Un guide pratique de la
Behörden Spiegel

Principes de l'acquisition de licences de logiciels d'occasion

par des pouvoirs adjudicateurs

SITUATION INITIALE

PROBLÉMATIQUE

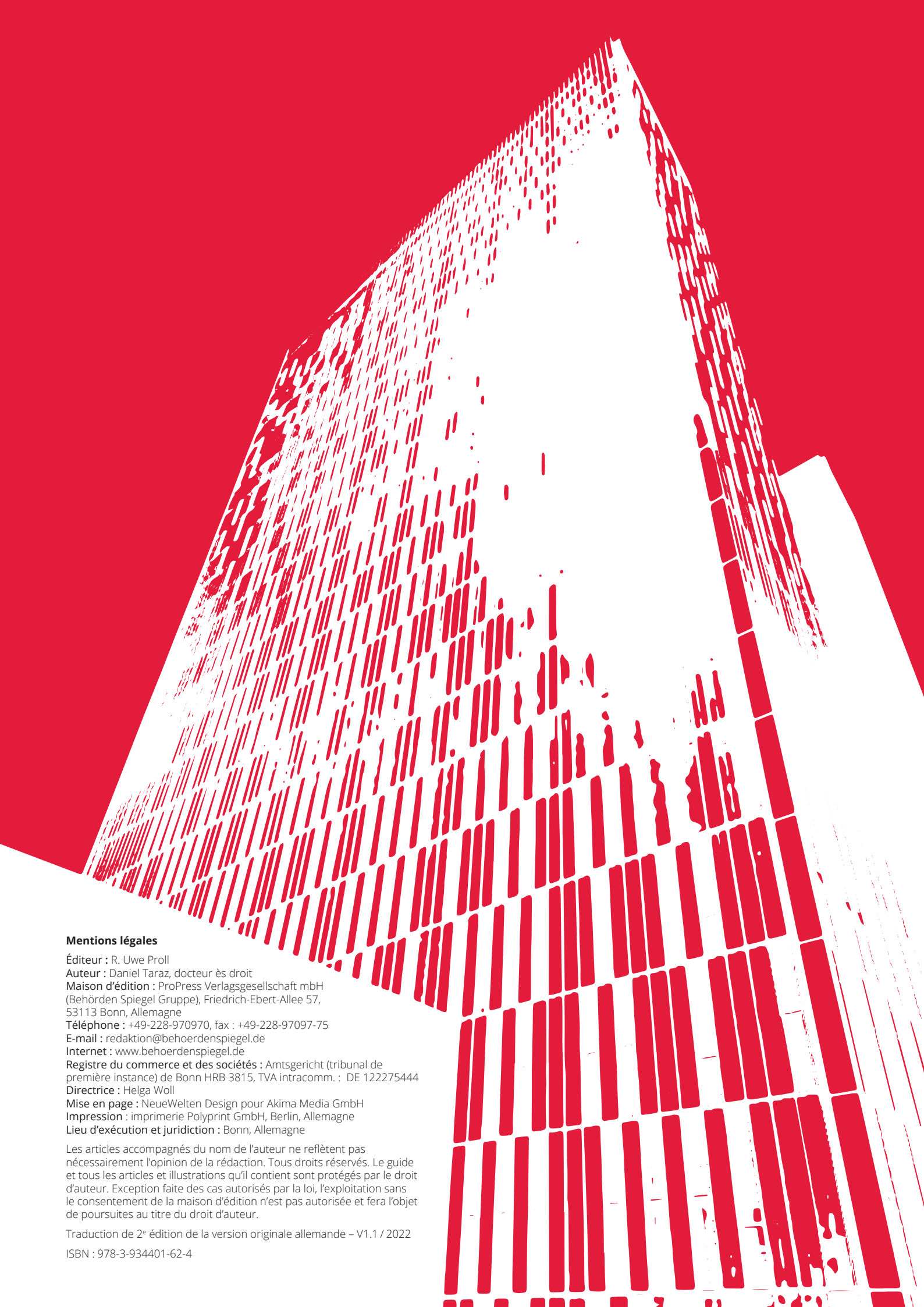
JURISPRUDENCE ET PRATIQUE EN MATIÈRE DE MARCHÉS PUBLICS

CONSEILS PRATIQUES, GUIDES CONCRETS ET CHECKLIST

iStock.com/chris-mueller

2021

Cour de justice de l'Union européenne à Luxembourg



Mentions légales

Éditeur : R. Uwe Proll
Auteur : Daniel Taraz, docteur ès droit
Maison d'édition : ProPress Verlagsgesellschaft mbH (Behörden Spiegel Gruppe), Friedrich-Ebert-Allee 57, 53113 Bonn, Allemagne
Téléphone : +49-228-970970, fax : +49-228-97097-75
E-mail : redaktion@behoerdenspiegel.de
Internet : www.behoerdenspiegel.de
Registre du commerce et des sociétés : Amtsgericht (tribunal de première instance) de Bonn HRB 3815, TVA intracomm. : DE 122275444
Directrice : Helga Woll
Mise en page : NeueWelten Design pour Akima Media GmbH
Impression : imprimerie Polyprint GmbH, Berlin, Allemagne
Lieu d'exécution et juridiction : Bonn, Allemagne

Les articles accompagnés du nom de l'auteur ne reflètent pas nécessairement l'opinion de la rédaction. Tous droits réservés. Le guide et tous les articles et illustrations qu'il contient sont protégés par le droit d'auteur. Exception faite des cas autorisés par la loi, l'exploitation sans le consentement de la maison d'édition n'est pas autorisée et fera l'objet de poursuites au titre du droit d'auteur.

