

Il était une fois...



licences d'occasion et la divulgation : différents avis, les faits concrets

Dans le monde des logiciels d'occasion, des débats curieux et destructeurs ont cours autour du concept de « divulgation ». Curieux parce que l'acteur qui en bénéficierait n'y a pas contribué et destructeur parce qu'il conjure un litige imaginaire au travers d'arguments pseudo-juridiques pour établir des critères de différenciation sur le marché et par-là même l'affaiblir.

Andreas E. Thyen

Président du Conseil d'administration de LizenzDirekt AG

Andreas E. Thyen a fait des études d'économie, de droit et de sociologie, mais aussi de relations économiques internationales et de socioéconomie à Hambourg. Depuis plus de 20 ans, il propose des services de conseil autour de diverses thématiques en lien avec la planification, les processus et le management, entre autres au sein d'un cabinet de conseil international, et a écrit de nombreuses publications à ce sujet. Il est désormais Président du Conseil d'administration de LizenzDirekt AG, qui bénéficie ainsi de ses quelque 15 années d'expérience à des postes de direction sur le marché des logiciels d'occasion. Véritable figure de proue du secteur, A. Thyen est désormais à la fois son ardent défenseur et un précurseur qui aide les entreprises et les administrations à profiter de ce véritable joyau européen qu'est le logiciel d'occasion. Outre les bases juridiques régissant ce marché, il transmet avec aisance, engagement et clairvoyance toute la portée des aspects et intérêts économiques et sociaux correspondants. Ce savoir-faire explique d'ailleurs pourquoi il est régulièrement interviewé par les médias dans l'ensemble des pays germanophones. Il publie également régulièrement sur les liens entre numérique et politique sociale d'une part et numérique et économie d'autre part. A. Thyen soutient à la fois financièrement et par son engagement divers projets scolaires, sociaux et sportifs pour les enfants.

Table des matières

01	Introduction	Page 4
02	La divulgation, késako ?	Page 5
03	Quid du contexte juridique ?	Page 6
04	Quelles positions du côté des revendeurs ?	Page 7
04.01	Les revendeurs	Page 7
04.02	En faveur de la divulgation	Page 7
04.03	Contre la divulgation	Page 8
04.04	Pesée des arguments	Page 9
04.05	Les éditeurs	Page 10
04.06	Les clients	Page 11
05	La valeur probante de la divulgation	Page 12
06	Les risques pour les clients	Page 13
07	L'acquisition de bonne foi : une aberration	Page 14
08	L'état des débats	Page 15
09	Synthèse	Page 16
10	Recommandation	Page 18
11	Modèle d'attestation d'auditeur	Page 20



01 | Introduction

Les logiciels dits d'occasion sont des logiciels (standard) achetés par le premier acquéreur auprès soit de l'éditeur du logiciel soit de l'un de ses partenaires et que celui-ci souhaite revendre pour diverses raisons (achat d'une nouvelle version ou d'une autre solution logicielle, p. ex.). Pour ce cas de figure, il existe des revendeurs proposant ces logiciels sous forme de produits d'occasion à leurs clients, qui en deviennent alors les acquéreurs ultérieurs.

Les éditeurs internationaux reconnaissent généralement le fait que les logiciels puissent être achetés et revendus sous forme de produit « d'occasion ». C'est donc une pratique qui est monnaie courante, même au sein de grands groupes.¹

On peut donc se demander en quoi cette publication est pertinente. Toutes les questions juridiques fondamentales ont certes déjà été tranchées définitivement par la Cour de justice de l'Union européenne et par les plus hautes juridictions à l'échelle nationale, mais le thème de la divulgation de documents et d'information reste très débattu sur le marché des logiciels d'occasion qui a émergé. Ces discussions peuvent semer le doute chez les clients existants ou potentiels et c'est bien dommage, car cela pourrait réduire l'acceptation de ce véritable joyau européen.

La présente publication vise à contrer cette tendance, à offrir un éclairage, à esquisser les différentes positions et à faire la part des choses.

Pourquoi cette publication ?



Notre recommandation de guide :
Principes de l'acquisition de licences de logiciels d'occasion

www.lizenzdirekt.com/fr

¹ Le guide pratique Principes de l'acquisition de licences de logiciels d'occasion par des pouvoirs adjudicateurs, publié aux éditions BehördenSpiegel, propose une description détaillée de ce concept.

02 | La divulgation, késako ?

Malgré la jurisprudence rendue par les plus hautes instances en Allemagne et en Europe, la pratique au quotidien montre qu'il y a encore des incertitudes et matière à débat au regard de la divulgation.

Le terme nébuleux de la « divulgation de la chaîne de droits » désigne le fait de savoir si un revendeur qui a acquis des licences (de logiciels) d'occasion est légalement tenu de communiquer à l'acquéreur ultérieur au moment de la revente les contrats de licence d'origine avec le numéro de contrat et des informations sur l'entreprise et les personnes auprès desquelles le logiciel a été acquis ainsi que d'autres documents, par exemple.

Le sens concret du concept de divulgation est tout aussi vague que sa teneur et sa portée. Impossible dans ce cadre de mener une discussion sérieuse.

Pourquoi donc les débats vont-ils néanmoins bon train ? C'est que dans le cas des biens immatériels, les droits d'exploitation ne sont pas quelque chose de tangible. Par conséquent, ils sont susceptibles de provoquer un sentiment d'incertitude quant à leur légalité, d'où l'envie naturelle d'obtenir plus d'informations et de documents. La divulgation est-elle judicieuse ? Peut-on l'exiger ? Ou peut-elle même avoir des répercussions négatives ? En fonction de la perspective et des intérêts en présence, les positions divergent.

