

### L'Open Source : du choix stratégique des licences ? Mars 2021

Rédigé par Mathias Robert et Charlotte Montaud

Le saviez-vous ? En 2019, le marché français de l'Open Source était le plus important en Europe, devant l'Allemagne et le Royaume-Uni, en termes de volume par rapport aux autres grands pays européens, selon une étude réalisée à l'initiative du CNLL, de Syntec Numérique et de Pôle Systematic Paris-Region, Teknowlogy Group.

Cette étude prévoyait également que dans près de 80 % des entreprises, l'utilisation de l'open source allait augmenter dans les deux ans à venir.

Puis, la crise sanitaire est survenue en 2020, entraînant une accélération brutale et parfois forcée de la transformation digitale des entreprises.

De manière incontournable, la transformation numérique conduit progressivement les différentes entreprises à se tourner vers les logiciels dits libres ou open source, même lorsque ces acteurs éditent également des logiciels commerciaux ou propriétaires.

Par le passé, le monde du libre ou de l'open source s'opposait culturellement à celui du logiciel propriétaire : au copyright, s'opposait le « copyleft ». Cette opposition s'est peu à peu atténuée avec le temps. On citera par exemple le cas de la société Microsoft, pourtant farouchement opposée initialement au logiciel libre, qui est ensuite devenue l'un des plus grands contributeurs de la communauté open source. Force est de constater qu'aujourd'hui, la majorité des logiciels développés comporte des composants open source.

Ce regain d'attrait s'explique par le besoin d'interopérabilité, en particulier avec l'avènement de l'Internet des Objets (IoT), par la virtualisation des technologies et par la nécessité de mutualiser des investissements et d'en assurer la pérennité.

Selon l'étude précitée, pour 9 entreprises sur 10, le logiciel libre est incontournable ou préférable lorsqu'il est adopté pour l'intelligence artificielle, le data management et la blockchain.

### Logiciels open source et logiciels libres

Les logiciels open source permettent d'accéder aux codes sources. Développés par des programmeurs qui travaillent en mode collaboratif, ils ont pour avantage d'être réactualisés et enrichis fréquemment par la communauté.

En conséquence, lors du développement d'un logiciel, les développeurs sont tentés d'utiliser du code open source existant, déjà publié, évalué et amélioré par d'autres.

Une telle pratique permet, au-delà de la mutualisation des compétences de la communauté, de maximiser le gain de temps et d'accélérer les innovations.

Le code existant peut être réutilisé à l'identique ou être modifié pour l'adapter aux besoins spécifiques.

Par ailleurs, le code existant peut être intégré à un code plus large ou être utilisé sous la forme d'une bibliothèque. On rappelle, qu'en informatique, une bibliothèque est un ensemble de fonctions mises à disposition et regroupées par exemple par appartenance à un même domaine conceptuel (traitement mathématique, interfaces graphiques, traitement d'image, ...).

La reprise du code d'un logiciel libre ou open source, malgré la qualification de « libre » ou « open », mérite que l'on s'attarde sur l'acception qu'on donne à ces termes dans le domaine informatique.

Un logiciel est qualifié de libre lorsque que l'utilisateur est libre l'exécuter, l'étudier, de le modifier et de le distribuer à l'identique ou après modification. Un logiciel open source repose également sur ces principes mais doit répondre à des règles supplémentaires, dont des règles relatives aux licences.

La distribution d'un logiciel libre ou open source nécessite que son code source soit partagé, ce qui permet en particulier un audit du code afin de s'assurer que celui-ci ne contient pas de composant malveillant.

Ces principes de l'open source ont été transposés aux données (open data) et aux dispositifs (open hardware).

Les libertés citées précédemment et accordées lors de la réutilisation du code d'un logiciel libre ou open source sont des libertés conditionnelles. Il existe, en effet, des modalités d'exploitation encadrées par des licences, plus ou moins permissives. Ces licences définissent des droits, mais également des obligations.

## Les différents types de licences Open Source

Plusieurs types de licences open source se sont imposées avec le temps, que l'on peut classer en trois catégories :

**a) les licences dites à copyleft fort** : les redistributions du logiciel (modifié ou non) et de tous les composants ajoutés ne peuvent se faire que sous la licence initiale. Dans le cadre de la réutilisation de code sous licence à copyleft fort (par exemple sous licence GNU GPL), tous les composants développés dans le cadre du nouveau logiciel et associés avec le code sous licence copyleft fort devront être distribués avec cette même licence. En d'autres termes, inclure des composants sous licence à copyleft fort n'est pas judicieux s'il est envisagé de distribuer le nouveau logiciel par l'intermédiaire d'une licence fermée, c'est-à-dire commerciale ou propriétaire.

