

UNIVERSITÉ PARIS SACLAY - PÔLE UVSQ - FACULTÉ DE DROIT

MASTER II PROFESSIONNEL DROIT DE LA PROPRIÉTÉ
INTELLECTUELLE ET DES AFFAIRES NUMÉRIQUES



La licence de matériel libre

L'exemple de la TAPR Open Hardware License

présenté par

Christian MONGROO

dirigé par

Mélanie CLÉMENT-FONTAINE

Année universitaire 2015 - 2016

Sommaire

Sommaire	i
Introduction	2
Partie I La licence de matériel libre formalisant la volonté des parties	9
1 L'obligation principale de la licence de matériel libre	11
Section I L'organisation des droits nécessaires à libre diffusion du bien . . .	11
Section II L'absence de certaines contraintes entourant la libre diffusion du bien	14
2 Les obligations issus du contrat de matériel libre	18
Section I L'obligation du créancier	18
Section II L'obligation du débiteur	22
Partie II La volonté des parties confrontée aux dispositions d'ordre public	26
1 La dépendance du matériel libre au brevet	28
Section I L'application du droit des brevets au contrat de matériel libre . . .	28
Section II L'encadrement de la volonté des parties quant à la libre mise à disposition du bien breveté	32
2 La qualification juridique de la licence de matériel libre	37
Section I Une licence exclusive à toute qualification légalement établie . . .	37
Section II Une licence soumise à l'équilibre entre le droit des parties et celui des tiers	41
Conclusion	49
Bibliographie	57
Annexes	57
Index	62
Table des matières	64

Introduction

1. L'apparition du matériel libre. En 1997, un dénommé Bruce Perens décide de mettre en place un programme : le *Open Hardware Certification Programs*. L'objectif de celui-ci est de permettre aux fabricants de matériel de se démarquer, en certifiant les libertés accordées à leurs clients sur le matériel vendu. Cette certification garantit ainsi au client de pouvoir aisément modifier le logiciel qui permet d'interagir avec le matériel acheté. L'acheteur est assuré de pouvoir configurer librement le logiciel de la machine, selon ses propres besoins. Cette certification lui assure donc une contre le risque d'obsolescence.

2. Ce programme fut la première tentative publique visant à étendre la pratique du logiciel libre au matériel. Durant même cette période, Perens pris soin de déposer *open hardware* et le nom de domaine qui lui fut associé, en tant que marque¹. Peu de temps après, David Freeman annonçait quant à lui un projet ambitieux : celui de mettre sous licence libre les composants matériels, afin de créer une alternative aux composants propriétaires. Ce fut le début de l'*Open Hardware Specification Project*. Mais le mouvement ne s'arrêta pas là. Par la suite, Troy Benjergdes déclara publiquement qu'il s'apprêtait à se lancer dans une entreprise qui appliquerait les principes du logiciel libre au matériel. Reinoud Lamberts décidait lui de lancer l'*Open Design Circuits*, un site web consacré aux schémas collaboratifs de circuits imprimés².

3. A l'époque, le mouvement ne rencontra pas le succès escompté. Cette absence d'engouement fut expliquée par l'immaturité du réseau de communications qui semble-t-il, n'était guère en capacité d'impulser la dynamique voulue. Il fallut attendre la fin des années 2000 pour constater l'émergence de projets à succès dans ce domaine. RepRap a démocratisé l'impression 3D. Arduino a quant à lui démultiplié les possibilités de projets fondés sur l'électronique. C'est alors que Perens réactiva en 2007 le site web *openhardware.org*. Quatre années plus tard, une structure du même nom était mise en place³.

4. La notion de matériel libre. Le matériel libre est une notion assez nouvelle qui fait référence à « *des produits tangibles — machines, appareils ou tous dispositifs physiques — dont les plans ont été rendus publics de telle manière que quiconque puisse les fabriquer, modifier, distribuer et les utiliser* »⁴. Cette définition

1. A. GIBB, *Building Open Source Hardware : DIY Manufacturing for Hackers and Makers*, Addison Wesley, 2014, p. 4.

2. Ibid., p. 4.

3. Ibid., p. 4.

4. OSHWA Definition, <http://www.oshwa.org/definition/>.

à été conçue par la *Open Source Hardware Association (OSHW)*. Cet organisme ayant vocation à défendre la marque communautaire du matériel libre, propose douze standards permettant d'identifier un produit librement diffusable. Ainsi, cette marque bénéficie à toute personne qui respecte sur son matériel libre, les standards proposés par l'association, depuis au moins trois ans¹.

5. Cette association est née à l'issu de nombreuses rencontres et discussions, organisées par les acteurs majeurs du matériel libre. Elle a pour but de réunir et fédérer l'ensemble des activités relatives au matériel libre. Elle coopère ainsi avec plusieurs structures dont l'*Open Source Initiative (OSI)*, l'*Organisation européenne pour la recherche nucléaire (CERN)* ou encore l'association *Tucson Amateur Packet Radio (TAPR)*.

6. **La première licence de matériel libre.** La première licence de matériel libre fut écrite par l'association TAPR. L'origine de cette licence résulta d'une crainte majeure. En effet, certains membres de cette structure appliquent leur expertise professionnelle à développer des produits librement diffusables. Leur principale inquiétude portait alors sur la possibilité que leurs efforts soient appropriés par des tiers. La licence TAPR OHL² fut donc rédigée par le juriste John Ackermann, à l'aide de la communauté TAPR³.

7. A ce jour, il n'existe que très peu de licences libres prenant en compte les spécificités du matériel. A côté de la licence TAPR, on peut citer la *CERN Open Hardware Licence*⁴ et la *Solderpad Hardware Licence*⁵ comme seules alternatives. Mais de nombreuses interrogations ont été exprimées à propos de l'intérêt de telles licences⁶.

8. Ces deux de ces licences s'appuient sur les douze standards⁷ dégagés par la OSHWA⁸. Le matériel libre tel que définit par l'OSHW a vocation à régir tout objet physique. Des entités tels que SparkFun⁹, Arduino ou encore Makerbot, fondent leur succès commerciaux sur des produits électroniques et mécaniques. En effet,

1. GIBB, *Building Open Source Hardware : DIY Manufacturing for Hackers and Makers*, p. 10.

2. *The TAPR Open Hardware License*, <https://www.tapr.org/ohl.html>, 2007.

3. GIBB, *Building Open Source Hardware : DIY Manufacturing for Hackers and Makers*, p. 6.

4. *CERN Open Hardware Licence*, <http://www.ohwr.org/documents/294>.

5. *Solderpad Hardware Licence*, <http://solderpad.org/licenses/SHL-0.51/>.

6. *Do we need an open hardware license ?*, <https://www.linux.com/news/do-we-need-open-hardware-license>, 2007.

7. 4.

8. *OSHW Definition*.

9. *Interview With SparkFun's Director Of Engineering*, <http://electronicdesign.com/modules/interview-sparkfuns-director-engineering>.

les principes du matériel libre ont été à l'origine mis en oeuvre afin d'offrir une alternative aux produits technologiques du temps. Cette ambition de libre diffusion s'élargit donc aux innovations utilisées par le grand public. Ainsi, cette catégorie de licence est principalement appliquée aux produits dont le rôle est d'interagir. Ces produits vont constituer ou contribuer à créer les objets dit « autonomes ». L'autonomie ambitionne de s'associer avec la majorité des choses qui entourent notre quotidien. Du téléphone au réfrigérateur, sans oublier la voiture, l'autonomie se développe partout, ou presque¹.

9. L'objet autonome appréhendé par le matériel libre. L'autonomie est la capacité de pouvoir se gouverner totalement ou partiellement, par ses propres lois². Lorsque cette autonomie est appliquée à un bien, elle prend la forme d'un système automatisé³. Le système automatisé est alors une création, objet technique ou artistique qui effectue une tâche de façon autonome.

10. Appréhendée par le droit des brevets, la notion de technique est une notion juridique. Le professeur Jérôme Passa la définit comme « *l'ensemble des moyens mis en oeuvre à une telle fin et produisant un effet immédiatement exploitable, par opposition aux créations exclusivement artistiques, aux connaissances abstraites issues de la science pure ou de la recherche fondamentale et des innovations ayant pour seul objet de transmettre ou de traiter l'information* »⁴.

11. L'objet autonome a la capacité d'agir seul, dans un but utilitaire ou artistique. Le renforcement de cette autonomie provient de l'amélioration perpétuelle des composants qui sous-tendent cet objet. Ainsi, on assiste même à une autonomisation d'objets qui n'avaient pas dans l'utilisation traditionnelle, cette vocation⁵. Quelque soit son degré, l'autonomie d'un bien est aujourd'hui assurée par un logiciel interagissant avec les parties électroniques et mécaniques.

12. Ainsi, l'objet autonome peut se définir comme un ensemble doté d'un minimum d'autonomie, car ayant la capacité d'actions uniques ou plurielles, reposant sur l'interaction entre logiciels et choses physiques.

1. *Internet of Things Hardware Round-up*, <http://postscapes.com/internet-of-things-hardware>.

2. *CNRTL*, <http://www.cnrtl.fr/definition/>, autonomie.

3. *Wikipedia*, <https://fr.wikipedia.org/wiki/>, système automatisé.

4. J. PASSA, *Droit de la propriété industrielle*, L.G.D.J, 2013, p. 74.

5. *Risebox : la startup qui transforme votre cuisine en potager*, <http://www.nanterredigital.fr/blog/2015/12/08/risebox-la-startup-qui-transforme-votre-cuisine-en-potager/>.

13. L'objet autonome et les biens qui le composent, induisent une capacité d'imagination, de création, d'invention. Ces notions sont elles aussi appréhendées par le droit. Ainsi, la Propriété Intellectuelle (PI) protège la création artistique par le droit d'auteur, la création utilitaire par le droit des brevets et l'aspect extérieur d'un bien par le droit des dessins et modèles. L'objet autonome ainsi que les biens qui le composent sont alors susceptibles de bénéficier d'une ou plusieurs de ces protections.

14. La diversité des droits de propriété intellectuelle applicables à la licence de matériel libre. Les promoteurs du logiciel libre se sont appuyés sur le droit de PI afin d'organiser la diffusion des créations. Cela fût possible en aménageant le monopole accordé par le droit d'auteur, qui protège l'oeuvre dès sa création¹. Il est néanmoins plus délicat de se fonder sur un droit de PI afin d'organiser la diffusion du matériel libre car il faut pouvoir déterminer le droit le plus efficace pour la protection.

15. En effet, l'apparence de l'objet autonome peut détenir l'originalité nécessaire à la protection du droit d'auteur. Mais il est peu probable que cette protection s'étende aux composants qui le constituent. En effet, les composants du bien ne peuvent être qualifiés d'originaux, car ils n'ont qu'une utilité technique. Ils doivent alors être soumis à un monopole protégeant ce caractère technique : le brevet. En outre, si cet objet à une forme extérieure propre et nouvelle, non dictée par des nécessités techniques, celle-ci pourra prétendre à la protection au titre du droit des dessins et modèles². la protection au titre du droit des brevets et du droit des dessins et modèles nécessite un enregistrement préalable, contrairement au droit d'auteur. Néanmoins cet enregistrement induit des coûts. Ces coûts peuvent être très élevés dans le cadre du brevet.

16. Face à cette obligation d'enregistrement, beaucoup de projets de matériel libre ont opté pour les licences libres traditionnelles, qui se fondent sur le régime du droit d'auteur³. Mais les oeuvres que cette licence protège doivent être originales⁴. Un schéma de circuit pourra être considéré comme original, car sa réalisation

1. Art. L111-1 du code CPI

2. CASS. Com., 10 février 2015, n 13-27.225, Garbolino, PIBD 2015, n 1026-III-333 ; Com., 17 mars 2015, nos 13-16.336 et 13-16.337, Ludeno ; RTD com. 2015, p. 333, obs F. Pollaud-Dulian.

3. *What do you mean by open-source hardware ?*, <https://www.arduino.cc/en/Main/FAQ>, Le projet Arduino a choisi de s'appuyer sur la licence Creative Commons Attribution Share-Alike.

4. Sur la condition d'originalité, Infopaq, CJUE, 16 juil. 2009, aff. C-5-08 : Comm. com. electr. 2009, comm. 97, C. Caron ; JCP G 2009, n 39, note L. Marino ; Propr. intell. 2009, n 33, p. 378, obs. V.-L. Benabou ; RIDA 2010, n 226, p. 401, obs. P. Sirinelli.

nécessite une importante part de créativité¹. En ce qui concerne le circuit imprimé en tant que matériel physique, l'originalité sera beaucoup plus difficile à prouver². Il convient de signaler que les topographies de produits peuvent être protégées par un droit sui generis. Cependant, cette protection nécessite un processus d'enregistrement^{3 4}.

17. Les défis soulevés par la mise en oeuvre de la licence de matériel libre. Le circuit imprimé est souvent intégré dans un autre produit. Ce produit peut avoir une apparence uniquement dictée par des nécessités techniques. Mais dans bien des cas, il sera présent dans un but esthétique, excluant la forme purement fonctionnelle⁵. Même s'il est applicable, le régime du droit des dessins et modèles est incapable de prendre en compte la dimension inventive du bien créé⁶. Le brevet est nécessaire pour cela.

18. Comme l'affirme Jason Schultz, fondateur de *the Defensive Patent License* (DPL)^{7 8}, la licence de matériel libre devrait être perçue comme un contrat social⁹, car aucune règle juridique n'interdit la possibilité pour des parties de s'engager à organiser la libre diffusion de leurs créations non protégées¹⁰. Mais ces parties au contrat seront confrontées à une difficulté particulièrement importante : celle de l'effet de leurs obligations à l'égard des tiers.

19. Le contrat de licence de matériel libre proposé par J. Ackermann formalise cette organisation. C'est le premier contrat de licence libre à avoir envisagé les contraintes relatives aux droits de PI face à un produit. Contrairement à la licence Solderpad qui se fonde sur la licence Apache, la licence TAPR se fonde sur la GPL. Laissant ce soin à la GPL, elle ne s'étend pas aux logiciels qui pourraient être associés au bien. Elle n'encadre que les documents et les biens réalisés à partir de ceux-ci.

1. J. ACKERMANN, « Toward Open Source Hardware », in : *University of dayton law review* (2009), p. 199.

2. Ibid., p. 204.

3. L. MARINO, *Droit de la propriété intellectuelle*, Puf, 2013.

4. LE STANC C., « Beaucoup de bruit pour rien ? », in : *Rev. Prop. Ind.* (2003).

5. *CA Paris, pole 5, ch. 2 27 mar. 2015, n 12/03021, Professional Computer Associées France c/Suza International France Sa : PIBD n 1029, III, p. 428 ; Propr. intell. 2015, n 57, p. 450.*

6. 58. p. 30

7. *Defensive Patent Licence*, <http://defensivepatentlicense.org/>.

