courants et même s'il n'est peut-être pas le plus connu du grand public (le mouvement de l'Open Data est par exemple « très vendeur »), le secteur le plus avancé et structuré est incontestablement celui du logiciel : 50 % des entreprises interrogées par Gartner¹. ont adopté les logiciels libres dans le cadre de leur stratégie informatique. Ainsi, l'industrie du logiciel libre devrait représenter 10 % du marché de demandes en logiciels et services français d'ici 2 ans² (renforçant ainsi la compétitivité de la France en matière de développement de logiciels).

Les développements qui suivent seront donc dédiés au système qui caractérise le logiciel libre. On s'aperçoit que les frontières entre les différents acteurs (éditeurs des logiciels, intégrateurs, constructeurs et utilisateurs) sont beaucoup moins étanches que dans le secteur traditionnel du logiciel : les éditeurs intègrent de plus en plus de composants *open source* dans leurs logiciels, les intégrateurs peuvent prendre le rôle d'éditeur vis-à-vis de leur client (support de niveau 3, développement de nouvelles fonctionnalités, etc.) et les utilisateurs eux-mêmes se réunissent en « une communauté d'utilisateurs éditrice³ ». Néanmoins, si on distingue les entreprises simples utilisatrices de composants *open source* de celles qui orientent leur modèle économique en rapport avec cet usage, et qu'on se concentre sur ces dernières seulement, on peut distinguer différents rôles : éditeurs (3.2.1.1.a), intégrateurs (3.2.1.1.b), constructeurs (3.2.1.1.c), grands utilisateurs clients (3.2.1.1.d), fondations et communautés (3.2.1.1.e) et centres de recherche (3.2.1.1.f).

3.2.1.1.a Les éditeurs *open source*

Il s'agit ici de l'entreprise distribuant sous licence libre un logiciel qu'elle édite. De multiples adoptions de l'*open source* coexistent dans

1. « Gartner Survey Reveals More than Half of Respondents Have Adopted Open-Source Software Solutions as Part of IT Strategy », Février 2011 (<http://www.gartner.com>).

2. Étude OPIIEC Mars 2009 : « Les métiers du logiciel libre en France » (www.syntec-informatique.fr — tendance 2008-2009 du logiciel libre, www.ob2l.com). Voir aussi le *Rapport de la Commission pour la libération de la croissance française*, sous la présidence de Jacques Attali, *La documentation française*, 2008 (<http://lesrapports.ladocumentationfrancaise.fr>).

3. Voir ÉLIE (François), *Économie du logiciel libre*, Paris, Eyrolles, 2009.

le monde de l'édition : en fonction de l'éditeur (et de son histoire), du type de produit édité et de ses utilisateurs. Le choix n'est pas systématique, mais les éditeurs qui souhaitent construire un modèle économique innovant, voire disruptif, ont besoin de s'appuyer sur une communauté, préexistante ou nouvellement créée, qui va jouer le rôle de soutien (renforçant le logiciel, se substituant parfois à la société, et constituant une réserve de clients voire de salariés pour la société). À partir de là, le modèle économique de la société est généralement issu d'un équilibre entre ce qui est cédé et le contrôle, plus ou moins fort, conservé par l'éditeur (par un droit exclusif, sur la feuille de route, etc.). Se concentrant sur les seules pratiques juridiques et sans que la liste soit exhaustive, les principaux mécanismes (librement combinables) sont l'usage du droit des marques, la proposition de licence commerciale complémentaire, la mise à disposition décalée ou encore le contrat.

Le plus souvent, les éditeurs assurent la protection de leur produit par l'usage complémentaire du droit des marques¹ : le logiciel est librement diffusé sous licence *open source*, mais tout usage de la marque est soumis à autorisation. Cette faculté qu'offre le cumul de droits exclusifs concurrents sur un même objet a ici l'avantage de rendre 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 et l'exploitation globale du logiciel. Dans l'usage de ce droit, il est possible de distinguer les sociétés commerciales qui ont tendance à en user de façon très agressive — au point parfois de réduire les libertés concédées par la licence *open source* sur le logiciel² — tandis que les structures non commerciales en font un usage plus modéré, équilibré, qui a principalement pour objectif de défendre l'image associée au logiciel³. Le risque inhérent à ce type

1. Cf. *supra* concernant l'étude du droit des marques.

2. Un très bon exemple est la société américaine Red Hat : elle n'autorise aucun usage de ses marques, sauf : pour un usage non commercial par des établissements éducatifs, des associations à but non lucratif, aux groupes d'utilisateurs et leurs personnels correspondants ; pour un usage personnel ou professionnel issu d'une version originale sous la condition de non-redistribution. . . Mandriva propose, elle, une licence de marque pour la distribution d'une version non modifiée d'un produit Mandriva lorsque celui-ci est disponible gratuitement sur son site internet.

3. La Mozilla Foundation limite par exemple l'usage des marques Firefox et Thunderbird selon la version du logiciel (licence complète sur la version binaire non modifiée, licence large pour les versions officielles localisées, licence réduite pour la version communautaire et enfin aucune licence pour une version du logiciel trop modifiée).

d'utilisation du droit des marques est que l'éditeur, trop mercantile, se mette à dos la communauté qui s'émancipe alors en enlevant toute allusion à la marque du logiciel et en reprenant à son compte les logiciels diffusés sous licence *open source*¹. Aux États-Unis, les brevets sont aussi utilisés comme un levier supplémentaire permettant de convaincre les investisseurs et les clients (Novell en étant le meilleur exemple). On observe le même phénomène en Europe, même si l'utilisation des brevets parallèlement à une licence libre reste heureusement un comportement isolé et très critiquable.

Par ailleurs, il est fréquent que les éditeurs ne fassent pas le choix exclusif de l'*open source* et développent de façon périphérique des offres commerciales en associant à la version libre des *add-ons* ou *plug-ins* (greffon) sous licence commerciale². Dans le même esprit, il est possible de proposer le même logiciel sous une licence commerciale présentée comme alternative à la licence *open source*³ ou de proposer un service autour d'une version non encore distribuée du logiciel (à noter néanmoins que ces deux solutions sont conditionnées au fait que la société détienne tous les droits sur le logiciel⁴ ou que les licences des composants *open source* utilisés n'interdisent pas de telles utilisations ou distributions fermées). Dans ce second cas, il est possible de penser à un modèle du type *free cloud* telle que l'offre *Drupal Garden* de la société Acquia : un ou plusieurs services fournis sur la plate-forme de l'éditeur (par exemple création et hébergement d'un site) s'harmonisent avec la distribution *open source* du logiciel puisque l'utilisateur peut à tout moment exporter le code et le contenu générés pour les installer sur sa propre instance.

1. Red Hat a ainsi vu naître CentOS, version « expurgée » de la première (opération qui est par ailleurs techniquement compliquée par Red Hat), et Firefox s'est vu opposer Iceweasel (avec un succès plus mitigé) — aujourd'hui GNU IceCat.

2. 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. C'est notamment le cas de Red Hat et Mandriva.

3. Encore faut-il que cette licence soit suffisamment contraignante pour intéresser au choix de la licence commerciale. Ce sont les exemples de MySQL AB, Sleepycat Software Inc., TrollTech AS, etc. Ainsi, MySQL AB qui propose MySQL Entreprise sous licence GNU GPL v 2 (avec exception en faveur d'autres logiciels libres) ou sous licence propriétaire pour ceux qui ne désirent pas respecter la licence (notamment pour développer ou distribuer un projet propriétaire) ou veulent bénéficier de mises à jour, de service support et assurance.

4. Ce dont MySQL s'assure en n'intégrant dans le produit que les contributions qu'elle a pu réécrire ou racheter.

Dans ces hypothèses, mixer licences *open source* et commerciales¹ permet divers montages dans lesquels les communautés continuent à trouver leur intérêt à utiliser et collaborer au développement du logiciel grâce à la licence *open source*, tandis que les utilisateurs professionnels préfèrent à terme opter pour une licence commerciale².

De façon assez similaire, certaines sociétés proposent des mises à jour plus simples et régulières à leurs clients (non immédiatement accessible aux utilisateurs de la version communautaire) : soit par une mise à disposition systématiquement décalée (de quelques mois ou quelques semaines) ; soit par une mise à disposition graduelle des mises à jour pour les clients (alors qu'elles seraient regroupées pour la version complémentaire). Ce décalage peut être matériel ou juridique (les mises à jour ne sont considérées comme *divulguées* qu'à compter d'une certaine période).

Enfin, certaines sociétés usent du droit des contrats afin de limiter accessoirement l'utilisateur dans les libertés que lui concède la licence *open source* : que ce soit lors de la vente de services aux utilisateurs qui souhaitent bénéficier du support et des mises à jour³ ou dans les rapports entre distributeurs et revendeurs⁴. Les contrats sont aussi essentiels pour les logiciels orientés métiers demandant de concevoir plus finement la collaboration entre les différents industriels⁵ : la licence *open source* n'étant alors plus qu'une partie du cadre contractuel (s'ils sont concurrents, une

1. Le terme peut sembler ambigu : une licence *open source* autorise parfaitement un usage commercial du logiciel, mais elle n'en restera pas moins une cession non exclusive gracieuse ; à l'inverse, une licence dite commerciale sera conditionnée au paiement d'une souscription quelconque.

2. 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 (échappant ainsi à la réciprocité afin de continuer de disposer de leur monopole).

3. C'est notamment le cas de Red Hat avec les produits comme *JBoss Enterprise Middleware*, *Red Hat Directory Server*, *Red Hat Certificate System*, etc.

4. On retrouve ce type de limitation dans les contrats de MySQL, Ingres, Alfresco, etc. Le revendeur se retrouvant bien souvent contraint de ne pas utiliser ou conseiller la version communautaire.

5. La licence *open source* assurera la confiance entre ces derniers vis-à-vis de ce qui est créé et permettra éventuellement à d'autres acteurs de bénéficier d'un coût d'entrée quasi inexistant — de façon à ce qu'ils puissent par la suite éventuellement rejoindre le cercle des partenaires ; par ailleurs, le consortium jouera le rôle d'un contrat d'indivision par lequel les partenaires s'organisent pour la gestion du projet (en amont lors de la création et en aval pour l'exploitation du projet).

licence *copyleft* sera une condition *sine qua non* afin d'assurer une relative pérennité et équité dans le développement du logiciel) — un contrat de consortium complétant éventuellement tous les aspects non couverts par la licence (comité de direction, procédé de développement, prise en compte des orientations, marketing et communication, etc.)

Par exemple...

Révéléateur de l'intérêt de l'*open source*, les diverses structures représentatives de l'industrie du logiciel se positionnent progressivement sur le sujet et mettent en place des commissions *open source*. Ainsi, Syntec Numérique a rédigé un Guide Open Source¹ et créé un comité *open source* avec pour mission de « fixer le cadre contractuel et d'usage en matière de projets informatiques incluant du logiciel libre : comment s'inscrit le logiciel libre dans l'architecture des projets informatiques, en matière technique, juridique, business model, organisationnelle et distribution ». À son tour, l'AFDEL qui avait abordé les logiciels libres au travers d'un guide², a récemment mis en place une commission dédiée, présidée par Bertrand Diard (Talent), avec pour mission de « réunir et fédérer les éditeurs de logiciels en France pour débattre de thèmes spécifiques liés au modèle open source, et rédiger des conclusions et propositions sur ces thèmes ». Le Cigref a aussi récemment publié son guide intitulé « Maturité et gouvernance de l'Open Source : la vision des grandes entreprises » (<http://www.cigref.fr>).

1. Disponible sur : <http://guideopensource.info>. Voir JEAN (Benjamin) et FLI (Olivia), « Bonnes pratiques en matière de conception et de pilotage de projets informatiques incluant ou composés de briques logicielles libres », EOLE 2009.

2. Voir notamment l'étude « Propriété intellectuelle et logiciels, la position l'association Française des éditeurs de logiciels », AFDEL, 2007.



MICROSOFT ET L'OPEN SOURCE

Le comportement de cette société peut, à divers égards, sembler paradoxal.

– Microsoft a ouvertement qualifié le mouvement du logiciel libre de « cancer »¹ avant de rédiger ses propres licences labellisées *open source* (Microsoft Public License (Ms-PL) et Microsoft Reciprocal License (Ms-RL)) au sein du programme Shared Source Initiative¹ (initiative destinée à favoriser l’innovation technique, elle permet un accès favorisé au code source des logiciels de la société au profit des clients, partenaires, chercheurs et développeurs).

– Un laboratoire *open source* a été mis en place, et Microsoft s’enorgueillit de contribuer à plusieurs projets libres (voir le billet intitulé « Microsoft Contributes Linux Drivers to Linux Community », sur Microsoft.com).

– La société a une politique en matière de brevets généralement contraire à l’*open source* : elle oppose régulièrement ses brevets contre des projets *open source* ; et a racheté des brevets de Novell par l’intermédiaire d’un consortium (CPTN Holdings LLC) qu’elle dirige ; même si elle a par ailleurs publié deux promesses de non-agression (« Patent Pledge for Open Source Developers » ; « Microsoft Approach to Interoperability »).

– La société s’est rapprochée de l’éditeur Novell au sein d’un Interop Ability Lab (interopérabilité entre Windows serveur et Suse Linux Entreprise : <http://www.moreinterop.com>).

– La WebApp de Microsoft comporte par ailleurs des clauses interdisant aux développeurs d’utiliser directement ou indirectement des composants sous licence *open source* (voir Computing.co.uk, « Microsoft restricts use of open source in app ») : « the application must not include software, documentation, or other materials that, in whole or in part, are governed by or subject to an ‘excluded license’, or that would otherwise cause the application to be subject to the terms of an excluded license. ». Sont ainsi exclues les licences GNU GPL et AGPL, et équivalentes. . .

Depuis peu, la société communique sur son modèle économique intitulé Open Surface (un *cloud* qui mêle logiciels libres et propriétaires).

1. Voir GREEN (Thomas C.), « Ballmer : 'Linux is a cancer' ; Contaminates all other software with Hippie GPL rubbish » (*The Register*, 2001), qui cite les propos de Steve Ballmer lors d'une interview pour le *Chicago Sun-Times* : « Linux is a cancer that attaches itself in an intellectual property sense to everything it touches. »

3.2.1.1.b Les intégrateurs

De leur côté, les intégrateurs de logiciels libres et *open source* (ou de solutions partiellement composées de ceux-ci) subissent généralement plus les licences qu'ils ne les choisissent : leur seule préoccupation étant que les briques logicielles puissent aisément se combiner entre elles. Il n'y a donc pas d'usage du droit des marques à l'égard des produits, mais surtout une expertise approfondie des combinaisons de licences leur permettant de s'assurer de la faisabilité du projet et de s'engager sur ce point auprès de leurs clients et dans leurs contrats (les clients demandant aujourd'hui la garantie de telle compétence ainsi que la livraison de certaines études précises sur ces questions). Transférant généralement un logiciel qu'il n'a pas (à priori) lui-même développé, mais seulement adapté au besoin de son client, l'intégrateur est lui-même limité par sa qualité de licencié à l'égard des auteurs des logiciels libres sur lesquels il intervient, et, ne *pouvant céder plus de droits qu'il n'en possède lui-même*, il communiquera à ses clients cesdits logiciels sous leur licence *open source* d'origine (ou toute autre licence compatible).

En ce qui concerne leurs contributions spécifiques, les pratiques sont multiples, mais il semblerait finalement que le plus avantageux pour l'ensemble des parties soit que la titularité des droits soit conservée par celui qui maintient et édite le logiciel (généralement l'intégrateur). Ainsi celui-ci cède l'ensemble de ses développements sous licence libre au client et conserve la titularité des droits. Ce compromis reste fidèle au procédé de création *open source* dans lequel l'auteur reste titulaire de droits et cède sous licence *open source* de façon non exclusive, afin de

permettre tant au client de mutualiser les résultats de la prestation, qu'à l'intégrateur de valoriser les travaux par tous moyens appropriés¹.

