

**Club Qualité Logicielle
Paris**

Réunion du mardi 10 décembre 2013

Gouvernance et conformité Open Source :

à la recherche d'une qualité juridique

Benjamin Jean
bjean@inno3.fr

Présentation



Juriste spécialisé en Propriété Intellectuelle actif depuis plus de 10 ans le domaine du Libre et de l'Open Source, Benjamin Jean œuvre pour la prise en compte de l'innovation ouverte au sein de la gouvernance de grands acteurs publics et privés.

Il est fondateur et Président d'Inno3, une société de conseil en innovation libre (Open Source, Open Data, Open innovation), il enseigne dans plusieurs masters PI ; il est maître de conférences à Sciences Po et consultant au sein du cabinet d'avocat Gilles Vercken. Il est par ailleurs engagé activement dans les communautés libres (not. Framasoft, Veni Vedi Libri).

Délimitation du sujet

L'instauration d'une **qualité juridique** au sein d'une organisation, pour ce qui concerne les FLOSS (Free Libre Open Source Software), repose sur *la perception par cette organisation de l'impact juridique conséquent à l'usage de FLOSS en son sein et l'allocation de moyens (humains, matériels et financiers) destinés à accompagner, encadrer et sécuriser cet usage*. Elle affecte directement les processus existants, tant ceux internes auxquels sont soumis les collaborateurs que les processus externes avec les partenaires, fournisseurs, voire clients finaux. Correctement menée, elle permet de tirer profit de tous les bénéfices induits par l'usage de FLOSS sans en subir les inconvénients, d'optimiser la qualité juridique globale au sein de la société et de favoriser l'introduction d'une innovation ouverte.

1) Licence libre/FLOSS : un Objet Juridique Bien Identifié

- 1) Qualification des licences dites libres et Open source
- 2) Typologie de licences dites libres et Open Source
- 3) Grille de lecture des licences dites libres et Open Source

2) Gestion des licences : quelques bonnes pratiques

- 1) Réflexion sur une **stratégie** Open Source
- 2) Édition d'une **politique** spécifique
- 3) Formalisation d'une **gouvernance** spécifique
- 4) **Décisions** et **jurisprudences** connexes

3) Industrialisation et automatisation de la gestion

- 1) Industrialisation (de la gestion de l'Open Source)
- 2) Automatisation (de la gestion de l'Open Source)

4) Qualité juridique et normes contractuelles

- 1) Intégrer les FLOSS dans les relations contractuelles
- 2) Établir des référentiels FLOSS communs aux industries



Free dance © Untitled blue, CC By 2.0

1) Un Objet Juridique Bien Identifié (OJBI)

Un contrat

- « **juridique** » :
 - un auteur-contributeur publie sa création en lui associant une *offre de contracter* (l'offre devenant un contrat dès lors qu'elle rencontre une *acceptation*) ;
 - par celle-ci il s'engage à *céder* certains droits de propriété intellectuelle de manière *non exclusive, gracieuse*, pour *le monde entier, pour toute la durée des droits, et pour tous les usages* ;
 - en contrepartie, le licencié est soumis à une série, plus ou moins contraignante, de *conditions* (le respect de la licence est donc indispensable pour bénéficier des droits/libertés : une utilisation non conforme à la licence est donc réalisée sans autorisation, c'est-à-dire contrefaisante).
- « **social** » (en tant que règles d'une communauté) : le partage, le respect et l'ouverture comme principes.
 - Il existe ainsi une série de ressources accessoires (expliquant l'intention des rédacteurs, l'interprétation par les projets, etc.) qui ont potentiellement un *impact juridique* (à cet égard potentiellement prises en considération par un juge).