8. La DPL instaure un mécanisme permettant aux inventeurs de partager leurs brevets en vu d'un bénéfice mutuel. Ce mécanisme à vocation à résoudre les difficultés que posent la libre mise à disposition d'un brevet au public.

9. *Open Hardware Legal Meetup*, <http://www.oshwa.org/2013/12/05/open-hardware-legal-meetup-nyu-nov-11/>.

10. « les conventions légalement formées tiennent lieu de loi à ceux qui les ont faites », Art. 1134 du Code civil.

20. Si le droit d’auteur ou des dessins et modèles a vocation à s’appliquer à la documentation, les parties techniques du produit devront être soumis au droit des brevets. La technique ayant une part prépondérante dans le cadre du matériel libre, il apparaît nécessaire s’interroger sur l’articulation de cette licence avec le droit des brevets et plus généralement, le droit des contrats en France.

En effet, cette licence formalise la volonté des parties (Partie I). Néanmoins, l’accord né ce cette volonté doit être confronté au droit positif afin d’en assurer sa validité (Partie II).

Première partie

La licence de matériel libre
formalisant la volonté des parties

La volonté des parties n'est compréhensible qu'en analysant les obligations régissant le contrat de licence de matériel libre. Celui-ci a un objet bien déterminé (Chapitre I). Cet objet s'appuie sur diverses obligations que les parties ont convenu de respecter (Chapitre II).

Chapitre 1

L'obligation principale de la licence de matériel libre

La licence de matériel libre organise les droits nécessaires à la libre diffusion des biens qu'elle régit (Section 1). Cette libre diffusion est opérée dans une grande souplesse, en écartant certaines contraintes traditionnelles (Section 2).

Section I

L'organisation des droits nécessaires à libre diffusion du bien

Les biens librement mis à disposition ont plusieurs caractéristiques communes (§1). Ces caractéristiques vont permettre d'identifier les biens soumis à un droit de propriété intellectuelle (§2).

§ 1. Les caractéristiques du bien mis à disposition

Le bien mis à disposition est à la fois immatériel et physique (A). De plus, il a une vocation technique et utilitaire (B).

A. Une création successivement immatérielle et physique

21. La licence de matériel libre TAPR OHL a pour objet l'organisation de la diffusion des biens qui sont définis dans son préambule. La licence propose ainsi d'organiser la mise à disposition de biens physiques. Ces *produits* sont le résultat

d'un travail d'imagination, de création et de savoir-faire. Le résultat de ce processus intellectuel est matérialisé. Cette matérialisation prend d'abord la forme d'une documentation. Celle-ci permet de sauvegarder le travail intellectuel ainsi que son processus de réalisation. Le travail est alors communicable et reproductible. Cette documentation permet en outre la matérialisation du produits à travers un deuxième processus de fabrication. La mise en oeuvre du travail d'imagination, de création et de savoir-faire résulte alors de la volonté d'obtenir un bien physique¹.

22. À l'issu de ces deux processus, le créateur dispose d'une création immatérielle² et physique. La création immatérielle à un avantage certain par rapport au bien physique : elle est inépuisable. En effet, le créateur peut reproduire les éléments de la documentation sans pour autant en perdre l'usage. La création immatérielle a ainsi un potentiel économique plus important. Le créateur possédera le bien³. Il pourra en jouir, en disposer et en avoir la maîtrise. Mais sans droit de propriété, il n'aura aucun droit exclusif sur celui-ci⁴. C'est à dire qu'il ne pourra empêcher le tiers d'user du bien immatériel qu'il a créé⁵.

B. Une création technique et utilitaire

23. La définition du matériel libre énoncée par la licence TAPR, reprend celle proposée par la OSHWA⁶. Cette licence ne mentionne nullement la nécessité de l'aspect utilitaire ou technique du bien qu'elle à vocation à régir. Mais cette condition est induite. En effet, le préambule précise que cette licence ne se fonde pas principalement sur le droit d'auteur, et propose la licence GPL pour ce type de créations⁷.

24. La licence TAPR à pour particularité d'organiser la fabrication, l'utilisation et la distribution des biens. Par ailleurs, les biens qu'elle entend régir sont susceptibles d'être confrontés au droit des brevets. Dans ces conditions, ainsi qu'au regard du vocabulaire utilisé « *biens physiques qu'ils soient mécaniques ou électroniques* », il apparaît incontestable que ce contrat est destiné à régir des biens à usage princi-

1. *The TAPR Open Hardware License*, Preamble.

2. M. VIVANT, *Les créations immatérielles et le droit*, Ellipses, 1997, p. 10.

3. J. BRUGUIÈRE, *Propriété intellectuelle et droit commun*, Presses universitaires d'Aix-Marseille, 2007, p. 113.

4. Pour une analyse approfondie de la propriété incorporelle Philippe MOURON, « De la propriété incorporelle de l'auteur en droit français », in : *RIDA* 245 (2015), p. 265.

5. L. SPOONER, *Plaidoyer pour la propriété intellectuelle*, 2012, p. 7.

6. 4. p. 2

7. 19. p. 6

palement utilitaire. C'est à dire, ceux pour lesquels le droit d'auteur à peu ou pas d'emprise.

§ 2. Le droit de propriété intellectuelle applicable au bien régi par la licence

La propriété intellectuelle joue un rôle très important dans la diffusion des biens sous licence libre (A). Mais ce support à ces limites (B).

A. L'apport de la propriété intellectuelle dans la diffusion du bien

La propriété intellectuelle est étroitement liée au commerce. Celle-ci a été introduite dans les accords multilatéraux de l'OMC. La protection issue de la propriété intellectuelle est donc mondiale. En effet, l'économie de la société de l'information repose sur la connaissance, l'innovation, l'immatériel. La protection des actifs incorporels sont ainsi devenus un enjeu majeur¹. La propriété intellectuelle est aujourd'hui la source essentielle de cette protection. Mais il n'est pas la seule. *L'âge de l'accès*² se pose comme nouveau moteur de l'innovation et vient directement concurrencer l'appropriation conférée par le droit. Le droit de propriété intellectuelle n'a pas vocation à disparaître. Néanmoins, les revendications portant sur un droit à la libre mise à disposition émergent et se consolident³.

25. Le phénomène du libre dépend de l'existence du droit de propriété intellectuelle car promouvoir la libre diffusion c'est revendiquer le droit à chacun de pouvoir accéder au contenu partagé. Or, l'existence d'un droit d'appropriation de l'immatériel limite et dans certaines circonstances, entrave ce partage. Paradoxalement, la protection de la libre diffusion s'est construite sur le droit de propriété intellectuelle. Et pour cause, la protection conférée par ce droit est le moyen le plus efficace de protéger l'accès à la création⁴. Mais le droit PI est fragmenté⁵. Cette

1. M. VIVANT, *Droit et économie de la propriété intellectuelle*, L.G.D.J., 2014, p. 40.

2. J. Rifkin explique dans son livre comment l'économie essentiellement fondé sur la marchandisation de la propriété, se dirige vers une marchandisation de l'accès avec pour conséquence la perte de cette culture économique de propriété J. RIFKIN, *l'âge de l'accès*, La Découverte, 2005.

3. *P2P Foundation, Open Hardware Licenses*, http://p2pfoundation.net/Open_Hardware_Licenses#Unresolved_legal_issues_hamper_the_development_of_sound_open_hardware_licenses.

4. *Licence GNU GPL*, <http://www.gnu.org/licenses/gpl.html>, Préambule.

5. 14. p. 5

fragmentation rend difficile la mise en place d'une protection efficace de la libre diffusion pour l'ensemble des créations.

B. Les limites de cet apport

26. Le droit de propriété intellectuelle confère un monopole d'exploitation au détenteur de la création. Conformément à ce monopole, seul le titulaire du droit de PI peut exploiter le bien. Ainsi, pour toute utilisation du bien, son accord est nécessaire. C'est dans ce processus que réside le principal bénéfice de ce droit.

27. Si le brevet s'impose comme le droit le plus apte à régir les créations encadrées par la TAPR, ce droit de PI n'est pas le seul. Or, la PI est constituée de plusieurs monopoles, non homogènes. Chaque régime juridique qui la compose poursuit des but différents, et met ainsi en oeuvre une protection particulière.

28. Le but du droit des brevets est de favoriser l'innovation et l'intérêt de la société, en protégeant par une durée limitée l'invention¹. La licence de matériel libre est mise en oeuvre afin de justement promouvoir le savoir et l'innovation, assurés par la libre diffusion. Le brevet et la licence de matériel libre ont des buts similaires. Pourtant, les moyens mis en oeuvre pour y parvenir sont opposés. D'ailleurs, dans une certaine approche, la mise en oeuvre du brevet ou de la licence de matériel libre, peuvent être perçus comme un frein à l'innovation².

Section II

L'absence de certaines contraintes entourant la libre diffusion du bien

La licence TAPR est dénuée d'obligation relative au prix (§1) au temps ou encore à la durée (§2).

1. 71. p. 35

2. Pour une analyse des effets de la PI et de la divulgation sur l'innovation, C. MARÉCHAL, *Concurrence et propriété intellectuelle*, Litec, 2009, p. 248-258.

§ 1. L'absence d'un prix rémunérateur

La licence ne prévoit pas de prix rémunérateur car la mise à disposition du matériel libre est gratuite (A). Seuls les coûts liés à la distribution sont évoqués (B).

A. Une mise à disposition gratuite

29. La gratuité ne fait pas partie des exigences fondamentales d'une licence libre¹. Le but de ce type de licences est d'organiser la libre diffusion des créations. La gratuité se présente alors comme l'une des conséquences de cette libre mise à disposition. Toutefois, celle-ci peut nécessiter une rémunération. Mais elle ne pourra pas être imposée. En effet, une distinction doit être effectuée entre la rémunération des coûts de la mise à disposition de la création, et celle demandée pour la concession des droits. Une obligation de rémunération pour concession de droits réduirait fortement les perspectives de la libre diffusion, car cette elle serait perçue comme une véritable entrave.

30. Par ailleurs, dans l'hypothèse où cette obligation apparaîtrait, il faudrait pouvoir déterminer les modalités de celle-ci. La rémunération peut valablement revenir au donneur de licence originale. Mais chacun des licenciés qui ont effectué des modifications, pourraient légitimement faire valoir leur droit à rémunération. Un système structuré permettant la gestion de cette rémunération serait alors nécessaire. En définitive, une obligation de rémunération induit des problématiques très difficiles à résoudre, et va ainsi à l'encontre de l'objectif de la licence libre.

31. La licence TAPR prohibe le financement de l'immunité sur les droits de propriété intellectuelle accordées aux licenciés. Selon cette licence, l'immunité est gratuite. Cette gratuité s'étend à la distribution de la documentation. Seuls les coûts nécessaires à cette mise à disposition physique seront rémunérés. La licence précise que ces ces coûts incluent la mise à disposition tant physique que virtuelle².

B. La prise en compte des coûts relatifs à la distribution

32. La licence n'encadre que la rémunération liée à la mise à disposition de la documentation. Ces coûts doivent être raisonnables et proportionnés aux dépenses engagées. Aucune disposition n'encadre les coûts de fabrication et de distribution du

1. M. CLÉMENT-FONTAINE, *L'oeuvre libre*, Larcier, 2014, p. 52.

2. *The TAPR Open Hardware License*, Art. 5.

bien. Il n'existe alors aucune contrainte à ces exploitations. Cette absence volontaire souligne l'accent mis sur la liberté du modèle économique. Il aurait été inopportun d'essayer d'organiser cette rémunération.

33. En effet, la licence libre privilégie la diversité des usages. Ainsi, le bien doit pouvoir être exploité à titre personnel, lucratif ou non. Le bien physique entraîne nécessairement un coût. Le licencié a ainsi toute latitude pour monétiser la mise en oeuvre des droits qui lui ont été concédés. En outre, Il convient de souligner que l'exploitation physique du bien et son coût n'ont aucune incidence sur la diffusion de la documentation. La licence n'a donc aucun intérêt à réguler cette situation.

§ 2. L'absence d'encadrement temporel et territorial

La licence TAPR n'encadre ni la durée (A), ni le territoire (B).

A. L'absence d'encadrement temporel

34. La licence TAPR n'inclut aucune disposition relative à la durée des droits concédés. Cela peut paraître surprenant. Mais il convient de rappeler que cette licence a pour principal objet d'encadrer une multitude de créations. La durée varie donc en fonction du régime de PI appliqué. Par défaut, on pourrait fixer cette limite temporelle à celle du brevet qui est de vingt ans.

35. Mais la brièveté de cette durée impose de s'interroger sur la finalité de la licence TAPR, et sur l'ensemble des licences libres en général. Une première approche consiste à considérer que la licence libre a pour objectif d'accompagner l'utilisation de la création durant la protection conférée par la PI. En conséquence, cette protection à vocation à disparaître lors de l'entrée du bien dans le domaine public. Cette conception a pour inconvénient de faire ressurgir les possibilités d'appropriation du bien à la fin de sa protection. Hors, la licence libre est organisée pour justement entraver cette appropriation.

36. La licence libre pourrait aussi avoir une autre finalité. Celle de constituer un socle de créations librement utilisables, et ce, au-delà de la protection conférée par le monopole. Cette hypothèse a pour avantage de garantir la libre utilisation de l'oeuvre indéfiniment. Néanmoins, sans protection d'ordre public, seul l'engagement pris par contrat pourra être valable. De même, l'intérêt d'une protection indéfinie

sur certaines créations se pose. En effet, lorsqu'il s'agit de logiciel et de matériel électronique ou mécanique, l'obsolescence doit nécessairement être prise en compte ¹.

B. L'absence d'encadrement territorial

37. La licence TAPR n'inclut aucune disposition relative au territoire sur lequel elle a vocation à s'appliquer. Plusieurs arguments peuvent soutenir l'absence d'une telle disposition. Tout d'abord, comme énoncé plus haut ², la licence encadre des créations susceptibles d'être soumises à divers droits de PI. De plus, elle organise la diffusion de biens reproductibles grâce à leur documentation. Cette diffusion est effectuée le plus largement possible sur les réseaux de communication. Or, il n'existe pas de règle de PI entièrement internationale ³.

Dès lors, en l'absence de règle uniforme, cette licence ne saurait poser des limites à l'épanouissement de son objet. Il convient plutôt de s'attacher à encadrer le comportement des individus.

1. 67. p. 33

2. 14. p. 5

3. 74. p. 36

Chapitre 2

Les obligations issus du contrat de matériel libre

La licence TAPR régit à la fois les obligations du créancier (Section 1), mais aussi celles du débiteur (Section 2).

