

RESEARCH OUTPUTS / RÉSULTATS DE RECHERCHE

Du bon usage de l'open source dans l'entreprise

Cruquenaire, Alexandre

Published in:
DA/OR

Publication date:
2020

Document Version
le PDF de l'éditeur

[Link to publication](#)

Citation for pulished version (HARVARD):

Cruquenaire, A 2020, 'Du bon usage de l'open source dans l'entreprise: une piqûre de rappel administrée par la Cour de justice', *DA/OR*, numéro 135, pp. 116-118. <<http://www.crid.be/pdf/crid5978-/8636.pdf>>

General rights

Copyright and moral rights for the publications made accessible in the public portal are retained by the authors and/or other copyright owners and it is a condition of accessing publications that users recognise and abide by the legal requirements associated with these rights.

- Users may download and print one copy of any publication from the public portal for the purpose of private study or research.
- You may not further distribute the material or use it for any profit-making activity or commercial gain
- You may freely distribute the URL identifying the publication in the public portal ?

Take down policy

If you believe that this document breaches copyright please contact us providing details, and we will remove access to the work immediately and investigate your claim.

d'interprétation conforme du droit interne, de donner à ce droit, dans toute la mesure du possible, une interprétation conforme aux exigences du droit de l'Union et d'assurer, ainsi, dans le cadre de ses compétences, la pleine efficacité du droit de l'Union lorsqu'elle tranche le litige dont elle est saisie. Ce principe requiert que la juridiction nationale prenne en considération l'ensemble du droit national pour apprécier dans quelle mesure celui-ci peut recevoir une application telle qu'il n'aboutit pas à un résultat contraire au droit de l'Union (voir, en ce sens, arrêts du 19 décembre 2013, Koushkaki, C-84/12, EU:C:2013:862, points 75 et 76, ainsi que du 24 juin 2019, Popławski, C-573/17, EU:C:2019:530, point 55). Il apparaît, au vu des éléments indiqués au point précédent et sous réserve de vérification par la juridiction de renvoi, qu'une interprétation conforme aux exigences des directives 2004/48 et 2009/34 est possible en l'occurrence.

49. Au vu de tout ce qui précède, il convient de répondre à la question posée que les directives 2004/48 et 2009/24 doivent être interprétées en ce sens que la violation d'une clause d'un contrat de licence d'un programme d'ordinateur, portant sur des droits de propriété intellectuelle du titulaire des droits d'auteur de ce programme, relève de la notion d'« atteinte aux droits de propriété intellectuelle », au sens de la directive 2004/48, et que, par conséquent, ledit titulaire doit pouvoir bénéficier des garanties prévues par cette dernière directive, indépendamment du régime de responsabilité applicable selon le droit national.

Sur les dépens

50. La procédure revêtant, à l'égard des parties au principal, le caractère d'un incident soulevé devant la juridiction de renvoi, il appartient à celle-ci de statuer sur les dépens. Les frais exposés pour soumettre des observations à la Cour, autres que ceux desdites parties, ne peuvent faire l'objet d'un remboursement.

Par ces motifs, la Cour (cinquième chambre) dit pour droit : **La directive 2004/48/CE du Parlement européen et du Conseil, du 29 avril 2004, relative au respect des droits de propriété intellectuelle, et la directive 2009/24/CE du Parlement européen et du Conseil, du 23 avril 2009, concernant la protection juridique des programmes d'ordinateur, doivent être interprétées en ce sens que la violation d'une clause d'un contrat de licence d'un programme d'ordinateur, portant sur des droits de propriété intellectuelle du titulaire des droits d'auteur de ce programme, relève de la notion d'« atteinte aux droits de propriété intellectuelle », au sens de la directive 2004/48, et que, par conséquent, ledit titulaire doit pouvoir bénéficier des garanties prévues par cette dernière directive, indépendamment du régime de responsabilité applicable selon le droit national.**

(...)

Note – Du bon usage de l'open source dans l'entreprise : une piqûre de rappel administrée par la Cour de justice

Dans un arrêt du 18 décembre 2019, la Cour de justice a souligné que la violation d'une clause de licence d'un programme d'ordinateur constitue une « atteinte aux droits de propriété intellectuelle » et que le titulaire des droits de propriété intellectuelle doit dès lors pouvoir bénéficier des garanties de la directive 2004/48. Quelques explications contextuelles sont utiles afin de bien cerner la portée de cette décision (I.). L'arrêt commenté invite en outre à la prudence quant à l'usage d'éléments sous licences libres (ou open source) (II.).