Difficilement contestables

- **En raison de leurs fondements**
 - Sans licence, il est impossible pour une entreprise de bénéficier des composants sous licence Open Source (ces dernières étant fondées sur les droits de propriété intellectuelle) ;
 - Toute contestation de la licence pourrait entraîner son *annulation totale* (elles contiennent souvent une clause prévoyant la terminaison (automatique, immédiate ou différée) de la licence) ;
- **Par le juge**
 - Les juges ont reconnu que le *bénéfice des droits était conditionné au respect des obligations* ;

Les licences libres sont basées sur

- des « normes » communautaires :
 - Définition de la **FSF (1986)** : licence attachée à un *Logiciel Libre* (la FSF tient une liste plus ou moins à jour des licences libres) ;
 - Définition de **l'OSI (1998)** : licence répondant aux 10 critères de l'OSD (l'OSI tient une liste des licences labellisées).
- Le droit anglo-saxon (et ses souplesses) :
 - **Licenses** : notion américaine qui traduit une renonciation d'un auteur à certains de ces droits (engagements unilatéraux de détenteurs de droits soumis à un régime fédéral). Les conséquences pratiques sont de plusieurs ordres (not. En termes de formalisme requis, de juridiction compétente et la loi applicable, de réparation attachée à leur violation).
 - le juge américain a reconnu les deux statuts aux USA (Jacobsen v. Katzner, United States Court of Appeals for the Federal Circuit, 18/08/2008)
 - **Garantie/responsabilité** : les exclusions sont à modérer en Europe ;
 - **Absence de droit moral** : à réintroduire dans notre système ;
 - Etc.



Les licences libres évoluent :

- De nouvelles versions de licences s'ajoutent à celles existantes ;
- De nouvelles licences viennent rejoindre les licences existantes.





- Absence de licence** : En l'absence de licence, aucune autorisation n'est donnée à l'utilisateur. Toute utilisation ou exploitation d'un tel logiciel est donc susceptible d'être considérée comme une contrefaçon.
- Licences commerciales** : licence traditionnelle (comprend notamment les « wrap license ». L'utilisateur paie le titulaire de droit pour certains usages, très encadrés (par postes, nombre de processeurs, etc.). Le logiciel est généralement distribué sous forme binaire et sans accès au code source.
- Shareware / partagiciels** : logiciels généralement distribués sous forme binaire et sans accès au code source. Leur utilisation gratuite est limitée : dans le temps, en termes de fonctionnalités, etc., et l'utilisateur peut acheter une licence commerciale pour lever ces restrictions.
- Freeware / gratuits** : logiciels généralement distribués sous forme binaire et sans accès au code source. Leur utilisation est gratuite et certaines modifications sont parfois autorisées
- Licence libre/Open Source** : les différents droits patrimoniaux sont partagés, leurs usages pouvant néanmoins être conditionnés au respect de certaines obligations
- Domaine public** : ce n'est pas une licence. Néanmoins, tout le monde est libre d'exploiter les créations/oeuvres du domaine public.

copyleft/permisif

- **Permissive** : seules les obligations sont transmises à toutes les personnes détentrices subséquentes d'une copie de l'œuvre ;

Ex : MIT-based (Expat, X11, CWI, etc.), BSD-based (BSD 4-Clause, BSD modified ou BSD simplified, ISC, Cryptix General License), Apache, Latex, PSF, etc.

- **Copyleft** : tant les obligations que les droits doivent se retrouver dans toute redistribution ultérieure d'une copie de l'œuvre

Ex : GNU GPL, GNU LGPL, GNU AGPL, EPL, OSL, MPL, NPL, CDDL, etc.

Historique

- les licences **philosophiques**

Ex : GNU (X)GPL, etc.

- Les licences **académiques**

Ex : BSD-based, MIT-based, etc.

- les licences **communautaires**

Ex : Apache, Artistic, etc.

- les licences **industrielles**

Ex : MPL, EPL, CDDL, etc.

- les licences **institutionnelles**

Ex : CeCILL, EUPL, German Free Software License, etc.

par domaine

- (logiciel, documentation, contenu, audiovisuel, etc.)

