

Open Source et droit des brevets

Philippe Gilliéron

Prof. remplaçant à la Faculté de droit et des sciences criminelles de l'Université de Lausanne, J.S.M. (Stanford), Avocat, Lausanne

Zusammenfassung:
Software auf «Open Source» Basis ist zu einer echten Alternative zur traditionellen Software mit Exklusivrechten geworden. Es gibt nur wenige Autoren im Urheberrecht, die sich auch für die Zusammenhänge zwischen freier Software und Patentrecht interessieren; meist wird der patentrechtliche Schutz von Software ignoriert. Was gilt aber, wenn freie Software Objekt eines Patentes wird? Wird ein «patentleft» vom «copyleft» abgeleitet? Wie behandelt man die Open Source Lizenz zu dieser Frage? Diesen und ähnlichen Fragen müssen sich die Autoren stellen und Open Source Lizenzen analysieren.

«Open Source»: inconnu des juristes il y a quelques années, rares sont aujourd'hui ceux à ne pas avoir encore rencontré ces termes. Phénomène emblématique du développement des biens communs informationnels, cité en exemple comme nouveau modèle possible de coopération sociale remettant en cause les modèles économiques traditionnels fondés sur des droits exclusifs, l'«Open Source» n'en demeure pas moins méconnu. Un rappel des grands principes le régissant (I), ainsi qu'un bref exposé des principales licences existantes (II) n'est donc pas inutile. Les rapports entretenus par l'Open Source et le droit d'auteur ayant été analysés en détail par la littérature spécialisée¹, il m'a semblé utile d'axer la présente contribution sur ces rapports avec le droit des brevets, domaine moins exploré qui n'en suscite pas moins d'importantes questions avec de véritables enjeux pratiques comme nous le verrons plus bas (III).

I. Introduction

C'est au *Massachusetts Institute of Technology* (MIT) que commence l'histoire de l'«Open Source». Travaillant en qualité de

chercheur dans le laboratoire d'intelligence artificielle du MIT, Richard Stallman se voit refuser l'accès au code source du système d'exploitation UNIX développé par la société AT&T qu'il entendait modifier pour améliorer les performances du laboratoire. Entrevoyant les limites posées par le modèle propriétaire de distribution des logiciels, Stallman prend alors deux décisions: tout d'abord, il crée en 1984 la *Free Software Foundation*² et le projet GNU³, qui joueront et continueront à jouer un rôle fondamental dans ce domaine, notamment en raison de l'adoption de la *General Public License* (GPL) que Stallman élabore avec Eben Moglen⁴ et à laquelle recourent encore aujourd'hui la majorité des logiciels libres; ensuite, Stallman décide de développer de manière totalement indépendante un système d'exploitation sur le modèle UNIX, en garantissant que ce système restera «disponible»⁵ sous un régime relevant de biens communs. Huit ans seront nécessaires à Stallman pour que le projet aboutisse, non sans avoir eu besoin d'un génie de vingt-trois ans, Linus Torvalds, qui seul parviendra finalement à développer le noyau⁶ Linux: le système GNU/Linux était né.

Si la distribution du système GNU/Linux sous la licence *General Public License* (GPL) en a assuré le succès, on dénombre aujourd'hui de très nombreuses licences «libres»⁷. Que faut-il entendre concrètement par «Open Source» ou «logiciels libres»? Quelles en sont les caractéristiques? Alors que la *Free Software Foundation* énonce quatre grands principes⁸, l'*Open Source Initiative* (OSI) en mentionne dix⁹. Suivant en cela LAWRENCE ROSEN¹⁰, j'en retiendrai cinq:

1. Le licencié est en droit d'utiliser le logiciel libre pour quelque usage que ce soit. Il en résulte en pratique que des restrictions quant au domaine d'activité (*fields of use restriction*) seront interdites.

- 1 Voir en particulier pour le droit suisse MIKE J. WIDMER, *Open Source Software – Urheberrechtliche Aspekte freier Software*, Berne 2003.
- 2 <http://www.fsf.org>.
- 3 <http://www.gnu.org>.
- 4 Eben Moglen est aujourd'hui professeur à la Faculté de droit de l'Université de Columbia, à New York.
- 5 Nous verrons plus bas ce qu'il faut entendre par là.
- 6 Concrètement, le noyau d'un système, dénommé kernel, gère l'accès aux ressources de calcul et tous les autres logiciels du système d'exploitation y font appel.
- 7 Voir le site <http://www.sourceforge.net>.
- 8 <http://www.fsf.org>.
- 9 <http://www.opensource.org>.
- 10 LAWRENCE ROSEN, *Open Source Licensing – Software Freedom and Intellectual Property Law*, Upper Saddle River 2005, pp. 8 ss.

2. Le licencié est en droit de faire des copies du logiciel libre et de les distribuer sans devoir s'acquitter de redevances en faveur du donneur de licence. Ce principe ne signifie nullement que les logiciels libres sont nécessairement gratuits, mais simplement que le licencié ne doit pas avoir à payer de redevance pour la reproduction de logiciels dont les termes d'utilisations sont définis par une licence «Open Source». Rien n'interdit en revanche que la distribution de ces logiciels à des tiers soit payante. Concrètement, cette exigence a pour effet de réduire le coût de reproduction des logiciels libres à leur coût marginal de production et de distribution¹¹;

3. Le licencié est en droit de créer une œuvre dérivée du logiciel libre et de la distribuer sans devoir s'acquitter de redevances en faveur du donneur de licence. Ce principe tient compte de la nature particulière du développement des logiciels, où chaque concepteur se réfère à ce qui a été fait précédemment pour améliorer le logiciel (*incremental and subsequential*). De manière à encourager les innovations, chaque licencié soumis à une licence «Open Source» est donc en droit de modifier tout logiciel libre comme bon lui semble;

4. Le licencié est en droit d'accéder et d'utiliser le code source du logiciel libre. Pour pouvoir modifier un logiciel, encore faut-il pouvoir accéder au code source du logiciel. Ce principe, corollaire du précédent, modifie fondamentalement les modèles propriétaires traditionnels de distribution des logiciels où le code source est gardé secret et l'accès octroyé uniquement moyennant rétribution financière. Ce principe a ainsi donné son terme au phénomène lui-même;

5. Le licencié est en droit de combiner le logiciel libre à d'autres logiciels. Conformé-

ment à l'adage *res inter alios*, ce principe implique que les licences «Open Source» ne sauraient bien entendu entraîner des restrictions quant à l'exploitation des logiciels avec lesquels le logiciel libre est utilisé. L'utilisateur qui choisit comme navigateur le logiciel Firefox, gouverné par la licence Mozilla, a bien entendu le droit d'avoir sur son ordinateur des logiciels relevant d'un modèle propriétaire comme Windows. Si le donneur de licence ne saurait donc imposer à l'utilisateur de choix quant aux logiciels à adopter, rien ne lui interdit en revanche d'exiger du licencié, son partenaire contractuel, qu'il distribue à son tour le logiciel modifié conformément aux termes de la licence; on parle alors de «licence réciproque» sur laquelle je reviendrai.