D'un premier abord, le concept de « divulgation » semble pourtant intuitivement positif, mais c'est trompeur. **C'est que le concept de divulgation conduit non seulement à une interprétation erronée du droit, mais menace également le marché des logiciels d'occasion en plus de rejeter la responsabilité sur les clients.**

« Divulgation », un terme vague

La divulgation, une opération risquée

Les explications suivantes renvoient au contexte juridique allemand. La réglementation pertinente sur les logiciels est cependant harmonisée à l'échelle de l'Union européenne du fait de la transposition nécessaire de la Directive européenne sur les programmes d'ordinateur (*Directive 2009/24/CE*). C'est sur cette base que la Cour de justice de l'Union européenne a pris sa décision de principe clé qui vaut pour l'ensemble de l'UE.



03 | Quid du contexte juridique ?

Dans l'absolu, la question déterminante est celle de savoir si la loi prévoit une telle exigence. Aucun des arrêts pertinents de la Cour de justice de l'Union européenne (CJUE)² ni des plus hautes juridictions nationales³ ne répond à cette question par l'affirmative. Les juridictions ont d'ailleurs même rejeté des tentatives d'affirmer le contraire.⁴ Il n'existe à l'heure actuelle aucun droit légal à se voir remettre des documents confidentiels.

La **CJUE** poursuit et a toujours poursuivi la même intention : garantir la **libre circulation des marchandises**, et ce, après l'épuisement des droits. Il convient donc de s'en tenir à des principes libéraux et de faisabilité. C'est d'autant plus vrai dans un marché marqué par une concurrence à l'encontre de géants mondiaux monopolistiques, à l'instar des éditeurs américains.

À l'époque, la juridiction nationale compétente avait **simplement souligné** que l'acquéreur de logiciels d'occasion devait simplement être informé de l'utilisation « conforme à sa destination » de celui-ci par le vendeur. Cela ne signifie en rien que le vendeur doit lui remettre les contrats passés avec ses sources d'approvisionnement, mais uniquement que les éléments nécessaires au sujet des accords de licence doivent être transmis afin que l'acquéreur ultérieur puisse respecter les stipulations de la licence.

Le revendeur est bien évidemment aussi **dans l'obligation** d'octroyer les licences de logiciels d'occasion sous la forme de droits d'utilisation en vertu de ses obligations contractuelles.

Puisque la revente de logiciels d'occasion n'est soumise à aucune autorisation de l'éditeur, la **divulgation** à ces fins est superflue et **induit même en erreur**, puisqu'elle suggère l'existence d'une preuve judiciaire sans même qu'il y ait procès. C'est là une chose impossible hors de tout procès et elle n'a pas lieu d'être, même dans le cadre d'un procès imaginaire.

Si la divulgation est certes envisageable, celle-ci ne doit en aucun cas ni mener par la petite porte à une autorisation de l'éditeur, laquelle n'est pas prévue par la loi, **ni être présentée comme incontournable ou faire ignorer d'autres intérêts légitimes**. C'est que la liberté postulée par la CJUE n'irait alors plus de soi et que cela saperait le marché des logiciels d'occasion tel qu'il existe aujourd'hui.⁵

Aucun droit à la divulgation

La liberté européenne, une valeur prioritaire

L'aberration du procès fictif

Différentes possibilités offertes grâce à la liberté du

² Arrêt du 3 juillet 2012 – C-128/11

³ Cour fédérale de justice allemande [Bundesgerichtshof], arrêt du 11/12/2014 – I ZR 8/13 ; 17/07/2013 – I ZR 129/08

⁴ Tribunal régional de Hambourg [Landgericht], arrêt du 14/9/2016 – affaire 406 HKO 148/16

⁵ Si le marché des logiciels d'occasion a pu se développer, c'est justement parce que les revendeurs et les clients ne se sont pas pliés aux souhaits des éditeurs. Depuis l'an 2000, toutes les tentatives d'éditeurs d'obtenir une limitation du marché par les juridictions ont précisément conduit à l'effet inverse.



04 | Quelles positions du côté des revendeurs ?

Qu'elles achètent ou vendent des logiciels d'occasion, les administrations et les entreprises sont les acteurs au centre de ces débats. Mais il y a également un autre acteur, à savoir les éditeurs : eux qui veulent voir leurs droits de propriété intellectuelle respectés, sont restés plutôt discrets jusqu'à présent. Cela mène à une situation où les positions sont très divergentes.

**Des positions
sont très divergentes**

04.01 | Les revendeurs

Dans l'ensemble, c'est plus chez les revendeurs que les opinions divergent le plus, certains d'entre eux défendant l'idée de la divulgation, d'autres s'y opposant.

Suite aux décisions historiques, mais comme bien souvent abstraites des juridictions, c'est aux revendeurs des logiciels (d'occasion) plus ou moins récents sur le marché qu'est revenu le soin d'en faire l'interprétation pratique. Avec le soutien d'entreprises de renom, l'entreprise de revente de logiciels d'occasion impliquée dans la procédure en question a su s'imposer dans l'esprit de ce principe fondamental, et ce, au terme d'un combat de plusieurs années contre l'un des plus grands éditeurs de logiciels au monde aux ressources financières quasi illimitées. **Par la suite, on a en revanche vu divers revendeurs de logiciels d'occasion tendre vers la divulgation et chercher à impliquer les éditeurs.** Face à eux, d'autres revendeurs sont restés dans l'esprit des décisions ainsi décrochées et se sont refusés et se refusent encore à toute divulgation de leurs sources d'approvisionnement.

**Le concept de
divulgation, une
solution favorable aux
éditeurs**

04.02 | En faveur de la divulgation

Certains des revendeurs souhaitaient certes profiter des avantages du libre commerce des logiciels d'occasion et donc de ce pan de l'histoire juridique, mais sans risquer de s'attirer les foudres de l'éditeur. Dans certains cas, ils ont même cherché à se placer sous sa (prétendue) protection. C'est pour soi-disant pouvoir se distinguer du revendeur usedSoft, qui était partie au procès, que ces revendeurs ont lancé ce (pseudo-) débat dont tout le monde a aujourd'hui oublié la source ou le motif (à avoir la volonté de se distinguer de la concurrence).