Genèse : du domaine public à la licence

- **Années 80** : domaine public « conditionné » (ex. de **Tex** dès 1977 avec comme seule contrainte ajoutée en 1982 que « TEX » ou « METAFONT » ne soient pas réutilisés dans des versions dérivées du logiciel ; du logiciel **trn** qui interdisait toute attribution induue et/ou commercialisation)
- **1986** : premières licences (logicielles) : MIT et GNU Emacs Public License
- **1989** : première licence **générique** (GNU GPL)
- **1997** : première licence **non logicielle** (FDDL)
- **1998** : premières licences « **artistiques** » (FMPL)

Le nombre de rédacteurs dépasse de très loin le nombre de licences, ce qui explique notamment l'hétérogénéité des textes : chacun étant écrit sur la base de modèles différents, d'expériences diverses, etc. **Néanmoins, il est possible de retrouver au sein de chacune de ces licences un certain nombre d'éléments communs :**

– **Droits et Obligations**

- **Droits** : harmonisés grâce aux définitions que sont l'Open Source Definition ou la Free Software Definition
 - on trouve néanmoins parfois certains droits supplémentaires, le plus impactant étant l'autorisation de sous-licencier
- **Obligations** de deux sortes :
 - « Juridiques » : engagements vis-à-vis des brevets, signes distinctifs, DRM, etc.
 - « matérielles » : un certain formalisme est imposé afin d'optimiser les effets de la licence (cf infra)

– **Étendue/Scope :**

- Elle permet de déterminer dans quelle mesure certaines créations peuvent lui être rattachées et, dès lors, subir les contraintes de la licence lors du déclenchement de la licence
- Elle peut être d'une portée *restreinte, faible, standard* ou *Forte*

– **Élément déclencheur/Trigger :**

- Il s'agit de l'acte qui emporte les effets contraignants de la licence
- On en distingue trois principaux : Distribution, Utilisation ou déploiement externe :

– Éventuellement

- *Des restrictions supplémentaires*
- *une compatibilité expresse* (l'usage d'une nouvelle licence est possible en remplacement/ajout)

2) Bonnes pratiques

L'usage et/ou la diffusion de FLOSS peuvent être perçus comme un élément de la stratégie d'innovation de l'organisation – qu'elle soit perçue comme une pression (clients ou partenaires) ou une opportunité (*innovation ouverte*).

La stratégie connaît généralement plusieurs niveaux :

- L'adoption et/ou la diffusion à l'échelle de la société (il s'agit souvent de reconnaître un usage préexistant) ;
- La stratégie spécifique à un composant/projet/produit de la société.

Elle se base sur :

- Les contraintes *économiques* (ainsi que, plus globalement, les stratégies de la société sur d'autres marchés/secteurs/produits) ainsi que des engagements souscrits auprès de ses partenaires et cocontractants ;
- Les contraintes relatives à *l'organisation* (gestion de portefeuilles de brevets, processus de certification, etc.)
- L'écosystème au sein duquel se situe l'organisation (embarqué, automobile, mobile, recherche, etc.), notamment au regard des pratiques concurrentes.

Elle s'appuie sur des objectifs économiques et stratégiques

- ce qui induit notamment l'intégration des objectifs en termes de valorisation (spécifiques au projet et, lorsque connus, globaux)
- Concerne aussi les partenariats existants ou souhaités (partenaires nationaux et internationaux).

Elle peut notamment aboutir au choix de la/les licence(s)

- Ce choix peut porter sur une ou plusieurs licences (en fonction du nombre de scénarios définis) ;
- Les licences peuvent aussi être adaptées afin de répondre au plus près des besoins de l'organisation.

La **politique** « **Open Source** » se traduit par la rédaction de plusieurs documents structurants immédiatement utilisables par les différents services (notamment service recherche et développement, services achats et ventes, marketing ou encore service juridique). Elle s'appréhende au regard de multiples enjeux (notamment industriels, technologiques, juridiques et ressources humaines) globaux et/ou spécifiques à certains projets.

Elle repose sur l'idée que toute organisation intégrant des logiciels Libres/Open Source **doit veiller au respect des différentes licences associées** : bon sens (juridique?) et pression des partenaires et clients.