En pratique, toute licence remplissant ces conditions peut figurer sur le site de l'OSI et apposer la marque de garantie (*certification mark*) enregistrée par cet organisme, dont l'importance ne saurait être négligée puisque tous les logiciels hébergés sur le site de SourceForge¹² par exemple doivent au préalable avoir été approuvés par l'OSI¹³. Comme le souligne Aigrain, «l'utilisateur qui ne respecte pas les conditions portant sur les œuvres dérivées ne peut plus arguer avoir reçu permission d'usage, et est donc passible de poursuites pour contrefaçon. Cette utilisation du copyright pour fonder *a contrario* les biens communs fut appelée par Stallman «copyleft»¹⁴. Dit plus simplement, choisir la voie de l'«Open Source», c'est consentir à renoncer à ses droits d'auteur vis-à-vis de ses licenciés et, du même coup, à «lever» l'exercice de ses droits exclusifs, d'où le terme «copyleft». Le «Copyleft» n'implique pas pour autant le «patentleft» comme nous le verrons plus bas. Mais avant cela, intéressons-nous quelques instants aux divers modèles existants de licences libres.

II. Les catégories de licences libres

Il serait faux d'imaginer que toutes les licences libres sont équivalentes. Comme l'a exposé ROSEN dans son ouvrage¹⁵, le concepteur qui souhaite développer un projet informatique sous une licence libre aura tout intérêt à consulter un avocat spécialisé en la matière, à même de lui exposer les différentes caractéristiques des principales licences envisageables. De manière schéma-

Résumé: La distribution des logiciels sur le modèle «Open Source» s'est imposée comme une alternative viable du modèle propriétaire traditionnel basé sur l'existence de droits exclusifs. Généralement pensées en termes de droit d'auteur, rares sont les auteurs à s'être intéressés aux rapports entretenus par les licences libres avec le droit des brevets, dont l'importance pour la protection des logiciels ne saurait pourtant être ignorée. Qu'advient-il lorsqu'un logiciel exploité selon les termes d'une licence libre fait l'objet d'un brevet? Un «patentleft» doit-il être déduit du «copyleft»? Quel traitement les licences libres réservent-elles à cette question? Autant de questions auxquelles l'auteur s'efforce de répondre en se reposant sur l'examen de quelques licences libres.

11 cf. ROSEN (n. 10), p. 10.

12 <http://www.sourceforge.net>.

13 ROSEN (n. 10), p. 3.

14 PHILIPPE AIGRAIN, Cause commune – L'information entre bien commun et propriété, Paris 2005, p. 111. Voir également sur cette notion le même PHILIPPE AIGRAIN, A framework for understanding the impact of the GPL copylefting vs. non copylefting licenses, <http://opensource.mit.edu/papers/aigrain2.pdf>.

15 Cf. supra n. 10.

tique, on peut considérer qu'il existe trois catégories de licences libres, qui reposent sur des considérations différentes.

La première réside dans les licences dites «académiques». A la suite de la propriétérisation du système UNIX par AT&T en 1982, l'Université de Berkeley a veillé à développer des versions libres de ses logiciels sous divers noms utilisant les initiales BSD pour *Berkeley Software Distribution*¹⁶. La licence BSD en est l'archétype. Fondamentalement, le but poursuivi par ce type de licence réside dans la volonté de mettre à la disposition du public les logiciels, sans pour autant exiger des utilisateurs qu'eux-mêmes distribuent les modifications apportées aux logiciels sous la même licence. Aucune réciprocité n'est donc imposée aux licenciés; autrement dit, si le donneur de licence révèle le code source du logiciel original, point n'est besoin pour le licencié d'en faire de même. A défaut pour le licencié de distribuer son logiciel sous la licence BSD, seul le logiciel original est donc libre et l'on ne saurait parler de véritable «bien commun».

La seconde catégorie est constituée par les licences dites «réciproques», dont l'archétype est la licence GPL et qui comprend la très large majorité des licences libres. A la différence des licences académiques, les licences réciproques exigent des licenciés qu'ils distribuent les logiciels modifiés aux mêmes conditions que celles dont ils ont bénéficié; autrement dit, le preneur est dans l'obligation de divulguer à son tour le code source du logiciel par lui modifié pour en faire bénéficier ses propres licenciés. Ce type de licence fait donc des logiciels qui leur sont soumis de véritables «biens communs». Si la licence BSD est ainsi compatible avec la licence GPL, un logiciel dont l'exploitation est soumise dès l'origine à la

licence GPL ne peut en revanche voir son utilisation ultérieurement soumise à la licence BSD en raison de cette exigence de réciprocité¹⁷. Toutes les licences réciproques ne sont pas pour autant identiques, comme nous le verrons en examinant leurs rapports avec le droit des brevets.

Enfin, une dernière catégorie particulière réside dans les licences dites de «contenu». Celles-ci ne sont pas à proprement parler des licences «Open Source», dans la mesure où elles ont pour but d'assurer la libre distribution d'œuvres protégées par le droit d'auteur autres que les logiciels. Aucune divulgation de code source, par essence inexistant, n'a donc lieu pour cette catégorie. La licence type en la matière est la «*Creative Commons*»¹⁸, qui permet au titulaire de renoncer en tout ou partie à l'application de ses droits exclusifs pour garantir l'exploitation de ses œuvres aux conditions définies contractuellement: autorisation d'exploiter l'œuvre à des fins commerciales ou non, de l'utiliser pour en faire une œuvre dérivée ou non. L'éventail possible est évidemment large. Bien que différentes, les licences de contenu poursuivent donc un but similaire aux licences «Open Source», en ce sens qu'elles visent à garantir une large diffusion d'œuvres érigées au rang de «biens communs».

Après ces quelques remarques introductives, il est temps de nous intéresser au cœur de notre sujet, à savoir les rapports entretenus par les licences libres avec le droit des brevets.