3.2.1.1.c Les constructeurs

Concourant à la création d'une industrie réunissant innovations matérielles et logicielles, les constructeurs (tels HP, Intel, IBM ou Dell) embarquent de plus en plus de logiciels et se rapprochent à ce titre des différents projets de logiciels libres (et l'*open cloud*) — devenant de jour en jour des contributeurs majeurs dans les projets OS (Linux, Busybox, etc.) au point de faire de leurs contributions respectives des éléments différenciant.

En effet, de tels logiciels permettent, en plus d'écorner certains monopoles, de réduire le coût de développement, d'optimiser l'interaction entre les logiciels et leurs matériels (ou *a minima* d'assurer la compatibilité avec leur produit).

À l'instar des intégrateurs, les constructeurs sont généralement désireux d'une compatibilité maximum entre les licences des logiciels *open source* utilisés, même s'ils peuvent avoir intérêt à définir certaines politiques : favorables à certaines licences permissives (par exemple dans le secteur du mobile, avec la diffusion d'Android sous licence Apache) ; ou exemptes de certaines obligations (par exemple, de licences de brevets) qui seraient incompatibles avec leur politique plus vaste relative à la propriété intellectuelle.

De nombreux secteurs sont concernés par une certification (ou qualification, cf. *supra*) de leur produit : l'*open source* est pour eux une solution qui permet de mutualiser les frais de développement tout en conservant le bénéfice personnel de la certification de leur version.

3.2.1.1.d Les utilisateurs

Contrairement aux logiciels traditionnels, les logiciels libres sont généralement accessibles à toutes catégories d'utilisateurs, dans les

1. L'intégrateur se révèle être le mieux disposé pour faire évoluer le produit et assurer la pérennité de son développement au travers, notamment, d'un reversement systématique au bénéfice des communautés. Sa situation d'intermédiaire lui permet par ailleurs d'être idéalement placé pour favoriser les échanges indirects de contributions entre ses différents clients — l'évolution des solutions étant aussi dans l'intérêt de ceux-ci, tout le monde profite de cette collaboration.

mêmes conditions. Ainsi, libre à chacun (individu, société, organisme à but non lucratif, collectivité ou État) de s'installer un forum (Phpbb), un wiki (Mediawiki), voire un Facebook-like (Elgg) ou un Youtube-like (Mediacore), etc.

Les utilisateurs d'un projet *open source* sont particulièrement sensibles à la licence du projet : l'impact de cette dernière étant fonction de l'utilisation qu'ils en font (par exemple, si des services sont proposés sur la base de ces logiciels libres) voire de leur forme (société, GIE, association, etc.).

Lorsqu'il s'agit de sociétés « utilisatrices poussées », elles peuvent faire appel à des intégrateurs ou consultants pour mettre en place les solutions *open source* dans leur SI — ce qui les place dans une situation analogue aux utilisateurs standards, avec quelques spécificités relatives aux contrats passés avec ces prestataires. En l'absence de tels intermédiaires, il est aussi possible de se tourner vers des solutions d'assurance (telle l'offre américaine Open Source Risk Management proposée par la société OSRM).

Néanmoins, l'impact de l'utilisation des logiciels libres peut être lié à des politiques stratégique ou économique particulières : par exemple en cas d'externalisation quasi totale du support, maintenance, veille *open source* à partir d'un SI essentiellement composé de logiciels libres, ou, au contraire, lors de la mise en place d'une entité informatique interne qui gère le déploiement de solutions en logiciels libres au sein de toute la structure (avec une vraie logique de service et d'édition). Dans toutes ces situations, les utilisateurs veillent à ce que les développements réalisés pour leur compte soient ensuite mis à disposition du (et si possible intégrés dans) projet *open source* — gardant à l'esprit qu'il est généralement aussi cher de maintenir un composant logiciel dans la durée que de le faire développer.

3.2.1.1.e Les organisations à but lucratif et non lucratif

En plus des acteurs précédents, on retrouve plusieurs types de groupements sur lesquels s'appuient les projets libres et *open source* : ils sont commerciaux (tels les sociétés ou GIE) ou non (associations ou fondations), avec une personnalité morale ou non (association de fait

— fréquent lors du lancement d'un projet — ou consortium), voire multiples (tel OpenOffice.org qui reposait sur l'association TeamEV, mais dont les droits de PI étaient gérés par Sun puis Oracle).

Les fondations et autres organisations à but non lucratif occupent une place prépondérante dans le système du Libre. Elles peuvent être classées en deux catégories¹ : celles qui concourent directement au développement d'un logiciel et celles qui y concourent indirectement.

Les premières sont productrices de code, de créations (qu'elles soient ou non titulaires de droits) :

- organisations avec base de code diversifiée (Linux Foundation, Apache Foundation, Eclipse Foundation, OW2 Consortium, Adulact) ;
- organisations supportant une ligne de produits (Libreoffice, Mozilla.org, VideoLan, Genivi, Open Handset Alliance) ;
- communautés orientées technologie (FreeBSD, Ruby, Rails, Joomla).

Les secondes concourent indirectement au développement de projets (ne produisent pas de code *per se*) :

- organisations fournissant des ressources organisationnelles (administratif, hébergement, conseil, etc.) aux projets (Software Freedom Conservancy, Eclipse, Linux Foundation) ;
- organisations fournissant des ressources légales (Free Software Foundation, Open Source Initiative, Software Freedom Law Center, VVL) ;
- organisations de standards (W3C, IEEE, ODF Alliance, OSGI Alliance, ETSI) ;
- organisations de lobbying et de promotion (April, Aful, Framasoft, Open Source for America, Ubuntu-fr, Fedora Fr, Adulact, etc.)

3.2.1.1.f Les centres de recherche

L'implication et l'utilisation des logiciels libres par les centres de recherche sont si importantes qu'il est impossible de ne pas considérer

1. Distinction basée sur les travaux présentés par Jean-Pierre Laisné lors de l'OWF 2011.

les centres de recherches ¹ (et, dans une moindre mesure les universités ²) comme des acteurs à part entière du système que nous décrivons (notamment pour au regard de leur recherche à application industrielle).

Leur apport est néanmoins limité aux domaines directement liés à leur activité de recherche et ils ne prennent ainsi qu'un rôle passif dans l'animation des communautés ou la proposition de services. Ainsi, et même si la situation semble évoluer, on s'aperçoit que leur action se limite aujourd'hui au stade qui précède la valorisation de leurs projets Open Source : cette dernière phase étant réalisée par des sociétés existantes, partenaires ou non, ou nouvellement créées (le transfert en faveur de *spin off* se multiplie).

3.2.1.2 Les relations entre le projet et les acteurs du système

Enfin, il est fréquent que l'intégrateur soit tenu de contribuer aux projets *open source* en fournissant les modifications réalisées pour le client : il s'agit là d'une sécurité tant pour le client qui s'assure ainsi que les versions ultérieures du projet intégreront ces développements (et qu'il n'aura ainsi pas à le payer une seconde fois) que pour l'intégrateur qui ne souhaite généralement pas endosser la responsabilité d'un éditeur.

Chaque relation mérite néanmoins un examen dédié : entre un projet et ses utilisateurs (3.2.1.2.a), entre un projet et ses contributeurs (3.2.1.2.b), entre le projet et les autres groupements (3.2.1.2.c) et entre les sociétés (3.2.1.2.d).

3.2.1.2.a Les relations entre un projet et ses utilisateurs

Les utilisateurs sont les premiers destinataires des logiciels. Ils contribuent généralement en livrant des retours sur leur expérience. Ils sont aussi souvent les premiers générateurs de valeur, le nombre d'utilisateurs d'un logiciel étant généralement un facteur multipliant la valeur du logiciel vis-à-vis de ceux qui ne l'utilisent pas encore. La licence utilisée sur l'œuvre logicielle est souvent le seul document les intéressant et, au sein

1. L'INRIA et le CNRS étant les deux centres français les plus actifs sur le sujet.

2. L'Université de technologie de Compiègne (UTC) est ainsi à l'origine de nombreux projets Open Source dans le domaine du logiciel (scenari-platform pour n'en nommer qu'un) et en dehors.

de ce dernier, seuls les droits d'utilisation les concernent véritablement. Dans le cadre de certains projets, il arrive que des limitations s'ajoutent, en raison, par exemple, de composants commerciaux : l'utilisateur y consentira alors lors du téléchargement, de l'exécution ou de l'installation du logiciel.

Ces utilisateurs peuvent néanmoins devenir clients, contributeurs et/ou partenaires potentiels, voire concurrents du projet, et il est toujours utile de prévoir à leur attention des documents les informant de leurs droits et devoirs au terme de la licence, des conditions d'utilisation des marques, logos et noms du projet, voire, s'il y a lieu, du processus leur permettant de contribuer au projet (ainsi que la politique du projet en matière de propriété intellectuelle).



EXEMPLE PRATIQUE

Par application d'un effet de réseau, les logiciels libres gagnent en intérêt et fonctionnalité au fur et à mesure que la communauté d'utilisateurs (et de développeurs) s'en approche. Ainsi, les utilisateurs de téléphones Android ont formé des projets, tel le projet CyanogenMod, qui distribue des ROM optimisées pour de nombreux portables, permettant de bénéficier des dernières versions d'Android sur les téléphones qui ne sont plus maintenus par leur constructeur. Cela grâce à la version communautaire du système d'exploitation Android qui est publiée par Google sous licence Apache (et sans embarquer les applications propriétaires telles google maps, voice, search, etc.).

3.2.1.2.b La collaboration avec les contributeurs

Les caractères évolutifs et participatifs étant l'essence même du logiciel libre, il n'est pas exclu que certains contributeurs souhaitent apporter leur lot de développements (envisagés sur un mode projet, en constante amélioration).

Dans la situation d'un éditeur (ou la communauté qui revêt ce rôle) déjà identifié sur le projet, il peut proposer plusieurs schémas de contribution qui conditionneront la reprise du code au sein du projet :

- lorsque ces développements concernent le logiciel lui-même, il est souvent demandé une cession globale (ou suffisante) des droits (il est aussi fréquent, au sein des projets commerciaux, que les sociétés rachètent ou réécrivent les contributions qui les intéressent) ;
- lorsque ces développements portent sur des modules communautaires, les solutions sont généralement liées au choix initial de la licence du projet (mais il est aussi possible que l'éditeur n'héberge ou ne maintienne la contribution qu'en cas de cession de droits ou d'une politique de licence précise).

Dès les premières contributions au projet, il devient nécessaire d'avoir une réflexion pointue sur la gestion de la propriété intellectuelle, donnant éventuellement naissance à une politique en la matière, que celle-ci soit très protectionniste ou au contraire très ouverte.

⇒ *Les enjeux et problématiques liés à la détention des droits de propriété intellectuelle*

La question de la détention des droits de propriété intellectuelle, de la « titularité », est d'une importance variable dans un projet *open source*. En fonction de la licence (surtout si cette dernière est *copyleft*) et du type de projets, la détention peut être cruciale en ce qu'elle confère un certain contrôle sur le projet (par exemple pour toutes les sociétés qui pratiquent les doubles licences, dit *dual licensing*). Cette détention peut au contraire être très faible lorsque la licence choisie est très ouverte, lorsque le projet est soumis aux licences de composants *open source* qu'il intègre, ou encore lorsque trop de contributeurs se partagent cette titularité.

Pour remédier à cette division de la propriété, de nombreux projets recourent à des politiques de licences spécifiques, de cession de droits ou de « copropriété libre » (chaque copropriétaire pouvant exploiter librement les droits détenus) : par le biais de *Contributor License Agreements*, *Copyright Assignment* ou de *Joint Copyright* qui conditionnent généralement la possibilité pour un développeur de voir sa contribution être acceptée dans un projet ou, dans le cadre professionnel, pour un client qui souhaite que ses développements soient maintenus par le projet. C'est une politique que l'on retrouve à l'égard des salariés d'une société — qui sont aujourd'hui les principaux contributeurs, sur tout type de contenu ¹.

1. Pour rappel, la dévolution légale des droits en faveur de l'employeur ne joue qu'en présence d'une création salariale logicielle. Voir notamment BENSAMOUN (Alexandra),

Inversement, afin de se prémunir face à un éventuel contrôle sur un logiciel libre du fait de la détention des droits par un ou plusieurs, certains peuvent chercher à bloquer l'exercice de ces prérogatives en imposant une convention de copropriété (ou d'indivision) qui lie les parties quant à l'exploitation conformément à la licence *open source* du projet¹.

⇒ *Les Contributor License Agreement, Copyright Assignment ou de Join Copyright*

Il est ainsi fréquent que le nombre de contributeurs (et donc de titulaires de droits) dépasse la dizaine voire le millier. Leur anonymat ainsi que leur dispersion géographique sont parfois des obstacles infranchissables pour la suite du projet : l'absence de consentement d'un seul interdit toute décision concernant la création dans son ensemble et la seule échappatoire reste alors de supprimer les contributions pour lesquelles il manque cette autorisation.

C'est pour cette raison que, très tôt, certains développeurs ou organismes, telle la FSF, ont mis en place des documents qui permettent aux contributeurs d'un projet soit de leur céder leur copyright — pour centraliser la prise de décision (notamment le changement de licence²), la gestion, et la défense de l'œuvre — soit de leur consentir une licence très large. On parle de *Copyright Assignment* en présence d'un vrai transfert (cession exclusive) de droits, la structure devenant la seule et unique titulaire de droit. On parle de *Contributor License Agreement* lorsque le contrat opère une cession (non exclusive) très large au profit de la structure sans que le contributeur soit lui-même dessaisi de ses prérogatives. Ils sont généralement doublés d'un second document à destination des employeurs lorsque les contributions sont réalisées dans un cadre salarial. Chacun de ces contrats est rédigé en fonction de l'équilibre particulier du projet, de l'implication des contributeurs dans celui-ci et de la confiance dont bénéficie l'organisme collecteur.

« La titularité des droits patrimoniaux sur une création salariée : du paradis artificiel à l'artifice du paradis », dans *Revue Lamy Droit de l'Immatériel*, n°67, 2011.

1. C'est notamment le choix pris pour l'ENT Lilie commandée par la Région Île-de-France.

2. Plusieurs situations de blocage peuvent être prises comme exemple : le changement de licence du contenu du site de Debian au profit d'une licence compatible avec la GNU GPL, l'ajout des licences GNU LGPL, et sur le navigateur Firefox (en faisant une triple licence MPL/LGPL/GPL) ou encore le noyau Linux qui utilise actuellement volontairement la seule version 2 de la GNU GPL.

Devant le constat de la multiplicité, de la diversité et de la complexité de ces documents, de nombreux industriels, professionnels et associations du libre ont formé un groupe de travail pour plancher sur la rédaction de documents types à destination des communautés et entreprises : leur épargnant un travail d'écriture en même temps qu'ils épargnent à leurs utilisateurs-contributeurs un travail de lecture (et de compréhension). Le projet Harmony¹, s'il permet de mutualiser les politiques auparavant éclatées², ne résout néanmoins pas la difficulté du rapport que cela génère entre les parties, les uns voulant un engagement fort des contributeurs — notamment par le biais de clauses de responsabilité et de garantie —, les autres voulant un engagement fort des collecteurs — notamment quant à l'exploitation des contributions.

Par ailleurs, ces contrats ne sont réellement fiables qu'en cas de certitude quant à l'identification du contributeur. C'est la raison pour laquelle la Free Software Foundation (mais Mozilla aussi) envoie un contrat papier qu'il convient de retourner signé. De même, l'Eclipse Foundation a mis en place un processus complet visant à sécuriser les relations entre les différents acteurs (Eclipse Legal Process³).

3.2.1.2.c La collaboration avec d'autres groupements

Il est très fréquent que les différents projets ou organisations se réunissent pour travailler de concert sur des projets communs : soit qu'ils aient des compétences ou expériences complémentaires, transverses (tels les aspects juridiques liés aux licences et aux brevets), soit qu'ils mettent en commun leurs forces pour le développement d'une solution plus vaste.