**b) les licences dites à copyleft faible** : les redistributions du logiciel (modifié ou non) se font sous la licence initiale mais de nouveaux composants peuvent être ajoutés sous d'autres licences. Ces licences (par exemple la licence LGPL) sont notamment utilisées dans le cadre de la distribution de bibliothèques.

Ce type de licence autorise ainsi le développeur à distribuer le code qu'il a lui-même développé pour son logiciel sous tout type de licence (notamment une licence commerciale ou propriétaire), mais le code réutilisé restera sous sa licence open source d'origine avec les contraintes qui en découlent.

**c) les licences dites sans copyleft** : les redistributions du logiciel (modifié ou non) peuvent se faire sous n'importe quelle forme, y compris sous la forme d'un logiciel propriétaire. Ce type de licence (par exemple la licence MIT ou la licence BSD) autorise ainsi la distribution de

l'intégralité du code nouvellement développé sous n'importe quel type de licence (notamment une licence commerciale ou propriétaire).

Ces licences sont construites sur des schémas différents et la première difficulté peut consister à identifier les composants logiciels libres et les différentes licences qui les régissent, lesquelles peuvent contenir des dispositions contradictoires ou incompatibles.

En cas de non-respect d'une licence open source, le risque de se voir assigner devant un tribunal est réel, l'autorité judiciaire pouvant alors sanctionner une telle absence de conformité aux conditions de la licence. Il existe d'ailleurs des décisions françaises venues sanctionner une telle imprudence.

On comprend dès lors qu'il est important de maîtriser les conséquences juridiques liées à la conception, au développement et à la distribution de tels logiciels. Cette situation exige une collaboration étroite entre des équipes techniques et juridiques afin de répondre aux besoins de sécurité, de traçabilité et de pérennité.

Une telle collaboration nécessite notamment la tenue, par l'équipe technique, d'un inventaire listant les composants logiciels utilisés ainsi que les licences associées, cet inventaire précisant par ailleurs les interactions entre ces composants afin d'identifier leurs liens de dépendance. L'équipe juridique s'appuiera ensuite sur l'inventaire afin d'établir la compatibilité entre les différentes licences des composants identifiés et évaluer la conformité du mode de distribution envisagé. Le cas échéant, des actions correctives pourront éventuellement être envisagées, telles que le remplacement de certains composants ou la redéfinition de la licence envisagée pour la distribution.

## Violation d'une licence libre : Entr'ouvert fondé à poursuivre Orange pour contrefaçon. APRIL 10 octobre 2022

**Plus de 10 ans après avoir assigné la société Orange en contrefaçon du droit d'auteur, la société Entr'ouvert (société éditrice de logiciels libres) obtient une décision favorable de la Cour de cassation qui a confirmé, comme avant elle la Cour de justice de l'Union européenne, que la violation d'une licence de logiciel, y compris libre, est bien un délit de contrefaçon.**