III. Open Source et droit des brevets

A. L'importance du droit des brevets dans le domaine informatique

Le droit suisse n'est guère favorable à la brevetabilité des logiciels. Considérés à tort ou à raison comme de simples indications à l'esprit humain¹⁹, les logiciels sont ainsi avant tout protégés par le droit d'auteur.

Bien qu'initialement restrictive dès lors que l'art. 52(2) al. 2 lit. c CBE²⁰ dispose que les programmes d'ordinateurs ne sont pas considérés comme des inventions, la jurisprudence de la Chambre des recours s'est peu à peu assouplie avec les arrêts *Sohei*²¹ et *IBM*²². Plus de 30'000 brevets auraient

16 AIGRAIN (n. 14), 109.

17 En effet, soumettre à la BSD l'exploitation d'un logiciel modifié originellement soumis à la GPL impliquerait pour les licenciés du logiciel modifié le droit de le distribuer sans divulguer le code source, ce que la GPL tend justement à interdire par la clause de réciprocité.

18 <http://www.creativecommons.org>.

19 ATF 98 Ib 396.

20 Convention du 5 octobre 1973 sur la délivrance des brevets européens, RS 0.232.142.2.

21 JO OEB 1995 525, T769/92.

22 JO OEB 1999 609, T1173/97.

aujourd'hui été délivrés en la matière²³. Les défenseurs et opposants à la brevetabilité des logiciels n'en continuent pas moins de s'affronter; longtemps débattu, le projet de directive concernant la brevetabilité des logiciels a finalement été rejeté en seconde lecture le 6 juillet 2005 par le Parlement européen²⁴.

Si la brevetabilité des logiciels demeure controversée aux Etats-Unis et suscite de nombreux débats²⁵, le principe n'en est pas moins acquis depuis 1994 et l'affaire *Alla-pat*²⁶. Preuve en est le fait que, parmi les sociétés ayant déposé le plus de brevets aux Etats-Unis au cours de ces dernières années, IBM, HP, Micron ou Intel figurent dans le haut du classement, avec près de 3'000 brevets délivrés 2005 pour IBM²⁷. Le laxisme²⁸ dont fait preuve le *United States Patent and Trademark Office* (USPTO) dans la délivrance des brevets «informatiques» pousse en effet les sociétés informatiques à constituer d'importants portefeuilles défensifs en la matière, de manière à dissuader d'éventuels plaideurs à agir en violation de brevets au risque de se voir tenter une action reconventionnelle pour violation d'un autre brevet. La création de larges portefeuilles (*patent thickets*) pousse ainsi les entreprises actives dans le domaine à négocier et à se concéder des licences croisées sur certaines parties de leurs portefeuilles respectifs.

Etant donné l'importance des sociétés de la Silicon Valley en la matière, on ne saurait ignorer le rôle joué par le droit des brevets dans la protection des logiciels. Or, en définissant les droits concédés, la terminologie des licences libres se réfère essentiellement au droit d'auteur, en parlant tour à tour de «copy», «distribute», «modify», «publish» ou «display», laissant dans la plupart des cas de côté les notions de «use», «make», «have made», «sell» ou «offer to sell» afférentes au droit des brevets. Pourtant, il n'est pas rare aujourd'hui que les logiciels exploités soient protégés en sus du droit d'auteur par le droit des brevets. Qu'advient-il au licencié lorsque le logiciel exploité en application d'une licence libre fait l'objet d'un ou de multiples brevets? Doit-on déduire du «copyleft» un éventuel «patentleft»?

Loin d'être théorique, la question fait actuellement l'objet d'un important contentieux entre les sociétés *SCO* et *Novell*, aux

termes duquel la première prétend que le système GNU/Linux distribué en particulier par la seconde violerait certains brevets dont elle serait titulaire sur le système UNIX²⁹. Inutiles de souligner les conséquences importantes que cette affaire pourrait avoir³⁰. Ses répercussions se font déjà sentir, puisque la ville de Munich a renoncé à équiper son infrastructure informatique de systèmes Linux aussi longtemps que la question de l'impact des brevets sur les logiciels libres ne serait pas éclaircie³¹. Sans même m'interroger sur l'issue possible de ce litige, je propose dans la suite de cette contribution de passer en revue quelques licences qui me semblent dignes d'intérêt pour examiner la manière dont elles traitent du droit des brevets et les conséquences qu'il faut en tirer.

B. Les licences libres et le droit des brevets

Je commencerai par la GPL (1.) avant d'examiner les *Mozilla Public License* (MPL) (2.), *Common Public License* (3.) et *Open Software License* (OSL) (4.).

1. La General Public License (GPL)

La version de la licence actuellement en vigueur est la version numéro 2, ce depuis le

- 23 LUCIE GUIBAULT, *Paradigm Shift in European Intellectual Property? From Microsoft to Linux*, in *Lex Electronica*, vol. 10, n° 3, Hiver 2006, accessible à <http://www.lexelectronica.org/articles/v103/guibault.htm>.
- 24 http://fr.wikipedia.org/wiki/Brevet_logiciel_en_Europe.
- 25 Voir par exemple, récemment et parmi beaucoup d'autres: DAVID S. EVANS/ANNE LAYNEFARRAR, *Software Patents and Open Source: The Battle over Intellectual Property Rights*, à paraître dans *VA. J.L. & TECH.* (2007), accessible à l'adresse http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=533442; ROBERT PLOTKIN, *Software Patentability and Practical Utility: What's the Use?*, 19 *INT'L R. L., COMPUTERS & TECH.* 23 (2005); ANDRES GUADAMUZ, *The Software Patent Debate*, 1 *J. IP L. & PRACTICE* 196 (2006).
- 26 *In re Alappat*, 33 F.3d 1526 (Fed.Cir. 1994).
- 27 IBM figure largement en tête de liste avec 2'941, suivi par Canon avec 1'828. HP est troisième avec 1'797, tandis que Micron et Intel sont respectivement 6 et 7ème, avec 1'561 et 1'549 brevets délivrés (<http://www.uspto.gov/web/offices/com/speeches/0603.htm>).
- 28 Point toutefois combattu dans une certaine mesure par EVANS/FARRAR dans l'article précité n. 25.
- 29 Cette présentation en dix mots schématise évidemment un litige fort complexe. Pour un site entièrement consacré au litige, voir <http://www.groklaw.net>. Cf. également ROSEN (n. 10), pp. 290 ss et ANDRES GUADAMUZ, *Legal challenges to open source licenses*, (2005) 2:2 *SCRIPTed*.
- 30 Contra ROSEN (n. 10), pp. 290 ss, pour qui le litige n'aura en réalité que peu d'influence sur l'avenir des logiciels libres. La réaction de la ville de Munich me laisse penser qu'il pourrait en aller autrement.
- 31 *Linux Business Week Desk, Concerns Over Patent Infringement, Munich Calls Halt to Linux Switch*, *Linux World*, 5 août 2004, <http://www.linuxworld.com/story/45825.htm>.