Section I

L'obligation du créancier

L'exploitation du matériel libre doit être garantie par le donneur de licence (§1). Néanmoins, cette exploitation ne pourra être effective que s'il existe une mise à disposition de la documentation (§2).

§ 1. Les garanties relatives à l'exploitation du matériel libre

La notion de matériel libre désigne une diversité de biens (A). Afin d'en assurer une exploitation légitime, la maîtrise des droits de PI applicables à cette variété de biens est nécessaire (B).

A. La diversité des formes du bien pouvant faire l'objet d'une exploitation

38. La licence TAPR encadre la diffusion du matériel libre. Cette notion de matériel libre désigne en réalité un bien sous ses différentes formes¹. Dans le processus de création, le bien prend d'abord la forme d'une documentation. Cette documentation inclut de façon non exhaustive les schémas, les modélisations effectuées par ordinateur, les fichiers de configuration, les textes explicatifs et descriptifs. Ainsi, la documentation désigne une multitude de créations bien distinctes. Cette documentation sert ensuite de support à la réalisation du bien physique. Ce bien peut être utilisable en tant que tel ou alors en tant que composant destiné à être incorporé dans un ensemble^{2 3}.

39. Plusieurs formes d'exploitations sont alors possibles. La documentation qui permet la fabrication du bien physique est exploitable en tant que tel. Elle pourra être utilisée par toute personne désireuse de fabriquer le bien par ces propres moyens. Une autre démarche consiste à fabriquer le produit en question et proposer aux autres l'usage de cette fabrication. Ainsi, le bien physique pourra faire l'objet d'un transfert de propriété ou d'une mise à disposition rémunérée⁴. En effet, contrairement à la simple mise à disposition de la documentation qui nécessite peu ou pas d'investissements financiers, la fabrication du bien aura obligatoirement un coût.

La licence n'encadre que la rémunération liée à la mise à disposition de la documentation⁵. Dès lors, tout fabriquant est libre de fixer à sa convenance, sa rémunération sur le bien fabriqué⁶.

B. La maîtrise des droits nécessaires à l'exploitation du bien

40. Seul le détenteur légitime d'un bien peut légalement l'exploiter. A ce titre, la licence TAPR prévoit une clause garantissant à l'utilisateur, une immunité contre toute poursuite judiciaire, relative aux droits de PI détenus par le donneur de li-

1. 21. p. 12

2. 17. p. 6

3. *The TAPR Open Hardware License*, Art. 1.

4. 81. p. 39

5. 32. p. 16

6. *The TAPR Open Hardware License*, Art. 5.

cence, sur le matériel libre mis à disposition par celui-ci¹. La licence pose donc une présomption selon laquelle, chaque donneur de licence dispose des droits d'exploitation sur le bien qu'il met à disposition. Le donneur de licence accorde alors à chaque futur utilisateur, les mêmes droits d'exploitation qu'il possède lui-même sur le bien. A travers ce montage contractuel, chaque détenteur du bien disposera des droits qui lui sont nécessaires².

41. Néanmoins, il est possible qu'un donneur de licence ne puisse assurer une immunité aux licenciés, car nombreux sont les droits de PI rattachables au matériel libre. L'application du régime du droit des brevets ou des dessins et modèles nécessite un enregistrement contrairement à celui du droit d'auteur³. Il est alors possible que l'enregistrement nécessaire à la protection n'ait pas été effectué. La licence TAPR ne prévoit pas de responsabilité ou de garantie spécifique à l'occasion de la survenance d'une difficulté juridique sur ce point. Mais elle en précise les conséquences. Ainsi, dans cette situation, le contrat de licence de matériel libre n'est plus exécuté. Il est résilié de plein droit, entre toutes les parties qui se fondaient sur cette immunité pour exploiter le matériel libre⁴.

§ 2. Les garanties relatives à la libre mise à disposition du matériel libre

Afin d'assurer la libre mise à disposition du bien, il est nécessaire d'une part que la licence qui organise cette mise à disposition ne soit pas exclusive (A). D'autres part, cette mise à disposition doit être effective (B).

A. Une licence non-exclusive

42. L'exclusivité découle du monopole détenu. L'organisation des droits conférés par ce monopole est alors nécessaire afin d'assurer la libre diffusion. Dans les situations où ce monopole n'existe pas, on peut se demander si la licence TAPR ne crée pas un monopole contractuel limité entre les parties au contrat. Ainsi, à travers cette licence, un droit est reconnu au créateur sur sa création. Ce droit organisé, légitime les diverses obligations portées par le contrat. Ce système pousserait dès

1. 31. p. 15

2. *The TAPR Open Hardware License*, Art. 2.

3. 15. p. 5

4. *The TAPR Open Hardware License*, Art. 2.

lors les autres créateurs à adhérer au contrat, car même sans monopole de PI, il existe à leur bénéfice un droit contractuellement établi. Sans monopole, la non-exclusivité s'affirme en tant que principe. La licence TAPR à l'avantage d'organiser cette non-exclusivité¹.

43. Tout individu ou groupe d'individus qui le désire, peut exploiter un bien sous licence de matériel libre. Cette licence est le corollaire de la liberté d'utiliser, de copier et diffuser, accordée au licencié². Cette non-exclusivité est nécessaire dans l'objectif de propagation du matériel libre. Ainsi, l'obligation de mise à disposition de la documentation assure l'exploitation non exclusive du matériel libre. Cette mise à disposition doit inclure la licence sous laquelle le matériel est diffusé. Lorsque la documentation a été modifiée par lui, le donneur de licence doit indiquer les éléments qui ont été modifiés et rappeler que ceux-ci sont sous licence TAPR. La documentation modifiée et non modifiée doivent toutes les deux être incluses.

L'obligation de libre mise à disposition de la documentation assure sa non-exclusivité. Ce principe est aussi assuré par l'obligation de mise à disposition de la documentation et de ses modifications, avec la même licence que la documentation originale³.

B. La mise à disposition des éléments d'exploitation du bien

44. Certaines licences libres ont la particularité d'obliger le donneur de licence à communiquer la documentation nécessaire à la reproduction de la création. Cette obligation est implicitement incluse dans le droit à effectuer des modifications accordé au licencié. Mais cette obligation est aussi expressément évoquée dans la licence TAPR⁴. Cette mise à disposition s'avère aussi fondamentale que la mise à disposition du code source en présence d'un logiciel.

45. En effet, le logiciel est communicable à distance et pleinement fonctionnel sans publication du code source. La communication de la documentation relative à un bien offre quant à elle une variété de possibilités. Ainsi, le bien physique peut être acquis sans l'utilisation des schémas. Cette acquisition sera généralement soumise à

1. *The TAPR Open Hardware License*, Préambule.
2. CLÉMENT-FONTAINE, *L'oeuvre libre*, p. 48.
3. *The TAPR Open Hardware License*, article 4.
4. Ibid., Art. 4.

la facturation opérée par l'intermédiaire. En présence d'une documentation détaillée ou prête à l'emploi, comme peut l'être un fichier STL¹, un licencié non initié peut tout à fait fabriquer ledit bien. Ainsi, contrairement au code source du logiciel qui en permet l'amélioration et les adaptations, la documentation du bien en permet l'exploitation sous toutes ses formes.

Section II

L'obligation du débiteur

L'obligation du débiteur peut être vue comme une condition résolutoire (§1). Mais cette obligation peut être aussi considérée comme étant une condition suspensive (§2).

§ 1. L'analyse de l'obligation du débiteur en tant que condition résolutoire

46. Dans la chaîne de droit établit par la licence TAPR, le donneur de licence peut être un licencié et inversement. En tant que licencié, l'une de ses principales obligations consiste à perpétuer la volonté du donneur de licence. Cette obligation est de même nature que celle du copyleft présent dans les licences libres traditionnelles. Une licence de type copyleft oblige le licencié à ne redistribuer la création et ses modifications que sous la même licence que celle par laquelle le licencié a obtenu les droits. D'ailleurs, la licence TAPR tire expressément son inspiration de la GPL². Le copyleft issu de la licence GPL³ a été analysé comme une condition résolutoire⁴.

47. En effet, « *pour formuler le copyleft dans l'optique d'une condition résolutoire, on dirait que les droits sont concédés au licencié, pour autant qu'il ne diffuse pas le logiciel sous une licence autre que celle sous laquelle il l'a lui-même acquis. Dès qu'il entreprend de diffuser le logiciel sous une licence autre que celle sous laquelle il l'a obtenu, il perd le bénéfice du contrat* »⁵. Si la GPL stipule que le contrat

1. Fichier standard utilisé lors de la phase d'impression 3D.

2. *The TAPR Open Hardware License*, Préambule.

3. *Copyleft*, <https://www.gnu.org/licenses/copyleft.html>.

4. E. GAUDEMET, *Théorie générale des obligations*, Dalloz, 2004, p. 425.

5. E. MONTERO, *Les logiciels libres face au droit*, Bruylant, 2005.

est résolu en cas de redistribution sous une autre licence, aucune disposition de ce type n'est indiquée dans la TAPR. L'article 1184 al. 1 du Code civil donne un éclaircissement sur ce point : « *la condition résolutoire est toujours sous-entendue dans les contrats synallagmatiques, pour le cas où l'une des deux parties ne satisfera point à son engagement* ». Ainsi, malgré l'absence d'une stipulation expresse, il est possible d'interpréter la disposition de type copyleft inséré dans la TAPR comme une condition résolutoire.

48. Cependant, la résolution automatique du contrat est beaucoup moins intéressante qu'une mise en conformité du débiteur à ces obligations. Là encore, l'article 1184 al. 2 vient en aide en énonçant que « *dans ce cas, le contrat n'est point résolu de plein droit. La partie envers laquelle l'engagement n'a point été exécuté, a le choix ou de forcer l'autre à l'exécution de la convention lorsqu'elle est possible, ou d'en demander la résolution avec dommages et intérêts* ».

§ 2. L'analyse de l'obligation du débiteur en tant que condition suspensive

49. En analysant la disposition copyleft comme une disposition de type résolutoire, l'analyse de celle-ci en tant que condition suspensive a été rejetée. Ce rejet tient au fait que la condition suspensive obligerait le licencié à redistribuer la création pour pouvoir jouir de ses droits. Une autre approche est possible. L'objectif de la TAPR est de conférer au licencié la possibilité d'exploiter le bien autant que possible. Dès lors, la licence confère automatiquement au licencié les droits nécessaires aux différents usages du bien. Cependant, il existe une disparité entre la période où le licencié bénéficie des droits et celle où il doit exécuter son obligation.

50. Le bénéfice des droits accordés au licencié est instantané. Il apparaît au moment où il acquiert la documentation. Seulement, il n'a aucune obligation de redistribuer celle-ci. Ce n'est que lorsqu'il y a l'acte de redistribution que pèse sur lui l'obligation de type copyleft. Dans cette situation, l'obligation contractée dépend d'un événement futur et incertain : c'est la condition suspensive¹.

51. Concernant ces effets, la réalisation de la condition donne naissance à l'obligation dont l'exécution est nécessaire². Dans le cas contraire, la responsabi-

1. Art. 1181 du Code civil.

2. *CA Paris, 16e ch., 3 mars 1981, JurisData 1981-021078.*

lité contractuelle peut être engagée. Par ailleurs, conformément à l'article 1179 du Code civil, « *la condition accomplie a un effet rétroactif au jour auquel l'engagement a été contracté* ». Cet effet rétroactif conforte les droits et obligations issus de la licence et affirme pleinement une responsabilité en cas de manquement à l'obligation née antérieurement ¹.

52. La première analyse se fonde sur la considération que la stipulation copyleft crée et assure les droits et obligations du contrat de licence. Cette stipulation est perçue en tant que pilier du contrat. Si cette stipulation n'est plus valable, le contrat n'est plus viable.

53. La deuxième analyse a l'avantage de dissocier le socle donnant naissance aux droits, de celui produisant l'obligation. Cette indépendance est intéressante dans le cas de la licence TAPR. En effet cette licence organise les droits et obligations d'une majorité de biens non soumis à un monopole de PI. Sans monopole créant une exclusivité, il apparaît peu nécessaire d'adhérer à une licence pour se voir conférer des droits. En cas de difficulté juridique, il peut être efficace de démontrer que le licencié est responsable, non pas en vertu d'un droit qui lui a été accordé, mais selon une obligation suspensive dont il a lui même adhéré.

1. P. ROUBIER, *Droits subjectifs et situations juridiques*, Dalloz, 2005, p. 416.

Deuxième partie

La volonté des parties confrontée
aux dispositions d'ordre public

Au regard des biens qu'elle entend organiser, la licence TAPR a vocation à se rattacher au régime du brevet (Chapitre I). De même, en tant que contrat de licence, les qualifications légales ont vocation à s'appliquer (Chapitre II).

Chapitre 1

La dépendance du matériel libre au brevet

Le droit des brevets est applicable au contrat de licence de matériel libre (Section 1). Ce rattachement a pour conséquence d'encadrer la volonté initiale des parties (Section 2).

Section I

L'application du droit des brevets au contrat de matériel libre

Le droit des brevets est applicable aux créations soumises à la licence TAPR. Dès lors, afin de bénéficier de ce monopole, celles-ci doivent remplir les critères de l'invention (§1). Cette protection conférée par le brevet peut séduire par son efficacité (§2).

§ 1. L'objet de la licence soumis aux critères de l'invention

La licence de matériel libre a pour objet un bien technique (A) à vocation industrielle (B).

A. La licence de matériel libre ayant pour objet un bien technique

54. « Sont brevetables, dans tous les domaines technologiques, les inventions nouvelles impliquant une et susceptibles d'application industrielle »¹. L'invention est une innovation technique, qui met en oeuvre des moyens techniques^{2 3}. L'objet de la licence de matériel libre porte sur les biens physiques, plus particulièrement les biens autonomes, dont le rôle est d'interagir⁴. Ces biens mettent en oeuvre des moyens techniques. Ils sont dès lors susceptibles de faire partie des inventions protégeables par brevet.

55. La brevetabilité d'une invention destinée à être librement diffusée, doit être pensée en amont de toute démarche de publication. En effet, une invention doit être nouvelle pour être protégeable par le droit des brevets. « Une invention est considérée comme nouvelle si elle n'est pas comprise dans l'état de la technique. L'état de la technique est constitué par tout ce qui a été rendu accessible au public avant la date de dépôt de la demande de brevet par une description écrite ou orale, un usage ou tout autre moyen »⁵. Ainsi, l'invention n'est plus nouvelle lorsqu'une libre mise à disposition de la documentation a été opérée. En effet, dans ce cas la documentation est divulguée de manière assez complète pour être reproduite par l'homme du métier⁶.