Un pseudo-débat

En fait, **ce sont ces mêmes revendeurs qui mènent le débat au sujet de la divulgation pour ainsi dire à la place des éditeurs**. On comprend donc pourquoi ces revendeurs prônent la divulgation de toutes les sources et de tous les documents à chaque acquéreur ultérieur et signalent proactivement toute vente aux éditeurs ou leur fournissent les informations en cas de **projets SAM ou d'audit**, ce qui leur permet donc d'avoir un contrôle. Compte tenu de cette argumentation, on voit comment ce « droit à l'audit »⁷ des éditeurs jette de l'ombre sur le marché.

Pour défendre le concept de divulgation, l'argument avancé en bloc consiste à affirmer qu'elle permet aux clients d'être mieux armés en cas d'audit et de défendre les intérêts des éditeurs. Outre des considérations en lien avec la transparence, ses partisans font également valoir des arguments juridiques, tels que l'absence d'acquisition de bonne foi des licences de logiciels.

04.03 | Contre la divulgation

Du côté des autres revendeurs, on argumente dans **l'esprit la CJUE en défendant l'idée de libre-échange** tout en formulant des réserves et des doutes quant au fait que la divulgation bénéficie véritablement au libre-échange et aux intérêts des clients. Par conséquent, nombreux sont les revendeurs qui craignent que les informations au sujet des **sources d'approvisionnement** soient transmises de manière anticipée et injustifiée aux éditeurs, ce qui peut être facteur de **prise d'influence négative**.

Avec ce scénario, si l'on veut favoriser des échanges commerciaux simples et pratiques, il faudra repasser. Force est également de constater que bon nombre d'entreprises, surtout les grands groupes, ne souhaitent pas que la vente s'ébruite. Celles-ci se font donc garantir contractuellement (au moyen d'un accord de confidentialité) par les revendeurs de logiciels d'occasion que ces informations ne seront transmises que dans la mesure du strict nécessaire ou en tout dernier recours.

On peut également avoir **des doutes quant au respect de la protection des données** et du secret professionnel, lesquels ne peuvent être balayés du revers de la main compte tenu de la controverse autour des échanges de données avec les États-Unis (cf. l'arrêt de la CJUE sur l'inadéquation de la protection assurée par le bouclier de protection des données Union européenne-États-Unis – arrêt du 16 juillet 2020 C-311/18) et de la collecte de données télématiques massive effectuée par Microsoft.

Autre argument contre la divulgation : elle représente une charge conséquente pour client (cf. explications détaillées au chapitre ⁶), qui doit alors procéder à l'examen des documents du point de vue juridique, ce qui entraîne des coûts et d'autres contraintes.

Des doutes s'imposent notamment dès lors que les documents sont remis au partenaire SAM de l'éditeur dès la première demande de celui-ci par peur d'un audit ou de ne pas être en conformité. C'est que procédant ainsi, c'est retourner en arrière à l'époque d'avant la jurisprudence en question : au lieu de demander à l'éditeur une autorisation en amont qui n'est même pas nécessaire, celui-ci se voit quasiment demander son accord *a posteriori*.

Des acteurs qui jouent le jeu des éditeurs et des apparences d'anticipation d'audit

Le risque d'une prise d'influence

La protection des données et de la confidentialité

Une charge pour la clientèle

Un retour en arrière

⁶ Cf. UN AUDIT ? UN PROBLÈME (OU PAS)



04.04 | Pesée des arguments

Dès lors qu'il s'agit de peser les arguments en présence, il convient de dûment comparer les différents intérêts et valeurs des différentes parties et, dans certains cas, de les hiérarchiser. **Le principe prioritaire est celui qui découle de la libre circulation marchandises postulée par la CJUE et le principe d'épuisement des droits valant dans l'ensemble de l'UE y afférant.**

Tous les autres intérêts, y compris les besoins des éditeurs, sont secondaires par rapport au principe absolu de l'épuisement des droits. **Si l'éditeur n'a pas à autoriser toute revente, il n'y a aucune raison que celui-ci en soit informé. Bien au contraire : la position monopolistique des éditeurs qui n'a cessé de croître au fil des décennies et les dépendances qui en découlent entraînent une tendance à la servilité.** En soutenant l'idée de la divulgation, certains suggèrent une forme de souveraineté qui n'a pas lieu d'être. Même les éditeurs n'exigent pas la divulgation (cf. chapitre 4.2), si bien qu'il apparaît clairement que ce sont les revendeurs qui usent de la divulgation, attribut aux connotations positives, pour se distinguer de la concurrence.

Et même dans ce contexte, le « droit à l'audit »⁸ parfois avancé ne peut pas être un argument décisif. Grâce à cette arme couplée à la dépendance des clients vis-à-vis de nombreuses solutions logicielles, les éditeurs de logiciels internationaux ont fait émerger une **atmosphère menaçante** qu'ils utilisent parfois consciemment pour atteindre leurs objectifs commerciaux. Or, c'est là une situation qui n'est juridiquement aucun fondement. C'est que le droit d'auteur tel que formulé par la Directive européenne sur les programmes d'ordinateur ne prévoit en aucun cas un droit à l'information et au contrôle pour les titulaires des droits des logiciels. Il faut au contraire qu'il y ait un motif de soupçon concret, soupçon qui risque d'être difficile à prouver par l'éditeur en cas de litige.

L'auditeur de l'éditeur n'a lui non plus pas valeur probante décisive en cas de litige.

Il convient donc d'étudier avec circonspection toute demande de l'éditeur et de ne s'y conformer que dans le respect le plus strict du principe de proportionnalité, notamment en ne lui fournissant pas volontairement plus d'informations que nécessaire. Inversement, il convient de la mesure allant le moins loin possible au lieu de divulguer l'ensemble de la documentation. En lieu et place de la divulgation, il existe donc bon nombre d'autres moyens plus modérés et l'approche à adopter se doit d'être échelonnée.