mois de juin 1991. Les dispositions topiques pour le sujet qui nous intéresse sont les chiffres 7 et 8, ainsi rédigés:

«7. If, as a consequence of a court judgment or allegation of patent infringement or for any other reason (not limited to patent issues), conditions are imposed on you (whether by court order, agreement or otherwise) that contradict the conditions of this License, they do not excuse you from the conditions of this License. If you cannot distribute so as to satisfy simultaneously your obligations under this License and any other pertinent obligations, then as a consequence you may not distribute the Program at all. For example, if a patent license would not permit royalty-free redistribution of the Program by all those who receive copies directly or indirectly through you, then the only way you could satisfy both it and this License would be to refrain entirely from distribution of the Program. [...]».

«8. If the distribution and/or use of the Program is restricted in certain countries either by patents or by copyrighted interfaces, the original copyright holder who places the Program under this License may add an explicit geographical distribution limitation excluding those countries, so that distribution is permitted only in or among countries not thus excluded. In such case, this License incorporates the limitation as if written in the body of this License».

Richard Stallman et Eben Moglen ont retenu dans la seconde version de la GPL une solution pragmatique. A partir du moment où un logiciel exploité en application de la licence GPL fait l'objet d'une prétention qui en empêche l'utilisation selon les termes contractuels, le licencié n'a d'autre choix que de renoncer purement et simplement à la distribution du logiciel³². Tel

peut en particulier être le cas lorsque des éléments brevetés sont incorporés au logiciel dont le code source est exploité en application de la licence GPL. L'existence d'un tel brevet rend du même coup impossible l'exploitation du logiciel puisque, sauf licence ne prévoyant aucune redevance (*royaltyfree license*), il interdit la distribution gratuite du logiciel sans l'accord exprès du titulaire du brevet. Dans son ouvrage, ROSEN écrit ne pas comprendre en quoi une décision judiciaire concernant un brevet empêcherait l'exécution des obligations de réciprocité et de paternité caractéristiques de la licence GPL comme l'implique le chiffre 7³³. J'avoue quant à moi ne pas comprendre cette remarque dont la portée m'échappe sans doute: l'exigence de réciprocité impliquant l'obligation pour le licencié de distribuer son logiciel gratuitement³⁴, la distribution d'un logiciel revient à le mettre en circulation et peut ainsi contrevenir à l'existence d'un brevet portant sur le logiciel. GUIBAULT semble du même avis³⁵. Le lien me semble donc assez simple, mais sans doute ROSEN y voit-il une nuance qui m'échappe. Comme le souligne les auteurs précités, la rédaction du chiffre 7 laisse il est vrai quelque peu perplexe, puisque ce chiffre distingue les «*obligations pertinent to this License*» des «*any other pertinent obligations*», sans indiquer ce que recourent ces dernières³⁶; pourrait-il s'agir d'obligations résultants d'engagements passés avec des tiers? Je vois difficilement en quoi le non respect d'obligations extérieures au contrat pourrait entraîner la fin de la licence GPL, mais force est d'admettre qu'il est quoi qu'il en soit difficile de faire l'exégèse de cette disposition, de sorte que la question doit rester indécise.

Une interprétation littérale du chiffre 7 pourrait laisser croire qu'il suffit d'invoquer la violation d'un brevet pour entraîner l'interdiction de distribuer le logiciel («*allegation of patent infringement*»). Il n'en est rien. Si une injonction judiciaire confirmant la validité et la violation d'un brevet n'est pas nécessaire, l'ouverture d'une action judiciaire est en revanche exigée; une simple mise en demeure ne suffit pas³⁷. A dire vrai, le fait que la seule ouverture d'une action judiciaire suffise à entraîner l'application du chiffre 7 et, du même coup, mettre un terme à la distribution possible du logiciel, me semble critiquable,

32 On relèvera que le droit de reproduction et de créer des œuvres dérivées n'est en revanche pas touché.

33 ROSEN (n. 10), p. 135.

34 Le chiffre 2 lit. b de la licence GPL prévoit ainsi que: «You must cause any work that you distribute or publish, that in whole or in part contains or is derived from the Program or any part thereof, to be licensed as a whole at no charge to all third parties under the terms of this License.»

35 GUIBAULT (n. 23), p. 23.

36 GUIBAULT (n. 23), p. 28; ROSEN (n. 10), p. 134.

37 Dans ce sens: GUIBAULT (n. 23), p. 28; ROSEN (n. 10), p. 134.

puisque le licencié devra renoncer à distribuer son logiciel avant même de connaître l'issue du procès. Force est cependant d'admettre que ce chiffre tel que rédigé distingue clairement la décision judiciaire («*court judgment*») de la simple allégation de violation du brevet («*allegation of patent infringement*»), toutes deux constituant des hypothèses mettant un terme à la licence. On imagine sans peine les pertes financières considérables qui peuvent résulter d'un procès en contrefaçon de brevet de plusieurs années s'avérant infondé par la suite. Or, ces pertes seront d'autant plus regrettables que, sauf pour le titulaire du brevet à avoir requis et obtenu en cours d'instance des mesures provisoires s'avérant ultérieurement infondées et qui pourraient justifier le remboursement du dommage subi par l'exploitant du logiciel³⁸, ce dernier devra supporter ses propres pertes, sans pouvoir s'en prendre au donneur de licence puisqu'il a expressément consenti au chiffre 7 et à l'exonération de responsabilité figurant au chiffre 11 de la licence GPL. Partant, libre au licencié de décider s'il entend assumer le risque financier découlant du procès et continuer à distribuer le logiciel nonobstant la litispendance, quitte à devoir s'acquitter d'un certain montant à titre de redevances pour le passé et pour l'avenir. La décision, économique, dépendra donc en grande partie de l'importance du logiciel pour les activités du licencié concerné.

Enfin, le chiffre 8 est un rappel du principe de territorialité qui régit les droits de propriété intellectuelle et permet à l'exploitant du logiciel d'en interdire l'utilisation dans les pays où elle contreviendrait à d'autres droits exclusifs existants.