B. Les conditions nécessaires à la brevetabilité du matériel libre

56. Parmi les quatre conditions nécessaires à la brevetabilité d'une invention, l'exigence de l'application industrielle est la plus aisée à remplir. En effet, le texte n'exige que la possibilité de cette application. Ainsi un produit mécanique ou électronique, objet de la licence libre, pourra très certainement remplir ce critère.

57. Contrairement à celle de l'application industrielle, la condition d'activité inventive est beaucoup plus encadrée. « Une invention est considérée comme impliquant une activité inventive si, pour un homme du métier, elle ne découle pas d'une

1. Article L.611-10 du CPI.

2. 10. p. 4

3. *TGI Paris, 1er févr. 2008 : Propr. intell.*2009, n 29, p. 468 ; *PIBD* 2008, 873, III, 275.

4. 12. p. 4

5. Art. L.611-11 du CPI.

6. 57. on the next page

manière évidente de l'état de la technique »^{1 2 3}. L'homme du métier est le technicien doté de connaissances et compétences moyennes ou ordinaires dans le domaine en cause. Ainsi l'invention aussi mineure soit-elle, est susceptible d'une protection par brevet si celle-ci n'est pas évidente pour l'homme du métier^{4 5}.

58. Le brevet peut être demandé pour un type de produit véritablement nouveau, qui n'a jamais été soumis à la libre diffusion. L'activité inventive sera ainsi un critère déterminant dans ce processus. De même, il peut être demandé pour un type de produit connu, qui a été non seulement amélioré, mais modifié de façon à pouvoir être breveté indépendamment de tout monopole antérieur. Enfin, il peut être demandé pour un produit découlant d'un bien librement mis à disposition, qui a été non seulement amélioré, mais aussi modifié de façon à pouvoir être breveté indépendamment de tout monopole antérieur⁶.

§ 2. L'efficacité du monopole conféré par le droit des brevets

L'efficacité du monopole conféré par le droit des brevets tient notamment au système de revendication (A), mais aussi à l'action en contrefaçon (B).

A. L'efficacité de la revendication

59. Le brevet pourra être mis en oeuvre afin de promouvoir la libre diffusion du bien. Il peut aussi être mis en oeuvre afin de limiter l'expansion de cette libre mise à disposition. En effet, Dans la première hypothèse citée précédemment⁷, le brevet assure la libre mise à disposition d'une innovation. Dans la seconde, le brevet peut fonder la diffusion d'une alternative licite. Cependant, la troisième hypothèse présente le cas où le bien librement diffusé, n'était jusqu'alors soumis à aucun mo-

1. Art. L.611-14 du CPI.

2. CASS. com., 10 juin 1986 : *Dossiers brevets 1986*, III, 4. V. aussi, CA Bordeaux, 1re ch., sect. A, 3 avr. 1998 : *JurisData* n 1998-049519.

3. CASS. com., 20 févr. 2007, n 05-16.683, *Sté Wirquin c/ Sté Sanitaire accessoires services (SAS)* : *Prop. intell.* 2007, n 23, p. 231, obs. crit. Warusfel. L'état de la technique à considérer est logiquement celui existant au jour de la demande de brevet.

4. PASSA, *Droit de la propriété industrielle*, p. 240.

5. CA Paris, 30 oct. 2015, n 13/07821 : *PIBD* 2016, n 1042, III, p. 60.

6. CASS. com., 4 janv. 1994 : *JCP E* 1995, I, 471, n 12, obs. Burst et Mousseron ; *PIBD* 1994, n 564, III, p. 195 ; *RD propr. intell.* 1994, n 52, p. 38.

7. 58.

nopole. Le monopole conféré pourra sécuriser la libre mise à disposition du produit. Mais il peut aussi contribuer à l'appropriation du produit originellement libre. Dans cette situation, le monopole se présente comme une entrave¹.

60. « *Les revendications définissent l'objet de la protection demandée. Elles doivent être claires et concises et se fonder sur la description* »². Les revendications de la protection demandée comportent une description de l'invention. Cette invention est décrite par les moyens techniques qui la constituent. Ainsi, l'étendue de la description des moyens techniques va fonder le champ de protection voulu.

61. La licence de matériel libre encadre les améliorations apportées au bien. Mais il n'est pas possible de prévoir les améliorations qui pourront être effectuées sur le bien au moment de l'enregistrement de l'invention. Lorsque qu'un produit est protégé par un brevet, cette protection s'étend non seulement au produit lui-même, mais aussi aux divers procédés d'obtention de celui-ci et à ses diverses applications industrielles. En outre, la protection conférée s'étend à ses perfectionnements, car ceux-ci ont une étroite dépendance avec le bien antérieur breveté³. De ce fait, une partie des améliorations apportées au matériel libre sont susceptibles d'être protégées par le brevet antérieur.

B. L'efficacité de l'action en contrefaçon

62. Le brevet confère à son titulaire des prérogatives exclusives sur le produit revendiqué. Ces prérogatives portent notamment sur la fabrication, la distribution et l'utilisation du produit. La fabrication est interdite même si celui qui en est à l'origine, ne vend ou n'utilise pas le produit. L'acte matériel de fabrication sera qualifié de contrefaçon au civil, même si ceux-ci ont été accomplis de bonne foi ou sans connaissance de cause⁴. De même, l'importateur ne pourra pas se fonder sur la bonne foi pour afin de se soustraire à la contrefaçon⁵. Mais le commerçant qui n'a quant à lui ni fabriqué, ni importé le produit pourra s'en prévaloir⁶. La connaissance

1. 28, p. 14

2. Article L.612-6 du CPI.

3. PASSA, *Droit de la propriété industrielle*, p. 504 - 510.

4. *TGI Paris*, 26 avr. 1986 : *PIBD* 1986, n 358, III, p. 331. *TGI Paris*, 13 mars 1998 : *Dossiers brevets* 1998, III, 6. *TGI Strasbourg*, 5 sept. 2000 : *PIBD* 2000, III, p. 573.

5. *CA Lyon*, 1re ch. A., 25 sept. 2008, n 07/04642. *Cass. com.*, 18 nov. 2008, n 07-17.420 : *JurisData* n 2008-045933 ; *PIBD* 2009, n 889, III, p. 783. *Cass. com.*, 29 mars 2011, n 09-16.330 : *JurisData* n 2011-005106.

6. Art. L.615-1 du CPI

de cause est interprétée comme la connaissance de l'acte de contrefaçon¹.

63. La simple utilisation du produit sans autorisation est aussi prohibée. Néanmoins, de nombreuses exceptions sont aménagées par l'article L.613-5 du CPI afin de légitimer certaines utilisations. Ainsi, les actes accomplis dans un cadre privé et à des fins non commerciales, c'est à dire en dehors de la sphère professionnelle, sont autorisés. De même que les actes expérimentaux. Ces actes expérimentaux désignent les actes qui *« ont pour objet de participer à la vérification de l'intérêt économique de l'invention ou à son développement aux fins de faire progresser la connaissance, mais non à des actes à visée commerciale »*².

Section II

**L'encadrement de la volonté des parties quant à
la libre mise à disposition du bien breveté**

Malgré l'efficacité de la protection conférée par brevet, celle-ci est circonscrite à l'objet de la demande (§1). De plus cette protection est réduite dans le temps et dans l'espace (§2).

§ 1. Une protection circonscrite à l'objet de la demande de brevet

Le brevet protège les éléments qui ont fait l'objet d'une demande de protection (A). Or, la licence de matériel libre entend régir non seulement le bien, mais aussi les améliorations qui lui seront apportées (B).

A. Une protection soumise aux revendications

64. Le brevet s'impose comme le droit de PI le plus adapté au bien technique, car il offre une protection globale et efficace. Cette protection qui porte à la fois sur la documentation et le produit fabriqué, est protégé par les revendications. *« Les revendications définissent l'objet de la protection demandée. Elles doivent être claires*

1. CASS. com., 30 janv. 2001, n 98-13.641 : *JurisData* n 2001-008077; *PIBD* 2001, n 723, III, p. 329.

2. *CA Paris* 4 ch. B, 7 oct. 2005.

et concises et se fonder sur la description »¹. La demande de brevet est constituée de revendications. Celles-ci sont composées des moyens techniques permettant la mise en oeuvre de l'invention. Dans le cas de la revendication d'un produit, la protection va non seulement porter sur les moyens techniques, mais aussi sur le produit lui-même, le procédé utilisé pour le fabriquer, et ses diverses applications industrielles.

B. L'objet de la TAPR dépassant le cadre de la protection conférée par brevet

65. Le champ de la protection du brevet est large. L'invention est protégée dans son intégralité. D'ailleurs, cette protection s'étend bien au-delà de l'invention elle-même. Ainsi, les créations ayant une dépendance avec le produit breveté devront être autorisés par le titulaire du premier monopole. C'est le cas des perfectionnements. Cette situation apparaît profitable pour une invention diffusée sous licence TAPR et soumise au monopole du brevet. Pourtant, les possibilités d'améliorations d'un matériel sous licence libre semblent infinis. C'est d'ailleurs le but.

66. Ainsi, en matière de matériel libre, il est nécessaire de prévoir à partir de quel moment se produira une rupture : celle du détachement au brevet originaire des améliorations successivement effectuées au bien. Le critère de l'activité inventive² sera déterminant pour évaluer la rupture opérée par les améliorations. Par ailleurs, cette rupture permettra de distinguer non pas la simple amélioration, mais une véritable innovation³.

67. L'innovation des produits soumis à la licence libre tendent à réduire la durée utile du brevet⁴. En effet, un produit librement diffusé et soumis à un brevet est particulièrement confronté à l'obsolescence. Cette obsolescence est prévisible en tenant compte du nombre d'individus ayant accès à ce produit car chacun d'eux est susceptible d'y apporter une amélioration. L'investissement nécessaire aux améliorations peut ainsi être réparti sur l'ensemble de la communauté travaillant sur le produit. C'est cette efficience qui est susceptible de conduire à l'innovation accélérée. Dans cette situation, il peut être opportun d'envisager une nouvelle demande de brevet, protégeant l'amélioration significative, détachable et indépendante du brevet originaire.

1. Art. L.612-6 du CPI

2. 57. p. 29

3. T. SCHREPEL, « L'innovation de rupture : de nouveaux défis pour le droit de la concurrence », in : *RLDConc* (2015), p. 141.

4. 71. p. 35

68. Ce renouvellement peut s'opérer par l'individu qui a apporté les modifications les plus significatives. Mais ce renouvellement peut tout aussi bien être effectué par la communauté qui y a travaillé. On peut aussi s'interroger sur l'utilité de ce cette nouvelle demande. En effet, l'obtention et le maintien du brevet induit des coûts. Dès lors, les innovations successives et proches dans le temps semblent rendre superflu la mise en oeuvre du brevet.

Cette succession possible d'innovations implique d'appréhender la durée du brevet.

§ 2. Une protection réduite dans le temps et dans l'espace

La protection conférée par le brevet est réduite à la fois en durée (A), mais aussi territorialement (B).

A. Une protection réduite dans le temps

69. La durée du brevet est de vingt ans à compter du dépôt de la demande de titre. Afin de justifier le choix d'une limite de temps, une partie de la doctrine considère que l'objet de la propriété intellectuelle est une création immatérielle. Que celle-ci s'altérerait nécessairement dans le temps¹. Ce raisonnement expliquerait la redevance auquel le titulaire du brevet doit s'acquitter afin de maintenir celui-ci : une balance est ici effectuée entre la valeur économique de l'invention et du prix dont il faut s'acquitter pour le maintenir²

70. Cette analyse a été réfutée en par l'affirmation qu'il existerait des inventions qui conservent leur valeur économique pendant un longue période : « *la limitation par la loi de la durée du droit de brevet consitue le meilleur aveu, de la part du législateur, du fait qu'il pense que certaines inventions conserveront leur valeur économique pendant très longtemps, voire éternellement* »³.

71. Une autre approche consiste a affirmer que la création technique n'est pas liée à la personnalité de l'auteur. Qu'ainsi, le résultat obtenu aurait pu l'être grâce

1. J. MOUSSERON, « De la propriété comme modèle, » in : *Mélanges offerts à André Colomer*, Litec, 1993, p. 281.

2. S. GUTIERREZ-LACOUR, *Le temps dans les propriétés intellectuelles*, Litec, 2004, p. 128.

3. Ibid., p. 128.

à un autre inventeur. Cette analyse s'appuie sur le caractère objectif de l'activité inventive¹. Le législateur a fait le choix d'une protection objective qui ne prend pas en compte la dimension personnelle du créateur. Ce choix résulte de la volonté du législateur d'étendre le bénéfice de l'innovation, à la société².

B. Une protection territorialement réduite

72. Le système des brevets repose sur un principe de territorialité. La protection n'est acquise qu'à l'intérieur des frontières de l'Etat concerné par cette protection³. Dès lors, l'acte de fabrication, d'offre en vente ou de commercialisation d'un produit ou d'utilisation de procédé, n'est susceptible d'être réprimé que si ces actes sont effectués sur le territoire où la protection est effective.

73. Pourtant, le régime du droit des brevets appréhende une valeur immatérielle, qui ne se préoccupe pas des frontières territoriales⁴. En ce sens, plusieurs conventions tentent d'harmoniser au mieux la protection entre Etats. L'accord ADPIC qui s'impose aux membres de l'OMC stipule à l'article 3 que : « *Chaque Membre accordera aux ressortissants des autres Membres un traitement non moins favorable que celui qu'il accorde à ses propres ressortissants en ce qui concerne la protection de la propriété intellectuelle, sous réserve des exceptions déjà prévues dans, respectivement, la Convention de Paris (1967), la Convention de Berne (1971), la Convention de Rome ou le Traité sur la propriété intellectuelle en matière de circuits intégrés* »⁵. Cette disposition affirme l'obligation de réciprocité entre Etats membres. Par ailleurs, la Cour de Justice de l'Union Européenne (CJUE) a reconnu que cet accord s'appliquait à l'Union Européenne⁶.

74. Le traité de coopération en matière de brevets tente lui aussi de résoudre le problème des dépôts multiples dans plusieurs pays à la fois. Néanmoins, la procédure

1. E. POUILLET, *Traité théorique et pratique des brevets d'invention et de la contrefaçon*, 1879.

2. GUTIERREZ-LACOUR, *Le temps dans les propriétés intellectuelles*, p. 140.

3. CASS. com., 20 févr. 2007, n 05-16.683, *Sté Wirquin c/ Sté Sanitaire accessoires services (SAS) : Propr. intell.* 2007, n 23, p. 231, obs. crit. Warusfel.