La liberté, valeur maîtresse

La menace d'un audit et la situation juridique : le match

On peut tout d'abord citer les documents d'achat du revendeur de logiciel d'occasion. Ensuite, à titre subsidiaire, il est envisageable de faire appel à un tiers (impartial) tel qu'un **auditeur** qui confirmera l'achat des licences de logiciels d'occasion, tiers qui devra s'engager à maintenir les informations confidentielles vis-à-vis de l'éditeur. C'est une solution d'autant plus pertinente qu'il est courant et semble approprié d'utiliser ce type d'évaluation d'expert à des fins de preuve dans le cadre d'une procédure judiciaire.

Malgré les dispositions contractuelles passées avec le revendeur, les collaborateurs des entreprises (à savoir du client) se laissent souvent bien trop facilement convaincre de mettre à disposition tous les documents contractuels du tout premier acquéreur du logiciel, etc., qui ont été reçus, et ce, dans leur intégralité et dès la première demande de l'éditeur dans l'espoir de régler au plus vite le dossier.

Les arguments ci-dessous démontrent également en détail que certains intérêts et besoins légitimes s'opposent à la divulgation de tous les documents. En effet, il ne faudrait notamment pas faire l'erreur de croire que les documents divulgués ont la même valeur probante que la preuve judiciaire (cf. le chapitre 5 pour plus de détails).

04.05 | Les éditeurs

Depuis les décisions de principe rendues par les juridictions, les éditeurs n'ont sans doute même pas eux-mêmes postulé que la divulgation de l'ensemble de la chaîne des droits était obligatoire en cas de revente. Ce fait peut étonner, mais confirme une fois de plus **que cette obligation est une fiction**.

Il est donc d'autant plus surprenant que certains revendeurs de logiciels d'occasion mettent en avant le concept de divulgation alors que les éditeurs que ce concept favorise sont depuis longtemps passés à des modèles basés sur les abonnements pour contourner le problème de la seconde main.

S'il aucune autorisation en amont ne s'impose, il n'y a pas non plus lieu de leur demander leur permission rétroactive et on peut partir du principe que les éditeurs le savent. Il ne devrait donc pas y avoir de divulgation injustifiée à ces fins vis-à-vis de l'éditeur.

L'éditeur a déjà correctement épuisé ses droits au moment de la vente et ne doit donc pas être impliqué dans la revente. **Stricto sensu, chercher à impliquer l'éditeur alors même que l'intention de la CJUE était de l'exclure de ce processus est même un acte de subversion vis-à-vis des libertés postulées.**

Même les éditeurs n'exigent pas la divulgation

La divulgation sape les principes établis



04.06 | Les clients

Côté clients, tout dépend, dans un premier temps, du rôle qu'ils jouent.

Les clients souhaitant revendre leurs licences de logiciels (d'occasion) demandent généralement des **dispositions et déclarations de confidentialité particulières**. Si ces mesures ne sont pas juridiquement suffisantes pour véritablement exclure toute divulgation, le **revendeur** en tant qu'acheteur est néanmoins tenu **de protéger les informations** et de réduire l'échange d'information au minimum imposé par la loi. Comme précisé ci-dessus, les ventes régulières ne prévoient pas ce type d'obligation légale.

Le fait que les vendeurs aient ce besoin n'est pas arbitraire. Rares seraient les clients qui seraient d'accord que leurs informations contractuelles soient divulguées à un nombre indéterminé de personnes. Il serait contestable de vouloir appliquer d'autres règles en cas d'achat.

Dans le cas des grands packs de licences, il arrive également souvent que les licences soient réparties entre plusieurs clients (acheteurs/revendeurs/vendeurs). Il peut alors y avoir des centaines, voire de milliers de destinataires. Cela entraîne d'importantes difficultés pratiques au plus tard au moment de la vente et le risque d'abus croît de manière significative.

Lorsqu'elles sont dans le rôle de l'acheteur, beaucoup d'entreprises se sentent peu concernées ou intéressées par le thème de la divulgation. Dans ce cas de figure, ce sont sans doute d'autres thématiques, telles que la réputation du revendeur, son professionnalisme et, avant tout, le prix, qui les préoccupent. **Pour influencer le choix du client, les revendeurs essaient souvent de se distinguer en mettant en avant le principe de la divulgation à leur propre avantage ou de lui fournir des informations à ce sujet. Le client se voit alors soudain confronté à des affirmations contradictoires et est bien souvent perdu, ce qui n'est pas bon et le pousse souvent à prendre les mauvaises décisions.**

**Un besoin de protection
pour les vendeurs**

**La divulgation : une
source d'inquiétude
plutôt que de
différenciation**



05 | La valeur probante de la divulgation

Si la divulgation peut être vue comme une menace évidente pour la liberté du marché et aller de pair avec des inconvénients juridiques et pratiques pour le client, on peut se demander s'il ne présente pas également un avantage juridique, tout du moins pour le client.

Ce qui continue à coller à la peau de la divulgation, c'est que certains revendeurs et éditeurs renvoient aux explications de la juridiction nationale compétente, qui, à l'époque, cherchait uniquement à souligner une évidence du droit procédural dans ce contexte particulier du litige, à savoir que pour se prévaloir de circonstances favorables à son égard devant une juridiction, encore faut-il en apporter la preuve s'il y a contestation. Mais il y a un mais :

- Ce principe est déjà un principe général du droit procédural et ne vaut pas uniquement pour les logiciels d'occasion ;
- Une preuve peut être apportée de différentes manières dans le cadre d'un procès, mais uniquement dans le cadre prévu par la loi ;
- Il est tout à fait possible d'apporter une preuve sans mettre des documents confidentiels à la disposition de la partie adverse.