Ces dispositions étant expliquées, la question se pose de savoir si l'on pourrait déduire du «*copyleft*» un «*patentleft*»? Cette question semble devoir trouver une réponse négative en droit américain. Selon ROSEN, la licence GPL est la seule à devoir être interprétée comme une pure licence de droit d'auteur, et non comme un contrat³⁹; il en résulte selon cet auteur qu'on ne saurait conclure à l'octroi implicite d'une licence de brevet, laquelle ne saurait se présumer⁴⁰. En vat-t-il de même en droit suisse? De prime abord, la nature exclusive du droit au brevet s'oppose à admettre l'octroi d'une li-

cence implicite, puisqu'il revient au titulaire de décider si, quand et de quelle manière il autorise l'exploitation de son droit. Or, on ne saurait déduire d'une licence de droit d'auteur une licence portant sur un droit d'une autre nature, ce d'autant plus que de nombreuses questions telle l'étendue de cette licence resteraient indécises. D'un autre côté, force est d'admettre que la conclusion d'un contrat de licence n'est soumise à aucune forme en droit suisse, et que rien ne s'oppose par conséquent théoriquement à l'octroi tacite d'une licence de brevet⁴¹. Pourrait-on dès lors soutenir que l'octroi d'une licence «Open Source» implique nécessairement l'octroi de tous les droits nécessaires à l'exécution des obligations découlant de la licence et, du même coup, également ceux en matière de brevets, sauf à conclure un contrat impossible *ab initio*? Prétendre trancher la question sur ces quelques pages serait présomptueux. Force est en tous les cas d'admettre que l'abus de droit ne serait à mon avis pas loin pour celui qui, tout en connaissance l'existence de brevets portant sur des logiciels, autoriserait l'exploitation de ce logiciel tout en taisant l'existence de ses brevets pour s'en prévaloir le cas échéant ultérieurement. On ne saurait toutefois exclure que le donneur de licence ignore le fait que le logiciel en question porte sur l'un de ses brevets étant donné le volume important des portefeuilles en la matière. Une action en violation de brevets ne saurait toutefois être admise à la légère selon moi: d'une part, c'est au donneur de licence qu'il incombe d'être vigilant dans l'octroi de la licence, et l'on ne saurait faire supporter au licencié qui a exploité de bonne foi le logiciel conformément à la licence GPL les conséquences de la négligence du donneur de li-

38 Cf. par exemple art. 107 CPC.

39 ROSEN (n. 10), p. 140. La distinction semble étrange pour le juriste européen, puisque toute licence est par essence un contrat. Rappelons qu'aux Etats-Unis, les conflits relatifs au droit contractuel relèvent des divers Etats, tandis que les conflits relatifs aux droits de propriété intellectuelle relèvent des juridictions fédérales. Le traitement explicite d'une «licence» comme définissant uniquement l'étendue des droits de propriété intellectuelle conférés a donc pour effet d'exclure toute nature contractuelle à d'éventuels conflits et, du même coup, toute compétence d'un Etat qui interpréterait l'étendue des droits selon les règles applicables en matière contractuelle. Je n'entrerai pas plus dans ces détails qui nous éloigneraient par trop du sujet traité.

40 ROSEN (n. 10), p. 126.

41 Cf. PETER HEINRICH, PatG/EPÜ, Zurich 1998, ad art. 34 n° 34.09.

cence dans son obligation de *due diligence*; d'autre part, dès l'instant où le donneur de licence a consenti à ce que l'exploitation de son logiciel soit régi par la licence GPL, on pourrait soutenir qu'il a lui-même décidé que le développement de son logiciel dont il connaissait les fonctionnalités ait lieu sous une forme «libre» et que, par conséquent, il ne saurait unilatéralement revenir en arrière en contestant l'octroi de ce mode de coopération pour lequel il a lui-même opté. L'octroi implicite d'une licence de brevet ne serait donc que le résultat d'une application rigoureuse de l'adage *contra venire factum proprium est*. Cette question, *a priori* centrale dans le litige opposant *SCO* à *Novell*, donnera certainement lieu à de passionnantes constructions juridiques.

Cette question pourrait quoi qu'il en soit perdre de son intérêt à l'avenir, puisque le projet de révision de la licence GPL actuellement en cours prévoit en son chiffre 11 que les utilisateurs prendraient l'engagement de ne pas agir en violation de leurs brevets lorsque ces derniers porteraient sur le logiciel objet de la licence⁴². La révision de la licence étant cependant âprement discutée, je renonce à m'étendre plus en détail sur son examen pour me concentrer ici sur l'analyse du «droit» positif.

2. La Mozilla Public License (MPL)

Selon les chiffres 2.1 (b) et (d) de la version 1.1 en vigueur:

«2.1 (b) The Initial Developer hereby grants You a worldwide, royalty-free, nonexclusi-

ve license, subject to third party intellectual property claims under Patent Claims infringed by the making, using or selling of Original Code, to make, have made, use, practice, sell, and offer for sale, and/or otherwise dispose of the Original Code (or portions thereof). [...]. (d) Notwithstanding Section 2.2(b) above, no patent license is granted: 1) for code that You delete from the Original Code; 2) separate from the Original Code; or 3) for infringements caused by: i) the modification of the Original Code or ii) the combination of the Original Code with other software or devices».

Le brevet peut concerner aussi bien un produit qu'un procédé ou une méthode puisque, au terme du chiffre 1.10.1, «Patent Claims» means any patent claim(s), now owned or hereafter acquired, including without limitation, method, process, and apparatus claims, in any patent Licensable by grantor». On remarquera tout d'abord l'étendue limitée de la licence de brevet, puisqu'elle ne s'étend qu'au «Original Code», soit au «Source Code of computer software code which is described in Exhibit A as Original Code, and which, at the time of its release under this License is not already Covered Code governed by this License». Autrement dit, la licence de brevet ne va permettre au licencié que d'utiliser le code source défini à l'annexe A au contrat de licence.

Selon ROSEN, il en résulte qu'à chaque modification du logiciel, il y aura lieu d'examiner si le code source objet du brevet est maintenu, dès lors que le chiffre 2.1 (d) précise que la suppression de tout ou partie de ce code n'est pas couvert par la licence, pas plus en principe que ses modifications⁴³. Encore faut-il que la suppression de lignes ou les modifications apportées puissent être considérées comme une violation du brevet, question qui devra être tranchée de cas en cas suivant le droit applicable. Si tel est le cas, une licence additionnelle devra être négociée. De même le code source tel que concédé aux termes de la licence ne pourra-t-il être incorporé dans d'autres logiciels, puisque le chiffre 2.1(d) en interdit la séparation pour l'incorporer dans des logiciels de tiers. Dans toutes les hypothèses envisagées au chiffre 2.1(d), des licences additionnelles devront ainsi le cas échéant être négociées.