4. N. BINCTIN, *Droit de la propriété intellectuelle*, 3^e éd., L.G.D.J., 2014.

5. OMC, *Aspects des droits de propriété intellectuelle touchant au commerce*, https://www.wto.org/french/docs_f/legal_f/27-trips.pdf, 1994, Art. 3.

6. CJUE, 6 juill. 2010, aff. C-428/08, *Monsanto Technology LLC*, JCP G 2010, « *Le brevet selon mosanto* » p. 603 et « *L'arrêt Mosanto : la portée limitée du brevet biotechnologique* » p.1687, L. Marino; H. Gaumont-Prat, *Prop. Indust.* 2010, alerte 98; F. Pollaud-Dulian, « *Le rôle et la fonction dans la définition de l'objet et la portée des brevets portant sur des séquences de gènes* », *Gaz. Pal.* 2010, n 351, p.41; F. Girard, « *Portée du brevet sur une séquence d'ADN : semences et moissons autour de l'arrêt Mosanto* », *RLDI* 2011, n56, p. 61; D.2011, p. 333, obs J. Raynard.

débouche sur la délivrance de brevets nationaux¹.

75. Il est manifeste que la volonté de protéger la mise à disposition d'une invention par la propriété intellectuelle, se heurte à plusieurs obstacles.

1. P. TAFFOREAU et C. MONNERIE, *Droit de la propriété intellectuelle*, 4^e éd., Gualino, 2015.

Chapitre 2

La qualification juridique de la licence de matériel libre

La licence OHL se trouve hors du champ des qualifications juridiques de droit commun (Section 1). Mais cette particularité ne la dégage pas des problématiques liées à son opposabilité face aux tiers non parties au contrat (Section 2).

Section I

Une licence exclusive à toute qualification légalement établie

Les contrats issus du Code civil sont inapplicables à la licence TAPR (§1) car c'est un contrat innommé (§2).

§ 1. L'inapplicabilité des contrats du Code civil

Les contrats de louage de chose (A) et de prêt à usage sont inapplicables à la licence TAPR (B).

A. L'inapplicabilité du contrat de louage de chose

76. Si le brevet s'avère être le monopole le plus efficace pour les biens organisés par la licence libre, il est communément admis que le contrat de licence de brevet auquel pourrait s'apparenter à la TAPR, est un contrat de louage de chose¹. « *Le*

1. CA Paris, 22 juin 1922 : Ann. propr. ind. 1922, p. 353.

louage des choses est un contrat par lequel l'une des parties s'oblige à faire jouir l'autre d'une chose pendant un certain temps, et moyennant un certain prix que celle-ci s'oblige de lui payer »¹.

77. La licence TAPR a pour objet d'organiser la jouissance d'une création. En vertu du contrat de louage de chose, cette jouissance doit être encadrée dans une limite de temps. Or, celle-ci n'en prévoit aucune : une durée indéterminée doit donc être présumée². Dans le cas où cette licence organise les droits d'une invention soumise au brevet, la durée pourra être limitée à vingt ans, dans un souci du respect de la loi territorialement applicable³. Le louage de chose prohibe la jouissance perpétuelle. Dès lors, le contrat de licence TAPR ne peut recevoir cette qualification sauf si elle organise le régime d'un droit de PI limité dans le temps⁴.

78. Le contrat de louage de chose envisage aussi un prix convenu entre les parties. Or la licence TAPR n'en prévoit pas. Cette licence ne peut ainsi être assimilée à un contrat de louage de chose.

B. L'inapplicabilité du contrat de prêt à usage

79. Il est communément admis que le contrat de licence de brevet auquel pourrait s'apparenter cette licence, est un contrat de prêt à usage lorsqu'il est gratuit⁵. « *Le prêt à usage ou commodat est un contrat par lequel l'une des parties livre une chose à l'autre pour s'en servir, à la charge par le preneur de la rendre après s'en être servi* »⁶. Le critère de gratuité qui manquait au contrat de louage est ici rempli. Dès lors, en présence d'une invention soumise au brevet, la licence pourrait se voir appliquer le régime du prêt à usage.

80. Mais sans fixation de durée, la licence libre apparaît vouloir organiser la concession de droits en dehors de tout monopole de PI⁷. De plus, la licence ne s'applique pas uniquement aux inventions soumises au brevet. Ces deux considérations conduisent à ne pas réduire la licence de matériel libre aux contrats prévus par le

1. Art. 1709 du Code civil.

2. 35. p. 16

3. *The TAPR Open Hardware License*, Art. 7.

4. *CA Paris*, 10 nov. 1959 : *Ann. propr. ind.* 1960, p. 58. À défaut d'énonciations claires quant à l'intention des parties, la licence est à durée indéterminée. Elle est donc résiliable à tout moment.

5. R. FABRE, « Le prêt à usage en matière commerciale », in : *RTD com.* (1977), p. 193.

6. Art. 1875 du Code civil.

7. 35. p. 16

Code civil.

§ 2. La licence de matériel libre : un contrat sui generis

La licence de matériel libre est un contrat complexe. Elle entend régir à la fois les droits personnels et réels portant sur l'objet qu'il organise (A). De ce fait, l'acceptation de cette licence est essentielle à la pérennité du contrat (B).

A. Un contrat protéiforme

81. Le droit de jouissance accordé au licencié est un droit personnel car il porte sur une obligation. Ce droit personnel a pour conséquence d'autoriser la fabrication et la distribution du bien exploité par le licencié. Il a ainsi pour finalité d'accorder un droit réel, droit de propriété, au bénéfice du licencié. Dès lors, le licencié pourra effectuer une utilisation absolue du bien fabriqué. La licence TAPR assure l'organisation de cette propriété. Elle en organise l'acquisition, ainsi que le transfert. Le droit de transférer le bien induit le droit d'user et d'en retirer les fruits. Dès lors, la licence régit l'ensemble des droits relatifs à la propriété¹.

82. L'organisation du droit de propriété est souhaitable car garantir la libre diffusion de la documentation n'est pas suffisante. En effet, celle-ci n'a de valeur qu'à travers la reproduction physique qu'elle permet. Ainsi, organiser la libre mise à disposition du matériel libre, c'est envisager les libertés touchant à la jouissance du bien immatériel, mais aussi celles touchant au bien physique.

83. Le tiers acquéreur du bien physique, reçoit la documentation lui permettant de fabriquer le bien. Il est présumé en avoir pris connaissance. Dès lors, les obligations posées par le contrat ont vocation à perdurer à travers cette transmission².

La capacité du contrat à perdurer dépend étroitement de sa force obligatoire. Dans le cadre d'une invention protégée par le monopole du brevet, le contrat est valablement opposable aux tiers. Cependant, face à un bien non protégé par la PI,

1. *The TAPR Open Hardware License*, Art. 5.

2. 92. p. 42

ou dont seules certaines parties sont protégées, la force obligatoire du contrat doit être nécessairement déterminée.

B. L'acceptation du licencié comme fondement de la pérennité du contrat

84. Par principe, la force obligatoire du contrat dépend des règles juridiques la régissant d'une part, et de la libre acceptation du tiers d'autre part. Cependant, le droit exclusif fausse cette libre acceptation. En effet l'exploitation d'une création soumise à un droit de PI, est conditionnée à l'acceptation du licencié des termes proposés par le donneur de licence¹. C'est le cas lorsque la licence de matériel libre organise l'exploitation d'un brevet. Ainsi, lorsque la licence TAPR n'est pas rattachée à un régime de PI, le tiers devrait avoir le droit de refuser les termes de la licence sans pour autant se priver de la jouissance du matériel libre.

85. Une première analyse de ce refus conduit à penser que rien ne limite la liberté du tiers à exploiter le bien non soumis à la PI. Dans ce cas, la licence TAPR perd son intérêt de protéger la libre diffusion de l'ensemble des biens qu'elle a vocation à régir.

86. Il est intéressant d'analyser la licence de matériel libre comme étant un contrat d'adhésion. La licence TAPR n'implique pas une négociation préalable entre les parties. De plus, l'acceptation du licencié est présumée acquise, lorsque celui-ci détient le bien. Il faut préciser que la preuve entourant cette acceptation peut s'avérer problématique, dès lors qu'il n'y a pas eu d'acte de distribution². Car c'est à ce moment que survient l'interrogation sur la légitimité de l'acte^{3 4}. Ainsi, la preuve de l'acceptation devient nécessaire.

87. Le contrat d'adhésion, dont la licence TAPR reprend les caractéristiques a explicitement été intégré au Code civil par l'ordonnance du 10 février 2016⁵. Ainsi, à partir du 1er octobre 2016, cette définition du contrat d'adhésion prévaudra « *le contrat d'adhésion est celui dont les conditions générales, soustraites à la négociation,*

1. BINCTIN, *Droit de la propriété intellectuelle*, p. 35.

2. 50. p. 23

3. 63. p. 32

4. *The TAPR Open Hardware License*, Art 2.3.

5. *Ordonnance 2016-131 du 10 février 2016 portant sur la réforme des contrats*, <https://www.legifrance.gouv.fr/eli/ordonnance/2016/2/10/JUSC1522466R/jo/texte>.

sont déterminées à l'avance par l'une des parties »^{1 2}.

88. En définitive, la licence TAPR est une offre contractualisée de mise à disposition d'un bien. L'acceptation de cette offre fixée lors de l'acquisition du bien, est rendue publique lors de l'acte de redistribution³ opérée par le licencié.

Section II

Une licence soumise à l'équilibre entre le droit des parties et celui des tiers

Lors de la mise en oeuvre de leurs droits, les tiers peuvent être confrontés aux obligations de la TAPR (§1). De même, les parties peuvent elles-mêmes être limitées dans leurs prérogatives (§2).

§ 1. Le libre exercice du droit des tiers face à la licence TAPR

En tant que contrat, la licence libre a vocation à produire des effets à l'égard des tiers (A). Mais la pérennité de ce contrat dépend fortement de son opposabilité (B).

A. Les effets de la licence de matériel libre à l'égard des tiers

89. *« Les conventions n'ont d'effet qu'entre les parties contractantes ; elles ne nuisent point au tiers, et elles ne lui profitent que dans le cas prévu par l'article 1121 »*⁴. Ce principe posé par l'article 1165 est traditionnellement analysé comme un conséquence du principe de l'autonomie de la volonté : *« Le principe de l'effet relatif des contrats est une conséquence du principe de l'autonomie de la volonté. On est engagé contractuellement ou on est créancier contractuellement parce que l'on veut. C'est une règle élémentaire de bon sens tout en étant une protection nécessaire de la*

1. Nouv. Art. 1110 du Code civil.

2. M. MEKKI, « L'ordonnance n 2016-131 du 10 février 2016 portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations », in : *Recueil Dalloz* (2016).

3. 50. p. 23

4. Art. 1165 du Code civil

liberté des sujets de droit. »¹. Ainsi, ce principe conduit à limiter l'effet obligatoire du contrat aux parties contractantes².

90. Une autre approche consiste à fonder les effets du contrat sur le droit objectif. En effet, « *l'utilité sociale des droits subjectifs impose que ceux qui ont pour source un contrat soient opposables à tous dans les mêmes conditions que le sont les droits subjectifs en général. Mais l'utilité sociale peut exiger en outre que d'autres que ceux qui ont conclu le contrat soient les titulaires actifs et passifs des effets obligatoires engendrés par celui-ci* »³. Cette analyse a pour avantage de justifier les nombreuses exceptions au principe posé par l'article 1165.

91. Le terme *parties* désigne les personnes qui ont eu la volonté de faire naître le contrat lors de sa formation. En outre, il faut aussi considérer que les parties désignent les personnes « *qui ont le pouvoir d'anéantir celui-ci [le contrat] ou le modifier selon la même procédure contractuelle, c'est à dire par un accord de volontés* »⁴. Par opposition, les personnes qui ne disposent pas de ces prérogatives seront qualifiées de tiers. Dans le cadre de la licence TAPR, l'adhésion confère la qualité de partie⁵. La perte de cette adhésion fait perdre la qualité de partie.

92. L'acceptation de l'offre émise par la licence de matériel libre est effective lors de l'acquisition de ce bien. En effet, l'acquisition d'un bien sous licence TAPR est accompagnée de la documentation incluant celle-ci⁶. L'absence de cette mise à disposition est constitutive d'une faute contractuelle. Cette situation semble neutraliser la survenance d'un tiers qui exploiterait le matériel libre dénué de monopole de PI, tout en refusant d'adhérer à la licence. Toutefois, l'automaticité de cette situation fait émerger la problématique tenant à la validité du consentement⁷.

B. L'opposabilité de la licence de matériel libre

93. Le contrat produit des effets entre les parties. Mais il a aussi des conséquences sur la situation des tiers, qui doivent en subir certains de ses effets, à leur profit ou préjudice. L'opposabilité a donc pour objectif de faire reconnaître l'existence du

1. C. LARROUMET, *Le contrat*, 4^e éd., Economica, 1998, p. 813.

2. J. GHESTIN, *Les effets du contrat*, 3^e éd., Traité de droit civil, L.G.D.J., 2001, p. 729.

3. Ibid., p. 729.

4. Ibid., p. 756.

5. 86. p. 40

6. 43. p. 21

7. 86. p. 40

contrat par les tiers¹. La Licence TAPR génère des obligations d'action et d'abstention. Les parties au contrat peuvent donc désirer le respect de ces obligations par les tiers. Dans certains cas, ces tiers pourront être sanctionnés en cas de manquement à cette obligation².

94. La licence de matériel libre n'aggrave pas la situation du tiers. Mais elle tente de lui imposer une obligation d'action : celle d'adhérer au contrat afin de pouvoir exploiter le matériel libre. Elle tente aussi de lui imposer une obligation d'abstention : celle de ne pas exploiter le bien sans avoir accepté la licence³. Dans cette situation, le contrat n'est opposable au tiers que s'il a eu connaissance de celui-ci^{4 5}. La question de l'opposabilité du droit réel issu de la mise en oeuvre des droits conférés par la licence n'a pas ici grand intérêt. En effet, conformément aux libertés accordées par la licence, les parties ne sont aucunement affectées dans leurs prérogatives, par l'usage d'un tiers, du bien fabriqué⁶.

95. En tant que droit exclusif conféré par la loi, le monopole du brevet est opposable à tous. Mais ce n'est pas le cas de la licence qui organise ce monopole. En effet, « *tous les actes transmettant ou modifiant les droits attachés à une demande de brevet ou à un brevet doivent, pour être opposables aux tiers, être inscrits sur un registre, dit Registre national des brevets, tenu par l'Institut national de la propriété industrielle* »⁷.

96. Afin, d'en assurer l'exploitation par les licenciés, le détenteur du brevet devra procéder à l'enregistrement de la TAPR. Cet enregistrement apparaît nécessaire, car le donneur de licence devenu indélicat, peut décider d'accorder une licence exclusive à un tiers. Or si celle-ci est enregistrée les licenciés de la TAPR risquent d'être confrontés à l'exclusivité du nouveau contrat concurrent⁸.