Dans le cadre d'une industrialisation d'un tel usage, il est nécessaire de mettre en place une politique dédiée (**Politique Open Source**). Elle se compose :

- D'un document formel
 - Adapté à a culture de la société ;
 - transverse aux politiques existantes en matière de propriété intellectuelle et de qualité ;
 - Organisant les processus d'approbation (de la sélection des composants OS à la distribution du produit complet) au besoin assisté par une automatisation ;
 - Permet la vérification de la conformité avant toute distribution.
- D'un travail sur les licences :
 - Validation des différentes licences (selon un canevas commun) et au regard des politiques présentes au sein de l'organisation et des territoires (lois applicables) concernés (**gestion des risques**/validation des interprétations) ;
 - préconisations relatives à l'usage des composants FLOS au sein de l'organisation (not. Concernant les types de combinaisons/liens) ;
 - Classification des licences selon que leur usage est (comme « autorisé/conforme », « restreint » ou « interdit »)

La gouvernance assure l'implémentation effective de la politique Open Source. Elle est :

- *Transverse*,
- *Multicompétence* (elle réunit les principaux départements de l'organisation concernés par l'usage de composants Open Source :
- En charge de *faire évoluer* la politique
- En charge de *l'outillage* et de la *veille* technologique.

À la fois structure de référence et structure interservices, 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.

Pour que son rôle soit efficace, il faut qu'elle soit :

- Disponible et réactive ;
- Qu'elle bénéficie d'un appui d'une direction (DG de préférence) et/ou suivi par un membre de la direction ;
- la seule à être consultée pour autoriser et décider de l'utilisation de briques logicielles sous licences libres :
- Dans une démarche de diffusion/vulgarisation/formation.

Elle peut s'appuyer sur des correspondants / « scouts » locaux qui ont pour mission de faire remonter/redescendre les informations, questions et bonnes pratiques.

Voir : *Sous la dir. de B. Jean & O. Flipo, Le guide Open Source : réflexions sur la construction et le pilotage d'un projet Open Source (coll. Syntec Numérique), 2009 <http://guideopensource.info>*

Cession sans droits :

- On ne peut céder plus de droits qu'on en possède : les composants sous licences libres ne peuvent faire l'objet d'une cession exclusive
 - TGI Chambéry 15 novembre 2007 ERN / Conseil général de Savoie et Université de Savoie ou TGI Paris 28 mars 2007 Educaffix / CNRS

Consentement à la licence

- Remise en cause de la “validité”/“opposabilité” de la licence (ou, plus généralement, de clauses spécifiques
 - 2008 : Iliad v. Busybox and FSF
- Vice du consentement ayant empêché la “compréhension” de la licence, ou favorisé son interprétation
 - Texas Suit Against Virgin and Creative Commons », 2007.

Rupture de la licence, deux fondements :

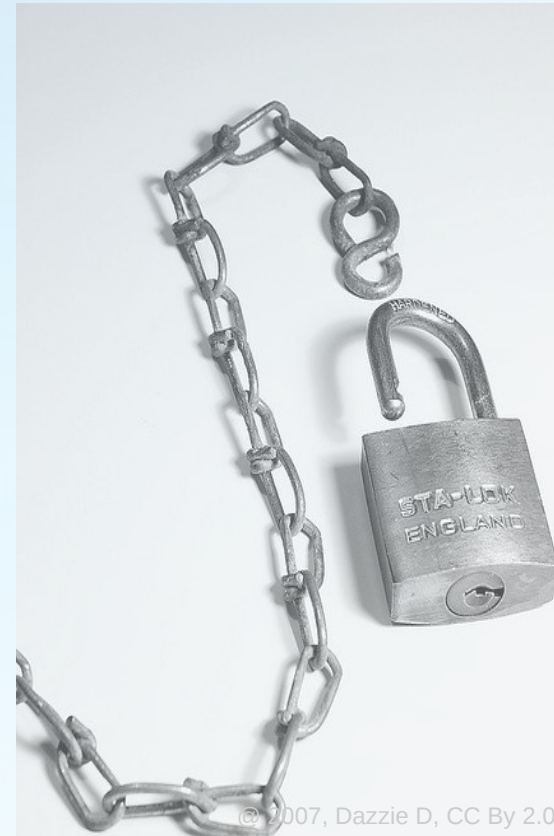
- licence/contrat : Ordonnance de cesser / *Cease and desist* ; Indemnisation ; Obligation de faire / *Compulsory execution*
 - H. Welte v. Skype (Landgericht Munchen I, 12 juillet 2007)
 - AVM v. Cybits (Landgericht Berlin, 8 novembre 2011)
- Copyright infringements : Ordonnance de cesser / *Cease and desist* ; Indemnisation
 - H. Welte v. Fortinet UK ((Landgericht Munchen I, 12 avril 2005)
 - H. Welte v. D-Link (Landgericht Frankfurt, 9 septembre 2006)