42 Le chiffre 11 est ainsi rédigé: «You receive the Program with a covenant from each author and conveyor of the Program, and of any material, conveyed under this License, on which the Program is based, that the covenanting party will not assert (or cause others to assert) any of the party's essential patent claims in the material that the party conveyed, against you, arising from your exercise of rights under this License. If you convey a covered work, you similarly covenant to all recipients, including recipients of works based on the covered work, not to assert any of your essential patent claims in the covered work. If you convey a covered work, knowingly relying on a nonsub licensable patent license that is not generally available to all, you must either (1) act to shield downstream users against the possible patent infringement claims from which your license protects you, or (2) ensure that anyone can copy the Corresponding Source of the covered work, free of charge and under the terms of this License, through a publicly available network server or other readily accessible means. Nothing in this License shall be construed as excluding or limiting any implied license or other defenses to infringement that may otherwise be available to you under applicable patent law».

43 ROSEN (n. 10), pp. 149150.

L'un des buts recherchés par les licences libres étant d'encourager l'innovation, on peut sans peine imaginer qu'un participant (appelé «Contributor») découvre un nouveau domaine d'application pour le code source tel que breveté, ou que les modifications par lui apportées justifient la délivrance d'un nouveau brevet, qu'il soit dépendant ou indépendant du ou des brevets portant sur la version originelle du logiciel. Autrement dit, au fil du temps, le logiciel modifié peut faire l'objet de multiples brevets portant sur tout ou partie du code source, raison pour laquelle le chiffre 2.2 (b) de la licence MPL prévoit que chaque participant aux modifications subséquentes du logiciel original concède une licence similaire à leurs propres licenciés. On imagine aisément les difficultés qui s'en suivront pour déterminer si les portions de code source brevetées ont été maintenues comme l'exigent les chiffres 2.1 (d) et 2.2 (d) et, le cas échéant, si leur suppression constitue une violation ou non des brevets concernés.

Si les chiffres 2.1 et 2.2 de licence MPL prévoient ainsi, dans un cadre certes limité, que les participants concèdent aux utilisateurs une licence portant sur le(s) brevet(s) dont le code source fait l'objet, ces chiffres ne répondent pas à la question de savoir quel traitement doit être réservé au tiers qui invoque une violation de son brevet résultant de l'exploitation du logiciel libre. La licence MPL apporte deux réponses à cette question:

La première, contenue au chiffre 3.4 (a), prévoit une obligation d'information sous la forme d'une notice indiquant la revendication émise par un titulaire de droits exclusifs donnés⁴⁴, de manière à permettre aux utilisateurs de contacter ce tiers pour le cas échéant négocier une licence si les utilisateurs l'estiment nécessaire. Le non respect de cette obligation peut entraîner la résiliation de la licence s'il n'y est pas remédié dans un délai de trente jours, conformément au chiffre 8.1. Sans prétendre résoudre la question par manque de place, on peut s'interroger sur les effets juridiques de cette obligation d'information: l'utilisateur faisant l'objet d'une injonction qu'il ne pouvait prévoir en l'absence d'une telle notice pourrait-il prétendre à des dommages-intérêts de la part de son

donneur de licence? On peut en douter, ne serait-ce que pour deux raisons: d'une part, il lui faudra tout d'abord démontrer que le participant avait connaissance ou ne pouvait ignorer l'existence du brevet en question, ce qui s'avérera bien souvent difficile sinon impossible; de plus, étant donné l'absence de garantie et l'exonération de responsabilité ancrées aux chiffres 7 et 9, la licence laisse penser que la violation de cette disposition pourrait demeurer sans effet juridique. Les rapports entre l'obligation d'information et ces exonérations mériteraient toutefois d'être examinés plus en détails. A noter enfin que cette obligation, rédigée comme suit, n'est imposée qu'aux participants (*Contributor*), à l'exclusion de celui qui a développé le logiciel originel (*Initial Developer*):

«*Third Party Claims*. If Contributor has knowledge that a license under a third party's intellectual property rights is required to exercise the rights granted by such Contributor under Sections 2.1 or 2.2, Contributor must include a text file with the Source Code distribution titled «LEGAL» which describes the claim and the party making the claim in sufficient detail that a recipient will know whom to contact. If Contributor obtains such knowledge after the Modification is made available as described in Section 3.2, Contributor shall promptly modify the LEGAL file in all copies Contributor makes available thereafter and shall take other steps (such as notifying appropriate mailing lists or newsgroups) reasonably calculated to inform those who received the Covered Code that new knowledge has been obtained».

La seconde, prévue aux chiffres 8.2 et 8.3, vise l'hypothèse où le licencié invoquerait la violation de l'un de ses brevets. Ces dispositions prévoient:

«8.2 If You initiate litigation by asserting a patent infringement claim (excluding declaratory judgment actions) against Initial Developer or a Contributor (the Initial Developer or Contributor against whom You file such action is referred to as «Participant») alleging that:

44 L'obligation ne vise pas uniquement les brevets, mais tous droits de propriété intellectuelle possibles.

a) such Participant's Contributor Version directly or indirectly infringes any patent, then any and all rights granted by such Participant to You under sections 2.1 and/or 2.2 of this License shall, upon 60 days notice from Participant terminate prospectively, unless if within 60 days after receipt of notice you either: (i) agree in writing to pay Participant a mutually agreeable reasonable royalty for Your past and future use of Modifications made by such Participant, or (ii) withdraw Your litigation claim with respect to the Contributor Version against such Participant. If within 60 days of notice, a reasonable royalty and payment arrangement are not mutually agreed upon in writing by the parties or the litigation claim is not withdrawn, the rights granted by Participant to You under Sections 2.1 and/or 2.2 automatically terminate at the expiration of the 60 day notice period specified above.

b) any software, hardware, or device, other than such Participant's Contributor Version, directly or indirectly infringes any patent, then any rights granted to You by such Participant under Sections 2.1(b) and/or 2.2(b) are revoked effective as of the date You first made, used, sold, distributed, or had made, Modifications made by that Participant.