1. GHESTIN, *Les effets du contrat*, p. 766.

2. F. BERTRAND, « L'opposabilité du contrat aux tiers », 1979.

3. CASS. 3e civ., 4 mai 2006, n 04-10.051 : *JurisData* n 2006-034016 ; JCP G 2006, II, 10119 ; JCP E 2006, 2504, p. 1780 ; *Administrer* 2006, n 390, p. 45 ; D. 2006, p. 1454, obs. Y. Rouquet. le locataire bénéficiaire de la clause d'exclusivité qui lui a été consentie par son bailleur est en droit d'exiger que ce dernier fasse respecter cette clause par ses autres locataires, même si ceux-ci ne sont pas parties au contrat contenant cette stipulation.

4. GHESTIN, *Les effets du contrat*, p. 817.

5. G. VIRASSAMY, « La connaissance et l'opposabilité », in : *Les effets du contrat à l'égard des tiers, comparaisons franco-belges*, 1992.

6. 81. p. 39

7. Art. L.613-9 du CPI

8. TGI Paris, 17 févr. 1976 : PIBD 1976, n 175, III, p. 353. TGI Rennes, 14 f évr. 2000 : PIBD 2000, n 703, III, p. 383.

§ 2. Les limites au libre exercice du droit des parties

La mise en oeuvre de la licence de matériel libre est confrontée à la responsabilité du fait des produits défectueux (A). Mais elle est aussi confrontée aux difficultés relatives au retrait d'une partie suite à sa résiliation contractuelle (B).

A. La responsabilité du fait des produits défectueux

97. La licence de matériel est conférée à titre gratuit, sans aucune obligation de sacrifice à la charge du licencié. Le contrat de louage fait naître quant à lui, une obligation de garantie à la charge du donneur de licence, eu égard à la contrepartie effectuée par le preneur¹. Parallèlement, le contrat de prêt à usage n'établit aucune garantie spécifique, car l'emprunteur ne fournit aucune contrepartie². On peut ainsi présumer que l'absence de contrepartie à la charge du licencié, exempt le donneur de licence de garanties.

98. Néanmoins, il convient de tempérer ce dernier point. En effet, le donneur de licence devrait être tenu d'une obligation d'information. Celle-ci porterait sur la façon dont a été conçu le bien, ainsi que les risques encourus quant à l'exploitation de celui-ci. Cette obligation est prévue par la TAPR. La licence contractualise l'obligation de fournir toutes les informations relatives au matériel libre. Dès lors, en cas de contentieux, il faudrait s'appuyer sur la bonne foi du donneur de licence, ainsi que sur l'évaluation des risques acceptés par le licencié^{3 4}.

99. L'exploitation du matériel libre est à la fois immatérielle et physique⁵. Ainsi, les risques liés à la défectuosité du produit sont multipliés. Le Code civil désigne tout bien comme produit⁶. Il est alors nécessaire de qualifier un bien immatériel de produit⁷. Cette qualification est pertinente, car le défaut inséré dans la documentation peut entraîner un défaut sur le bien fabriqué⁸. Un défaut peut

1. P. MALAURIE, *Les contrats spéciaux*, L.G.D.J., 2014, p. 375.

2. Ibid., p. 534.

3. *CA Paris*, 9 juin 1977, *préc. n 17*. *CA Colmar*, 18 avr. 1984 : *D.* 1986, *inf. rap.* p. 138, *obs.*

4. MALAURIE, *Les contrats spéciaux*, p. 534.

5. 22. p. 12

6. Art. 1386-3 du Code civil.

7. N. BINCTIN, *Le capital intellectuel*, Litec, 2007, p. 227.

8. Pour une analyse de la matérialité du fichier numérique, P. GAUDRAT et F. SARDAIN, *Traité de droit civil du numérique*, Larcier, 2015, p. 680.

aussi apparaître lors du processus de fabrication du produit. Toutefois, il convient de noter que le producteur est assimilé à celui qui agit en tant que professionnel¹.

100. Face à un produit considéré comme défectueux, la responsabilité du donneur de licence devra être déterminée par les informations qu'il aura fourni sur le matériel : « *dans l'appréciation de la sécurité à laquelle on peut légitimement s'attendre, il doit être tenu compte de toutes les circonstances et notamment de la présentation du produit, de l'usage qui peut en être raisonnablement attendu et du moment de sa mise en circulation.* »². Dans le cadre d'une simple mise à disposition de la documentation, le donneur de licence ne devrait pas voir sa responsabilité engagée, par le défaut apparu lors du processus de fabrication. Ce processus est à la charge de celui-ci l'effectue. Mais il sera responsable de la documentation fournie^{3 4}.

101. Conformément à la majorité des licences libres, la licence TAPR s'exonère de toute responsabilité et garantie concernant l'usage du matériel libre⁵. Pourtant, l'article 1386-15 du Code civil dispose que « *les clauses qui visent à écarter ou à limiter la responsabilité du fait des produits défectueux sont interdites et réputées non écrites* ». Certes, le chapitre du code civil traitant de la responsabilité du fait des produits défectueux s'adresse principalement au producteur.

102. Néanmoins, alors que celui-ci est nommément désigné dans chacun des articles imposant une obligation, l'article 1386-15 est formulé de façon générale, sans aucune référence au producteur. Or, l'article 12 de la directive 85/374/CEE relative aux produits défectueux⁶, transposé à l'article 1386-15 du Code civil, mentionne expressément le producteur : « *la responsabilité du producteur en application de la présente directive ne peut être limitée ou écartée à l'égard de la victime par une clause limitative de responsabilité* ». A moins d'une transposition malencontreuse, il convient d'en déduire que le droit français élargit la prohibition initialement réservée aux producteurs.

1. Art. L.1386-6 du Code civil.

2. Art. L.1386-4 du Code civil.

3. Art. L.1386-7 du Code civil.

4. Caroline LE GOFFIC et Aude VIVÈS-ALBERTINI, « L'impression 3D et les droits de propriété intellectuelle », in : *Prop. int.* 50 (2014), p. 24.

5. *The TAPR Open Hardware License*, Art. 7.

6. *Directive 85-374-CEE du Conseil du 25 juillet 1985 relative au rapprochement des dispositions législatives, réglementaires et administratives des Etats membres en matière de responsabilité du fait des produits défectueux*, <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/FR/TXT/HTML/?uri=CELEX:31985L0374&from=FR>.

B. Le retrait d'une partie au contrat et ses conséquences

103. La TAPR ne prévoit aucune limite de durée¹, sauf lorsqu'il est manifestement impossible de pérenniser la licence². Conformément à la liberté de consentement, chaque licencié est libre de se dégager face à ses obligations. Mais cette révocation ne doit pas mettre en péril l'équilibre du contrat. Cet équilibre est mis en péril lorsque le donneur de licence qui a conféré à ses licenciés une immunité sur un monopole de PI, décide de se retirer, ou manque à ses obligations.

104. Mais, il serait assez peu sécurisant que le donneur de licence puisse grâce à sa liberté de consentement ou à son manquement aux obligations contractuelles, retirer l'immunité initialement accordée, et ainsi anéantir la légitimité de tous les licenciés qui en dépendent. C'est pour cela que l'immunité accordée est perpétuelle, mondiale et gratuite. Ainsi, cette immunité a vocation à persister, même en cas de disparition du contrat liant le donneur de licence^{3 4}. Cette disparition a pour effet la résiliation du contrat. Celle-ci n'a pas d'effet rétroactif et ne vaut que pour l'avenir⁵.

105. Dans cette chaîne contractuelle, une résiliation a peu d'effets car le contrat se perpétue et se renouvelle à chaque nouvelle adhésion. En effet, on peut considérer que chaque modification apportée au contrat, élargit ou réduit le matériel libre. Or, le matériel libre est une condition nécessaire à la validité du contrat, une part intégrante de son objet.

106. En effet, sans celui-ci, le contrat n'a pas d'objet⁶. Lorsqu'une partie de l'objet du contrat est modifiée, le cocontractant doit approuver les modifications effectuées, expressément ou tacitement⁷. Il faut admettre que l'acceptation de l'élargissement ou de la réduction de l'objet contractuel est tacitement acquise au bout d'un certain temps. Cette acceptation tacite de la modification de l'objet du contrat peut être vu comme le résultat du processus de renouvellement contractuel. Ce renouvellement caractérise les contrats à exécution successives.

107. En définitive, le contrat de licence libre se renouvellerait à chaque modification apportée à l'objet. Dans le domaine des technologies du numérique, la

1. 35. p. 16

2. 31. p. 15

3. 31. p. 15

4. *The TAPR Open Hardware License*, Art. 2.

5. C. PAULIN, *La clause résolutoire*, L.G.D.J., 1996.

6. A propos de la distinction entre objet du contrat et objet de l'obligation J. GHESTIN, *La formation du contrat*, 4^e éd., L.G.D.J., 2015, p. 34.

7. F. TERRÉ, *Les obligations*, Dalloz, 2009, p. 137.

pérennité à pour vecteur l'innovation. Un logiciel ou matériel qui n'est pas amélioré est tôt ou tard remplacé par une alternative plus performante. De ce fait, la durée du contrat de licence libre devrait être adossée à la durée d'utilisation d'une technologie¹. L'arrêt de l'utilisation de celle-ci marquant son obsolescence et donc son inutilité².

1. 35. p. 16

2. 67. p. 33

Conclusion

108. La distinction entre matériel libre et oeuvre libre. Le mouvement du logiciel libre fut initié, dans les années 80 aux États-Unis. L'émergence de la société de l'information permit la pérennisation du mouvement, mais aussi son succès. Ce succès fit naître un véritable mouvement du libre, non plus seulement rattaché au logiciel. En effet, ce mouvement s'étendit à tous les types de créations. De façon plus discrète, le matériel libre émergea simultanément à l'« *oeuvre dynamique à pluralité d'auteurs non préidentifiés* »¹ ou l'oeuvre libre.

109. Animé des mêmes principes que l'oeuvre libre, le matériel libre peut quant à lui se définir comme une création dynamique à pluralité de créateurs non préidentifiés. Celui-ci se distingue de l'oeuvre libre. Cette distinction porte sur les types de créations que ces deux notions entendent régir. L'oeuvre libre encadre les créations susceptibles d'être protégées par le droit d'auteur. Le matériel libre encadre lui des créations techniques et utilitaires.

110. Une disparité dans l'application des droits de PI. Cette distinction met en évidence une véritable disparité quant à l'application des droits de PI. Alors que l'oeuvre libre est protégée dès sa création, car étroitement liée au droit d'auteur, le matériel libre n'entend pas se limiter à un champ unique d'application du régime de PI. Ainsi, appréhender le matériel libre, c'est envisager la situation juridique des créations non protégeables ou partiellement protégeables.

111. Si l'efficacité du droit des brevets a été démontré, les limites de ce régime rendent cette solution peu viable pour la communauté du matériel libre². A titre d'exemple, la libre mise à disposition de brevets ont été principalement opérées par de grandes entreprises³.

112. Fruit d'une méconnaissance, ou d'un choix volontairement assumé, de nombreux projets de matériel libre optent pour des licences s'appuyant sur le droit d'auteur⁴. Cette défiance vis-à-vis de la licence de matériel libre résulte de la complexité de son objet. Pourtant cette complexité offre l'opportunité d'approfondir les perspectives juridiques du mouvement du libre en général. Ainsi, le droit commun apporte une solution aux carences structurelles du droit de PI. En outre, de nouvelles pratiques ou notions contribuent au renforcement juridique de ce mouvement.

1. M. CLÉMENT-FONTAINE, « L'oeuvre libre », in : *JurisClasseur PLA* (2014).

2. 68. p. 34

3. A titre d'exemple, le constructeur automobile Tesla a mis une partie de son portefeuille brevets en libre disposition *Nos brevets vous appartiennent*, https://www.teslamotors.com/fr_FR/blog/all-our-patent-are-belong-you.

4. La licence Creative Commons rencontre un véritable succès sur ce point

C'est notamment le cas de la marque.

113. La protection du matériel libre par la marque. Le mouvement du libre s'est créé à l'aide d'un système dont il entend justement limiter les abus¹. En effet, dans un souci de sécurisation de la libre diffusion, la PI est indispensable. Le besoin de sécurité dont nécessite le mouvement du libre, ne se résume pas à la protection des droits patrimoniaux. Elle s'étend à la notoriété, la valeur. La marque est alors un élément essentiel de protection.

114. L'économie du libre se fonde sur le partage, mais aussi sur la reconnaissance. La dimension méritoire est particulièrement très importante dans ce mouvement. Investir l'économie du libre nécessite de s'identifier, se démarquer par ses apports. Face à cette exigence, la marque est l'instrument incontournable². La marque est traditionnellement considérée comme un élément de consolidation des droits patrimoniaux préexistants³. Mais l'essor du mouvement du libre a mis en exergue l'autonomie de cette protection « accessoire », face aux droits patrimoniaux. Le contentieux issu du projet de matériel libre Arduino, a particulièrement mis en évidence cette autonomie.

115. L'Arduino fait partie des plus grands succès de matériel libre à ce jour. Et pour cause, cette société a démocratisé l'électronique auprès du grand public. Elle a conçu un circuit imprimé à bas coût, permettant de réaliser de façon simple et ludique des produits autonomes⁴. Dès 2008, ce succès s'accompagna d'un important contentieux, qui en divisa les porteurs.

116. Le monopole conféré par la marque à travers l'exemple du contentieux né du projet Arduino. En effet, la marque Arduino fut déposée en 2008 aux États-Unies par les membres du projet. Un conflit surgit après que l'un des membres ait pris individuellement l'initiative de déposer cette marque en Italie. L'ampleur de la dissension conduisit à la séparation du groupe. La dualité des dépôts eu pour conséquence une dualité du marché économique. Depuis, le marché des États-Unis est investi par les membres ayant la marque dans ce pays, alors que le marché d'Europe est investi par le membre y détenant la marque sur le territoire italien⁵.

1. 25. p. 13

2. 2. p. 2

3. C. MAETZ, *La notoriété, essai sur l'appropriation d'une valeur économique*, Puam, 2010, p. 39.

4. *What do you mean by open-source hardware?*

5. *From Arduino to Genuino, the reasons for a choice*, <http://www.open-electronics.org/from-arduino-to-genuino-the-reasons-for-a-choice/>.

117. Le circuit imprimé exploité par les deux groupes est sous licence libre, exploitable par tous. Pourtant, grâce à la notoriété de la marque, les porteurs du projet Arduino ont conservé leur position économique. Cette notoriété a de même conduit à la délimitation du marché lors de la survenance du contentieux. Ce conflit illustre le rôle fondamental que joue la marque dans la vie économique. C'est un élément qui permet de formaliser l'histoire, le savoir-faire et les valeurs de l'entreprise face aux concurrents.