3.2.1.2.d La collaboration entre sociétés

Une société éditrice de logiciels qui met en place son modèle commercial prend généralement en considération ses partenaires, ses concurrents et ses clients. Il est assez simple de séparer les uns des autres : la société est liée par contrat avec ses partenaires (distributeurs, revendeurs, etc.) et ses clients (contrats souvent négociés pour les premiers et imposés pour les

1. <http://harmonyagreements.org>.

2. Voir MEEKS (Michael), « Some brief thoughts on Project Harmony », 2011 (disponible sur <http://people.gnome.org>).

3. <http://www.eclipse.org/legal/EclipseLegalProcessPoster.pdf>.

seconds), et n'entretient que des relations contractuelles exceptionnelles avec ses concurrents.

Les licences libres modifient cet ordre puisqu'elles s'adressent autant aux individus — personnes physiques — qu'aux entreprises commerciales. Ainsi, les concurrents comme les partenaires pourront en revendiquer le bénéfice, leur permettant notamment d'utiliser ou de proposer des services autour des logiciels édités par un autre avec pour seule limite le respect de la licence libre du projet et éventuellement de la politique de marques ou de brevets.

On peut y voir un paradoxe puisque les partenaires risquent d'être « moins libres » que les concurrents, du fait de clauses supprimant le bénéfice de la licence, qui peuvent être comprises dans leurs engagements avec l'éditeur¹.

⇒ *Gérer les risques de fork*

On parle de *fork* lorsqu'une partie d'une communauté décide de s'éloigner du projet principal pour en développer une version différente. De manière générale, les *forks* préjudicient à tous : l'ancienne et la nouvelle communautés, les utilisateurs et les projets.

C'est la raison pour laquelle il est généralement conseillé d'augmenter l'investissement dans un projet plutôt que d'initier son propre projet².



DE STAROFFICE À LIBREOFFICE

Récemment, la communauté d'OpenOffice.org s'est détachée du projet pour proposer sa propre version (nommée LibreOffice) au sein d'une fondation créée à cet effet : la Document Foundation. Cette dernière abrite le code de LibreOffice, mais aussi de tout autre produit qui souhaiterait dériver de ses sources. Lors de la formation du projet OpenOffice.org en 2000, la mise en place d'une telle fondation avait été annoncée par Sun. Dix ans après, et pour se protéger de la nouvelle politique commerciale imposée

1. Clauses d'usage dans les contrats de partenariats proposés par MySQL, Ingres, Talend, etc.

2. Voir notamment la présentation de PROUTY (Tim), « Becoming a Samba Developer », Isilon Systems, 2009 (disponible sur <http://sambaxp.org>).

par Oracle (qui a racheté Sun) sur ses produits, les principaux responsables communautaires du projet ont pensé qu'il était temps de monter une fondation vraiment indépendante. Il n'y a pas de rupture avec le projet, simplement une communauté suffisamment mature pour prendre son destin en main et ne plus dépendre d'un décideur unique. LibreOffice (ou LibO) est une suite bureautique, développée par la fondation, qui s'appuie sur les sources d'OpenOffice.org et contient des patches fournis par ses contributeurs (les plus assidus étant Novell, Red Hat et Debian, mais il y en a de plus en plus chaque jour).

Quelques mois après ces événements, et pour répondre aux fortes demandes d'IBM, Oracle a « donné » son code et ses marques à la Fondation Apache qui distribue ainsi OpenOffice.org sous licence Apache.

Il faudrait certainement se projeter dans quelques années pour mesurer l'impact de ce *fork* (sur l'entreprise, les communautés, voire, plus globalement, le projet global), mais beaucoup y voient une excellente nouvelle et de nombreux concurrents d'Oracle commencent à retrouver un intérêt dans le développement de cette version dont le succès dépendra de tous et non plus majoritairement d'une société (ne serait-ce que par la détention du patrimoine immatériel). Gageons aussi que cette « insurrection » sera perçue comme une épée de Damoclès pour toute société qui chercherait à trop contrôler un projet qui se veut ouvert. Espérons aussi que les deux projets parviennent à mutualiser leurs efforts.

3.2.2 Organiser la diffusion (accompagner l'ouverture du code)

L'organisation de la diffusion est souvent la clé qui assure la pérennité d'un projet, sa stagnation ou son abandon. Malheureusement, il n'y a pas une organisation idéale, une structure parfaite, mais uniquement des cas d'espèce. Pour une entreprise, cela implique de se reposer sur un ensemble

hétérogène de personnes au sein de l'entreprise qui perçoivent les enjeux de l'*open source* et qui s'assure du respect des licences.

Ainsi, que ce soit pour ce seul projet ou pour une multitude, il est nécessaire d'entamer une telle réflexion et, une fois les besoins identifiés, d'organiser l'accompagnement — que ce soit en interne ou en externe ¹.

3.2.2.1 Gérer les licences libres

La mise en place d'une bonne gestion des licences libres passe nécessairement par une étude des enjeux pour la société et/ou le projet (3.2.2.1.a), la définition des besoins (3.2.2.1.b) et l'organisation de l'accompagnement (3.2.2.1.c).

3.2.2.1.a Mesurer les enjeux liés au respect des licences

Quelles sont les sanctions juridiques, mais aussi commerciales ou marketing, susceptibles de découler du non-respect des licences libres ? De nombreuses sociétés, pourtant importantes, ont ainsi dû baisser l'échine face aux actions des communautés qui leur reprochaient l'absence de prise en compte des licences sur des composants utilisés (ce qui inclut BestBuy, Westinghouse et Cisco). Ajoutons que les titulaires de droits, généralement seuls aptes à faire respecter leur licence, ont tendance à les accompagner l'utilisation de leur logiciel (*open source*).

En effet, tout non-respect de licence emporte le risque de se voir qualifier de contrefacteur : tout usage n'entrant pas dans le cadre de la licence est un usage non autorisé et donc contrefaisant. Par ailleurs, en cas de violation, par certains usages de droits de propriété intellectuelle, ou plus fréquemment, du non-respect du formalisme de la licence, celle-ci sera généralement automatiquement résiliée et l'ancien licencié se trouvera rapidement contrefacteur pour tout usage de la création. Cela vaut pour l'entreprise, mais aussi pour tous ses clients et partenaires qui redistribuent les logiciels « non conformes » (on perçoit d'ailleurs une telle prise de conscience en Asie).

1. Voir le *Guide Open Source*, *op. cit.* (<http://guideopensource.info>).

Au minimum (mais ce n'est pas toujours vrai), il est possible de considérer que lors de l'utilisation d'un composant *open source* sans modification, la simple redistribution (tel qu'il a été reçu) devrait suffire. Au contraire, une démarche plus lourde serait nécessaire en cas de modification. La solution la plus fiable est néanmoins de mettre en place un formalisme générique, construit sur le modèle de la licence la plus contraignante, de manière à ce que son respect suffise pour remplir les attentes classiques de l'ensemble des licences. Enfin, des procédures particulières peuvent être élaborées afin de prendre en compte les spécificités des utilisateurs (professionnels du métier ou non, de nationalité précise, etc.) ou du domaine d'exploitation (embarqué, SaaS, etc.).

3.2.2.1.b Définir les besoins

En fonction des enjeux, plusieurs besoins peuvent être identifiés :

- la mise en place de bonnes pratiques (*guidelines*). Il s'agit ici de l'édiction de procédures relatives au respect du formalisme des licences ainsi qu'une procédure associée à l'usage de toutes nouvelles licences/composants *open source*. Celles-ci permettraient par ailleurs de rendre transparente la gestion des droits de propriété intellectuelle tant à l'intérieur qu'à l'extérieur de la société ;
- la mise en place d'une veille relative aux licences, pratiques afférentes et outils d'audit de codes (il est en effet important de rester connecté aux usages qui se développent, voire d'y confronter ses nouvelles pratiques, afin de se tenir informé tout en conservant un regard critique) ;
- la création d'un support relatif aux questions liées à l'utilisation des licences ou autres questions juridiques. Il s'agit ici des problématiques liées à l'ajout de licences et aux enjeux de compatibilité, mais un support juridique étendu peut permettre de résoudre certaines difficultés liées à la propriété intellectuelle ou à d'autres dispositions légales (comme l'exportation de certains produits) ;
- une procédure d'audit de codes. Pour ce faire, il peut être très utile d'utiliser les outils réalisés pour faciliter ces missions : notamment le logiciel *open source* Fossology qui peut permettre un examen systématique de code et l'outil commercial Protex de la société Black

Duck qui offrira une analyse beaucoup plus poussée¹. Les deux solutions² peuvent utilement être combinées : la première étant systématique et la seconde préalable à certaines mises à dispositions ou distributions du code ;

- la labellisation de composants et de licences. Cette politique de labellisation permettrait d’accélérer la réutilisation de composants, modifiés ou non, déjà audités et considérés comme conformes à la politique du groupement (techniquement et juridiquement), alors que le suivi d’une procédure particulière obligatoire accompagnerait l’utilisation de composants non encore certifiés. La même pratique pourrait être élaborée au profit des licences libres et *open source a priori* considérées comme « conformes à la politique du projet/du groupement ». Une procédure particulière serait alors attachée à l’acceptation de composants *open source* soumis à d’autres licences (de nombreuses sociétés ont ainsi constitué en leur sein de tels catalogues de composants *open source*, éventuellement aidées pour cela par des logiciels comme l’outil *Code Center* de la société Black Duck).

3.2.2.1.c Organiser l’accompagnement

À ce stade, il s’agit de définir quelles sont les tâches qui peuvent être externalisées et quelles sont celles qui doivent être conservées en interne.

⇒ *La création d’une structure ad hoc*

Une externalisation totale semble difficile en raison de l’interpénétration des notions juridiques et techniques d’une part, et de la criticité de ces enjeux d’autre part. Tout au plus est-il possible de penser à l’intervention de tiers quant à l’audit initial (en cas de solution préexistante), à l’édiction d’une gouvernance, voire en préalable à toute distribution — pour le reste, une personne, voire une équipe interne, doit être référente afin de résoudre (ou transmettre à cette fin) les difficultés qui se présentent à elle et « infuser » les bonnes pratiques. Une solution intermédiaire pourrait être de rejoindre une structure plus grande (comme une fondation) qui permette de mutualiser une partie de la fonction.

1. La société éditrice propose un certain nombre d’offres pour les projets communautaires — à commencer d’ailleurs par l’*Eclipse Foundation*.

2. La liste n’est néanmoins pas exhaustive et d’autres produits similaires existent, édités par des sociétés américaines (telles Palamida, OpenLogic ou ProteCode) ou françaises (comme Antelink).

L'internalisation elle-même peut prendre différentes formes, qu'il s'agisse de créer une entité *ad hoc* (réfèrent *open source*, comité *open source*, etc.) ou de modifier les structures existantes pour y intégrer ces besoins, notamment par l'intégration de règles générales, comme la définition de politique en matière de licences, la validation de paquets logiciels, etc.. De nombreux paramètres entrent dans cette équation, mais il est généralement conseillé, lorsque la taille le permet, de commencer par la mise en place d'entités autonomes, de sorte qu'elles s'éclipsent une fois la nouvelle culture infusée et les réflexes intégrés — au risque sinon de buter sur la résistance des collaborateurs (surtout dans le cas du passage d'une politique de licence traditionnelle à une politique ouverte : la longue domination du paradigme antérieur, engendrant de nombreux réflexes et habitudes profondément ancrées, peut entraîner le rejet irrationnel de ce mode alternatif d'édition).

Quelle que soit l'organisation choisie, il est nécessaire que cet accompagnement s'appuie sur des relais locaux (*scouts*), des correspondants aptes à faire remonter et redescendre les informations utiles.

À la fois structure de référence et structure inter-services, un tel organisme permet de mutualiser le travail d'accompagnement, de rationaliser les décisions, de définir des politiques globales et d'automatiser le traitement des questions. Par ailleurs, pour qu'une telle structure puisse être suivie d'effet, il est nécessaire qu'elle soit facilement joignable, qu'elle bénéficie d'un pouvoir décisionnel et, dans l'idéal, qu'elle soit suivie par un membre de la direction. Enfin, elle seule doit être consultée pour autoriser et décider de l'utilisation de briques logicielles sous licences libres / *open source* et de la diffusion sous de telles licences (quitte à ce que ses décisions soient avalisées par la direction).

⇒ *Gérer les contributions au sein de la société*

Comme nous l'avons vu, les licences s'étendent graduellement à l'ensemble des droits de propriété intellectuelle. Une vigilance accrue s'observe donc chez les sociétés qui mixent une culture libre (*open source*) et propriétaire : l'enjeu est alors de délimiter très précisément (généralement par des politiques *open source* très soignées), voire de cloisonner, les portefeuilles de droits relatifs au projet afin de s'assurer que l'activité *open source* ne vienne pas impacter et dévaloriser certains droits de propriété intellectuelle qui restent très attractifs pour la société.

C'est ce type d'attention qui explique par exemple la renonciation au bénéfice de la dévolution légale de droits relative à certains développements qui doivent être reversés à des projets placés sous des licences trop contraignantes (au profit des salariés qui conservent ainsi leurs droits)¹. De la même façon, une responsabilité particulière pèse sur les services juridiques qui doivent s'assurer que les engagements contractuels avec les sous-traitants, fournisseurs, etc. soient bien respectés et maintenus lors de la diffusion sous licence libre et *open source*.

Pour une société, il arrive parfois qu'il soit plus simple, voire nécessaire, d'envisager un cession de droits au profit de projets qui assureront le maintien et l'intégration des différentes contributions. Dans cette solution, tant l'entreprise que le salarié seront généralement signataires d'un document de cession de droits au profit du projet. Il peut aussi être envisagé, lorsque la mission du salarié l'exige ou en raison du contrat particulier qui le lie à la société, que celle-ci lui délègue le pouvoir de mettre sous licences libres les contributions réalisées dans le cadre de ses missions salariales : le risque est faible pour l'entreprise lorsque celui-ci travaille dans un tel environnement, et cela lui permettra de sécuriser les contributions de son salarié vis-à-vis des communautés et des projets dans lesquels il intervient.

⇒ *Faire travailler ensemble les différentes équipes*

De façon pragmatique, lorsque l'on exploite du contenu sous licence libre en entreprise ou ailleurs, il est nécessaire d'adapter la procédure de validation juridique et contractuelle, l'analyse devant être réalisée autant en amont des projets qu'en aval. Un travail est nécessaire dès en amont afin de déterminer la faisabilité juridique des propositions techniques et s'assurer que les engagements puissent être respectés (en gardant en tête le leitmotiv : « on ne peut donner plus de droits que l'on en possède », c'est d'ailleurs cette seule idée qui ressort des contentieux français ayant mis en jeu la GNU GPL). Enfin, une dernière étude juridique est nécessaire en aval pour confirmer le choix final de la licence et procéder, s'il y a lieu, aux ajustements contractuels en fonction du produit, des attentes et bien évidemment des licences en présence.

1. On peut ici citer l'exemple d'HP vis-à-vis de la GNU GPL v. 3 (qui pourrait impacter la valeur de son portefeuille de brevets).

Ainsi, ce travail ne peut être mené que conjointement entre l'équipe technique, seule apte à fournir les informations détaillées sur le logiciel, et l'équipe juridique. Les données brutes nécessaires à l'étude juridique sont : le détail des briques logicielles utilisées, leur(s) licence(s) respective(s) (comprenant leur version, et toute autre information influant sur ces licences : restriction, interprétation, exception, etc.), et enfin les interactions existantes entre chacune de ces briques (en pratique, un schéma). Un dialogue s'établit par la suite pour affiner les derniers détails, et de nombreuses navettes permettront de compléter l'analyse.

D'une manière plus générale, le succès d'une politique active en faveur de l'*open source* repose sur une implication de l'ensemble des collaborateurs dans le processus de restructuration et une montée des compétences de ces derniers afin qu'ils comprennent et partagent ce nouveau paradigme : par l'organisation de formations, la rédaction et la mise à disposition des informations qui leurs sont utiles, l'organisation de leurs contributions au sein de chartes (contribution, développements, processus de validation, etc.).