Malgré ce que peuvent penser les clients, une copie de contrat et tous autres documents mis à disposition par le revendeur pourraient ne pas avoir valeur probante face à un tribunal. Ce qui est décisif, c'est que les conditions d'épuisement aient été respectées.

Hors du cadre du procès, il ne peut être question de « preuve ». De même, peu importe pour les échanges commerciaux quelles preuves *pourraient* être acceptées par l'éditeur dans le cadre d'un procès imaginaire.⁷ L'essentiel, c'est d'offrir une garantie au client et de protéger ses intérêts. Or, comme nous continuerons à le montrer, la divulgation n'est pas la voie à suivre.

La divulgation extrajudiciaire méprend le fait que c'est aux juridictions qu'incombe le soin d'étudier les preuves et pas à l'éditeur.

**La preuve dans les
procédures judiciaires**

**Une anticipation
impossible et
insensée**

⁷ L'auteur n'a connaissance d'aucune procédure en lien avec les revendeurs connus sur le marché au cours de la dizaine d'années passées.



BRN-Pixel, Adobe Stock

06 | Les risques pour les clients

Avant d'accepter tous les **documents contractuels** et déclarations, l'acheteur doit se demander s'il a **la volonté et la capacité d'en faire un examen juridiquement sûr** après que le revendeur (professionnel) l'a déjà fait. Il faudra tout d'abord qu'il se penche de son plein gré sur l'importante jurisprudence des plus hautes juridictions et examine ou fasse examiner par son service juridique ou un expert externe les questions juridiques y afférant.

Il est généralement accepté qu'il est loin d'être simple de répondre à la question de savoir si toutes conditions d'épuisement ont été remplies dans un cas particulier, même si les conditions d'épuisement se limitent certes à cinq aspects fondamentaux. Il y a donc un dilemme. **Si les conditions (réelles) sont juridiquement peu complexes, le flot d'informations peut être extrêmement difficile à maîtriser du point de vue pratique.** Que l'on pense à la masse de documents pouvant couvrir des années voire des décennies ou encore aux structures contractuelles des contrats «Entreprise» internationaux... Le client doit alors se demander pourquoi il doit faire ce travail alors même que contractuellement, c'est au revendeur de garantir l'absence de vice, ce pour quoi il se fait rémunérer.

En réceptionnant les documents, **les clients professionnels s'engagent** à les examiner soigneusement, ce qui est dans leur intérêt.

Bien souvent, les acheteurs ne peuvent pas mener un « **véritable contrôle assorti d'une sécurité juridique** ». C'est pourquoi les clients doivent alors faire appel à des auditeurs ou des avocats spécialisés qu'ils doivent rémunérer pour vérifier toute insuffisance et la faire valoir, le cas échéant, auprès du vendeur. Dans certains cas, il n'est même pas certain que les documents puissent réellement répondre de manière incontestable à toutes les questions au sujet des conditions réelles d'épuisement. Cette procédure semble donc loin d'être pratique et a un certain prix.

La responsabilité du contrôle

La volonté de se défaire de la charge du contrôle

L'obligation de réclamation du client

Inversement, les **clients souhaitant revendre** leurs licences de logiciels (d'occasion) devront se demander s'ils **sont** (également) **d'accord que ces documents soient divulgués à un nombre illimité d'acquéreurs ultérieurs**. Les vendeurs tels que les **entreprises et les collectivités** devront donc se poser la question de savoir **si la transmission** de leurs contrats **est compatible avec les règles de conformité et de confidentialité, surtout lorsque la divulgation en question n'est fondée sur aucune obligation légale, tout du moins pas conformément à la d'ordinateur**.

Dans le cas des grands packs de licences, il arrive également souvent que les licences soient réparties entre plusieurs clients (acheteurs/revendeurs/vendeurs).

La divulgation, facteur d'ambivalence

07 | L'acquisition de bonne foi : une aberration

Certains revendeurs mettent en avant l'absence d'acquisition de bonne foi pour défendre le concept de divulgation. Pourtant, c'est justement sur la bonne foi que misent les partisans de la divulgation en suggérant que le client peut obtenir des certitudes à ce sujet grâce aux documents divulgués et à sa propre expertise. Ainsi, on pourrait tout aussi bien reverser l'argument, qui devient alors caduc. Il vient également renforcer la responsabilité du client. Compte tenu du fait que ces questions relèvent essentiellement du droit national, elles ne seront pas creusées davantage dans cette version de la publication.

La bonne foi, un argument qui ne prend pas

08 | L'état des débats

Dans l'ensemble, on constate qu'il y a deux camps sur cette question chez les revendeurs connus, avec environ 50 % de chaque côté de la barrière entre partisans et opposants de la divulgation. On ne peut, dès lors, pas parler de « norme » en la matière, ce qui rend les débats particulièrement périlleux. C'est que dans leur tentative de séduction de la clientèle, les revendeurs s'affrontent autour de cette question. Mais ce face-à-face semble peu propice au marché et à l'acceptation. Et qui profite de cette situation ? L'éditeur, qui n'est même pas impliqué dans le débat, car les clients inquiets sont davantage susceptibles d'acheter des licences neuves ou de souscrire un abonnement.

Les revendeurs voulant ou devant protéger leurs sources d'approvisionnement pour les raisons compréhensibles évoquées ci-dessus proposent quant à eux de nombreux **instruments supplémentaires** allant au-delà des mesures obligatoires. C'est le cas par exemple des déclarations d'exonération ou de garantie ou des contrôles externes ainsi que la conservation des documents auprès d'un **auditeur** assurée même en cas de dépôt de bilan.

Résultat du match : égalité

Vous avez des questions ou souhaitez échanger **directement** à ce sujet avec moi ?



