

Aspects juridiques des logiciels libres

Michel Jaccard
BCCC Avocats
Genève | Lausanne

Dix questions... et quelques réponses

- Interactions entre logiciels libres et le droit

- Les stratégies de réduction des risques juridiques pour...
 - Le développeur
 - Le projet
 - Le distributeur
 - L'utilisateur

- L'analyse détaillée de clauses de licences FOSS et des exemples de meilleures pratiques

Q.1 Quels rapports entre les logiciels libres et le droit ?

- Un logiciel est une œuvre protégée par le droit d'auteur (copyright) (et parfois par le droit des brevets)
- Créer, distribuer, modifier, utiliser un logiciel libre ne signifie pas:
 - Qu'il est **libre de droits** ou que l'on peut tout faire; ou
 - Que son déploiement (par opposition à la simple utilisation) est nécessairement **gratuite** (*vu l'existence de coûts induits par l'installation etc... et la possibilité de faire payer la distribution du logiciel ou l'octroi de garanties*)
- Un logiciel libre n'est pas tombé dans le domaine public; le titulaire des droits de propriété intellectuelle peut décider de restrictions / limitations / conditions à son utilisation (y compris modification, redistribution, etc...)
- Les conditions posées par le titulaire des droits figurent en général dans des **licences**, soit des contrats passés avec les utilisateurs. Leur étude détaillée est essentielle dans le domaine de l'OSS (quelles libertés ?), tout comme pour les logiciels propriétaires (quelles restrictions ?).

Q.2 Quels sont les principaux risques juridiques qui se présentent dans le cadre d'un projet libre ?

- Augmentation sensible des risques « juridiques » depuis quelques années:
 - Sophistication accrue des acteurs, du marché et de leurs conseils
 - Offre commerciale plus importante; intérêt (demande ?) grandissant
 - Validité des licences OSS reconnue par les tribunaux, en Europe et aux Etats-Unis
 - Lobbying actif de groupes de pression (FSF, FSFE, ch/open/) sur les distributeurs (*cease & desist letters*) et les collectivités publiques
 - Plus grande discipline / gouvernance des projets libres (cession des droits)

Q.2 Quels sont les principaux risques juridiques qui se présentent dans le cadre d'un projet libre ?

- Violation d'une licence – pas indemnisation, mais perte des droits d'utilisation
- Dans le cas de licences « copyleft », perte totale de l'investissement en cas de redistribution
- En cas de gestion de projet déficiente (notamment incertitudes sur le cercle des contributeurs, l'étendue des contributions et absence de cession des droits),
 - perte de la possibilité de faire reconnaître ses droits devant les tribunaux;
 - impossibilité de lancer un produit en « dual licensing » (qui présuppose la pleine titularité des droits);
 - plus grande difficulté à obtenir des mandats de gros comptes, qui vont exiger des garanties contractuelles sur la « pureté » des droits de propriété intellectuelle qui ne pourront être données facilement.
- Réduction (drastique) de la valorisation des intangibles dans le cadre d'un investissement / d'une vente

Q.3 Quel est l'état des lieux / les stratégies en place du côté des utilisateurs face aux logiciels libres (du point de vue de la réduction des risques juridiques) ?

- Politique « no FOSS ». De plus en plus rare.
- Client difficile à convaincre (« FUD »); le fournisseur de services informatiques se replie en général sur des solutions propriétaires.
- Politique sélective – FOSS acceptable uniquement à des conditions strictes et cumulatives (absence d'alternatives sur le marché, garanties contractuelles fortes, applications non critiques uniquement). Assez fréquent.
- Problème: beaucoup de négociations sur les garanties annexes (qui peuvent être « facturées ») – donc politique peu adaptée pour les projets libres de peu d'envergure ou avec une base de contributeurs très dispersée.

Q.3 Quel est l'état des lieux / les stratégies en place du côté des utilisateurs face aux logiciels libres (du point de vue de la réduction des risques juridiques) ?

- Politique non discriminatoire. « Doctrine officielle », notamment des collectivités publiques.
 - Processus de sélection très proche de celui des Logiciels Propriétaires: rédaction d'un cahier des charges / choix du meilleur produit.
 - Négociations:
 - Choix et non contenu de la licence
 - Garanties contractuelles – indemnisation
 - Services d'intégration, de formation et maintenance / pérennité du projet
 - Discussions avec le distributeur / fournisseur de services plutôt qu'avec l'éditeur de logiciel
 - Difficultés:
 - Absence de gestion professionnelle du projet
 - Choix d'intégrateurs / distributeurs plus restreint
 - Absence de sophistication du client (gouvernance interne)

Q.4 Les acteurs juridiques d'un projet libre et les risques associés

- Les auteurs / développeurs individuels
 - Propriété des droits. Employés.
- Le « projet » / la « communauté »
 - Propriété des droits. Cession.
 - Absence de gouvernance. Interlocuteur pour négociations ?
- Le distributeur
 - Garanties ?
- L'intégrateur
 - Pas de risque spécial – sauf si intégration implique du développement sur le logiciel libre...