8.3 If you assert a patent infringement claim against Participant alleging that such Participant's Contributor Version directly or indirectly infringes any patent where such claim is resolved (such as by license or settlement) prior to the initiation of patent infringement litigation, then the reasonable

value of the licenses granted by such Participant under Sections 2.1 or 2.2 shall be taken into account in determining the amount or value of any payment or license».

En résumé, la licence n'est octroyée qu'aus-
si longtemps qu'aucune action n'est inten-
tée à l'encontre du concepteur originel ou
des participants. Dès l'instant où l'utilisa-
teur invoque la violation de l'un de ses bre-
vets, le contrat prend fin, et avec lui le
droit d'exploiter le logiciel libre aux termes
de la licence; peu importe que la violation
alléguée porte sur le logiciel libre objet de
la licence ou un autre⁴⁵. C'est dire que
l'obligation est particulièrement large puis-
qu'elle s'étend en réalité bien au-delà de
l'objet même de la licence et couvre tous
les logiciels et appareils conçus et dévelop-
pés par l'ensemble des participants (com-
pris comme «*Initial Developer*» et «*Contribu-
tor*»). On relèvera toutefois que seule la li-
cence de brevet prend fin lorsque l'action
porte sur un logiciel, équipement ou appa-
reil autre que le logiciel libre faisant l'objet
du contrat⁴⁶, alors que c'est l'ensemble du
contrat qui est touché lorsque l'action est
intentée à l'encontre du logiciel libre⁴⁷. On
peut se demander si, au regard du droit
suisse, une telle obligation impliquant une
renonciation anticipée à ses droits est vala-
ble; s'agissant de droits dont les parties
peuvent librement disposer, on peut le
penser. En tous les cas, l'utilisateur qui en-
visage d'exploiter un logiciel libre en appli-
cation de la licence Mozilla aura tout inté-
rêt à effectuer une *due diligence* préventive
et à s'assurer que d'éventuels brevets dont
il serait titulaire ne sont pas violés car les
conséquences pourraient s'avérer désas-
treuses pour lui.

En conférant ce moyen de défense aux par-
ties contractuelles, la licence MPL tire les
conséquences logiques de l'autorisation
conçédée aux participants de breveter leur
contribution au « logiciel » originel. Auto-
riser l'enregistrement de brevets résultant
du développement ultérieur du logiciel
sans interdire aux titulaires de s'en préva-
loir permettrait en effet à ces derniers d'in-
voquer la violation de leur brevet à l'en-
contre de futurs licenciés, en contrariété
avec la finalité de la licence libre. Cette mé-
thodologie a été reprise sous une forme
modifiée dans d'autres licences. Nous en
examinerons deux :

45 Chiffre 8.2 (b): «any software, hardware, or device, other than such Participant's Contributor Version [...]».

46 Chiffre 8.2 (b): «[...] then any rights granted to You by such Participant under Sections 2.1(b) and/or 2.2(b) are revoked [...]».

47 Chiffre 8.2 (a): «[...] then any and all rights granted by such Participant to You under sections 2.1 and/or 2.2 of this License [...]».

48 Aux termes de ce chiffre: «Subject to the terms of this Agreement, each Contributor hereby grants Recipient a nonexclusive, worldwide, royaltyfree patent license under Licensed Patents to make, use, sell, offer to sell, import and otherwise transfer the Contribution of such Contributor, if any, in source code and object code form. This patent license shall apply to the combination of the Contribution and the Program if, at the time the Contribution is added by the Contributor, such addition of the Contribution causes such combination to be covered by the Licensed Patents. The patent license shall not apply to any other combinations which include the Contribution, No hardware per se is licensed hereunder». Pour ceux que l'exégèse de cette disposition que je ne peux faire par manque de place intéresse, voir ROSEN (n. 10), pp. 163 ss.

3. La Common Public License (CPL)

A l'image de la licence MPL, la licence CPL prévoit également l'octroi d'une licence de brevets en sus de la licence de droit d'auteur, conformément au chiffre 2 (b)⁴⁸. Pour des raisons de place, nous nous concentrerons toutefois sur le moyen de défense prévu lors de l'action en violation de brevet intentée par un utilisateur. Selon le deuxième paragraphe du chiffre 7 de la licence MPL:

«7. GENERAL

[...] If Recipient institutes patent litigation against a Contributor with respect to a patent applicable to software (including a crossclaim or counterclaim in a lawsuit), then any patent licenses granted by that Contributor to such Recipient under this Agreement shall terminate as of the date such litigation is filed. In addition, if Recipient institutes patent litigation against any entity (including a crossclaim or counterclaim in a lawsuit) alleging that the Program itself (excluding combinations of the Program with other software or hardware) infringes such Recipient's patent(s), then such Recipient's rights granted under Section 2(b) shall terminate as of the date such litigation is filed».

Le moyen de défense prévu par la licence CPL est similaire à celui prévu par la licence MPL en ce sens que l'action en violation de brevet intentée par un utilisateur (*Recipient*) entraîne la fin de la licence. Elle n'en recèle pas moins des différences importantes: tout d'abord, seule la licence de brevet concédée aux termes du chiffre 2 (b) de la licence CPL prend fin (any patent licenses granted by that Contributor to such Recipient under this Agreement shall terminate), tandis que la licence de droit d'auteur concédée au chiffre 2 (a) continue. C'est dire que, de ce point de vue, la licence CPL est plus généreuse que la licence MPL qui prévoit la fin du contrat dans son entier. Cette restriction s'explique en raison du fait que la licence a été développée par IBM, qui détient le portefeuille de brevets le plus important au monde. Pour cette société, menacer ses licenciés de mettre fin à la licence de brevets concédée représente donc un risque à prendre très sérieusement en ligne de compte, sans qu'il lui soit nécessaire de rajouter une pression supplémentaire en menaçant de mettre également fin à la licence de droit d'auteur. Si

cette licence est donc appropriée pour les sociétés qui disposent d'un portefeuille de brevets importants et qui peuvent l'utiliser comme moyen de pression, elle l'est beaucoup moins pour la plupart des sociétés qui souhaitent développer leurs activités au moyen de logiciels libres et qui ne disposent pas d'un portefeuille de brevets conférant un poids réel à cette menace⁴⁹. Pour ces sociétés, opter pour la licence OSL que nous examinerons plus bas est préférable.