LizenzDirekt
SOFTWARE FOR YOUR BUSINESS



Andreas E. Thyen

Président du Conseil
d'administration

LizenzDirekt AG
Untermüli 7
6300 Zug
Suisse

Tél. : +41 41 5000 650
Télécopie : +41 41 5000 659

andreas.thyen@lizenzdirekt.com

LizenzDirekt Deutschland GmbH
Landstraße 24
28870 Fischerhude
Allemagne

Tél. : +49 5494 9999 090
Télécopie : +49 5494 9999 099

www.lizenzdirekt.com



09 | Synthèse

Il est clair qu'il est dans l'intérêt légitime de l'éditeur de déceler et de sanctionner tout abus. En tant que titulaire des droits, l'éditeur doit voir ses droits de distribution garantis sans discussion, le tout, assorti de mesures juridiques.

Le titulaire des droits s'est vu accorder la possibilité de proposer ses logiciels dans l'espace judiciaire européen à ses conditions et d'être rémunéré de manière appropriée. Passé ce moment, presque tous ses droits prennent fin et les échanges commerciaux bénéficient des libertés européennes grâce au principe d'épuisement. Tout transfert des droits au titulaire original est alors **exclu** mis à part dans les cas pertinents d'abus (y compris les cas punis par le droit pénal) et de procédure judiciaire régis par l'état de droit, à moins qu'une décision passée en force de chose jugée ou une disposition légale n'en dispose autrement.

La liberté de circulation des marchandises qui fait foi dans l'Espace économique européen est déjà le fruit d'une pesée des différents intérêts et non pas son point de départ.

À la connaissance de l'auteur, le risque d'action en justice de la part d'un éditeur ne s'est pas concrétisé au cours des douze années depuis 2012 et ce risque est à peine reconnu par la jurisprudence. Néanmoins, aucun acheteur ne veut s'y exposer et avoir à fournir des preuves tangibles. C'est pourquoi le **souhait des clients, qu'ils soient des entreprises ou des collectivités**, d'avoir **une quelconque forme de garantie** est compréhensible. Il convient donc de reconnaître ce besoin et d'y donner suite. Cette liberté doit également être préservée et davantage valorisée.

Il existe différentes pratiques sur le marché des logiciels d'occasion qui sont toutes recevables du point de vue légal, notamment les déclarations d'exonération, les garanties de responsabilité sans faute et même (version « haut-de-gamme ») des attestations dressées au cas par cas par un auditeur.

Des libertés qui empêchent le transfert des droits au titulaire des droits original

Un besoin de protection légitime

Bien entendu, il s'agit là de **mesures coûteuses dépassant le cadre obligatoire** que proposent les revendeurs dans l'optique d'apaiser une méfiance des clients qui n'a généralement pas lieu d'être.

Ce qui n'est nullement dans l'intérêt des acheteurs et des vendeurs (à savoir comme clients) est de rejeter sur eux la charge du contrôle qui leur incombe en réceptionnant la documentation divulguée, surtout lorsque cette divulgation est faussement présentée comme une protection en cas de litige alors même que le client n'en porte pas le risque.

De même, il n'est ni dans l'intérêt de l'acheteur ou du vendeur (en tant que clients) ni dans l'esprit de la jurisprudence de la CJUE de se voir remettre des documents ou de les communiquer en tant que vendeur si le seul et unique but de la manœuvre est ensuite de les transmettre à l'éditeur à la première occasion. Bien au contraire, tout client décidant de revendre ses logiciels ferait bien d'exclure contractuellement toute divulgation à discrétion compte tenu du nombre potentiellement élevé d'acquéreurs ultérieurs.

C'est justement là le rôle du **revendeur** au titre d'instance de contrôle et de tampon. Celui-ci est là pour effectuer minutieusement toutes les vérifications dont il a connaissance et ne procéder à la divulgation des documents et des informations qu'en toute dernière mesure dans le cadre d'une action en justice. C'est également lui qui porterait la responsabilité juridique de ce procès, puisqu'il a explicitement exonéré le client de ce risque. **L'idée est de ne transmettre que ce qui est strictement nécessaire et d'adopter une approche échelonnée conforme au principe de proportionnalité.**

Néanmoins, on ne peut dénier aux acteurs du marché le droit à la divulgation pour d'autres motifs. Il ne faut pas oublier que la divulgation n'est pas forcément un avantage pour le client et qu'il existe toujours une alternative. Il existe en effet diverses autres possibilités envisageables qui seraient, en prime, plus respectueuses des intérêts des clients. **Ce qui serait fatal, ce serait que les clients jugent du sérieux d'un prestataire en fonction du fait qu'il mette ou non en avant la divulgation ou l'existence de certificats.**

En soi, seuls les clients bien informés sauront démasquer cette interprétation faite de cette liberté, à condition de faire preuve de courage et de faire fi d'éventuelles craintes. Il convient d'établir une forme de consensus pour reconnaître ces libertés synonymes d'un avantage économique, mais aussi les protéger. Comment ? En n'optant pas pour une lecture restrictive et en évitant de se plier aux dictats des éditeurs dominant déjà le marché malgré une liberté postulée.

Ce serait une chance absolument unique de se libérer un tant soit peu des structures oligopolistiques et monopolistiques des éditeurs et de renforcer l'espace judiciaire européen en tant qu'espace de liberté et que « marque », avec à la clé des prix plus intéressants que ceux du neuf. **Ceci permettrait de promouvoir de manière décisive la souveraineté numérique, grande priorité européenne, en libéralisant le marché.**

Il est donc d'autant plus regrettable que cette liberté soit à nouveau remise sur le tapis, que les incertitudes soient attisées au profit de la divulgation comme soi-disant différenciation sur le marché et que les revendeurs ne fassent pas cause commune pour renforcer ce secteur dans lequel le temps presse.