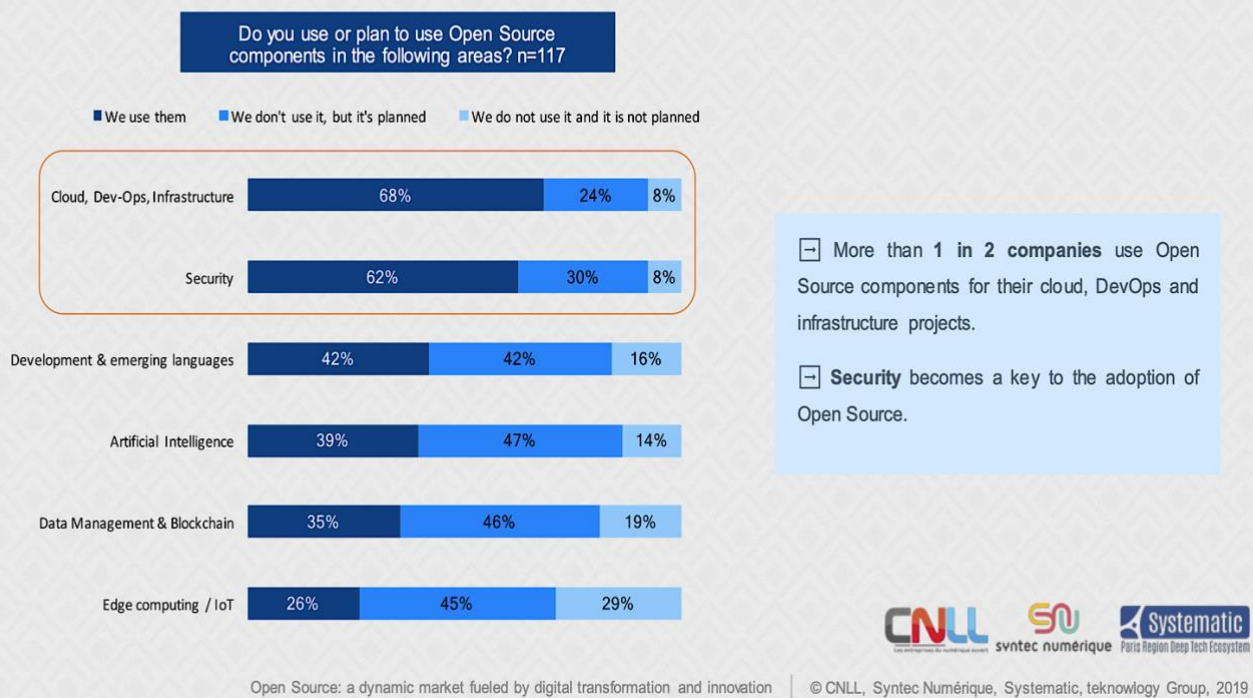
La société Entr'ouvert avait assigné, en 2011, la société Orange en contrefaçon du droit d'auteur pour non respect de la licence libre [GNU GPL](#) version 2 sous laquelle était diffusée la bibliothèque libre Lasso. Dans un arrêt du 21 juin 2019, le tribunal de grande instance de Paris a jugé le litige uniquement sur le fondement de la responsabilité contractuelle et a débouté la société Entr'ouvert. Arrêt confirmé par la Cour d'appel de Paris en mars 2021. Les deux cours ont toutefois retenu la qualification de parasitisme – une qualification juridique qui relève du droit de la concurrence – car Orange a tiré profit du savoir-faire de la société éditrice de logiciels libres « pour remporter un marché conséquent avec l'État sans aucune reconnaissance ni financière, ni morale du travail et des investissements de la société Entr'Oouvert ». En décembre 2019 pourtant, avant donc l'arrêt de la Cour d'appel, [la CJUE \(Cour de Justice de l'Union européenne\) avait adopté une interprétation a priori claire des textes européens](#): la violation d'une licence de logiciel est bien un délit de contrefaçon et ne relève donc pas du régime de la responsabilité contractuelle.

Plus précisément, la Cour d'appel avait considéré que sur la base du principe de non-cumul des responsabilités, Entr'ouvert n'était pas fondée à attaquer Orange sur le terrain de la responsabilité délictuelle pour contrefaçon, puisque la violation résulte d'un manquement contractuel et doit être jugée sous le prisme de la responsabilité contractuelle. Une interprétation que la Cour de cassation a rejetée dans sa décision du 5 octobre 2022. [La](#)

[Haute cour casse et annule ainsi l'arrêt de la Cour d'appel en ce qu'il déclarait irrecevable l'action en contrefaçon.](#) Par ailleurs, elle confirme la qualification de parasitisme, contre laquelle Orange avait formé un pourvoi en cassation.

La Cour de cassation confirme ainsi qu'Entr'ouvert est fondée en droit à poursuivre Orange pour contrefaçon et, plus largement, elle confirme une interprétation stricte de la décision de la CJUE : la violation d'une licence de logiciel, y compris libre, est bien un délit de contrefaçon. La procédure est renvoyée devant une Cour d'appel, qui ne pourra pas contredire cette interprétation et ne pourra que juger si les faits sont bien qualifiables de contrefaçon – chose probable puisque la violation de licence, d'un point de vue contractuel, a jusqu'ici été retenue par les différents juges au fond.

## It is strongly used for Cloud/DevOps and Security, catalysts of digital transformation



## Comparatif des licences open source : attention aux pièges, jdn mars 2022

**Entre Apache 2.0, BSD, GNU GPL, MIT, les licences libres intègrent un nombre plus ou moins important de droits et d'obligations : permissivité, copyleft fort ou faible, compatibilité inférieure ou supérieure...**

Attention à la fausse liberté qui se cache derrière le concept d'open source. Les licences open source n'ont de libre que le nom et il convient de se pencher attentivement sur leur contenu pour ne pas commettre d'impair. Si les pionniers du libre étaient opposés, par principe, à toute forme d'action judiciaire, les esprits ont depuis évolué. Il y a

quelques années, quatorze entreprises, dont Samsung, étaient poursuivies pour violation de la licence GNU-GPL par le Software Freedom Law Center. Plus récemment, Free a été assigné en justice pour le même motif.