⇒ *S'équiper avec de bons outils*

Enfin, l'usage de certaines solutions logicielles peut simplifier, voire approfondir¹ cette mission, en automatisant l'audit de code² voire la gestion au quotidien de la base de code validée. Tous les outils ne sont pas équivalents, et tous n'ont pas vocation à être utilisés au même moment ou par les mêmes personnes (dans le cadre de *due diligence*, les audits demanderont ponctuellement l'utilisation d'outils très poussés, alors que la vérification automatique et journalière des développements réalisés pourra être plus superficielle).

Enfin, le projet *Software Package Data Exchange*³ (SPDX⁴) a récemment introduit un format standard pour communiquer les éléments, les

1. Par exemple avec une comparaison du code du projet avec celui de leur base.

2. Voir à cet égard les solutions décrites dans le *Guide Open Source*, partie 1.2.2. « Description du code source », *op. cit.*

3. Le projet SPDX (pour Software Package Data Exchange) est un format standard pour la communication des composants, licences et mentions légales associées à la distribution d'un logiciel. Le site a été réalisé sous la direction de la Linux Foundation, avec la participation de nombreuses sociétés parmi lesquelles Alcatel-Lucent, Antelink, Black Duck Software, Canonical, HP, Micro Focus, Motorola Mobility, nexB Inc, OpenLogic, Palamida, Protecode, Source Auditor, Texas Instruments et Wind River.

4. <http://spdx.org>.

licences et droits d’auteur associés à un logiciel (et ainsi faciliter la prise de connaissance des obligations et le respect des licences). Ainsi, chaque société ayant réalisé ce travail d’audit pourra dorénavant accompagner la livraison de son logiciel d’un fichier SPDX qui recensera tous les composants utilisés et leur(s) licence(s).

3.2.2.2 Gérer les autres aspects juridiques

Comme vu précédemment, différents documents peuvent être mis en place pour accompagner l’organisation vis-à-vis des tiers et notamment pour donner un cadre formel à la collaboration (3.2.2.2.a), et la rédaction d’une politique en matière de marque précise à l’intention des tiers et des licenciés (3.2.2.2.b).

3.2.2.2.a Structurer le projet

Que le projet soit ouvert ou fermé, la mise en place d’un cadre propice à son développement et son exploitation nécessite une réflexion quant à l’organisation du groupement autour du projet et vis-à-vis des tiers.

Tant que l’organisation du projet est suffisamment attractive pour motiver des contributions extérieures et qu’il répond aux contraintes des mainteneurs, il n’y a aucune raison de changer celle-ci.

Si le projet souhaite s’ouvrir de manière à impliquer plus de contributeurs, plusieurs schémas peuvent être construits pour organiser les développements collaboratifs, avec leurs avantages et inconvénients (création d’une entité juridique distincte, mise en place d’un consortium, l’appui d’un partenaire leader — voire une absence délibérée). Notons que la mise en place d’un consortium est la solution la plus légère (généralement la première utilisée par les sociétés qui cherchent à collaborer en raison de la faiblesse de l’engagement), éventuel premier jalon d’une autonomisation quasi-systématique des projets dès lors qu’ils gagnent en contributeurs.

Dans l’hypothèse de la libération d’un projet, il est préférable de structurer un minimum dès le début (donner simplement l’accès au code et le processus pour contribuer) quitte à mettre ensuite en place une organisation adaptée.

Enfin, la gouvernance des groupements est généralement découpée entre les aspects stratégiques, les aspects techniques et les aspects communication/sensibilisation (lien avec les utilisateurs et la communauté).

3.2.2.2.b Les politiques en matière de marque

Le droit des marques retrouve toute sa noblesse dans l'industrie de l'*open source*, puisqu'il reste bien souvent le meilleur garde-fou pour empêcher certains types d'exploitation d'un projet qui est pourtant librement disponible (notamment en termes d'image, mais aussi de comportement commercial). Néanmoins, il est parfois nécessaire de relativiser l'usage qui peut en être fait au regard des prérogatives qu'il confère à son titulaire, car la tentation est grande pour certains d'essayer de récupérer là un contrôle qu'ils ont abandonné en faisant le choix de l'*open source*.

Ainsi, les politiques en matière de marque sont généralement des documents publics qui précisent quelles sont les marques détenues par le projet et les conditions de leur utilisation : une seule marque pouvant être utilisée différemment selon le contexte (lorsque la création est modifiée ou non) ou plusieurs marques pouvant être utilisées pour différencier les usages permis sur chacune (par exemple en autorisant seulement les partenaires à utiliser la marque figurative).

Les meilleurs exemples existants, à cet égard, sont ceux des projets du type OpenOffice.org / LibreOffice, Firefox, GNU/Linux, etc., qui réunissent à la fois entreprises, associations et fondations, contributeurs individuels et le grand public.

III

Quelques études de
licences libres

La diversité des licences s'explique par la diversité des projets et des modèles commerciaux qui suivent le courant de l'*open source*. On observe néanmoins une forte parenté entre ces licences, le nombre de celles réputées pleinement « originales » devant être d'une petite dizaine dans le seul domaine du logiciel (GNU GPL, MPL, OSL, EUPL, Apache voire EPL). L'analyse de ces dernières permet de donner un aperçu fidèle de leur écosystème.

Nous allons donc nous intéresser aux licences suivantes : AFL, Apache, APSL, EPL, EUPL, GNU (GPL, LGPL et Affero GPL), MIT, MPL, CeCILL(-A, -B, -C), Creative Commons, LAL, ODbL, PHP License, OSL, et la TAPR Open Hardware License.

Chacune d'elle sera analysée conformément à la grille de lecture proposée précédemment¹ : droits et obligations, étendue, élément déclencheur et clause de compatibilité.

AFL v 3.0 (Academic Free License)

Assez similaire à la licence Apache, l'Academic Free License² est la petite sœur permissive de l'OSL (toutes les clauses lui sont identiques, à l'exception de celles instaurant le *copyleft*) rédigée par l'avocat américain Lawrence Rosen. Elle est dite « de contenu libre », c'est-à-dire qu'elle a vocation à être utilisée sur toutes œuvres originales (ce qui inclut donc les logiciels, mais aussi les documentations, images, etc. — avec comme intention de pouvoir s'appliquer à tout ce qui accompagne le logiciel). La version 1.1 date de 2002 et fut certifiée *open source* par l'Open Source Initiative (OSI), mais déclarée incompatible avec la DFSG par la communauté Debian ; la version 2.0 date de 2003, et la dernière version fut publiée en 2005.

En termes de *droits*, c'est une licence conforme à l'OSD qui autorise expressément les sous-licenciements (sous la même licence). Elle est gratuite (mais la communication de l'œuvre peut être payante), non exclusive et perpétuelle et porte sur les droits d'auteur comme sur ceux des brevets contenus dans le code soumis à la licence (elle cherche à créer ici un pot

1. Cf Partie II, Chapitre 2 : « 2.3 Déchiffrer : une grille de lecture de licences libres ».

2. <http://www.opensource.org/licenses/afl-3.0.php>.

commun de brevets, équivalent à celui issu de l'usage des licences *copyleft*). Enfin, la licence incorpore une limitation — et non pas une exclusion — de garantie (de la provenance des sources) et de responsabilité à l'égard du concédant ; solution bien plus pragmatique puisqu'il s'agit de ce qui est, dans les faits, le minimum légal.

En termes d'*obligations*, la licence n'est pas *copyleft*, mais quiconque poursuit l'auteur original ou ses utilisateurs pour violation de brevet contenu dans le logiciel soumis à cette licence voit toutes les licences qui lui étaient accordées se terminer immédiatement. Toute action ou poursuite doit se faire devant un tribunal de la juridiction du lieu où le concédant exerce son activité principale — tous les frais d'avocats seront à la charge de la partie qui poursuit.

L'*élément déclencheur* de la licence est l'*external deployment*, c'est-à-dire « l'utilisation, la distribution ou la communication de l'œuvre originale ou dérivée d'une façon telle que cette œuvre originale ou dérivée puisse être utilisée par toute autre personne que vous. »¹.

L'*étendue* de la licence s'appuie sur les distinctions du copyright quant à la portée de l'œuvre dérivée. À noter que le code source, tel que défini par l'OSL, inclut la « documentation décrivant comment modifier l'œuvre originale. »

En termes de *compatibilité*, la licence est relativement souple dès lors que ses obligations sont respectées : ce qui la rendait incompatible avec la GNU GPL v2 (elle serait néanmoins compatible avec la troisième version), mais entièrement compatible avec sa grande sœur de l'OSL (rédigée sur le même canevas).

Enfin, la licence elle-même est copyrightée et ne peut donc servir de base à une nouvelle licence².

1. Article 5, *external deployment* : « The term 'External Deployment' means the use, distribution, or communication of the Original Work or Derivative Works in any way such that the Original Work or Derivative Works may be used by anyone other than You, whether those works are distributed or communicated to those persons or made available as an application intended for use over a network. As an express condition for the grants of license hereunder, You must treat any External Deployment by You of the Original Work or a Derivative Work as a distribution under section 1(c). »

2. Même si dans son livre *Open Source Licensing : Software Freedom and Intellectual Property Law* (Upper Saddle River, NJ, Prentice Hall, 2004 — <http://www.rosenlaw.com/oslbook.htm>), Lawrence Rosen doute de la pertinence d'une telle protection attachée aux licences.

Apache License (APL)

Seule l'utilisation de la version 2.0, publiée le 1^{er} mars 2004, de l'Apache Public License¹ est aujourd'hui préconisée (notamment, par défaut, pour tous les projets de la fondation Apache)². C'est aussi une licence permissive par laquelle les contributeurs partagent leur monopole en matière de droit d'auteur et éventuellement de brevets portant sur ces contributions (cette licence tombe en cas d'action à l'encontre des contributeurs).

En termes de *droits*, la licence autorise expressément les sous-licences.

En termes d'*obligations*, on retrouve les mentions traditionnelles relatives à la paternité et à la licence (avec notamment la nécessité de distinguer les différentes contributions et le respect d'un formalisme quant aux mentions légales attachées aux œuvres dérivées). Toute contribution reversée au concédant pour inclusion dans son logiciel est, sauf mention contraire, réputée être soumise à la même licence. Enfin, une sanction est prévue à l'encontre de tout licencié qui agirait sur la base d'une violation de brevet dans l'usage d'un logiciel sous licence Apache ou ses contributions (toutes les licences de brevets qu'il tire de la licence Apache se terminent au jour de l'assignation).

L'*étendue* de la licence est, pour l'essentiel, limitée à la portion du code sous licence Apache, mais certaines obligations (notamment celles concernant les mentions légales du logiciel final) s'étendent aussi aux logiciels dérivés (basés sur ou incluant des composants sous licences Apache).

L'élément déclencheur est la distribution de copies du logiciel (l'accès au code offert à un tiers).

La licence ne prévoit pas de *compatibilité* particulière, mais plusieurs licences peuvent être utilisées, dont la GNU GPL v. 3 si sont précisées les obligations supplémentaires liées à la licence Apache.

1. <http://www.apache.org/licenses/LICENSE-2.0%20>.

2. Il est encore néanmoins possible de retrouver la version 1.0 dans certains projets, comme OpenSSL License.

Apple Public Source License v2.0

Licence utilisée depuis 2003 sur une partie du système d'exploitation MacOS X d'Apple, la APSL ¹ n'a pas vocation à être utilisée sur d'autres projets et la firme Apple est citée à plusieurs reprises (ce qui est d'autant plus logique que cette licence est elle-même une adaptation de la licence MPL).

Ainsi, en termes d'*obligations* peut-on remarquer que la licence est *copyleft* et organise une licence en matière de brevets. En cas de non-respect de la licence, la licence prévoit une certaine souplesse qui permet éventuellement de corriger le comportement défaillant. La compétence territoriale est fixée en Californie.

En termes d'*étendue*, la licence est modulaire et opère par fichier ² autorisant donc le lien vers d'autres fichiers qui peuvent être entièrement propriétaires.

Son *élément déclencheur* est celui du déploiement externe ³ (*external deployment*), ce qui la met à l'échelle des licences du type OSL ou GNU Affero GPL.

La licence ne prévoit aucune *compatibilité* particulière.

Eclipse Public License (EPL)

L'Eclipse Public License ⁴ est la licence qui a succédé à la CPL sur le projet Eclipse (cette dernière ayant elle-même succédé à la licence IBM *Public License*).

Concernant ses *obligations*, la licence Eclipse est elle aussi *copyleft*, et comporte une clause en matière de brevets qui est sensiblement similaire

1. <http://www.opensource.apple.com/apsl>.

2. « When code is released as a series of files, a modification is : (a) any addition to or deletion from the contents of a file containing Covered Code ; and/or (b) any new file or other representation of computer program statements that contains any part of Covered Code. »

3. Traduction personnelle : 1.4 — « déployé extérieurement » signifie : (a) de sous-licencier, distribuer ou rendre le *code couvert* disponible autrement, directement ou indirectement, à quiconque autre que vous, et/ou (b) d'utiliser le *code couvert*, seul ou comme partie d'une création plus large, d'une manière à fournir à service, notamment pour fournir du contenu, à travers une communication électronique avec un client autre que vous.

4. <http://www.eclipse.org/legal/epl-v10.html>.

à celle de la licence Apache (en cas d'action basée sur une violation de brevet dans l'usage du logiciel sous EPL, toutes les licences de brevets tirées de la licence sont terminées).

L'*étendue* de l'EPL est basée sur la définition américaine de l'œuvre dérivée, interprétée de manière plus restrictive que pour la GNU GPL : la licence ne s'étend pas aux modules séparés développés autour du logiciel, ni aux autres travaux qui ne seraient pas directement dérivés du programme¹.

L'*élément déclencheur* est, classiquement, celui de la distribution.

La licence précise que la loi applicable est celle de l'état de New York et des États-Unis en matière de propriété intellectuelle.

European Union Public License (EURL)

Disponible en 22 langues (chacune de ses traductions ayant la même valeur contractuelle), l'European Union Public License² est sans conteste la licence la plus internationale.

Elle est *copyleft* et contient une *licence de brevets* dans la « mesure nécessaire à l'exercice des droits qui [...] sont concédés sur l'œuvre distribuée sous la [...] licence ». La terminaison de la licence est automatique en cas de son non-respect.

1. « As described in article 1(b)(ii) of the Eclipse Public License, "... Contributions do not include additions to the Program which : (i) are separate modules of software distributed in conjunction with the Program under their own license agreement, and (ii) are not derivative works of the Program". The definition of derivative work varies under the copyright laws of different jurisdictions. The Eclipse Public License is governed under U.S. law. Under the U.S. Copyright Act, a 'derivative work' is defined as "... a work based upon one or more preexisting works, such as a translation, musical arrangement, dramatization, fictionalization, motion picture version, sound recording, art reproduction, abridgment, condensation, or any other form in which a work may be recast, transformed, or adapted. A work consisting of editorial revisions, annotations, elaborations, or other modifications which, as a whole, represent an original work of authorship, is a 'derivative work'". The Eclipse Foundation interprets the term 'derivative work' in a way that is consistent with the definition in the U.S. Copyright Act, as applicable to computer software. You will need to seek the advice of your own legal counsel in deciding whether your program constitutes a derivative work.

2. <http://www.osor.eu/eurl/european-union-public-licence-eurl-v.1.1>.

En termes d'*étendue*, la licence renvoie à la loi « applicable en matière de droit d'auteur dans le pays désigné à l'article 15 » (pays du concédant, voire loi belge si ce dernier n'est pas européen ou s'il s'agit de la Commission européenne).

En termes d'*élément déclencheur* : tant la distribution que la communication au public (même de façon indirecte, ce qui comprend notamment l'usage d'un logiciel en *Software as a Service*)¹.

La loi applicable et le tribunal compétent sont ceux de « l'État membre de l'Union européenne où le donneur de licence réside ou a établi son siège social » (pays du concédant, voire loi belge si ce dernier n'est pas européen ou s'il s'agit de la Commission européenne). La licence contient une garantie d'éviction (l'assurance que chaque concédant est bien titulaire de droits sur ses contributions) et repose sur un mécanisme de sous-licence.