Identifier les intérêts des clients

Un dispositif échelonné pour équilibrer les intérêts

La divulgation n'est pas un gage de sérieux

Informez plutôt que dictez



Robert Kneschke, Adobe Stock

10 | Recommandation

La principale recommandation est de ne pas voir le marché des logiciels d'occasion comme un simple geste historique en défiance des géants américains du logiciel, mais d'en profiter et d'en tirer activement profit à l'heure des augmentations de prix régulières des abonnements et produits sur le cloud tels que M365.

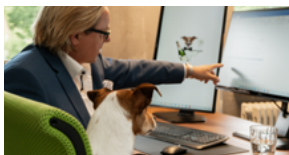
Cela implique entre autres de ne pas se laisser décourager par les débats superficiels parsemés d'arguments peu aboutis et ne représente en aucun cas une plus-value pour un marché libéralisé offrant une sécurité juridique. C'est d'autant plus vrai pour le débat autour de la divulgation. En effet, la divulgation n'offre qu'en apparence davantage de sécurité juridique et elle comporte même des risques.

Il faut donc des connaissances de base et faire preuve de **bon sens**. Certains prestataires peu scrupuleux mettent eux aussi en avant leurs services en se targuant de transmettre n'importe quels documents, dont on ne sait pas s'ils sont authentiques ou peut-être utilisés plusieurs fois. De même, nul ne sait si ces prestataires parfois nouveaux perdureront sur le marché. Il convient donc d'opter pour un partenaire fiable, compétent et expérimenté qui jouit d'une bonne réputation et aura les reins assez solides pour faire face à toute action en responsabilité.

Les explosions de prix des abonnements et du cloud

Une question de bon sens et de réputation

En savoir plus : www.lizenzdirekt.com/fr/base-de-connaissances



Le b.a.-ba des logiciels d'occasion →



Les différents types de licences →



Les licences de logiciel pour les administrations →



Comparaison des coûts et des performances →



5 conseils pour réduire ses frais informatiques →



L'achat responsable de licences →



La souveraineté numérique →



Document d'audit téléchargeable →



Document de référence à télécharger →



La gestion des actifs logiciels →



L'optimisation des licences →



L'implémentation et la mise à jour →

Ce n'est que dans ce contexte que toute garantie fournie est utile. Voici comment peut être **concrètement formulée** une telle **attestation** à destination du client :⁸

Version standard (informations obligatoires)

- En règle générale, les revendeurs proposent une garantie sous la forme d'une exonération spécifique vis-à-vis de toute prétention de la part de l'éditeur du logiciel en lien avec l'achat du logiciel. Ce type de document est proposé par la plupart des revendeurs, alors même qu'ils n'ont aucune obligation de la délivrer.
- Cet engagement juridique renforcé protège donc économiquement de tout litige et rend obsolète tous débats anticipés au sujet de la question de la preuve (comme le fait de savoir si des documents auraient valeur probante ou non).

Version haut de gamme (garantie supplémentaire)

- Si le risque de voir sa responsabilité engagée est considéré comme particulièrement élevé en raison du volume contractuel, des experts peuvent accompagner la cession dans le respect des dispositions prévues par la jurisprudence.
 - Outre des avocats spécialisés, il peut s'agir des mêmes auditeurs mandatés par les éditeurs pour contrôler le parc logiciel.
 - Certains revendeurs proposent également ce type d'**attestation au cas par cas, à savoir portant sur un achat concret**, délivrée par un **auditeur**.⁹ En complément de la déclaration du revendeur, cette attestation délivrée par un auditeur ôte au client toute nécessité de contrôler la documentation tout en maintenant l'équilibre entre les intérêts des parties prenantes, y compris les intérêts légitimes de l'éditeur.
 - Le dépôt des documents auprès de l'auditeur permet également de se prémunir de tout cas de dépôt de bilan et de répondre à toute demande de restitution correspondante.

Néanmoins, ces déclarations et attestations supplémentaires entraînent des coûts importants pour le revendeur en question. C'est pourquoi la **confirmation par un auditeur n'est pas systématique** et doit prendre en compte le contexte en question. **Cependant, si l'attestation porte sur un cas particulier, elle offre un niveau de protection particulièrement élevé et garantit la conformité avec les exigences légales et commerciales.**

**Recommandation de
déclaration d'exonération**

**La question de la
« preuve » obsolète**

**Une attestation d'auditeur
dans certains cas particuliers**

**Un haut niveau de protection
et de fiabilité**

⁸ Le guide pratique *Principes de l'acquisition de licences de logiciels d'occasion par des pouvoirs adjudicateurs*, publié aux éditions BehördenSpiegel, propose une description détaillée de ce concept.

⁹ Vous trouverez un exemple/modèle en annexe à la page 20.



Groß & Klein
Beratungsgesellschaft mbH

Petit & Grand · 7, rue Rivoli · 14000 Caen

Voitures de collection Dupont SÀRL
Monsieur Jean Dupont
1, rue du marché

Attestation de chaîne de droits portant sur des licences de logiciels correspondant à la livraison n° LS-1234 et la facture n° R-56789 pour le client n° 10001 Voitures de collection Dupont SÀRL

Madame, Monsieur,

Nous avons reçu des documents de la part de [revendeur de logiciels] indiquant que les licences suivantes fournies et facturées dans le cadre de la

- Commande n° LS-1234 et la facture n° R-56789

ont été dûment acquises auprès d'un revendeur Microsoft agréé :

- 900 Office Professional Plus 2021 LTSC Windows
- 24 Windows Server 2022 Datacenter Core 2Lic
- 9 Windows Server 2022 Standard Core 2Lic
- 900 Windows Server 2022 User CAL
- 900 Remote Desktop Services 2022 User CAL

Nous avons à notre disposition les documents relatifs au transfert des licences à [revendeur de logiciels], le bon de commande de licence Microsoft du premier acquéreur ainsi que la confirmation que les licences ont été rendues inutilisables par le premier acquéreur.

Sur la base de ces documents, nous confirmons l'origine des licences de logiciels susmentionnées et la traçabilité de la chaîne de droits.