Distribution de logiciels intégrant des FOSS

- Non conformité de la livraison ;
 - CA Paris 16 septembre 2009 EDU4 / AFPA
- Responsabilité du fait des fautes commises par le fournisseur ;
 - H. Welte v. Fantec (Hamburg, 14 Juin 2013)

Concurrence :

- Une collectivité peut librement choisir un logiciel libre (pas un marché public) et lancer un appel d'offres pour les services associés.
 - CE 30 septembre 2011 Région Picardie / Kosmos et Itop.
- l'usage des licences libres n'est pas constitutif d'un comportement contraire aux lois antitrust
 - Wallace v. International Business Machines Corp. et al.



© 2007, Dazzie D, CC By 2.0

3. Industrialisation et automatisation

L'industrialisation est nécessaire. Elle permet de favoriser et encadrer l'usage de composants FOSS au sein des projets/produits logiciels de l'organisation. Elle doit s'accompagner d'une volonté d'établir une gestion en amont afin de maîtriser (et réduire) les coûts associés à la conformité.

Cette industrialisation demande de vérifier systématiquement la conformité de la licence dans le cadre de composants Open Source ;

- *Bonnes pratiques* en matière de développement (remplissage des en-têtes, commentaires associés à chaque contribution ou modification ; contraintes en termes d'architecture ; etc.).
- Collecter et fournir les informations nécessaires au respect du *formalisme* dès la phase du développement (licences, scripts d'installation, etc.);
- Vérifier comment les licences sont utilisées (notamment en cas d'interprétations (tels que Linux ou Perl 5), d'exception (Runtime library exception, GPL linking exception, Exception classpath, FOSS Exception, etc.) et/ou de multilicences).

Son succès repose notamment sur des processus de validation fluides (à défaut, les dispositifs seront contournés et/ou mal appliqués).

L'automatisation permet de renforcer l'efficacité de la démarche en s'appuyant sur des outils dédiés qui sécurisent et accélèrent les processus. Il peut s'agir :

- D'une *plate-forme d'information interne* destinée à centraliser les informations relatives à la gestion de l'Open Source, référencer la politique Open Source et expliquer la gouvernance ;
- D'une *base de connaissance interne* : concernant le code utilisé/validé/maintenu et/ou les licences validées.
- D'*outils de qualité / développement* : fournissant, de base ou au travers de plug-ins, une liste des composants FLOS utilisés (avec la licence attachée) ;
- D'*outils spécifiques à la recherche d'une conformité dans le cadre de FLOSS* : pour limiter tout oubli ou imprécision « de nature humaine » susceptible de remettre en cause certaines préconisations relatives à l'usage de composants soumis à des licences FLOS ;
- D'une *plate-forme externe* pour assurer la bonne information (et la fourniture des éléments nécessaires) des utilisateurs finaux.