118. C'est sans surprise que la CJUE a assez tôt mis en avant la fonction essentielle de la marque : « *La fonction essentielle de la marque est de garantir au consommateur ou à l'utilisateur final l'identité d'origine du produit ou du service désigné par la marque, en lui permettant de distinguer sans confusion possible ce produit ou service de ceux qui ont une autre provenance* »¹. A côté des dépôts de marque, une autre pratique s'est développée, celle des groupements de brevets.

119. La licence de brevet défensif comme solution complémentaire. Le groupement de brevet ou *patent pool* permet à plusieurs sociétés, personnes ou organisations de mettre en commun des brevets considérés comme indispensables à la mise en oeuvre d'une technologie. Le fondateur du *Defensive Patent License*, Jason Schultz a décidé de réagir face à la menace dont les brevets peuvent être porteurs². En s'appuyant sur le groupement de brevets, le système mis en place contraint le détenteur du brevet à ne l'utiliser en contentieux qu'à des fins défensives. Ce système est un véritable pacte de non-agression de brevets³.

Certains fabricants de matériel ont pris la mesure du mouvement qui se dessine, ainsi que les nombreux défis et opportunités qui en émergeront⁴. Cette nouvelle forme de concurrence s'inscrit dans un mouvement plus large de *balkanisation* des productions⁵. En effet, l'ubérisation des services, l'impression 3D, les workshops ou encore les laboratoires numériques sont autant d'innovations sociales et économiques, qui tendent aujourd'hui à modifier les rapports de l'industrie traditionnelle face au consommateur-fabricant. Dans ce contexte, il serait prudent de ne

1. CJCE, 18 juin 2002, *Koninklijke Philips Electronics NV c/ Remington Consumer Products Ltd.*, aff. C-299/99, pt.30, note A. Folliard Monguiral.

2. D. FOREST, « Faut-il craindre les chasseurs de brevets en Europe ? », in : *Recueil Dalloz* (2006), p. 2473.

3. *Defensive Patent Licence*.

4. Intel, *Open Source Hardware Advisory Panel*, <http://www.intel.com/content/www/us/en/do-it-yourself/maker-osh-advisory-panel.html>.

5. *In the next industrial revolution, atoms are the new bits*, http://www.wired.com/2010/01/ff_newrevolution/.

pas sous-estimer le phénomène du matériel libre. Si le droit n'intervient habituellement qu'après l'émergence d'un phénomène, il serait judicieux d'en observer les signes avant-coureurs dans le but d'une régulation pertinente.

Bibliographie

Jurisprudence

- CA Lyon, 1re ch. A., 25 sept. 2008, n 07/04642. Cass. com., 18 nov. 2008, n 07-17.420 : JurisData n 2008-045933 ; PIBD 2009, n 889, III, p. 783. Cass. com., 29 mars 2011, n 09-16.330 : JurisData n 2011-005106.*
- CA Paris, 10 nov. 1959 : Ann. propr. ind. 1960, p. 58.*
- CA Paris, 16e ch., 3 mars 1981, JurisData 1981-021078.*
- CA Paris, 30 oct. 2015, n 13/07821 : PIBD 2016, n 1042, III, p. 60.*
- CA Paris 4 ch. B, 7 oct. 2005.*
- CA Paris, 9 juin 1977, préc. n 17. CA Colmar, 18 avr. 1984 : D. 1986, inf. rap. p. 138, obs.*
- CA Paris, pole 5, ch. 2 27 mar. 2015, n 12/03021, Professional Computer Associées France c/Suza International France Sa : PIBD n 1029, III, p. 428 ; Propr. intell. 2015, n 57, p. 450.*
- CASS. 3e civ., 4 mai 2006, n 04-10.051 : JurisData n 2006-034016 ; JCP G 2006, II, 10119 ; JCP E 2006, 2504, p. 1780 ; Administrer 2006, n 390, p. 45 ; D. 2006, p. 1454, obs. Y. Rouquet.*
- CASS. Com., 10 février 2015, n 13-27.225, Garbolino, PIBD 2015, n 1026-III-333 ; Com., 17 mars 2015, nos 13-16.336 et 13-16.337, Ludeno ; RTD com. 2015, p. 333, obs F. Pollaud-Dulian.*
- CASS. com., 10 juin 1986 : Dossiers brevets 1986, III, 4. V. aussi, CA Bordeaux, 1re ch., sect. A, 3 avr. 1998 : JurisData n 1998-049519.*
- CASS. com., 20 févr. 2007, n 05-16.683, Sté Wirquin c/ Sté Sanitaire accessoires services (SAS) : Propr. intell. 2007, n 23, p. 231, obs. crit. Warusfel.*
- CASS. com., 30 janv. 2001, n 98-13.641 : JurisData n 2001-008077 ; PIBD 2001, n 723, III, p. 329.*
- CASS. com., 4 janv. 1994 : JCP E 1995, I, 471, n 12, obs. Burst et Mousseron ; PIBD 1994, n 564, III, p. 195 ; RD propr. intell. 1994, n 52, p. 38.*
- CJCE, 18 juin 2002, Koninklijke Philips Electronics NV c/ Remington Consumer Products Ltd. , aff. C-299/99, pt.30, note A. Folliard Monguiral.*

CJUE, 16 juil. 2009, aff. C-5-08 : *Comm. com. electr. 2009*, comm. 97, C. Caron ; *JCP G 2009*, n 39, note L. Marino ; *Prop. intell. 2009*, n 33, p. 378, obs. V.-L. Benabou ; *RIDA 2010*, n 226, p. 401, obs. P. Sirinelli.

TGI Paris, 17 févr. 1976 : *PIBD 1976*, n 175, III, p. 353. *TGI Rennes*, 14 f évr. 2000 : *PIBD 2000*, n 703, III, p. 383.

TGI Paris, 1er févr. 2008 : *Prop. intell. 2009*, n 29, p. 468 ; *PIBD 2008*, 873, III, 275.

TGI Paris, 26 avr. 1986 : *PIBD 1986*, n 358, III, p. 331. *TGI Paris*, 13 mars 1998 : *Dossiers brevets 1998*, III, 6. *TGI Strasbourg*, 5 sept. 2000 : *PIBD 2000*, III, p. 573.

Ouvrages

BERTRAND, F., « L'opposabilité du contrat aux tiers », 1979.

BINCTIN, N., *Droit de la propriété intellectuelle*, 3^e éd., L.G.D.J, 2014.

BINCTIN, N., *Le capital intellectuel*, Litec, 2007.

BRUGUIÈRE, J., *Propriété intellectuelle et droit commun*, Presses universitaires d'Aix-Marseille, 2007.

CLÉMENT-FONTAINE, M., *L'oeuvre libre*, Larcier, 2014.

GAUDEMET, E., *Théorie générale des obligations*, Dalloz, 2004.

GAUDRAT, P. et F. SARDAIN, *Traité de droit civil du numérique*, Larcier, 2015.

GHESTIN, J., *La formation du contrat*, 4^e éd., L.G.D.J, 2015.

— *Les effets du contrat*, 3^e éd., *Traité de droit civil*, L.G.D.J, 2001.

GIBB, A., *Building Open Source Hardware : DIY Manufacturing for Hackers and Makers*, Addison Wesley, 2014.

GUTIERREZ-LACOUR, S., *Le temps dans les propriétés intellectuelles*, Litec, 2004.

LARROUMET, C., *Le contrat*, 4^e éd., Economica, 1998.

MAETZ, C., *La notoriété, essai sur l'appropriation d'une valeur économique*, Puam, 2010.

MALAUURIE, P., *Les contrats spéciaux*, L.G.D.J, 2014.

MARÉCHAL, C., *Concurrence et propriété intellectuelle*, Litec, 2009.

MARINO, L., *Droit de la propriété intellectuelle*, Puf, 2013.

MONTERO, E., *Les logiciels libres face au droit*, Bruylant, 2005.

MOUSSERON, J., « De la propriété comme modèle, » in : *Mélanges offerts à André Colomer*, Litec, 1993.

PASSA, J., *Droit de la propriété industrielle*, L.G.D.J, 2013.

PAULIN, C., *La clause résolutoire*, L.G.D.J, 1996.

- POUILLET, E., *Traité théorique et pratique des brevets d'invention et de la contrefaçon*, 1879.
- RIFKIN, J., *l'âge de l'accès*, La Decouverte, 2005.
- ROUBIER, P., *Droits subjectifs et situations juridiques*, Dalloz, 2005.
- SPOONER, L., *Plaidoyer pour la propriété intellectuelle*, 2012.
- TAFFOREAU, P. et C. MONNERIE, *Droit de la propriété intellectuelle*, 4^e éd., Gualino, 2015.
- TERRÉ, F., *Les obligations*, Dalloz, 2009.
- VIRASSAMY, G., « La connaissance et l'opposabilité », in : *Les effets du contrat à l'égard des tiers, comparaisons franco-belges*, 1992.
- VIVANT, M., *Droit et économie de la propriété intellectuelle*, L.G.D.J., 2014.
- *Les créations immatérielles et le droit*, Ellipses, 1997.

Articles

- ACKERMANN, J., « Toward Open Source Hardware », in : *University of dayton law review* (2009).
- C., LE STANC, « Beaucoup de bruit pour rien ? », in : *Rev. Prop. Ind.* (2003).
- CLÉMENT-FONTAINE, M., « L'oeuvre libre », in : *JurisClasseur PLA* (2014).
- MEKKI, M., « L'ordonnance n 2016-131 du 10 février 2016 portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations », in : *Recueil Dalloz* (2016).
- SCHREPEL, T., « L'innovation de rupture : de nouveaux défis pour le droit de la concurrence », in : *RLDConc* (2015).

Sites Internet

- CERN Open Hardware Licence*, <http://www.ohwr.org/documents/294>.
- CNRTL*, <http://www.cnrtl.fr/definition/>.
- Copyleft*, <https://www.gnu.org/licenses/copyleft.html>.
- Defensive Patent Licence*, <http://defensivepatentlicense.org/>.
- Do we need an open hardware license ?*, <https://www.linux.com/news/do-we-need-open-hardware-license>, 2007.
- From Arduino to Genuino, the reasons for a choice*, <http://www.open-electronics.org/from-arduino-to-genuino-the-reasons-for-a-choice/>.
- In the next industrial revolution, atoms are the new bits*, http://www.wired.com/2010/01/ff_newrevolution/.

Intel, Open Source Hardware Advisory Panel, <http://www.intel.com/content/www/us/en/do-it-yourself/maker-osh-advisory-panel.html>.

Internet of Things Hardware Round-up, <http://postscapes.com/internet-of-things-hardware>.

Interview With SparkFun's Director Of Engineering, <http://electronicdesign.com/modules/interview-sparkfuns-director-engineering>.

Licence GNU GPL, <http://www.gnu.org/licenses/gpl.html>.

Nos brevets vous appartiennent, https://www.teslamotors.com/fr_FR/blog/all-our-patent-are-belong-you.

Open Hardware Legal Meetup, <http://www.oshwa.org/2013/12/05/open-hardware-legal-meetup-nyu-nov-11/>.

OSHWA Definition, <http://www.oshwa.org/definition/>.

P2P Foundation, Open Hardware Licenses, http://p2pfoundation.net/Open_Hardware_Licenses#Unresolved_legal_issues_hamper_the_development_of_sound_open_hardware_licenses.

Risebox : la startup qui transforme votre cuisine en potager, <http://www.nanterredigital.fr/blog/2015/12/08/risebox-la-startup-qui-transforme-votre-cuisine-en-potager/>.

Solderpad Hardware Licence, <http://solderpad.org/licenses/SHL-0.51/>.

The TAPR Open Hardware License, <https://www.tapr.org/ohl.html>, 2007.

What do you mean by open-source hardware ?, <https://www.arduino.cc/en/Main/FAQ>.

Wikipedia, <https://fr.wikipedia.org/wiki/>.

The TAPR Open Hardware License

Version 1.0 (May 25, 2007)

Copyright 2007 TAPR – <http://www.tapr.org/OHL>

PREAMBLE

Open Hardware is a thing – a physical artifact, either electrical or mechanical – whose design information is available to, and usable by, the public in a way that allows anyone to make, modify, distribute, and use that thing. In this preface, design information is called “documentation” and things created from it are called “products.”

The TAPR Open Hardware License (“OHL”) agreement provides a legal framework for Open Hardware projects. It may be used for any kind of product, be it a hammer or a computer motherboard, and is TAPR's contribution to the community; anyone may use the OHL for their Open Hardware project. You are free to copy and use this document provided only that you do not change it.

Like the GNU General Public License, the OHL is designed to guarantee your freedom to share and to create. It forbids anyone who receives rights under the OHL to deny any other licensee those same rights to copy, modify, and distribute documentation, and to make, use and distribute products based on that documentation.

Unlike the GPL, the OHL is not primarily a copyright license. While copyright protects documentation from unauthorized copying, modification, and distribution, it has little to do with your right to make, distribute, or use a product based on that documentation. For better or worse, patents play a significant role in those activities. Although it does not prohibit anyone from patenting inventions embodied in an Open Hardware design, and of course cannot prevent a third party from enforcing their patent rights, those who benefit from an OHL design may not bring lawsuits claiming that design infringes their patents or other intellectual property.

The OHL addresses unique issues involved in the creation of tangible, physical things, but does not cover software, firmware, or code loaded into programmable devices. A copyright-oriented license such as the GPL better suits these creations.

How can you use the OHL, or a design based upon it? While the terms and conditions below take precedence over this preamble, here is a summary:

- You may modify the documentation and make products based upon it.
- You may use products for any legal purpose without limitation.
- You may distribute unmodified documentation, but you must include the complete package as you received it.
- You may distribute products you make to third parties, if you either include the documentation on which the product is based, or make it available without charge for at least three years to anyone who requests it.
- You may distribute modified documentation or products based on it, if you:
 - License your modifications under the OHL.
 - Include those modifications, following the requirements stated below.