La licence CPL est plus restreinte dans son champ d'application que la licence MPL. En effet, si elle prévoit certes la fin du contrat dès l'instant où l'action est intentée à l'encontre de n'importe quel logiciel de l'utilisateur (*patent applicable to software*), ce qui est déjà relativement large, elle n'étend toutefois pas cet effet aux actions en violation intentées à l'encontre des équipements (*hardware*) et autres appareils (*devices*) comme le fait la licence MPL. Elle est en revanche plus sévère à deux égards: tout d'abord, la licence de brevet prend fin non seulement lorsque l'action est intentée à l'égard de l'utilisateur (*Recipient*), mais de tout sujet de droit (*any entity*)⁵⁰. Ensuite, elle ne prévoit aucun motif réparateur qui permettrait d'éviter la fin de la licence de brevet tel un retrait d'action au contraire de la licence MPL; dès l'instant où l'action judiciaire est intentée, le contrat prévoit l'expiration de la licence de brevet. Libre il est vrai aux parties d'en décider autrement si l'instance devait aboutir à une transaction judiciaire.

4. La Open Software License (OSL)

A l'image des licences MPL et CPL, la licence OSL confère également à ses licenciés une licence de brevet sur l'«*Original Work*», définie comme «*any original work of authorship*», soit l'œuvre dans son ensemble.

49 Cf. ROSEN (n. 10), p. 213.

50 Comme le relève ROSEN (n. 10), p. 171, on peut s'étonner de la rédaction de ce chiffre puisque la première phrase prévoit la fin de «any patent licenses granted by that Contributor to such Recipient under this Agreement», tandis que la seconde prévoit la fin des «rights granted under Section 2(b)». Or, le chiffre 2 (b) concerne précisément les licences de brevet octroyées aux termes du contrat, de sorte que la raison d'être de cette distinction demeure incertaine.

51 Le chiffre 2 est ainsi rédigé: «Licensor grants You a worldwide, royalty-free, nonexclusive, sublicensable license, under patent claims owned or controlled by the Licensor that are embodied in the Original Work as furnished by the Licensor, for the duration of the patents, to make, use, sell, offer for sale, have made, and import the Original Work and Derivative Works».

ble et pas uniquement le code source⁵¹. Le chiffre 10 de la version 3 actuellement en vigueur prévoit un moyen de défense à l'encontre d'actions intentées par un utilisateur en violation de ses brevets:

«10. Termination for Patent Action

This License shall terminate automatically and You may no longer exercise any of the rights granted to You by this License as of the date You commence an action, including a crossclaim or counterclaim, against Licensor or any licensees alleging that the Original Work infringes a patent. This termination provision shall not apply for an action alleging patent infringement by combinations of the Original Work with other software or hardware».

Comparée à la solution retenue par les licences MPL et CPL, la licence OSL opte pour une solution qui me semble plus nuancée et adéquate. A la différence de la licence MPL, l'application du chiffre 10 a lieu ensuite de n'importe quelle action en violation de brevet, soit également lors d'une action en constatation de droit, qui est expressément exclue par le chiffre 8.2. de la licence MPL. Elle est également plus large en ce sens que le chiffre 10 s'étend à une action en violation de brevet portant sur le logiciel libre qui serait intentée à l'encontre de n'importe qui, alors que les licences MPL et CPL limitent la portée de leur moyen de défense aux actions intentées contre les «participants». En revanche, l'action en violation de brevet ne peut porter que sur le logiciel libre faisant l'objet de la licence, à l'exclusion d'un autre logiciel comme le permettent les licences MPL et CPL; c'est là une différence fondamentale, puisque le licencié n'aura pas à craindre de ne pouvoir faire usage de son portefeuille de brevets à l'encontre des «participants» s'il devait s'avérer que ces derniers exploitent d'autres logiciels violant ses droits. Enfin, à la différence de la licence CPL, ce n'est pas uniquement la licence de brevet qui prend fin, mais tout le contrat, soit également la licence de droit d'auteur.

IV. Conclusion

Pensé à l'origine en termes de droit d'auteur, les fondateurs du mouvement Open Source ont négligé l'importance considérable prise par le droit des brevets au cours de ces dernières années dans le domaine informatique. A défaut de disposition particulière, les sociétés qui souhaitent recourir à des logiciels libres en sont ainsi réduites à devoir fournir un coûteux effort de *due diligence* pour s'assurer de la non existence de brevets sur le logiciel qu'elle souhaite exploiter voire modifier et, le cas échéant, négocier une licence de brevet avec le titulaire. S'il est loisible aux sociétés informatiques de développer un portefeuille de brevets défensifs pour faciliter les négociations et licences croisées⁵², un tel luxe demeure l'apanage de quelques grosses sociétés à l'exclusion de nombreux petits développeurs en informatique incapables de se prémunir contre de tels risques de manière efficace. Certaines sociétés ont développé leur propre stratégie en la matière. Red Hat Inc., le plus important distributeur des systèmes d'exploitation Linux, dispose d'un portefeuille important mais renonce à s'en prévaloir à l'encontre des utilisateurs du système, une garantie qui ne s'étend évidemment pas aux autres logiciels des utilisateurs ou dans l'hypothèse où ces derniers intenteraient eux-mêmes action à l'encontre de Red Hat⁵³. Novell suit une stratégie similaire⁵⁴. Laisser un modèle reposer sur des initiatives isolées ne permet toutefois pas d'en assurer la prospérité. Certaines licences Open Source en ont tenu compte et incorporent désormais une licence de brevet tout en prévoyant des moyens de défense. Comme nous l'avons vu, croire qu'une licence en vaut une autre serait toutefois erroné et les différences sont importantes. Opter pour une licence ou accepter de s'y soumettre dépendra donc de nombreux facteurs: importance du logiciel en question pour l'exploitation ou développement des activités, rôle joué par les brevets sur le logiciel en question et dans sa propre société, etc. Une analyse rigoureuse des licences envisagées au regard des intérêts de la société concernée est donc vivement recommandée pour ne pas dire nécessaire. Cette contribution a soulevé certaines pierres; d'autres méritent encore d'être retournées. Puissent d'autres contributions continuer à éclairer cette matière dont les enjeux pratiques ne sauraient être passés sous silence. ■

52 GUIBAULT (n. 23), p. 26; MIKKO VÄLIMAKI, A practical Approach to the Problem of Open Source and Software Patents, 2004 EIPR 523, spéc. p. 526.

53 http://www.redhat.com/legal/patent_policy.html.

54 LARRY GREENEMEIER, Novell Warns Against Linux Patent Suits, CRN, 12 octobre 2004, <http://www.crn.com/sections/breakingnews/dailyarchives.jhtml?articleId=49901223>.