Concernant les logiciels assistant dans la recherche des informations relatives aux licences :

- Les outils sont
 - Commerciaux (par exemple Black Duck, Palamida, protecode, Antelink, etc.) ;
 - ou eux-mêmes Open Source (tels Fossology, Ninka, ASLA ou OSLC).
- Plus ou moins intégrables aux processus de développement et de qualité, ces solutions se distinguent notamment au regard :
 - de leur moteur de recherche ;
 - pour les solutions commerciales essentiellement, de leur base de données de codes open source (qui leur permet notamment d'identifier des composants pour lesquels les en-têtes et/ou licences auraient été modifiés ou supprimés).

4. Normes contractuelles

Les composants Open Source étant transférés tout le long de la chaîne de création, chaque acteur doit s'assurer d'un bon encadrement des spécificités attachées aux composants FOS.

Dans le cadre d'un développement :

- Au sein des relations avec les collaborateurs ;
- En cas de contributions tierces, relations avec les contributeurs-personnes physiques et/ou morales.
 - Voir la contribution de décembre 2013 contre Appwork (condamné pour la contribution d'un tiers).
- En cas de sous traitants, au sein des contrats passés avec ces derniers (soumis à la politique OS de la société).

En cas d'achat de FOSS ou de matériels embarquant de tels logiciels

- Relations avec les partenaires
- Relations avec les sous traitants
- Relations avec les clients

Il s'agira généralement :

- D'encadrer l'usage de composants FLOS / de certaines licences ;
- Répondre aux obligations conséquentes aux licences FLOS utilisées ;
- De gérer les droits afférents : partage des droits, cessions exclusives ou non

- B. Jean et G. Vercken, Comment encadrer l'utilisation de logiciels « libres » dans les contrats ayant pour objet des logiciels « propriétaires » ?, PROPRIETES INTELLECTUELLES - janvier 2012, n°42, rubrique Pratique et Contrats, pp. 106-110

Afin d'assurer une collaboration efficace entre acteurs industriels, il est nécessaire d'établir des **référentiels sur la base desquels édicter leurs règles de collaboration.**

- Les licences jouent ce rôle de références (d'où l'apparition de nouvelles licences) ;
- Voir notamment le projet Software Package Data Exchange (SPDX) qui permet de partager le travail d'identification des licences (et qui, incidemment, a débouché sur un travail d'identification unique en matière de licence). <http://spdx.org/>
- Le *projet Harmony Agreements* (contrat de cession de contributions) ;
- Réflexion aujourd'hui sur une harmonisation et une reconnaissance des politiques Open Source implémentées (et donc gouvernance) au sein de chaque acteur.

De tels référentiels permettent :

- De gérer des situations internationales ;
- De préfigurer des règles susceptibles d'être transposées a posteriori dans la Loi.

Articles :

- B. Jean, La propriété intellectuelle dans l'industrie de l'Open Source (gazette du droit des technologies avancées), Gazette du droit des technologies avancées, octobre 2008 et février 2009
- S. Rambaud, Le Juge français et le Logiciel libre, Revue Lamy Droit de l'Immatériel 2009 – n°54, 11/2009
- B. Jean et G. Vercken, Comment encadrer l'utilisation de logiciels « libres » dans les contrats ayant pour objet des logiciels « propriétaires » ?, PROPRIETES INTELLECTUELLES - janvier 2012, n°42, rubrique Pratique et Contrats, pp. 106-110
- B. Jean, L'évolution des licences libres et open source : critères, finalités et complétude ?, dans « L'Histoire du Libre. Du code échangé aux licences partagées », coll. Framabook, ed. Framasoft 2013
- Collectif, « QualiPSo Position Paper - Quality Platform for Open Source Software »

Livres

- B. Jean, Option Libre. Du bon usage des licences libres, Paris, Framabook, déc. 2011. <http://framabook.org>
- Sous la dir. de B. Jean & O. Flipo, Le guide Open Source : réflexions sur la construction et le pilotage d'un projet Open Source (coll. Syntec Numérique), 2009 <http://guideopensource.info>

Sites :

- <https://fossbazaar.org/>
- www.harmonyagreements.org/
- <http://vvlibri.org>
- <http://eolevent.eu>
- <https://fossbazaar.org>



Merci