D'autres risques pèsent sur les entreprises qui s'affranchiraient du contenu des licences. "Les membres des communautés open source sont très attachés aux règles du libre et n'hésitent pas dénoncer les entreprises qui les enfreignent", avance Géraldine Salord, avocat au Barreau de Paris et associé fondateur de Metalaw Avocats Associés. Au-delà de cette atteinte à la réputation, ils peuvent aussi rendre public le code produit estimant que celui-ci relève de l'open source. Pour rajouter à la complexité, il existe des milliers de licences open source et il s'en crée presque tous les jours, aux côtés des licences les plus connues des familles GNU et OSI.

### **Déterminer l'élément déclencheur**

Pour Géraldine Salord, la première question à se poser avant de choisir une licence porte sur la finalité de la solution open source. "Les effets contraignants de la licence ne se déclenchent que lors de certaines actions. Cet élément déclencheur est généralement l'exploitation commerciale du code. Une entreprise pourra modifier le code pour un usage interne sans que cela porte à conséquence." Ainsi, un laboratoire qui a une finalité de recherche ne provoquera pas, pour la plupart des licences, d'élément déclencheur.

En revanche, une entreprise privée peut vouloir redistribuer commercialement tout ou partie du code. "Le simple fait d'intégrer de l'open source comme le ferait un constructeur automobile dans un système embarqué qui est ensuite vendu peut constituer un élément déclencheur", illustre Géraldine Salord. L'utilisation d'un site web ou d'un modèle d'IA à usage externe peut aussi constituer un élément d'activation. Il en va de même d'un transfert technologique entre un sous-traitant qui fait appel à une brique open source et un donneur d'ordre.

### **Une stratégie de licence "by design"**

Au regard de ces contraintes, une entreprise doit définir, en amont d'un projet, le type de licences avec lesquelles elle accepte de travailler et donc d'en restreindre volontairement le nombre. A cet effet, le cabinet Metalaw Avocats Associés propose des tableaux de correspondances pour indiquer à une entreprise ce qu'elle peut faire ou non en combinant des licences.

L'absence de stratégie de licence pourrait aller jusqu'à remettre en cause un projet. "Un projet open source peut comporter une dizaine ou une vingtaine de briques open source", observe Géraldine Salord. "Les ingénieurs vont les utiliser sans se soucier de la comptabilité. A la fin, l'application ne pourra être exploitée ou bien il faudra la reprendre et remplacer certains composants."

Par ailleurs, une entreprise doit se poser la question de ce qui constitue véritablement un avantage concurrentiel à ses yeux. "Il est recommandé de cloisonner les différentes parties d'un logiciel pour les rendre hermétiques entre elles, conseille Géraldine Salord. "Cela évite la contamination et donnera accès à des briques stratégiques." Tout un travail d'architecture à entreprendre, là aussi, en amont.

---

## **La justice française a reconnu la licence libre GNU-GPL sept 2009**

**Un prestataire ayant livré un logiciel sans se conformer à la licence GNU GPL s'appliquant à une partie de ses composants a été condamné pour défaut de délivrance conforme. Il s'agit là d'une première réception de la licence libre GNU au niveau d'une Cour d'appel française.**

Devant la Cour d'appel, l'AFPA reprochait en substance à EDU 4 de lui avoir proposé une solution informatique en passant sous silence la présence du logiciel libre VNC, modifié et intégré en secret à la solution, d'avoir occulté la licence GPL s'y appliquant, d'avoir prétendu être propriétaire de ce logiciel modifié, et même d'avoir modifié le verrou logique de ce logiciel en s'assurant la maîtrise technique de la solution installée sur les sites de l'AFPA.

La société EDU 4 n'avait finalement pas répondu à son obligation de délivrance, notamment parce qu'elle n'avait pas respecté les exigences de la licence GNU GPL en faisant disparaître les copyrights d'origine du logiciel VNC et en supprimant la notice de licence elle-même.

Sur le fondement de l'article 1184, la Cour a donc confirmé la résolution du marché aux torts d'EDU 4 et débouté celle-ci de sa demande de paiement de la phase de test, puisque la recette définitive n'avait pas pu être prononcée.

## **Travail : Logiciels libres et droit**

Vous devez produire un document de 2 pages maximum constitué des éléments ci-dessous :

- les caractéristiques des logiciels libres
- l'évolution économique du secteur des logiciels libres.
- Les problèmes juridiques posés et leurs conséquences récentes
- La mise en œuvre d'une stratégie afin d'éviter les problèmes juridiques