Q.4 Les acteurs juridiques d'un projet libre et les risques associés

■ L'utilisateur

- « Simple » utilisation interne n'est jamais un risque
- Perspectives d'utilisations futures, y compris de redistribution, doivent être discutées dès le départ
- Respect des licences applicables !
- Mise en place de critères précis et clairs de choix des produits et d'inventaire des licences (*inbound licensing*).

Q.5 Le développeur: quelle licence ?

- Pas de licence qui s'impose (de par la loi), choix de licences existantes (ou nouvelle licence libre « propriétaire »)
- Principaux types de licences (et pros / cons):
 - Licences académiques
 - Licences permissives (BSD, Apache)
 - Licences « copyleft » (GPL, LGPL)
- Questions particulières:
 - Cession des droits ?
 - Utilisation future ?

Q.6 Le « projet »: quelle gouvernance ?

- Le projet: une société simple ?
 - Mode de fonctionnement par défaut: unanimité
 - Propriété en mains communes sur les actifs
- Des meilleures pratiques à la gouvernance concrète
 - Cession des droits
 - Comités décisionnels (choix des releases et de leur contenu)
 - Financement du projet
 - Gestion des volontaires
 - « *Benevolent dictators* »...

Q.7 Le « projet »: le « dual licensing »

- Analyse juridique
 - Conditions préalables
- Véritables motivations – inciter le recours à la version « payante » tout en réduisant les coûts de développement, sans se mettre à dos la communauté libre...
- Un cas réel
 - Faillite / Fork
 - Propriété, propriété, propriété...
- Pas uniquement une question de propriété intellectuelle, mais aussi de comportement déloyal sur le marché...

Q.8 Le distributeur: quel modèle d'affaires ?

- Comment gagner de l'argent avec les logiciels libres ?
 - Offrir des services plutôt qu'un droit d'utilisation
 - Faire payer l'octroi de garanties et d'assurances contractuelles
 - Dual licensing
- Importantes négociations commerciales avec les clients
- Services associés:
 - Vérification / inventaire du code
 - Ingénierie

Q.9 L'utilisateur: que puis-je faire ?

- La perte des garanties contractuelles offertes par les éditeurs de logiciels « propriétaires »: un problème ?
 - *Disclaimers*
 - L'obtention de garanties du distributeur
 - La couverture des risques par une assurance
- Le problème de la distribution au sein d'un groupe de sociétés
- Les conséquences de la violation d'une licence de logiciel libre:
 - Dommages-intérêts ?
 - Perte « temporaire » du droit d'utilisation

Q.10 La problématique des brevets

- Licences de logiciels libres prédéfinies en termes propres au droit d'auteur
- Logiciels parfois susceptibles d'être protégées par des brevets
- Copyleft n'implique pas nécessairement un « patentleft »
- Importance de bien choisir sa licence: par exemple GPLv.3 (para. 11)
 - *non-exclusive, worldwide, royalty-free patent license to make, use, sell, offer for sale, import and otherwise run, modify and propagate the work developed under the License*
 - *Commitment not to enforce patents*
 - *Convey the patent license to downstream recipients*

Merci de votre attention !

Contact:

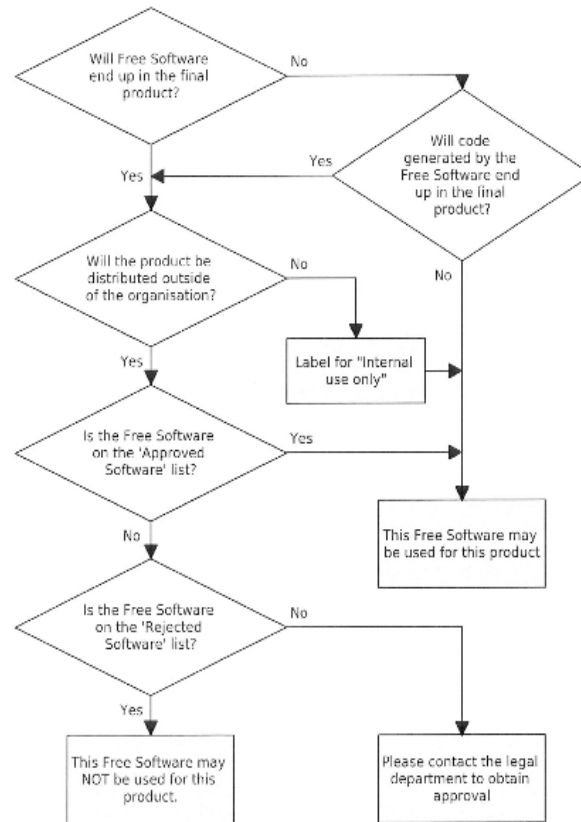
Michel Jaccard, BCCC Avocats, Genève / Lausanne

jaccard@bccc.ch

www.bccc.ch

Approval flow diagram

Free Software Approval Flowchart



With thanks to Royal Philips Electronics