Enfin, la licence est expressément *compatible* avec cinq autres licences similaires : une clause venant spécialement autoriser la redistribution sous un certain nombre de licences dès lors qu'une œuvre dérivée combine composants sous licence EUPL et composants sous l'une de ces licences compatibles².

GNU General Public License (GNU GPL)

Première licence libre, la GNU GPL fut la première à contractualiser la notion de pot commun, avec pour objectif de faciliter l'accès aux codes sources et leurs interactions. La GNU GPL est, historiquement, réservée aux logiciels et elle est de mieux en mieux rédigée au fur et à mesure de ses versions.

L'*étendue* ainsi que la *portée* (droit d'auteur, droit des brevets, droit des topographies des semi-conducteurs, DRM, etc.) très larges de la licence GNU GPL sont ses principales caractéristiques.

1. À noter cependant que la version 1.0 de la licence n'avait que la distribution comme élément déclencheur.

2. Sont actuellement concernées : la GNU General Public License (GNU GPL) v. 2, l'Open Software License (OSL) v. 2.1, v. 3.0, la Common Public License v. 1.0, l'Eclipse Public License v. 1.0 et la CeCILL v. 2.0.

Deux versions de la licence (la deuxième et la troisième) sont actuellement utilisées et méritent un examen spécifique.

GNU GPL v. 2

En termes d'*obligations* :

- tout est fait pour que les mentions légales soient accessibles sinon publiées : ainsi, dans l'hypothèse d'un programme lisant habituellement des instructions de façon interactive lorsqu'on l'exécute, celui-ci doit imprimer ou afficher une annonce comprenant une mention relative aux droits d'auteur, à l'absence de garantie, et à la soumission à la GNU GPL ;
- la livraison du code source doit être réalisée dans sa forme préférée ;
- la licence est bien sûr *copyleft*.

L'étendue de la GNU GPL est très large puisque tout logiciel basé sur un composant sous GNU GPL doit être distribué sous cette même licence et que le logiciel lui-même est envisagé « comme un tout ». Le flou de ces notions induit plusieurs interprétations. La Free Software Foundation prône la plus extensive (par laquelle toute liaison avec un composant sous cette licence emporterait son extension).

Ainsi, dans le cas du logiciel auquel est associé de multiples modules :

- les modules développés autour du logiciel sont, selon la FAQ de la licence¹, des « créations basées » (*based on*) sur le logiciel. En tant que telles, elles doivent donc être diffusées sous la même licence que le logiciel² ;
- si le logiciel est distribué simultanément avec des modules sous cette licence, alors celle-ci doit s'étendre au logiciel « comme un tout », c'est-à-dire au logiciel et ses différents modules.

1. <http://www.gnu.org/licenses/gpl-faq.html>.

2. Sauf à envisager une politique de type « double licence » qui permettrait, moyennant un certain prix, le développement de module tiers commerciaux. Ceci peut néanmoins être un frein à la diffusion du logiciel.

Concernant l'*élément déclencheur*, les obligations de la licence ne sont opposées au licencié que s'il distribue le programme. Le *copyleft* s'applique uniquement au programme et non à ses sorties, par exemple un portail web utilisant une version modifiée privée d'un CMS (Content Management System) sous GPL ne sera pas obligé de livrer ses sources (élément traité par la GNU Affero GPL) tant qu'il n'aura pas donné accès à une copie du logiciel.

Intransigeante, même envers les autres licences libres et *open source*, la licence GNU GPL n'organise elle-même aucune compatibilité.

GNU GPL v. 3

Un lot de nouvelles stipulations précise ou étend les obligations de la précédente version :

- la notion de code source est précisée et étendue ¹ ;
- vis-à-vis des mesures techniques, de protection et d'information (ADPIC, EUCD, DADVSI) : l'auteur d'un logiciel sous GPL renonce à ce que celui-ci soit considéré comme une mesure technique (à priori, autant de protection que d'information — MTP/MTI) et ne peut limiter la jouissance tirée de la licence par une interdiction du contournement de mesures techniques.
- Le *peer to peer* est enfin pris en considération en tant que distribution (sans pour autant que les personnes qui téléchargent le logiciel par ce canal n'aient à fournir les sources) ;
- *Tivoïzation* ² : stipulation réservée aux « produits de consommation » (non applicable à un usage interne ou entre professionnels), elle in-

1. La « source correspondante » d'une création sous forme de code objet désigne tout le code source nécessaire pour générer, installer et (pour une création exécutable) exécuter le code objet et modifier la création, y compris les scripts pour contrôler ces activités. Cependant, cela n'inclut pas les bibliothèques systèmes de la création, ni les outils d'usage général ou les programmes libres généralement disponibles qui peuvent être utilisés sans modification pour réaliser ces activités, mais ne sont pas partie de cette création. Par exemple, la source correspondante inclut les fichiers de définition d'interfaces associés aux fichiers sources de la création, et le code source des bibliothèques partagées et des sous-programmes liés dynamiquement, dès lors que la création est spécialement conçue pour les requérir via, par exemple, des communications de données ou contrôles de flux internes entre ces sous-programmes et d'autres parties de la création.

2. Néologisme définissant la création d'un système qui inclut des logiciels libres, mais utilise le matériel électronique pour interdire aux utilisateurs d'y exécuter des versions modifiées (voir la page Wikipedia consacrée).

-
- terdit de limiter l'usage d'un produit embarquant du code sous GNU GPL v. 3 à la seule version fournie par le constructeur ;
- en matière de brevet, la GNU GPL garantit une « licence de brevet non exclusive, mondiale et gratuite, sur les revendications essentielles de brevet du contributeur pour réaliser, utiliser, vendre, commercialiser, importer et ainsi qu'exécuter, modifier et propager les contenus de sa version contributive » et impose à tout bénéficiaire de brevets de rendre le code source disponible, renoncer au bénéfice de licences sur cesdits brevets ou s'engager à étendre la licence au destinataire du logiciel ;
 - la *terminaison automatique des droits*, avec procédure de semonce (article 8) est tempérée lorsqu'il s'agit d'une première violation et en fonction de la réaction du concédant ;
 - en termes de *compatibilité* : on notera une compatibilité expresse au profit de la GNU Affero GPL et l'ajout d'une modularité qui permet à la licence de se rendre compatible avec plusieurs licences permissives grâce à l'ajout autorisé de termes additionnels : soit pour donner plus de droits, soit pour ajouter quelques obligations limitativement énumérées (la GNU GPL liste dans son article 7 six termes supplétifs).

Exceptions à la GNU GPL

La GNU GPL étant la licence la plus utilisée, il n'est pas étonnant qu'une pratique se soit développée autour des aménagements qui pouvaient lui être apportés par le biais d'exceptions expresses. La GPL Linking exception et la FOSS exception sont les deux plus connues.

La *GPL with special linking exception*

Pour répondre aux besoins de certains projets libres importants souhaitant autoriser le développement de plug-ins propriétaires, une exception (*GPL Linking exception*) a été rédigée (elle est actuellement utilisée par des projets comme GNU Guile, GNAT ou GNU Classpath). Elle contient les mêmes libertés que la GNU LGPL en ce qu'elle permet expressément les liaisons entre programmes, mais sans requérir les conditions posées

par la LGPL quant à la fourniture des informations nécessaires à la modification de la bibliothèque.

La bibliothèque GNU Classpath utilise ainsi la licence qui suit :

Classpath is distributed under the terms of the GNU General Public License with the following clarification and special exception.

Linking this library statically or dynamically with other modules is making a combined work based on this library. Thus, the terms and conditions of the GNU General Public License cover the whole combination.

As a special exception, the copyright holders of this library give you permission to link this library with independent modules to produce an executable, regardless of the license terms of these independent modules, and to copy and distribute the resulting executable under terms of your choice, provided that you also meet, for each linked independent module, the terms and conditions of the license of that module. An independent module is a module which is not derived from or based on this library. If you modify this library, you may extend this exception to your version of the library, but you are not obliged to do so. If you do not wish to do so, delete this exception statement from your version.

FOSS exception

La *FOSS exception* organise une limitation de l'étendue de la licence dans un contexte *open source* seulement : système souvent utilisé, notamment sur la bibliothèque MySQL diffusée sous GNU GPL ¹, l'exception réduit l'étendue de la licence en présence d'une combinaison avec des composants tiers *open source* (ceux-ci, pour autant que leur licence figure dans la liste annexée à cette exception, peuvent ainsi continuer à être régi par leur licence d'origine).

1. Voir <http://www.mysql.com/about/legal/licensing/foss-exception>.

Oracle's Free and Open Source Software (FOSS) License Exception (formerly known as the FLOSS License Exception) allows developers of FOSS applications to include Oracle's MySQL Client Libraries (also referred to as 'MySQL Drivers' or 'MySQL Connectors') with their FOSS applications. MySQL Client Libraries are typically licensed pursuant to version 2 of the General Public License (GPL), but this exception permits distribution of certain MySQL Client Libraries with a developer's FOSS applications licensed under the terms of another FOSS license listed below, even though such other FOSS license may be incompatible with the GPL.

GNU Lesser General Public License (GNU LGPL)

Deux versions coexistent actuellement, sans grande différence sur le fond, mais avec une grande différence sur la forme : la GNU LGPL était une licence à part entière jusqu'à la version 2.1 et n'est plus qu'une exception associée à la GNU GPL à partir de la version 3 (les textes des deux licences devant alors simultanément être distribués).

De manière générale, elle apporte un lot de permissions additionnelles à la GNU GPL en venant atténuer l'étendue ou les effets de cette dernière (une telle technique est toujours possible pour le titulaire de droits).

Ainsi, la GPLv3 est la licence que l'on applique par défaut et, dès lors que l'on se trouve dans l'une des situations définies par la LGPL v. 3, on applique le « régime dérogatoire » spécialement prévu (exception d'interprétation stricte) :

- Art. 3 : l'inclusion de *material from header file that is part of the library* ;
- Art. 4 : la création de *combined work* (qui peut être diffusée sous une autre licence) ;
- Art. 5 : la création de *combined libraries*.

Il est à tout moment possible de redistribuer sous GNU GPL un logiciel auparavant sous GNU LGPL.

GNU Affero General Public License (GNU AGPL)

La GNU AGPL 3.0¹ est elle aussi construite sur le canevas de la GNU GPL v. 3. Seul son article 13 est différent.

Ainsi, en matière d'*obligation*, il faut distinguer d'une part ceux qui distribuent le logiciel ou en offrent un accès en ligne et, d'autre part, ceux qui contribuent :

- les distributeurs et utilisateurs offrant un accès en ligne, sont tenus :
 - a) à un certain affichage des mentions légales, b) à la distribution de la licence et c) à la distribution du code source correspondant ;
- et, au surplus, les contributeurs sont « classiquement » tenus : a) par le caractère *copyleft* de la licence, c'est-à-dire à ce que toute redistribution du logiciel, d'une version modifiée ou d'une solution basée sur ce logiciel se fasse sous la même licence², b) à une licence de brevet qui s'étend automatiquement à tout brevet détenu par un contributeur sur sa contribution, c) à une interdiction d'opposer d'éventuels droits qui seraient détenus sur une mesure technique de protection.

L'*étendue* de la GNU AGPL est particulièrement large puisqu'elle reprend celle de la GNU GPL sans l'adapter aux solutions logicielles donnant accès à des services : ainsi sont soumises à la licence (et doivent donc être distribuées selon les termes de cette dernière) les versions modifiées du logiciel, mais aussi les versions basées sur le logiciel³ — la limite étant celle de l'« agrégat », compris comme « une compilation du code couvert (par la licence) avec d'autres œuvres séparées et indépendantes, qui ne sont pas par leur nature des extensions du code couvert, et qui ne sont pas combinées comme un programme plus large, sur ou dans un média de stockage ou de distribution[...] »

En matière d'*élément déclencheur*, deux hypothèses se cumulent : la distribution du logiciel (comprise comme la mise à disposition de celui-

1. La précédente version, corédigée par la société Affero et la FSF, n'était pas une licence (de la famille) GNU.

2. L'article 7 de la GNU Affero GPL autorise l'ajout d'un certain nombre de clauses sur des parties clairement identifiées du logiciel.

3. La licence emploie le vocabulaire « *modified version* », « *work based on* » et « *entire work, as a whole* ».

ci¹) ou l'interaction via le réseau d'une version modifiée du logiciel (il faut une interaction *et* une modification).

GNU Free Documentation licence (GNU FDL)

La licence GNU FDL² est le pendant de la GNU GPL, utilisable de façon complémentaire sur la documentation des logiciels libres. La première version de la GNU FDL date de 1999, elle a ensuite connu deux révisions successives en 2000 (v. 1.1) et 2002 (v. 1.2) et une plus récente en 2008 (v. 1.3). Le draft de la GNU FDL v 2.0³ est en discussion depuis 2006 (ainsi que celui de sa petite sœur, la GNU Simpler FDL v. 1.0⁴, licence plus souple qui supprime notamment les mécanismes complexes de la GNU FDL).

En termes d'*obligation*, la licence GNU FDL est une licence *copyleft*. Elle offre la possibilité de préciser la présence de certaines sections invariables (toute information ne peut néanmoins être identifiée comme telle) afin d'empêcher tout contributeur subséquent d'y apporter des modifications (ou même de la supprimer). Par ailleurs, elle impose un formalisme particulier attaché à la diffusion de la version papier de la création diffusée sous GFDL (un formalisme assez contraignant qui passe notamment par l'impression de l'intégralité du texte de la licence).

En termes de *compatibilité*, la licence est une licence *copyleft* classique, c'est-à-dire sans autre compatibilité qu'avec les versions ultérieures de la même licence. Néanmoins, la publication de la version 1.3 prévoyait une compatibilité expresse et limitée au profit de la CC-BY-SA 3.0 — par ailleurs spécialement limitée au seul bénéfice des sites de collaboration multiauteurs (*Massive Multiauthor Collaboration Site*) et avant le 1^{er} août 2009 (cela pour répondre à la demande de la fondation Wikimedia qui souhaitait modifier la licence de Wikipedia).

1. Il est néanmoins possible (à l'instar de la GNU GPL v. 3) de faire appel à des prestataires sans que leurs développements pour le compte de leur client ne soient considérés comme une distribution.

2. <http://www.gnu.org/licenses/fdl.html>.

3. <http://gplv3.fsf.org/fdl-draft-2006-09-22.html>.

4. <http://gplv3.fsf.org/sfdl-draft-2006-09-26.html>.



REMARQUE

- Cette licence est l’une des « DFSG-incompatibles ¹ »
— par exception, la licence est considérée comme libre lorsqu’utilisée GFDL sans sections invariantes ² ;
- La FSF a publié un article sur « comment utiliser la FDL de GNU pour vos documents ³. »

1. <http://wiki.debian.org/DFSGLicenses>.

2. http://www.debian.org/vote/2006/vote_001.

3. <http://www.gnu.org/licenses/fdl.html>.

MIT License

La licence MIT ¹, dans ses différentes versions, est une licence libre très permissive qui ressemble beaucoup à la licence BSD : elle opère le partage de tous les droits patrimoniaux de l’auteur sous la seule condition de respecter la paternité de ce dernier et de conserver les mentions légales. Il s’agit ainsi d’une sorte de « mise dans le domaine public. ² »

Elle se distingue néanmoins de la licence BSD par une plus grande description des droits cédés (qui lui vaut d’être souvent préférée).

Les *obligations* de la licence concernent essentiellement les mentions légales et la licence qui doivent être incluses dans toute copie ou « portion substantielle ».

L’*étendue* de la licence se limite à la seule portion du code publiée sous cette licence et l’*élément déclencheur* est la distribution, diffusion, de copies du logiciel.

Enfin, en raison de son caractère peu contraignant, la licence est *compatible* avec la majorité des autres licences (commerciales ou libres).

Mozilla Public License (MPL)

Créée en 1998 à l’occasion de la libération du code source de Netscape Communicator 5, la MPL est actuellement utilisée en sa version 1.1, une

1. <http://opensource.org/licenses/mit-license.php>.