- Attempt to send the modified documentation by email to any of the developers who have provided their email address. This is a good faith obligation – if the email fails, you need do nothing more and may go on with your distribution.
- If you create a design that you want to license under the OHL, you should:
 - Include this document in a file named LICENSE (with the appropriate extension) that is included in the documentation package.
 - If the file format allows, include a notice like “Licensed under the TAPR Open Hardware License (www.tapr.org/OHL)” in each documentation file. While not required, you should also include this notice on printed circuit board artwork and the product itself; if space is limited the notice can be shortened or abbreviated.
 - Include a copyright notice in each file and on printed circuit board artwork.
 - If you wish to be notified of modifications that others may make, include your email address in a file named “CONTRIB.TXT” or something similar.
- Any time the OHL requires you to make documentation available to others, you must include all the materials you received from the upstream licensors. In addition, if you have modified the documentation:
 - You must identify the modifications in a text file (preferably named “CHANGES.TXT”) that you include with the documentation. That file must also include a statement like “These modifications are licensed under the TAPR Open Hardware License.”
 - You must include any new files you created, including any manufacturing files (such as Gerber files) you create in the course of making products.
 - You must include both “before” and “after” versions of all files you modified.
 - You may include files in proprietary formats, but you must also include open format versions (such as Gerber, ASCII, Postscript, or PDF) if your tools can create them.

TERMS AND CONDITIONS

1. Introduction

1.1 This Agreement governs how you may use, copy, modify, and distribute Documentation, and how you may make, have made, and distribute Products based on that Documentation. As used in this Agreement, to “distribute” Documentation means to directly or indirectly make copies available to a third party, and to “distribute” Products means to directly or indirectly give, loan, sell or otherwise transfer them to a third party.

1.2 “Documentation” includes:

- (a) schematic diagrams;
- (b) circuit or circuit board layouts, including Gerber and other data files used for manufacture;
- (c) mechanical drawings, including CAD, CAM, and other data files used for manufacture;
- (d) flow charts and descriptive text; and
- (e) other explanatory material.

Documentation may be in any tangible or intangible form of expression, including but not limited to computer files in open or proprietary formats and representations on paper, film, or other media.

1.3 “Products” include:

- (a) circuit boards, mechanical assemblies, and other physical parts and components;
- (b) assembled or partially assembled units (including components and subassemblies); and
- (c) parts and components combined into kits intended for assembly by others;

which are based in whole or in part on the Documentation.

1.4 This Agreement applies to any Documentation which contains a notice stating it is subject to the TAPR Open Hardware License, and to all Products based in whole or in part on that Documentation. If Documentation is distributed in an archive (such as a “zip” file) which includes this document, all files in that archive are subject to this Agreement unless they are specifically excluded. Each person who contributes content to the Documentation is referred to in this Agreement as a “Licensor.”

1.5 By (a) using, copying, modifying, or distributing the Documentation, or (b) making or having Products made or distributing them, you accept this Agreement, agree to comply with its terms, and become a “Licensee.” Any activity inconsistent with this Agreement will automatically terminate your rights under it (including the immunities from suit granted in Section 2), but the rights of others who have received Documentation, or have obtained Products, directly or indirectly from you will not be affected so long as they fully comply with it themselves.

1.6 This Agreement does not apply to software, firmware, or code loaded into programmable devices which may be used in conjunction with Documentation or Products. Such software is subject to the license terms established by its copyright holder(s).

2. Patents

2.1 Each Licensor grants you, every other Licensee, and every possessor or user of Products a perpetual, worldwide, and royalty-free immunity from suit under any patent, patent application, or other intellectual property right which he or she controls, to the extent necessary to make, have made, possess, use, and distribute Products. This immunity does not extend to infringement arising from modifications subsequently made by others.

2.2 If you make or have Products made, or distribute Documentation that you have modified, you grant every Licensor, every other Licensee, and every possessor or user of Products a perpetual, worldwide, and royalty-free immunity from suit under any patent, patent application, or other intellectual property right which you control, to the extent necessary to make, have made, possess, use, and distribute Products. This immunity does not extend to infringement arising from modifications subsequently made by others.

2.3 To avoid doubt, providing Documentation to a third party for the sole purpose of having that party make Products on your behalf is not considered “distribution,” and a third party’s act of making Products solely on your behalf does not cause that party to grant the immunity described in the preceding paragraph.

2.4 These grants of immunity are a material part of this Agreement, and form a portion of the consideration given by each party to the other. If any court judgment or legal agreement prevents you from granting the immunity required by this Section, your rights under this Agreement will terminate and you may no longer use, copy, modify or distribute the Documentation, or make, have made, or distribute Products.

3. Modifications

You may modify the Documentation, and those modifications will become part of the Documentation. They are subject to this Agreement, as are Products based in whole or in part on them. If you distribute the modified Documentation, or Products based in whole or in part upon it, you must email the modified Documentation in a form compliant with Section 4 to each Licensor who has provided an email address with the Documentation. Attempting to send the email completes your obligations under this Section and you need take no further action if any address fails.

4. Distributing Documentation

4.1 You may distribute unmodified copies of the Documentation in its entirety in any medium, provided that you retain all copyright and other notices (including references to this Agreement) included by each Licensor, and include an unaltered copy of this Agreement.

4.2 You may distribute modified copies of the Documentation if you comply with all the requirements of the preceding paragraph and:

- (a) include a prominent notice in an ASCII or other open format file identifying those elements of the Documentation that you changed, and stating that the modifications are licensed under the terms of this Agreement;

- (b) include all new documentation files that you create, as well as both the original and modified versions of each file you change (files may be in your development tool’s native file format, but if reasonably possible, you must also include open format, such as Gerber, ASCII, Postscript, or PDF, versions);

(c) do not change the terms of this Agreement with respect to subsequent licensees; and

(d) if you make or have Products made, include in the Documentation all elements reasonably required to permit others to make Products, including Gerber, CAD/CAM and other files used for manufacture.

5. Making Products

5.1 You may use the Documentation to make or have Products made, provided that each Product retains any notices included by the Licensor (including, but not limited to, copyright notices on circuit boards).

5.2 You may distribute Products you make or have made, provided that you include with each unit a copy of the Documentation in a form consistent with Section 4. Alternatively, you may include either (i) an offer valid for at least three years to provide that Documentation, at no charge other than the reasonable cost of media and postage, to any person who requests it; or (ii) a URL where that Documentation may be downloaded, available for at least three years after you last distribute the Product.

6. NEW LICENSE VERSIONS

TAPR may publish updated versions of the OHL which retain the same general provisions as the present version, but differ in detail to address new problems or concerns, and carry a distinguishing version number. If the Documentation specifies a version number which applies to it and “any later version”, you may choose either that version or any later version published by TAPR. If the Documentation does not specify a version number, you may choose any version ever published by TAPR. TAPR owns the copyright to the OHL, but grants permission to any person to copy, distribute, and use it in unmodified form.

7. WARRANTY AND LIABILITY LIMITATIONS

7.1 THE DOCUMENTATION IS PROVIDED ON AN “AS-IS” BASIS WITHOUT WARRANTY OF ANY KIND, TO THE EXTENT PERMITTED BY APPLICABLE LAW. ALL WARRANTIES, EXPRESS OR IMPLIED, INCLUDING BUT NOT LIMITED TO ANY WARRANTIES OF MERCHANTABILITY, FITNESS FOR A PARTICULAR PURPOSE, AND TITLE, ARE HEREBY EXPRESSLY DISCLAIMED.

7.2 IN NO EVENT UNLESS REQUIRED BY APPLICABLE LAW WILL ANY LICENSOR BE LIABLE TO YOU OR ANY THIRD PARTY FOR ANY DIRECT, INDIRECT, INCIDENTAL, CONSEQUENTIAL, PUNITIVE, OR EXEMPLARY DAMAGES ARISING OUT OF THE USE OF, OR INABILITY TO USE, THE DOCUMENTATION OR PRODUCTS, INCLUDING BUT NOT LIMITED TO CLAIMS OF INTELLECTUAL PROPERTY INFRINGEMENT OR LOSS OF DATA, EVEN IF THAT PARTY HAS BEEN ADVISED OF THE POSSIBILITY OF SUCH DAMAGES.

7.3 You agree that the foregoing limitations are reasonable due to the non-financial nature of the transaction represented by this Agreement, and acknowledge that were it not for these limitations, the Licensor(s) would not be willing to make the Documentation available to you.

7.4 You agree to defend, indemnify, and hold each Licensor harmless from any claim brought by a third party alleging any defect in the design, manufacture, or operation of any Product which you make, have made, or distribute pursuant to this Agreement.

Index

Symbols

état de la technique, *voir* activité
inventive
3D, 2

A

acceptation, 42, 46
 accepté, 43, 44
activité inventive, 29, 33, 35
 inventive, 6
amélioration, *voir* innovation
appropriation, 16, 31
auteur, 12
automatisé, *voir* autonomie
autonomie, 4, 41
 autonome, 4, 5, 29

B

bien, 4–6, 14, 16, 17, 19, 21, 23, 24,
 29–33, 39–41, 44
 immatériel, 44
 meuble, 44
 physique, 19, 21, 29, 39
 technique, 32
bonne foi, 31, 44
brevet, 7, 14, 29–35

C

circuit, 5, 35
 électronique, 5
 imprimé, 6
 intégrés, 35

consentement, 42, 46
contrat, 6, 12, 16, 20, 22–24, 37–40,
 42–44, 46
contrepartie, 44
copyleft, 22–24
création, 15–17, 19–23, 34, 38, 40
 créations, 19, 33
 immatérielle, 34
 technique, 34

D

défaut, 44, 45
 défectueux, 45
Defensive Patent Licence, 6, 51
domaine public, 16
droit
 auteur, 5, 7, 20, 34
 brevet, 4–6, 16, 20, 37–40, 43
 dessins et modèles, 5, 7, 20
durée, 14, 16, 33, 34, 38, 46, 47

E

effet, 4, 6, 23, 41, 42, 46

G

garantie, 2, 44, 45
garantir, 16, 39

H

homme du métier, *voir* activité
inventive

I

innovation, 4, 13, 14, 29, 30, 33, 35, 47
 innovations, 34
inventeur, *voir* invention
invention, 29, 31–34, 36, 38, 39

L

libre, *voir* licence, contrat
licence, 2–6, 14–17, 19–21, 29, 31, 33,
 40, 41, 46
 CERN, 3
 GPL, 6, 22
 Solderpad Hardware Licence, 3
 TAPR, 3, 6, 12, 14–17, 19–21, 23,
 24, 33, 40–46

M

marque, 2, 3, 50, 51
matériel, *voir* contrat, licence

N

nouveau, 13, 30, 43

O

obligation, 20–24, 39, 43–46
opposabilité, 42
 opposable, 39, 42, 43

OSHOWA, 3

P

partie, 20, 23, 40, 41, 46
patent pool, *voir* Defensive Patent
 Licence
perfectionnements, *voir* innovation,
 amélioration
processus, 6, 12, 14, 19, 30, 45
produit, 3, 6, 12, 30–33, 35, 44, 45
 mécanique, 29
propriété, 12, 13, 19, 39
 intellectuelle, 13–15, 35, 36

R

responsabilité, 20, 24, 45
 responsable, 24, 45

S

sacrifice, 44
schéma, 2, 5, 19, 21
semi-conducteurs, 6

T

territoire, 17
tiers, 3, 6, 12, 39–43

Table des matières

Sommaire	i
Introduction	2
Partie I La licence de matériel libre formalisant la volonté des parties	9
1 L’obligation principale de la licence de matériel libre	11
Section I L’organisation des droits nécessaires à libre diffusion du bien . . .	11
§ 1. Les caractéristiques du bien mis à disposition	11
A. Une création successivement immatérielle et physique	11
B. Une création technique et utilitaire	12
§ 2. Le droit de propriété intellectuelle applicable au bien régi par la licence	13
A. L’apport de la propriété intellectuelle dans la diffusion du bien	13
B. Les limites de cet apport	14
Section II L’absence de certaines contraintes entourant la libre diffusion du bien	14
§ 1. L’absence d’un prix rémunérateur	15
A. Une mise à disposition gratuite	15
B. La prise en compte des coûts relatifs à la distribution	15
§ 2. L’absence d’encadrement temporel et territorial	16
A. L’absence d’encadrement temporel	16
B. L’absence d’encadrement territorial	17
2 Les obligations issus du contrat de matériel libre	18
Section I L’obligation du créancier	18
§ 1. Les garanties relatives à l’exploitation du matériel libre	18
A. La diversité des formes du bien pouvant faire l’objet d’une exploitation	19

B.	La maîtrise des droits nécessaires à l'exploitation du bien	19
§ 2.	Les garanties relatives à la libre mise à disposition du matériel libre	20
A.	Une licence non-exclusive	20
B.	La mise à disposition des éléments d'exploitation du bien	21
Section II	L'obligation du débiteur	22
§ 1.	L'analyse de l'obligation du débiteur en tant que condition résolutoire	22
§ 2.	L'analyse de l'obligation du débiteur en tant que condition suspensive	23

Partie II La volonté des parties confrontée aux dispositions d'ordre public **26**

1	La dépendance du matériel libre au brevet	28
Section I	L'application du droit des brevets au contrat de matériel libre . . .	28
§ 1.	L'objet de la licence soumis aux critères de l'invention	28
A.	La licence de matériel libre ayant pour objet un bien technique	29
B.	Les conditions nécessaires à la brevetabilité du matériel libre	29
§ 2.	L'efficacité du monopole conféré par le droit des brevets	30
A.	L'efficacité de la revendication	30
B.	L'efficacité de l'action en contrefaçon	31
Section II	L'encadrement de la volonté des parties quant à la libre mise à disposition du bien breveté	32
§ 1.	Une protection circonscrite à l'objet de la demande de brevet .	32
A.	Une protection soumise aux revendications	32
B.	L'objet de la TAPR dépassant le cadre de la protection conférée par brevet	33
§ 2.	Une protection réduite dans le temps et dans l'espace	34
A.	Une protection réduite dans le temps	34
B.	Une protection territorialement réduite	35
2	La qualification juridique de la licence de matériel libre	37
Section I	Une licence exclusive à toute qualification légalement établie . . .	37
§ 1.	L'inapplicabilité des contrats du Code civil	37
A.	L'inapplicabilité du contrat de louage de chose	37
B.	L'inapplicabilité du contrat de prêt à usage	38

§ 2.	La licence de matériel libre : un contrat sui generis	39
A.	Un contrat protéiforme	39
B.	L'acceptation du licencié comme fondement de la pérennité du contrat	40
Section II	Une licence soumise à l'équilibre entre le droit des parties et celui des tiers	41
§ 1.	Le libre exercice du droit des tiers face à la licence TAPR . . .	41
A.	Les effets de la licence de matériel libre à l'égard des tiers	41
B.	L'opposabilité de la licence de matériel libre	42
§ 2.	Les limites au libre exercice du droit des parties	44
A.	La responsabilité du fait des produits défectueux . .	44
B.	Le retrait d'une partie au contrat et ses conséquences	46
Conclusion		49
	Jurisprudence	53
	Ouvrages	54
	Articles	55
	Sites Internet	55
	Annexe	57
Bibliographie		57
Annexes		57
Index		62
Table des matières		64