I. La problématique tranchée par la Cour de justice

Dans l'arrêt commenté, la Cour de justice a sans doute mis fin à une controverse jurisprudentielle française qui avait trouvé une assise particulière dans un arrêt de la Cour d'appel de Paris du 10 mai 2016, déboutant la société Oracle d'une action en contrefaçon fondée sur la violation des droits exclusifs (action délictuelle) alors que le défendeur avait outrepassé les limites de son contrat de licence dans son utilisation du logiciel litigieux¹.

Selon cette jurisprudence, le recours du titulaire de droits ne pouvait donc être que contractuel, ce qui avait pour conséquence pratique importante de limiter sa portée à hauteur des plafonds éventuels de responsabilité convenus dans le contrat, en dépit du fait que la violation des conditions de licence portait également atteinte aux droits intellectuels².

La Cour de justice affirme sans ambiguïté que la violation d'une clause du contrat de licence d'un programme d'ordinateur relève de la notion d'atteinte aux droits de propriété intellectuelle et que, par conséquent, le titulaire doit bénéficier des garanties prévues par la Directive 2004/48 indépendamment du régime de responsabilité applicable en vertu du droit national³. Il n'est donc pas question d'une sanction potentiellement amoindrie du fait que le titulaire de droits a conclu une convention de licence dont la violation s'est traduite par une exploitation non autorisée des droits de propriété intellectuelle. La Cour souligne en effet – sans doute à l'attention de la juridiction de renvoi – que s'il revient aux Etats membres de déterminer le régime de responsabilité applicable afin de traduire en droit national les exigences de la Directive 2004/48, l'application d'un régime national de responsabilité ne peut « en aucun cas constituer

1. Paris, 10 mai 2016, *Expertises*, 2016, p. 425. Voir égal. TGI Paris (3^e ch.), 21 juin 2019, <https://www.legalis.net/jurisprudences/tgi-de-paris-3eme-ch-3eme-section-jugement-du-21-juin-2019/> (considérant que le non-respect des termes d'une licence libre – GPL en l'occurrence – constituait un grief exclusivement contractuel et ne pouvait faire l'objet d'une action en contrefaçon).

2. En ce sens, voir A. LEFÈVRE et S. BEN ABDELADHIM, « La CJUE se prononce sur la question du régime de responsabilité applicable en cas de non-respect d'une licence de logiciel (responsabilité délictuelle ou contractuelle) », <https://www.seban-associés.avocat.fr/la-cjue-se-prononce-sur-la-question-du-regime-de-responsabilite-applicable-en-cas-de-non-respect-dune-licence-de-logiciel-responsabilite-delictuelle-ou-contractuelle/?id=99694>.

3. Arrêt commenté, point 30.

un obstacle à la protection effective des droits de propriété intellectuelle du titulaire des droits d'auteur de ce programme [d'ordinateur] telle qu'établie par les directives 2004/48 et 2009/24 »⁴. La Cour de justice ne s'oppose pas au principe d'un possible double fondement juridique alternatif, mais les éventuelles particularités nationales à cet égard ne peuvent se traduire par un obstacle pratique à la protection effective des droits intellectuels. L'Avocat général CAMPOS SÁNCHEZ-BORDONA l'avait parfaitement souligné dans ses conclusions, insistant sur l'effectivité du régime de sanction prévu par le droit national⁵.

Par rapport au droit belge, l'arrêt commenté conforte la jurisprudence de la Cour de cassation qui avait décidé que « celui qui méconnaît les limites de l'autorisation d'exploitation délivrée par le titulaire des droits d'auteur ou des droits voisins commet un acte de contrefaçon, indépendamment de toute faute contractuelle »⁶, ce qui ouvre une option au titulaire de droits entre l'action contractuelle et l'action fondée sur l'atteinte aux droits exclusifs⁷.

II. L'open source dans l'entreprise : quelques enseignements indirects de l'arrêt commenté

Le principe rappelé par la Cour de justice nous offre l'opportunité de souligner son intérêt particulier pour les entreprises basant leurs activités, services ou produits sur des ressources mises à disposition sous licences libres (open source).

En effet, la diffusion sous licences libres repose précisément sur le postulat que l'œuvre est mise à disposition moyennant l'engagement de l'utilisateur de se conformer aux conditions et limites posées dans la licence libre applicable.