2. Une telle renonciation au droit est sans valeur, c’est-à-dire sans effet, en droit français. D’où la nécessité d’user d’une telle licence aux effets similaires.

version 2.0 est néanmoins en cours d'écriture — intégrant quelques idées qui avaient justifié la création de la licence CPAL.

Mozilla Public License v. 1.1

Autorisation expresse est donnée de *sous-licencier* le code. La MPL¹ est *copyleft*. En matière de brevets, une licence expresse (auteurs initiaux et contributeurs) autorise toute fabrication, utilisation ou vente du logiciel original, ses modifications et/ou des combinaisons entre le logiciel et les modifications (le tout limité à la seule version du contributeur auteur).

Quant à l'*étendue* : se limitant aux seules modifications apportées au logiciel, la licence permet de contribuer au logiciel sans devoir distribuer sous la même licence tant que les fichiers contenant du code sous MPL restent sous MPL (les autres fichiers pouvant dès lors être soumis à n'importe quelle autre licence).

L'*élément déclencheur* est la distribution (ou toute autre communication du code à un tiers). En cas de violation de la licence, la licence se termine automatiquement dans les trente jours qui suivent la prise de connaissance de cette violation par le licencié.

Mozilla Public License v. 2.0

En plus de préciser les définitions de la version précédente, la seconde version² poursuit des objectifs supplémentaires :

- en termes d'*élément déclencheur*, il était envisagé que l'utilisation par le réseau soit assimilée à une distribution et emporte des obligations — notamment pour ce qui concerne les mentions légales ;
- en termes de *compatibilité*, la licence prévoit la possibilité de diffuser le composant sous licence GNU (GPL, LGPL ou AGPL) en situation d'incompatibilité.

1. Voir <http://www.mozilla.org/MPL>.

2. <http://mpl.mozilla.org>.

Common Public Attribution License Version 1.0 (CPAL)

Approuvée par l'OSI en 2007, la licence CPAL s'inspire de la MPL qu'elle module sur deux aspects :

- concernant les *obligations*, la licence ajoute une obligation d'attribution de paternité renforcée¹ ;
- concernant l'*élément déclencheur*, la licence associe la notion de déploiement externe (*external deployment*) à celle de distribution².

CeCILL(-A, -B, -C)

Les licences CeCILL³, acronyme pour Ce(A) C(nrs) I(NRIA) L(ogiciel) L(ibre), furent créées pour répondre aux arguments qui empêchaient les administrations françaises d'utiliser les licences GNU pour diffuser leurs logiciels : l'application de la loi n°94-665 du 4 août 1994 relative à l'emploi de la *langue française* (plus connue sous le nom de *loi Toubon*, ministre de la Culture de l'époque) qui contraint toute administration à s'appuyer sur des textes juridiques français, le constat d'imprécision à l'égard du droit français (droit sur lequel repose la licence, droits patrimoniaux, clause de non garantie).

Elles sont toutes construites sur le canevas de la première licence (la licence CeCILL ou CeCILL-A).

La CeCILL-A

Première des licences, la licence CeCILL (ou CeCILL-A) précéda la rédaction des deux autres.

1. Article 14, Additional term : « the Original Developer may include [...] a requirement that each time an Executable and Source Code or a Larger Work is launched or initially run [...] a prominent display of the Original Developer's Attribution Information [...] must occur on the graphic user interface employed by the end user to access such Covered Code [...] »

2. Article 15, « Terme additionnel : utilisation réseau ». Le terme « déploiement externe » signifie l'utilisation, distribution ou communication du code original ou des modifications d'une façon telle que le code original ou les modifications puissent être utilisés par toute autre personne que vous, que ces œuvres soient distribuées ou communiquées à ces personnes ou rendues disponibles comme une application destinée à une utilisation sur le réseau.

3. <http://www.cecill.info/licences.fr.html>.

En termes d'obligations, la CeCILL-A, rédigée sur le modèle de la GNU GPL, est une licence *copyleft* qui impose donc la redistribution selon ses propres termes. Par ailleurs, le concédant s'engage à ne pas opposer d'« éventuels droits conférés par ces brevets aux licenciés successifs qui utiliseraient, exploiteraient ou modifieraient le logiciel ». Par ailleurs, « [e]n cas de cession de ces brevets, le concédant s'engage à faire reprendre les obligations du présent alinéa aux cessionnaires. »

Son *étendue* se limite au logiciel et à ses seuls modules internes, ces derniers étant entendus comme tout module lié au logiciel de telle sorte qu'il s'exécute dans le même espace d'adressage. Tout autre module, appelé module externe, n'est pas soumis aux licences

L'*élément déclencheur* est la distribution (envisagée comme « notamment le droit de diffuser, de transmettre et de communiquer le Logiciel au public sur tout support et par tout moyen ainsi que le droit de mettre sur le marché à titre onéreux ou gratuit, un ou des exemplaires du logiciel par tout procédé ». Il est à noter que les rédacteurs de la licence CeCILL estiment, contre toute attente, que leur licence appréhende les usages par le réseau¹ (il semble néanmoins plus prudent de considérer que, sauf mention contraire de l'auteur lors de la diffusion sous licence CeCILL, un tel usage n'est pas saisi par la licence elle-même).

La licence est *compatible* avec la CeCILL-A et la CeCILL-C. Ainsi toutes les clauses qui rendraient la licence CeCILL-B incompatible avec la CeCILL-A et CeCILL-C sont suspendues en cas de situation d'incompatibilité (mécanisme de compatibilité expresse passive)².

La CeCILL-B

La CeCILL-B, rédigée sur le modèle de la BSD, n'est pas *copyleft*, mais contient une clause supplémentaire en matière de citation. Ainsi, en cas de

1. Voir la FAQ sur le site <http://www.cecill.info/faq.fr.html>. « Si le 5.3.2 parle de distribution, il s'agit, comme indiqué en préambule de l'article 5.3, de "diffuser, de transmettre et de communiquer le logiciel au public, sur tout support et par tout moyen". Une mise à disposition via un site web ou un serveur est donc bien une distribution même si l'utilisateur ne dispose pas d'un exemplaire du logiciel en propre, et l'obligation de fournir le code source du logiciel modifié s'applique. »

2. Article 5.3.4 : Compatibilité avec la licence GNU GPL.

modification du logiciel (qui ne serait pas qualifié de module externe), le licencié qui distribue s'engage expressément

1. à faire référence au logiciel avec ses mentions légales dans sa documentation ;
2. à faire en sorte que les mentions légales soient indiquées dans un texte facilement accessible depuis l'interface du logiciel ;
3. à mentionner, sur un site Web librement accessible décrivant le logiciel modifié, et pendant au moins toute la durée de sa distribution, qu'il a été réalisé à partir du logiciel ;
4. et lorsqu'il le distribue à un tiers susceptible de distribuer lui-même un logiciel modifié, sans avoir à en distribuer le code source, à faire les meilleurs efforts pour que les obligations soient reprises.

La licence est *compatible* avec la CeCILL-A et la CeCILL-C. Ainsi toutes les clauses qui rendraient la licence CeCILL-B incompatible avec la CeCILL-A et CeCILL-C sont suspendues en cas de situation d'incompatibilité (mécanisme de compatibilité expresse passive)¹.

La CeCILL-C

Basée sur le CeCILL, la licence CeCILL-C limite son *étendue* en matière de *copyleft* à l'instar de la MPL (les autres obligations restant intouchées) puisqu'elle permet expressément la diffusion sous leur propre licence de modules liés (ensembles de fichiers sources y compris leur documentation qui, sans modification du code source, permet de réaliser des fonctionnalités ou services supplémentaires à ceux fournis par le logiciel).

La licence est *compatible* avec la CeCILL-A, de telle sorte que toutes les clauses qui rendraient la licence CeCILL-C incompatible avec la CeCILL-A sont suspendues en cas de situation d'incompatibilité (mécanisme de compatibilité expresse passive)².

1. Article 5.3.5 : Compatibilité avec les licences CeCILL et CeCILL-C.

2. Article 5.3.4 : Compatibilité avec la licence CeCILL.

Les licences Creative Commons

Quatrième série des licences Creative Commons (la numérotation intermédiaire 2.5 s'expliquant par les faibles changements qu'elle intégrant), les CC 3.0 furent rédigées en 2009 — publiées en version *unported* avant d'être transposées dans les diverses juridictions (les versions françaises, pourtant traduites depuis près de deux ans, ne sont pas encore officiellement publiées). Elles sont aujourd'hui détachées du droit américain pour simplifier leur portage et intègrent de nouveaux dispositifs (notamment concernant les DRM et le droit *sui generis* des bases de données).

Les licences Creative Commons sont dédiées aux œuvres utilitaires (et ne sont donc pas adaptées à une utilisation sur des logiciels¹ ou bases de données²).

Droits et obligations

Concernant les droits, toutes les licences Creative Commons ne sont pas aussi libres et elles n'ont donc en commun que de permettre la diffusion et l'utilisation non commerciale des œuvres *non modifiées*.

Ainsi, les deux premières clauses limitent les droits accordés :

- les utilisations commerciales sont autorisées dès lors que la clause NC n'est pas utilisée ;
- la modification est permise tant que la clause ND n'est pas utilisée.

Tandis que les deux autres clauses ajoutant des obligations relatives à l'utilisation de l'œuvre partagée :

- la clause By (obligatoire) ;
- la clause Share Alike (SA) introduit un mécanisme de *copyleft* au sein de la licence.

1. <http://wiki.creativecommons.org/FAQ> (Can I use a Creative Commons license for software ?).

2. <https://creativecommons.org/weblog/entry/26283>.

L'étendue

Dans leur seconde version, les licences CC distinguent les œuvres collectives (un ensemble d'œuvres) des œuvres « dites dérivées » (qui rejoint la définition française de l'œuvre dérivée). Au surplus, la licence précise que si l'œuvre est « une composition musicale ou un enregistrement sonore, la synchronisation de l'œuvre avec une image animée sera considérée comme une œuvre dite dérivée pour les propos de ce contrat. »

Dans leur troisième version, les termes utilisés sont « compilation » et « adaptation » (avec une portée similaire).

L'élément déclencheur

Les licences CC ne précisent aucune sphère privée : tout acte autorisé par la licence est conditionné au respect des obligations de celle-ci (voir l'article 4 « Restrictions : L'autorisation accordée par l'article 3 est expressément assujettie et limitée par le respect des restrictions suivantes [...] »).

La compatibilité

La *compatibilité* est l'un des points forts des licences Creative Commons : dès lors que la licence n'est pas *copyleft* (clause Share Alike), il est possible de redistribuer l'œuvre sous une licence plus contraignante que précédemment (par exemple en rajoutant un NC ou ND à une licence CC By, ou en distribuant des articles sous CC By-NC dans un ouvrage sous CC By-NC-ND — voire sous licence commerciale classique).

Au surplus, la CC By-SA insère une nouvelle compatibilité dans sa troisième version au travers la licence CC By-SA, permettant la redistribution sous d'autres licences compatibles (le dispositif tarde néanmoins à être activé¹).

1. Voir notamment recherche de compatibilité au sein de la licence Creative Commons 3.0, <http://lists.ibiblio.org/pipermail/cc-licenses/2007-February/005013.html>.

La licence Art Libre

Recommandée par la FSF, la licence Art Libre (LAL) est certainement la licence appliquée aux créations artistiques la plus proche de l'esprit originaire du Libre. Elle est porteuse d'une philosophie adaptée à l'ensemble des pratiques artistiques (y compris logicielles) et rassemble l'aspect communautaire qui fait la force de ces licences (et qui explique qu'elle soit souvent utilisée par conviction, sans forcément être lue). La licence 1.3 « est rédigée en référence au droit français et à la Convention de Berne relative au droit d'auteur » (les versions précédentes, expressément soumises au droit français restaient néanmoins valides dans tous les pays signataires de la Convention de Berne).

Les changements apportés depuis sa rédaction en 2000 sont peu importants : une meilleure prise en compte du *copyleft* afin de l'adapter effectivement aux œuvres d'art (insertion de la précision d'originels et conséquents dans l'article 3) par la version 1.2 et, en avril 2007, la version 1.3 (en cours) est venue apporter certains changements prévenant notamment les conflits entre droits de propriété intellectuelle (article 3 : « droits connexes »), et entre licences similaires.

Les *obligations* sont de plusieurs ordres. En termes de responsabilité, la LAL rappelle que « la liberté de jouir de l'œuvre tel que permis par la LAL (liberté de copier, diffuser, modifier) implique pour chacun la responsabilité de ses propres faits ». En termes de formalisme, les mentions légales classiques sont demandées (avec la précision des modifications lorsqu'il y a lieu) et un simple lien vers la licence est suffisant : placer son œuvre sous licence Art Libre requiert l'implémentation d'un court texte, et des notations (Copyright, Année Nom de l'auteur ou nom de l'auteur original). Un exemple est donné :

[Nom de(s) l'auteur(s), titre, date et le cas échéant, le nom des auteurs de l'œuvre initiale et conséquentes ainsi que leurs localisations] Copyleft : cette œuvre est libre, vous pouvez la copier, la diffuser et la modifier selon les termes de la Licence Art Libre <http://www.artlibre.org>.

L'*étendue* de la licence est relativement standard : les compilations d'œuvres sont permises sans qu'une licence soit imposée pour le tout.

L'*élément déclencheur* est la diffusion (définie comme l'interprétation, la représentation ou la distribution).

De par leur *copyleft*, les versions antérieures à la LAL v. 1.3 ne sont pas compatibles avec une autre licence *copyleft* ou qui imposerait certaines restrictions supplémentaires (comme la licence CC By par exemple). Pour résoudre cette incompatibilité de fait, la LAL v. 1.3 introduit un nouvel article (5. « Critères de compatibilité ») grâce auquel, dès lors qu'il y a modification de l'œuvre, une compatibilité avec toute licence répondant à un certain nombre d'exigences (être une licence libre, *copyleft*, et réciproquement compatible envers la LAL) est possible. Actuellement, la licence CC By-SA v 3.0 est la seule susceptible d'être déclarée comme compatible, dès lors que le mécanisme qu'elle-même contient sera opérationnel (il faut notamment que la LAL soit indiquée comme compatible sur le site de Creative Commons).

L'OpenDatabase License

La particularité des licences attachée à des bases de données réside dans l'(in)adaptation à leurs objets : les données — ou, plus précisément, un ensemble de données organisées sous forme de bases de données.

En effet, contrairement aux créations classiques (logiciels, articles, etc.), les données ne génèrent pas, en tant que telles, un quelconque droit de propriété intellectuelle au profit de celui qui les crée, les détient ou les exploite — sauf à ce qu'elles en réunissent les critères (elles sont alors des créations originales soumises au droit d'auteur — cette qualification concernant l'organisation globale de la base, mais non les extractions qui peuvent en être faites). Or, en l'absence de droit exclusif qui permettrait de conditionner chaque usage au respect du cadre contractuel défini, celui qui détient des données se trouve démuné face à toute personne qui aurait pris connaissance des données sans contracter.

C'est à cette problématique que tente de répondre l'ODbL, la licence faisant reposer son efficience sur une assiette plus large que le seul droit d'auteur, en incluant également le droit des contrats et le droit *sui generis* des bases de données (article 2.0, « Champ d'application de la présente

licence »). Ainsi, la condition essentielle de la licence, son *copyleft*, impose que toute base de données — modifiée ou non — soit distribuée sous la même licence. C'est cette prise de conscience qui a conduit le projet OpenStreetMap à mettre en place un processus de changement de licence au profit de l'ODbL.

La licence ne couvre néanmoins pas le contenu même de la base de données pris isolément. Une nouvelle licence peut alors y être associée (article 2.4, « Rapport avec le contenu de la base de données »), ni même les brevets ou marques qui pourraient y figurer (article 2.3, « Droits non compris dans la licence »).

Droits et obligations

Tout accès, toute transmission ou toute publication d'une base de données (d'origine, dérivée ou en tant que partie d'une BdD collaborative) vaut acceptation de la licence.

L'utilisateur bénéficie ainsi de certains droits tout en étant tenu par certaines obligations.