Nous conserverons les documents que nous avons reçus pour dresser la présente attestation pendant 10 ans, lesquels pourront être mis à disposition en la présence d'intérêts légitimes.

Cabinet de conseil

Petit & Grand SÀRL

Auditeurs · Conseillers fiscaux ·
Comptables agréés

7, rue Rivoli
14000 Caen

Tél.: 02 31 62 62 62
Télécopie: 02 31 62 62 63

info@petg.com
www.petg.com

Maurice Durand
Diplômé en finances · Auditeur

Marie Martin
Diplômé en économie

André Perrin
Diplômé en finances · Diplômé en
économie

N° de TVA intracommunautaire :
FR 789 123 540

Date :
01/04/2023

Nos références :
MD

Interlocuteur :
Maurice Durand

Poste direct :
02 31 62 62 63

N° de dossier :
TE-1-789-3B-220

Page :
1 de 2

Caisse d'épargne modèle de Caen
IBAN : FR03 1234 5678 9012 3456 78
BIC : CAISSEXDEP

Banque exemple
IBAN : FR03 9876 5432 1098 7654 32
BIC : GENODEFXMOD



Groß & Klein
Beratungsgesellschaft mbH

Je vous prie d'agréer, Madame, Monsieur, mes sincères salutations.

M. Durand

Maurice Durand
Auditeur

Caisse d'épargne modèle de Caen
IBAN : FR03 1234 5678 9012 3456 78
BIC : CAISSEXDEP

Banque exemple
IBAN : FR03 9876 5432 1098 7654 32
BIC : GENODEFXMOD



À propos de LizenzDirekt

Le Groupe LizenzDirekt est l'un des leaders du marché européen des licences de logiciels d'occasion. À partir de ses différents sites en Suisse, en Autriche et en Allemagne, l'entreprise rachète et revend des droits d'utilisation (licence en volume) pour les logiciels d'entreprise et les systèmes d'exploitation dans le segment de la clientèle entreprise et des administrations.

LizenzDirekt est **Microsoft Partner**, **Cloud Solution Reseller** et Authorized Education Reseller et est inscrite dans la base de données de **préqualification pour les marchés publics** au titre d'« entreprise professionnelle, performante et fiable pour les marchés publics ».

Parmi sa clientèle, elle compte essentiellement de grands groupes, des entreprises de taille moyenne d'envergure ainsi que des ministères, mais aussi une multitude de PME, collectivités territoriales et communes.

Prise ensemble, sa **direction** dispose de **plusieurs décennies d'expérience** dans le secteur des logiciels d'occasion. Bon nombre de ses **collaborateurs** sont **certifiés par des éditeurs** et le personnel dispose de **connaissances étendues** en matière de licences et de **processus SAM**. C'est là la garantie d'un accompagnement à la fois sûr et apaisé en matière d'audits.

Qu'il s'agisse de l'achat, de la vente, de la location ou de logiciels en tant que services (*software as a service* ou *SaaS* en anglais) sur le cloud, LizenzDirekt propose des solutions logicielles sur mesure.

LizenzDirekt AG

Untermüli 7
6300 Zug
Suisse

Tél. : +41 41 5000 650
Télécopie : +41 41 5000 659
service@lizenzdirekt.com

LizenzDirekt Autriche

Mühlweg 23
3701 Großweikersdorf
Autriche

Tél. : +43 720 880 324
Télécopie : +43 295 577 280
service@lizenzdirekt.com

LizenzDirekt Deutschland GmbH

Landstraße 24
28870 Fischerhude
Allemagne

Tél. : +49 5494 9999 000
Télécopie : +49 5494 9999 009
service@lizenzdirekt.com

En savoir plus : www.lizenzdirekt.com/fr



Lizenz Direkt

Mentions légales

Éditeur : R. Uwe Proll

Auteur : Andreas E. Thyen, économiste diplômé

Maison d'édition : ProPress Verlagsgesellschaft mbH

(Behörden Spiegel-Gruppe), Friedrich-Ebert-Allee 57, 53113 Bonn, Allemagne

Téléphone : +49-228-970970, télécopie : +49-228-97097-75

E-mail : redaktion@behoerdenspiegel.de

Internet: www.behoerdenspiegel.de

Tribunal d'inscription : Tribunal de première instance de Bonn HRB 3815, n° de TVA intracommunautaire : DE 122275444

Gérant : Fabian Rusch

Mise en page : fishingpool media GmbH pour Akima Media GmbH

Lieu d'exécution et juridiction compétente : Bonn

Les contributions signées par un auteur ne reflètent pas forcément l'opinion de la rédaction. Tous droits réservés. Le livre et toutes les contributions et illustrations qu'il contient sont protégés par le droit d'auteur. À l'exception des cas prévus par la loi, toute réutilisation sans l'autorisation de la maison d'édition est interdite et sera poursuivie au titre du droit d'auteur.

1re édition 2024 – V1.0

ISBN : 978-3-934401-83-9

Image material : crédits photos cf. légendes, toutes les autres illustrations sont de Linus Klose Photography

Le logo de LizenzDirekt AG est une marque (de l'Union européenne) déposée.

LizenzDirekt[®]
SOFTWARE FOR YOUR BUSINESS

CHANGEZ DE PERSPECTIVE. METTEZ-VOUS AU VERT AVEC LES LICENCES DE LOGICIELS D'OCCASION

Les licences de logiciels d'occasion représentent votre contribution au Pacte vert numérique. Faites entrer vos systèmes informatiques dans le développement durable tout en faisant jusqu'à 70 % d'économies.*

lizenzdirekt.com

Le Pacte vert numérique. Maintenant.

#PacteVertNumérique

* Montant maximum des économies possibles grâce à l'achat d'un produit d'occasion auprès de LIZENZDIREKT (par rapport au prix de vente neuf conseillé par l'éditeur).