Si la validité ou la force obligatoire de ces licences – conclues souvent sur la seule base d'un accès aux œuvres via des bibliothèques incluant les termes de licence dans les fichiers téléchargeables contenant lesdites œuvres⁸ – est parfois discutée, leur nature contractuelle ne fait guère de doute⁹.

Sur un plan plus pragmatique, le débat sur la validité du contrat de licence open source est quelque peu théorique. En effet, dans la mesure où des actes relevant des droits exclusifs sont posés par un tiers et que l'œuvre est accessible sous une licence libre déterminée, contester la validité ou le caractère obligatoire de cette licence revient à se priver de toute

forme d'autorisation du titulaire, ce qui rend l'acte d'exploitation accompli *de facto* illicite.

Selon l'arrêt commenté, le non-respect des conditions d'un contrat de licence constitue une atteinte aux droits d'auteur. Lorsqu'une entreprise utilise des composants sous licence libre, construit ses propres logiciels avec des briques de code provenant de bibliothèques open source, elle doit donc veiller au respect scrupuleux des obligations et limites contenues dans les licences libres applicables aux différents composants ainsi utilisés. À défaut, il y aura atteinte aux droits d'auteur, ce qui peut se traduire par l'obligation de payer des dommages et intérêts aux titulaires de droits, voire par l'obligation de cesser toute forme d'exploitation des produits incorporant les composants illégalement utilisés.

Le domaine de l'open source est particulier, car les conditions contenues dans les licences libres peuvent être multiples, variées et parfois fastidieuses à mettre en œuvre dans des processus de développement où les délais sont souvent trop courts : documentation spécifique, reprise de certaines clauses des licences libres, indication claire des bibliothèques d'origine des composants, obligation de redistribuer les créations dérivées sous la même licence libre¹⁰... En dépit des éventuelles difficultés pratiques, l'exigence de se conformer à ces conditions ne peut être ignorée.

L'usage de composants open source est de plus en plus répandu dans les entreprises, car il permet de se reposer sur une communauté de développeurs et, surtout, de répondre à des impératifs de planning propres au développement de nouveaux produits. Pourtant, trop souvent, les éléments open source sont utilisés sans contrôle juridique des compatibilités de leurs licences ou de respect des conditions que ces licences posent.

L'arrêt commenté appelle les entreprises à la vigilance à cet égard. En effet, l'usage de l'open source doit se faire d'une manière rigoureuse, avec un suivi juridique approprié : identification des composants intéressants et des licences applicables, choix des composants utilisés en fonction de leur compatibilité juridique (et non seulement technique) avec les objectifs du projet concerné, vérification de la cohérence des licences libres entre elles. L'absence d'un tel suivi et d'une documentation *ad hoc* peuvent se traduire par de lourdes déconvenues.

4. Arrêt commenté, point 46.

5. C.J.U.E., C-666/18, Conclusions de l'Avocat général CAMPOS SÁNCHEZ-BORDONA, 12 septembre 2019, points 78-83.

6. Cass. (1^{re} ch.), 7 octobre 2010, *Pas.*, 2010/10, p. 2515.

7. En ce sens, voir M. LAMBRECHTS, *Licences ouvertes et réforme du droit d'auteur dans l'environnement numérique*, Bruxelles, Larcier, 2018, pp. 128-129.

8. Sans qu'il y ait parfois la moindre acceptation expresse, même via un simple clic.

9. M. LAMBRECHTS, *Licences ouvertes et réforme du droit d'auteur dans l'environnement numérique*, op. cit., p. 122. Voir aussi P. LAURENT, « Logiciels libres et droit d'auteur : naissance, titularité et exercice des droits patrimoniaux », in *Les logiciels libres face au droit*, Cahiers du CRID, Bruxelles, Bruylant, 2005, p. 72.

10. Cette dernière condition propre à certaines licences libres étant qualifiée d'« effet viral » desdites licences, dans la mesure où elle implique la contamination de la création dérivée qui incorpore les composants soumis à une licence libre incluant une telle condition.

Au-delà des risques de litige avec les titulaires de droits sur les composants utilisés (parfois sur dénonciation de concurrents), il convient d'attirer l'attention sur l'importance d'un tel suivi en matière de valorisation de l'entreprise et de ses actifs. Plus aucune décision d'investissement, de rachat d'entreprise ou de partenariat de R&D n'est prise sans une *due diligence* des actifs principaux concernés. Cela se traduit par des audits juridiques des produits, et notamment des logiciels. En cas de découverte de composants sous licence libre dont les conditions ne sont pas respectées (car pas compatibles avec l'usage qui en est fait), les candidats investisseurs ou partenaires exigeront des compensations financières, voire renonceroient à leur investissement dans le pire des cas.