Droits

Tous les droits d'auteur et droits *sui generis* détenus sur la base de données sont cédés (non exclusivement) à l'utilisateur de la base. Il en est de même de tout autre droit inclus dans la base et dont la cession est nécessaire au respect de la licence (article 10.4).

La licence n'autorise pas les sous-licences (il n'y a pas de chaîne contractuelle : chaque titulaire cédant ses seuls droits à chaque utilisateur) et est bien sûr non exclusive (article 3.3).

Obligations

Tout manquement aux obligations de la licence entraîne la résiliation de la licence (article 9.0, « Cessation de vos droits au titre de la présente licence ») — même si un processus de rétablissement des droits est prévu pour réintroduire les utilisateurs « repentants » dans leurs droits (les personnes dont les droits font l'objet d'une cessation permanente ne pouvant bénéficier d'une nouvelle licence).

Copyleft (partage à l'identique des conditions initiales)

La base de données d'origine et les bases de données dérivées doivent être licenciées sous la même licence ou sous l'une des licences compatibles (article 4.4, « Partage à l'identique des conditions initiales »).

Formalisme

La licence impose un certain formalisme relatif à l'utilisation des bases (ou des créations générées) et à leur transfert.

Ainsi, en cas d'utilisation publique d'une base de données (originale, dérivée ou collaborative) ou d'une création issue d'une telle base,

- il faut mentionner la licence et les bases de données sous ODbL utilisées ;
- en présence d'une BdD dérivée, il faut rendre disponible une copie numérique de la totalité de celle-ci ou un fichier contenant toutes les modifications apportées.

Lors de la transmission de la BdD, il faut veiller à conserver les mentions légales intactes et inclure une copie de l'ODbL ou de son URI (dans la BdD, originale ou dérivée, ou toute autre documentation pertinente). Le coût de cette transmission doit être raisonnable, voire gratuit en cas de distribution en ligne.

Divers

La licence contient par ailleurs une interdiction de l'usage de mesures techniques de protection (MTP), sauf à rendre parallèlement disponible ladite base sans MTP, ainsi qu'une exclusion de garantie et une limitation de responsabilité totale (la portée de ces dernières étant limitée en France).

Étendue

Au-delà de la base de données d'origine, la licence doit être étendue à toute base de données dite *dérivée* (base de données *reposant sur* la base originaire) et exploitée publiquement.

La licence permet néanmoins toute utilisation conjointe de plusieurs bases de données indépendantes. Il s'agit alors de bases de données collaboratives et seules la base de données d'origine ou ses dérivées doivent être diffusées sous ODbL.

Éléments déclencheurs

La licence n'impose aucune contrainte quant au transfert, à l'utilisation privée de la base de données ou à la conception de créations grâce à ladite base de données.

La licence prend ses pleins effets dès lors qu'il y a :

- transfert public de la base de données (la communication d'une copie, de la base à un tiers) ;
- l'utilisation publique (mise au contact de tiers) d'une base de données dérivée ou d'une création issue de cette base (originale, dérivée ou partie d'une base de données collaborative).

Compatibilité

Un mécanisme de compatibilité expresse est prévu au sein de la licence, laissant à la charge du concédant le soin de préciser quelles sont les licences compatibles ou de désigner un mandataire qui le fera pour son compte (article 4.4e).

PHP License v. 3.01

La licence PHP est une licence *open source* aujourd'hui utilisée en version 3.01¹. C'est une licence permissive, qui contient néanmoins quelques *obligations* en matière d'attribution :

- pour tout type de distribution, l'indication de l'utilisation du logiciel par la mention « This product includes PHP software, freely available from <http://www.php.net/software/> » ;

1. http://www.php.net/license/3_01.txt.

- l'interdiction d'utiliser le mot PHP comme titre de toute création dérivée : « Products derived from this software may not be called 'PHP', nor may 'PHP' appear in their name, without prior written permission from group@php.net. You may indicate that your software works in conjunction with PHP by saying 'Foo for PHP' instead of calling it 'PHP Foo' or 'phpfoo'. »

OSL (Open Software License)

L'Open Software License¹ (OSL) est une licence issue des travaux du juriste américain Lawrence E. Rosen. La version 1.1 date de 2002 et fut certifiée *open source* par l'*Open Source Initiative* (OSI), mais fut déclarée incompatible avec la DFSG par la communauté Debian. La version 2.0 date de 2003, et la dernière version — la troisième — de 2005 (elle prend notamment en compte les remarques de la Commission européenne).

Cette licence permet expressément les sous-licenciements, mais ceux-ci doivent impérativement se faire sous la même licence.

En termes d'*obligations*, la licence est gratuite (mais la communication de l'œuvre peut être payante), non exclusive et perpétuelle et porte sur les droits d'auteur comme sur ceux des brevets contenus dans le code soumis à la licence (la licence cherche à créer ici un pot commun de brevets, équivalent à celui issu de l'usage des licences *copyleft*). Quiconque poursuit l'auteur original ou ses utilisateurs pour violation de brevet contenu dans le logiciel soumis à cette licence voit toutes les licences qui lui étaient accordées se terminer immédiatement. Enfin, la licence incorpore une limitation — et non pas une exclusion — de garantie (de la provenance des sources) et de responsabilité à l'égard du concédant, solution bien plus pragmatique puisqu'il s'agit de ce qui est, dans les faits, le minimum légal. Toutes les actions ou poursuites doivent se faire devant un tribunal de la juridiction du lieu où le concédant exerce son activité principale. Par ailleurs, tous les frais d'avocats seront à la charge de la partie qui poursuit. Enfin, la licence OSL est de type *copyleft*.

L'*étendue* de la licence n'est pas contractuellement définie et renvoie expressément à la définition de l'œuvre dérivée dans la loi américaine

1. <http://www.opensource.org/licenses/OSL-3.0>.

sur le copyright. À noter que le code source, tel que défini par l'OSL, étend la licence à la « documentation décrivant comment modifier l'œuvre originale ».

L'*élément déclencheur* s'appuie sur la notion de déploiement externe¹ (*external deployment*) qui englobe l'utilisation et les liaisons par réseau de logiciels. Celles-ci sont considérées comme une distribution et soumises en tant que telles à la licence.

1. Article 5, « Déploiement externe » : utilisation, distribution, communication de l'œuvre originale ou des œuvres dérivées afin qu'elles soient utilisées par toute autre personne que vous, même si ces œuvres sont distribuées ou communiquées à ces personnes ou rendues disponibles sous forme d'applications conçues pour une utilisation réseau.

Annexes

ANNEXE A

Tableaux de compatibilité

(Voir les deux pages suivantes)

Compatibilité entre licences (documentation)

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

Licences A : d'origine		Licences B : utilisées pour la distribution														
		Propriétaire				Copyleft										Permissif
		GNU FDL	GNU GPL	CC BY-SA	CC BY-NC-SA	LAL	DSL	OPL	OdBL	OSL	BSD	CC-O	CC BY	CC BY-NC	CC BY-ND	
Propriétaire	Propriétaire	O*														
	GNU FDL		O	O*												
	GNU GPL			O												
	CC By-SA				O											
	CC By-NC-SA					O	O?									
	LAL					O?										
Copyleft permissif	DSL															
	OPL															
	OdBL							O								
	OSL															
	OSL															
Permissif	BSD															
	CC-O	O*	O	O	O	O	O	O	O	O	O	O	O	O	O	O
	CC By	O*	O?	O	O	O?	O?	O?	O?	O?	O?	O?	O	O	O	O
	CC By-NC	O*												O		
	CC By-ND	O*														O

O? Une incertitude existe

O* Oui, la distribution est possible sous la licence B,

mais il est nécessaire d'ajouter ne clause pour adapter la licence

O Oui, la distribution est possible sous la licence B

Non

FIGURE 1.2 - Table de compatibilité entre licences (documentation)

ANNEXE B

Glossaire

Ce glossaire est basé sur le glossaire trilingue réalisée par Fanny Mourguet et Griselda Jung de la société ATIT pour l'association Veni, Vidi, Libri (sous double licence GNU GFDL 1.2 et LAL 1.3)

Agrégat logiciel : ensemble de contenus logiciels, ayant chacun une spécificité qui se complètent entre eux et qui ne peuvent fonctionner que réunis.

Auteur : personne, entreprise ou collectif créateur d'une application originale ou dérivée, qui va décider du type de licence à laquelle soumettre son œuvre.

Bibliothèque (a) : ensemble de fonctions regroupées pour réaliser un groupe de tâches du même domaine. (source : Wikipedia)

Bibliothèque (b) : en informatique, une bibliothèque ou librairie logicielle (ou encore, bibliothèque de programmes) est un ensemble de fonctions utilitaires, regroupées et mises à disposition afin de pouvoir être utilisées sans avoir à les réécrire. Les fonctions

sont regroupées par leur appartenance à un même domaine conceptuel (mathématique, graphique, tris, etc). Elles se distinguent d'un programme en ce qu'elles ne peuvent s'exécuter directement, et sont généralement utilisées simultanément par de nombreux programmes. (source : Wikipedia)

Bien commun : intérêt général, ou ce qui n'appartient à personne mais qui est partagé par tous.

Certification : dans l'aéronautique, la certification définit les conditions de sécurité applicables aux logiciels critiques de l'avionique dans l'aviation commerciale et l'aviation générale. Elles précisent notamment les contraintes de développement liées à l'obtention de la certification d'un logiciel d'avionique. (source : Wikipedia)

Code source : ensemble d'instructions écrites dans un langage de programmation informatique de haut niveau, c'est-à-dire humainement compréhensible, permettant d'obtenir un programme pour un ordinateur. (source : Wikipedia)

Code objet : suite d'instructions en langage binaire, uniquement compréhensible par l'ordinateur qui va l'utiliser pour exécuter le programme. Résultat de la compilation du code source.

Compilation : transformation, à l'aide d'un compilateur, d'un code source en un langage binaire exécutable par une machine.

Contributeur : un des acteurs de la communauté du Libre, qui participe à l'élaboration d'une création en y apportant sa contribution.

Contribution : toute participation (modification, ajout, correction...) apportée par un contributeur à l'élaboration d'une création.

Coopétition : technique de gestion alliant la stratégie de la collaboration à celle de la concurrence, par laquelle deux entreprises concurrentes peuvent développer un partenariat.

Copie verbatim : reproduction intégrale sans changement d'aucune sorte.

Culture libre : courant de pensée défendant la libre diffusion et l'appropriation collective des œuvres de l'esprit par opposition aux limites contractuellement « imposées » par le copyright et les brevets. Elle est issue du logiciel libre.

Déploiement externe (a) : utilisation, distribution ou communication d'une œuvre originale ou dérivée à d'autres utilisateurs, que cette œuvre soit communiquée, distribuée ou mise à la disposition de ces utilisateurs en tant que programme destiné à l'utilisation par un réseau.

Déploiement externe (b) : utilisation d'un logiciel pour fournir un service à des utilisateurs via le réseau.

Développeur : personne, entreprise ou collectif qui réalise une application en utilisant un langage de programmation. (source : Wikipedia)

Distribution (a) : ensemble de logiciels formant un tout cohérent et prêts à installer, incluant des jeux de paquetages, le noyau du système d'exploitation [...], un système d'installation et des utilitaires de configuration. (source : Wikipedia)

Distribution (b) : diffusion ou communication à un tiers d'une copie de la création.

Documentation : ensemble de documents élaborés par l'éditeur de logiciel et le fournisseur de système et comprend notamment le guide utilisateur et la documentation technique.

Droit d'auteur : prérogative attribuée à l'auteur d'une œuvre de l'esprit [comportant] un droit pécuniaire (droit de tirer profit de l'œuvre) et un droit moral. (source : GUILLIEN (R.) et VINCENT (J.), *Lexique des termes juridiques*, Paris, Dalloz, 2005)

Droits moraux : droits qui protègent la personnalité de l'auteur par rapport à son œuvre. (source : Wikipedia)

Droits patrimoniaux : attributs du droit d'auteur qui permettent à l'auteur d'autoriser ou d'interdire l'exploitation de son œuvre, généralement contre rémunération. Ces droits peuvent être cédés à des tiers, que ce soit à titre onéreux ou à titre gratuit. (source : <http://bibliodoc.francophonie.org>)

Élément déclencheur : action par laquelle le logiciel sort de la « sphère privée » de son utilisateur.

Environnement : état du système défini par des ressources allouées à un programme et un ensemble de valeurs associées à des variables d'environnement auxquelles ce programme a accès. (source : Wikipedia)

- Espace d'adressage** : plage des adresses auxquelles un processeur ou une tâche peut accéder, ou auxquelles un dispositif matériel peut être atteint. Le terme peut aussi bien faire référence à une adresse physique qu'à une adresse virtuelle. La taille de l'espace d'adressage d'un processeur dépend de la largeur de son bus d'adresse et de ses registres.
- Fichier source** : fichier texte contenant les lignes de code d'un logiciel, écrites par un (ou des) programmeur(s), dans un langage de programmation donné.
- FLOSS** : (Free/Libre Open Source Software), expression désignant les logiciels reconnus comme libres selon les critères de la Free Software Foundation (FSF) et ceux de l'Open Source Initiative (OSI).
- Fork** : projet informatique possédant une racine commune avec un autre projet et engendrant souvent la mort de ce dernier. (source : *Linux Pratique hors série*, décembre 2006 — janvier 2007)
- Format ouvert** : tout protocole de communication, d'interconnexion ou d'échange et tout format de données interopérable et dont les spécifications techniques sont publiques et sans restriction d'accès ni de mise en œuvre. (source : Loi n°2004-575 du 21 juin 2004, *Pour la confiance dans l'économie numérique*)
- Gouvernance** : ensemble de méthodologies, méthodes et outils utilisés pour contrôler un processus.
- Graticiel** : logiciel mis gratuitement à disposition par son créateur, mais soumis à certaines contraintes quant à sa diffusion. Il peut s'agir d'un logiciel complet ou d'un logiciel commercial diffusé de manière bridée en termes de fonctionnalités.
- Interopérabilité** : l'interopérabilité est la capacité que possède un produit ou un système, dont les interfaces sont intégralement connues, à fonctionner avec d'autres produits ou systèmes existants ou futurs et ce sans restriction d'accès ou de mise en œuvre (source : Groupe de travail Interop. de l'AFUL). Il convient de distinguer *interopérabilité* et *compatibilité*. On peut dire qu'il y a compatibilité quand deux produits ou systèmes peuvent fonctionner ensemble, et interopérabilité quand on sait pourquoi et comment ils peuvent fonctionner ensemble. Il n'existe donc d'interopérabilité d'un produit

ou d'un système que si on en connaît intégralement toutes ses interfaces. La notion de compatibilité est donc verticale et généralement employée au bénéfice d'un produit unique (par exemple : « compatible Windows XP »).

Licence : contrat définissant les droits d'utilisation ou d'exploitation accordés à un tiers (le licencié) par les ayants droit d'un logiciel. Ce contrat peut définir notamment les conditions de fourniture (ex. : avec ou sans le code source), d'installation (ex. : nombre d'exemplaires), d'utilisation (ex. utilisation commerciale), de reproduction et de représentation (ex. exécution, adaptation, rediffusion), et les conditions de garantie. — Accord légal par lequel est accordé à quelqu'un l'autorisation d'utiliser une œuvre à certaines fins ou à certaines conditions. Une licence ne constitue pas un transfert de propriété du droit d'auteur. (source : <http://strategis.ic.gc.ca>)

Licence absorbante : licence dont l'ensemble des droits est inclus dans l'ensemble des droits conférés par une licence compatible et dont l'ensemble des obligations inclut l'ensemble des obligations imposées par cette licence compatible.

Licence académique : licence permissive reprenant l'idée de partage des connaissances par les universités. Le logiciel soumis à ce type de licence peut être réutilisé sans restriction dans son ensemble ou en partie dans une nouvelle œuvre sous licence libre ou sous licence propriétaire.

Licence communautaire : type de licence permissive, comportant des obligations pour le licencié, et propre à un projet, donc très spécifique.

Licence compatible : licence comportant des droits et obligations compatibles avec les droits et obligations d'une licence absorbante à laquelle une même œuvre serait soumise.