Pour les entreprises utilisant de larges équipes de développement, cette gestion juridique peut s'avérer complexe à mettre en œuvre. Afin d'anticiper les possibles difficultés, il est recommandé d'assurer une formation des équipes de développement aux bonnes pratiques juridiques en matière d'open source. L'établissement de guidelines ou catalogues de bonnes pratiques internes permet également de sécuriser l'approche et de limiter les risques d'erreurs grossières.

Le recours à des sous-traitants, parfois *off-shore*, doit également inciter à la prudence, car le contrôle du respect des bonnes pratiques peut en devenir très aléatoire, ce qui n'est pas acceptable compte tenu des risques liés. Il convient donc d'insérer des clauses appropriées dans les contrats de services, afin d'encadrer le recours à des composants sous licence libre. Deux grands principes nous paraissent nécessaires à imposer : la transparence du prestataire externe sur ses pratiques et la clarté des exigences du client. Cela se traduit par différentes obligations spécifiques. En fonction des objectifs définis par les équipes de projet, un cahier de charges identifiant les licences considérées comme acceptables ou listant les licences bannies¹¹ peut ainsi être établi en concertation avec le prestataire externe pour chaque mission confiée¹². La plupart des licences libres imposent *ad minima* certaines contraintes de documentation sur l'origine des composants et les modifications qui y sont apportées. Dès lors, des obligations claires en matière de documentation sont en outre à prévoir dans le contrat avec le prestataire externe, afin d'éviter les surcoûts liés à une constitution *a posteriori* de cette documentation si elle n'est pas jointe aux développements fournis. Il est vivement recommandé de prévoir expressément la responsabilité du prestataire quant à l'exactitude des informations sur les composants utilisés et du contenu de la documentation fournie.

L'arrêt commenté constitue donc une très utile piste de rappel pour les nombreuses entreprises qui utilisent ou envisagent d'utiliser des œuvres ou composants préexistants disponibles sous licence libre. Vérifier et documenter soigneusement les composants utilisés dans leurs produits constitue en effet le moyen le plus efficace et le moins coûteux pour protéger l'investissement consenti dans le cadre de leur développement.

Alexandre CRUQUENAIRE

Avocat – Lexing ; Chargé de cours invité UNamur-CRIDS

Cour de justice européenne, 2 avril 2020

RG : C-753/18

Siège : E. Regan, I. Jarukaitis, E. Juhász, M. Ilešič, C. Lycourgos

Avocat général : M. Szpunar

Renvoi préjudiciel – Propriété intellectuelle – Droit d'auteur et droits voisins – Directive 2001/29/CE - Article 3, paragraphe 1 – Directive 2006/115/CE - Article 8, paragraphe 2 – Notion de « communication au public » – Entreprise de location de voitures ayant chacune une radio comme équipement standard

L'article 3, paragraphe 1, de la 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, ainsi que l'article 8, paragraphe 2, de la directive 2006/115/CE du Parlement européen et du Conseil, du 12 décembre 2006, relative au droit de location et de prêt et à certains droits voisins du droit d'auteur dans le domaine de la propriété intellectuelle, doivent être interprétés en ce sens que ne constitue pas une communication au public, au sens de ces dispositions, la location de véhicules automobiles équipés de postes de radio.

Prejudiciële verwijzing – Intellectuele eigendom – Auteursrecht en naburige rechten – Richtlijn 2001/29/EG - Artikel 3, lid 1 – Richtlijn 2006/115/EG - Artikel 8, lid 2 – Begrip “mededeling aan het publiek” – Autoverhuurmaatschappij waarbij elke auto een radio als standaarduitrusting heeft

Artikel 3, lid 1, van Richtlijn 2001/29/EG van het Europees Parlement en de Raad van 22 mei 2001 betreffende de harmonisatie van bepaalde aspecten van het auteursrecht en de naburige rechten in de informatiemaatschappij en artikel 8, lid 2, van Richtlijn 2006/115/EG van het Europees Parlement en de Raad, van 12 december 2006 betreffende het verhuurrecht, het

11. Car leurs conditions sont manifestement incompatibles avec les objectifs poursuivis par le client dans le cadre du projet concerné.

12. Les exigences peuvent en effet varier en fonction de l'objet de la mission. Une création à usage purement interne nécessite moins de précautions que le développement d'un produit destiné à être ensuite commercialisé par l'entreprise cliente.