Licence *copyleft* : licence d'exploitation permettant la libre utilisation, modification et distribution de l'œuvre qui y est soumise. Ce type de licence oblige le licencié à redistribuer l'œuvre sous le même type de licence, qu'il l'ait modifiée ou non.

Licence de culture libre licence qui s'applique à transposer à d'autres formes d'œuvres le mécanisme des licences libres.

- Licence institutionnelle** licence permettant l'utilisation d'un même logiciel en réseau, sur un nombre illimité d'ordinateurs, à condition qu'ils appartiennent tous à la même entité.
- Licence libre** : licence s'appliquant à une œuvre de nature quelconque pour en faire un contenu libre offrant à l'utilisateur certains droits quant à l'utilisation, à la modification, à la rediffusion et à la réutilisation de l'œuvre dans des œuvres dérivées. (source : Wikipedia)
- Licence open source** : licence respectant les critères établis par l'Open Source Initiative, qui sont : la libre redistribution, la mise à disposition du code source, la possibilité d'effectuer des travaux dérivés et des modifications, l'intégrité du code source de l'auteur, l'absence de discrimination à l'encontre des personnes ou des groupes, l'absence de discrimination par rapport aux domaines d'application, la distribution de la licence, la non-spécificité à un produit et la non-contamination d'autres logiciels. (source : LinuxFr)
- Licence permissive** : type de licence conférant un maximum de droits au licencié tout en ne lui imposant que peu d'obligations (limitées au code source original).
- Lien dynamique** : fonction permettant de charger la bibliothèque utile à un programme, stockée dans un fichier séparé, uniquement lorsque celui-ci en a besoin.
- Lien statique** : fonction permettant au logiciel de faire appel au contenu de la bibliothèque, qui fait partie intégrante de ce dernier.
- Logiciel** : ensemble des programmes et des procédures nécessaires au fonctionnement d'un système informatique (source *Le Petit Robert*, 2000). — Création ou œuvre de l'esprit pouvant être soumise par son auteur à une licence de droit d'auteur, de copyright ou à une licence libre.
- Logiciel embarqué** (ou firmware, ou micrologiciel, ou logiciel interne) : ensemble d'instructions et de structures de données qui sont intégrées dans du matériel informatique (disque dur, routeur, caméra, lecteur DVD, etc.). (source : Wikipedia)
- Logiciel libre** : logiciel qui donne à toute personne, qui en possède une copie, le droit de l'utiliser, de l'étudier, de le modifier et de le redistribuer. (source : Wikipedia)

- Module** : un module en programmation désigne un espace de noms. Chaque module peut exporter ou importer certains symboles comme des variables, des fonctions ou des classes. Les modules peuvent se regrouper en package éventuellement hiérarchique. (source : Wikipedia)
- Multilicencement** : technique qui consiste, pour [un] titulaire de droits, à consentir plusieurs licences non exclusives sur une même œuvre.
- Œuvre collective** : œuvre qui réunit une pluralité d'apports tout en étant *in fine* la propriété d'un seul. Cette qualification se retrouve lorsqu'une œuvre est créée à l'initiative et sous sa direction d'une personne, physique ou morale, et que la fusion des contributions entraîne l'impossibilité d'attribuer à chaque auteur des droits distincts sur l'ensemble. (Source : Art. L113-2 CPI)
- Œuvres de collaborations** : une œuvre de collaboration est une œuvre de l'esprit à la création de laquelle ont contribué plusieurs auteurs. (source : Art. L113-2 CPI)
- Œuvre dérivée** : œuvre créée à partir d'une œuvre déjà existante. — Œuvre nouvelle à laquelle est incorporée une œuvre préexistante sans la collaboration de l'auteur de cette dernière. — Une œuvre composite est la propriété de l'auteur qui l'a réalisée, sous réserve des droits de l'auteur de l'œuvre préexistante.
- Partagiciel** : logiciel téléchargeable gratuitement, généralement avec une limitation du nombre d'utilisations, du temps d'utilisation ou encore du nombre de fonctionnalités disponibles, et dont l'utilisation normale peut être prolongée moyennant le paiement d'une licence.
- Plug-in** (ou greffon, ou add-on) : en informatique, un plug-in est un programme qui interagit avec un logiciel principal (...) pour lui apporter de nouvelles fonctionnalités. (source : Wikipedia)
- Programme** : séquence d'instructions codée sous forme binaire, décrivant une tâche à accomplir par un ordinateur.
- Propriété intellectuelle** : ensemble composé, d'une part, des droits de propriété industrielle et, d'autre part, du droit d'auteur. (source : GUILLIEN (R.) et VINCENT (J.), *Lexique des termes juridiques*, Paris, Dalloz, 2005)

- Processus** : la notion de *process*, ou de processus, intervient lors de l'exécution du logiciel dans l'environnement système et définit un programme en cours d'exécution ou d'opération. Un rassemblement de processus permet de reconstituer les logiciels lors de leur exécution. — Un processus est une unité d'exécution, c'est à dire de partage du temps processeur et de la mémoire. On retrouve parfois la traduction de *process* par la notion de tâche.
- Réseau** : moyen technique permettant la diffusion d'un logiciel afin de le rendre accessible aux contributeurs et/ou utilisateurs.
- Sous licenciement** : action autorisée par certaines licences qui consiste à accorder au licencié, en plus des droits qui lui ont été cédés, le droit de céder ces mêmes droits au profit des licenciés ultérieurs.
- Sphère privée** : concerne toutes les utilisations permises car exclues, par la loi ou par contrat, du monopole légal de l'auteur (ou tout autre titulaire de droit).
- Système collaboratif** : mode de participation basé sur le partage des connaissances, grâce auquel de multiples acteurs interagissent, dans un but commun.
- Système d'exploitation** : ensemble de programmes responsables de la liaison entre les ressources matérielles d'un ordinateur et les applications de l'utilisateur.
- Utilisateur** : toute personne (physique ou morale) utilisant un produit logiciel sans y apporter de modification.
- Wiki** : site web dynamique dont tout visiteur peut modifier les pages à volonté et qui permet non seulement de communiquer et diffuser des informations rapidement (ce que faisait déjà Usenet), mais aussi de structurer cette information pour permettre d'y naviguer commodément. Il réalise donc une synthèse des forums Usenet, des FAQ et du Web en une seule application intégrée (et hypertexte). (source : Wikipedia)

Bibliographie

- AIGRAIN, Philippe, *Cause commune : l'information entre bien commun et propriété*, Paris : Fayard, 2005.
- *Internet et Création. Comment reconnaître les échanges hors-marché sur internet en finançant et rémunérant la création ?*, Paris : In Libro Veritas, 2008, URL : http://paigrain.debatpublic.net/?page_id=171.
- ANDERSON, C., *Free : The Future of a Radical Price*, New York : Hyperion, 2009.
- « Free ! Why \$ 0.00 Is The Future of Business », dans : *Wired Magazine* (2008).
- *The Long Tail. Why the Future of Business is Selling Less of More*, New York : Hyperion, 2008.
- APRIL, *Livre Blanc. Les modèles économiques du logiciel libre*, rap. tech., 2007, URL : <http://www.april.org>.
- ARTISTIQUE, Conseil Supérieur de la Propriété Intellectuelle et, *La mise à disposition ouverte des œuvres de l'esprit*, Paris : CSPLA, 2007.
- BESSEN, J., *A generation of software patents (Working Paper No.11-31)*, Boston : Boston University School of Law, 2011.

- BONA, C. di, *Tribune libre. Les ténors de l'informatique libre*, Paris : In Libro Veritas, 2006, URL : <http://www.ilv-bibliotheca.net>.
- BRADLEY, M. K., A. WILLIAMSON et K. M. SANDLER, *A Practical Guide to GPL Compliance*, New York : Software Freedom Law Center, 2008, URL : <http://www.softwarefreedom.org>.
- BRUGUIÈRE, J. et M. VIVANT, *Droit d'auteur*, Paris : Dalloz, 2009.
- CHOISY, S., *Le domaine public en droit d'auteur*, Paris : Litec, 2002.
- CLÉMENT-FONTAINE, M., « Les œuvres libres », thèse de doct., Montpellier : Université de Montpellier, 2006.
- COOL, Y. et al., *Les logiciels libres face au droit*, Paris : Bruylant, 2005.
- FOGEL, K., *Produire du logiciel libre*, Paris : Framasoft / Framabook, 2010.
- GHOSH, R.A., éd., *CODE. Collaborative Ownership and the Digital Economy*, Boston : MIT Press, 2005.
- JULLIEN, N., « Impact du logiciel libre sur l'industrie informatique », thèse de doct., Brest : Université de Bretagne Occidentale, 2001.
- KELLY, K., *New Rules for the New Economy. 10 Radical Strategies for a Connected World*, New York : Penguin Group, 1999, URL : <http://www.kk.org/newrules>.
- LATRIVE, F., *Du bon usage de la piraterie : culture libre, sciences ouvertes*, Paris : Exils, 2004.
- LEMLEY, M. A., « The Myth of the Sole Inventor », dans : *Stanford Public Law Working Paper*, 2011, URL : <http://ssrn.com/abstract=1856610>.
- LESSIG, L., *L'avenir des idées : Le sort des biens communs à l'heure des réseaux numériques*, Paris : Presses Universitaires de Lyon, 2005.
- LINDBERG, V., *Intellectual Property and Open Source – A Practical Guide to Protecting Code*, Cambridge : O'Reilly Media, 2008.
- LÉVY, M. et J. JOUYET, *L'économie de l'immatériel, la croissance de demain*, Paris : La Documentation Française, 2006, URL : <http://www.ladocumentationfrancaise.fr>.
- MACREZ, F., « Créations informatiques : bouleversement des droits de propriété intellectuelle ? Essai sur la cohérence des droits », thèse de doct., Montpellier : Université de Montpellier, 2007.

- MOREAU, A., « Le copyleft appliqué à la création hors logiciel. Une reformulation des données culturelles », thèse de doct., Nice : Université Sophia-Antipolis, 2011.
- MURRAY, G.F., « Categorization of Open Source Licenses : More than Just Semantics », dans : *The Computer and Internet Lawyer* **26** (2009), page(s): 1–12.
- ROSEN, W., *The Most Powerful Idea in the World : A Story of Steam, Industry, and Invention*, New York : Random House, 2010.
- SCHEPENS, P., *Guide sur la gestion collective des droits d'auteur*, Unesco, 2000, URL : <http://unesdoc.unesco.org>.
- SMIERS, J. et M. van SCHIJNDEL, *Un monde sans copyright... et sans monopole*, Paris : Framasoft / Framabook, 2011, URL : <http://framabook.org>.
- STALLMAN, R. M., C. MASUTTI et S. WILLIAMS, *Richard Stallman et la révolution du logiciel libre. Une biographie autorisée*, Eyrolles / Framasoft, 2010, URL : <http://framabook.org>.
- STOVELAND, J. F., « Managing Firm-Sponsored Open Source Communities. A Case Study on Novell and The openSUSE Project », thèse de doct., Oslo : Université d'Oslo, 2008.
- STROHMEYER, R., « 11 Milestones in Linux History », dans : *InformationWeek* (2011), URL : <http://www.informationweek.com>.
- THOUMSIN, P., « Creative Commons. Le meilleur des deux mondes ? », dans : *droit-technologie.org* (2008), URL : <http://www.droit-technologie.org/dossier-183/>.
- VIVANT, M., éd., *Les créations immatérielles et le droit*, Paris : Ellipses, 1997.
- éd., *Propriété intellectuelle et mondialisation. La propriété intellectuelle est-elle une marchandise ?*, Paris : Dalloz, 2004.
- VIVANT, M. et J. BRUGUIÈRE, *Protéger les inventions de demain. Biotechnologies, logiciels et méthodes d'affaires*, Paris : La Documentation Française, 2003.

Table des matières

Remerciements	iii
Préface	v
Quelques acronymes et abréviations utilisés	ix
Introduction générale	xiii
I Le cadre légal associé aux créations de l'esprit	1
1 Le bénéfice d'une propriété littéraire et artistique	9
1.1 L'œuvre relevant du droit d'auteur	10
1.1.1 La qualification d'œuvre	11
1.1.2 L'équilibre du droit d'auteur	14
1.2 Les créations auxiliaires soumises aux droits voisins	32
1.2.1 Les différentes qualifications des droits voisins	33
1.2.2 L'équilibre commun aux droits voisins	34
1.3 Les mesures techniques de protection et d'information	37
1.3.1 Qualification des mesures techniques de protection et d'information	37
1.3.2 L'équilibre au regard de la protection des mesures techniques.	39
1.4 Les bases de données donnant accès à un droit <i>sui generis</i>	41
1.4.1 La qualification de base de données	42
1.4.2 L'équilibre du droit <i>sui generis</i> des bases de données	42

2	L'acquisition de titres de propriété industrielle	45
2.1	Les brevets et certificats d'utilité délivrés sur des inventions	47
2.1.1	La délivrance de brevets sur des inventions	49
2.1.2	La délivrance de certificats d'utilité sur des inventions	58
2.2	Le dépôt de topographies de produits semi-conducteurs	59
2.2.1	La qualification de topographies de produits semi-conducteurs	60
2.2.2	L'équilibre du droit des topographies de produits semi-conducteurs	60
2.3	La délivrance de certificats d'obtentions végétales	61
2.3.1	La qualification d'obtentions végétales	61
2.3.2	L'équilibre du certificat d'obtention végétale	63
2.4	Le dépôt de signes distinctifs	64
2.4.1	La marque, protection individuelle de prédilection	65
2.4.2	Les protections collectives d'un signe distinctif, les marques.	71
2.5	Le dépôt de dessins et modèles	73
2.5.1	La qualification de dessin ou modèle	73
2.5.2	L'équilibre du droit des dessins et modèles	74
II	Le système construit par les licences libres	75
1	La maturation d'un nouvel équilibre grâce aux licences libres	79
1.1	L'affirmation de nouveaux usages	79
1.1.1	La remise en question de la propriété intellectuelle classique	80
1.1.2	La structuration d'un équilibre différent sur la base du système existant	104
1.2	Les différentes écoles de pensée	114
1.2.1	La Free Software Foundation et l'école du logiciel libre	114
1.2.2	L'Open Source Initiative et l'école de l' <i>open source</i>	119
1.2.3	L'art libre ou le Libre sur les œuvres non logicielles	123
1.2.4	Le mouvement Creative Commons	131
1.2.5	L'extension du libre au-delà de la création	138
1.3	L'impulsion favorable des puissances politiques publiques	161
1.3.1	L'impulsion des puissances publiques en faveur du logiciel libre	162
1.3.2	Les standards ouverts	171
1.3.3	L'impulsion publique en faveur de l' <i>open data</i>	172
2	Les bons repères pour s'orienter parmi les licences libres	185
2.1	Qualifier juridiquement les licences libres	186
2.1.1	Un engagement juridique	187
2.1.2	Une cession non exclusive de droits	198
2.1.3	Quelques jugements	198
2.2	Caractériser par une classification des licences libres	201
2.2.1	Classification classique : licence copyleft <i>versus</i> permissive	201
2.2.2	Classification historique	203

2.2.3	Classification par domaine	204
2.2.4	Classification par libertés	206
2.3	Déchiffrer : une grille de lecture de licences libres	207
2.3.1	Les droits et obligations des licences libres	208
2.3.2	L'étendue des licences libres	216
2.3.3	L'élément déclencheur des licences libres	226
2.3.4	La compatibilité au sein des licences libres	230
3	Les bons réflexes	237
3.1	Les réflexes préalables à la diffusion	238
3.1.1	Apprécier le cadre juridique induit par les licences libres	239
3.1.2	Respecter le formalisme lié à l'utilisation des licences libres	250
3.2	Diffuser sous licences libres	257
3.2.1	Se positionner dans l'écosystème du logiciel libre	257
3.2.2	Organiser la diffusion (accompagner l'ouverture du code)	274
III	Quelques études de licences libres	283
	Annexes	315
A	Tableaux de compatibilité	315
B	Glossaire	319
	Bibliographie	327