Traduction de 2e édition de la version originale allemande – V1.1 / 2022

ISBN : 978-3-934401-62-4

”

Un créateur de logiciels ne peut s’opposer à la revente de ses licences « d’occasion » permettant l’utilisation de ses programmes téléchargés via Internet.

Le droit exclusif de distribution d’une copie d’un programme d’ordinateur couverte par une telle licence, s’épuise à sa première vente.

Titre du communiqué de presse de la Cour de justice de l’Union européenne (CJUE) n°94/12 sur l’arrêt dans l’affaire C-128/11, UsedSoft GmbH / Oracle International Corp., 03/07/2012.

Sommaire

* **Avant-propos 7**

1 **Introduction et échelle 10**

2 **Résumé des principes 11**

2.1 Éléments de base 11

2.2 Question initiale 12

2.3 Le principe d'épuisement des droits à la base de la problématique 13

2.4 Décision de principe rendue par la Cour de justice de l'Union européenne 14

2.5 Clarification des principales questions.....16

3 **Nature juridique de la décision de principe de la CJUE..... 18**

3.1 Mise en application de la décision de la CJUE.....18

3.2 Signification de clés de licence et supports de données 19

3.3 Utilisation conforme et connaissance des conditions de licence.....20

3.4 Possibilités de vérification.....21

3.5 Analyse des causes de la divulgation 25

3.6 Illusion de l'acquisition de bonne foi vs divulgation de la chaîne des droits.....26

3.6.1 Bases juridiques et recontextualisation 27

3.6.2 Signification pour le marché des licences de logiciels « d'occasion » 27

3.7. Exigences légales en matière de marchés publics 29

4 **Principes de base du droit des marchés compte tenu de la jurisprudence suprême..... 32**

4.1 Le rôle de l'éditeur de logiciels – avant, pendant et après l'acquisition 32

4.2 Les licences d'occasion doivent être prises en compte.....33

4.3 Acquisition de logiciels adaptée aux besoins en considération d'impératifs budgétaires 36

5 **L'acquisition de licences de logiciels d'occasion en pratique..... 37**

5.1 Présentation des particularités.....37

5.2 Restriction de la procédure de passation.....39

5.3 Objet de la prestation, description de la prestation et division en lots.....40

5.3.1 Objet de la prestation, description de la prestation.....40

5.3.2 Particularité de Software Assurance 41

5.3.3 Division en lots 42

5.4 Suggestions de critères de qualification et d'adjudication ainsi que de leur justification.....43

5.4.1 Directives de la CJUE 44

5.4.2 Utilisation conforme à la destination du fait des conditions de licence.....45

5.4.3 Propriétaires précédents et chaîne des droits.....46

5.4.4 Garantie et exemption de responsabilité 47

5.4.5 Moment de la justification.....50

6 **Conclusion 52**

7 **Checklist 54**

8 **À propos de l'auteur..... 55**

Néanmoins, les logiciels d'occasion offrent la possibilité d'exploiter des marges de manœuvre à l'égard d'éditeurs souvent dominants et, dans le même temps, de contribuer sensiblement aux objectifs stratégiques de souveraineté numérique et d'action en matière d'économie circulaire.

*Le guide gère la déferlante d'arguments et offre une aide dans l'aménagement des modalités concrètes.**

* Citation librement traduite d'un texte original allemand

Avant-propos

Michael Essig,
professeur des universités

Identifier les opportunités et exploiter les marges de manœuvre

Les marchés publics en Europe, comme en Allemagne, en Autriche et en Suisse, sont passés ces dernières années d'un acte purement administratif d'adjudication à une fonction stratégique à l'interface entre l'État et les acteurs privés. Ils sont d'une grande importance à plusieurs égards. C'est vrai d'une part en ce qui concerne le volume des marchés publics, qui, en Allemagne par exemple, représente au moins 15 % du produit intérieur brut ou 350 milliards d'euros, selon des estimations sérieuses. Et c'est vrai d'autre part au regard de la contribution que les achats peuvent apporter à la réalisation des objectifs stratégiques de l'action gouvernementale.

D'une manière générale, les marchés publics doivent être guidés par une action équitable, transparente et, surtout, concurrentielle. La numérisation nous confronte là à des défis inédits. Une étude réalisée en 2019 par le cabinet de conseil PwC Strategy& pour le ministère fédéral allemand de l'Intérieur, des Travaux publics et de la Patrie révèle que la dépendance croissante à l'égard de quelques fournisseurs de logiciels constitue une menace importante pour la souveraineté

numérique de l'administration fédérale. Ce problème structurel fait aussi l'objet de débats nourris en Suisse, notamment au sein du Centre de recherche pour la durabilité numérique à l'Institut d'informatique de l'Université de Berne. La durabilité numérique y est également précisément examinée sous l'angle de l'utilité sociale et de son accessibilité pour tous – avec pour conséquence que les solutions propriétaires en particulier sont considérées comme problématiques. Au lieu de cela, des initiatives numériques participatives sont plébiscitées, puisque celles-ci représentent à la fois un avantage social considérable et permettent aussi des innovations dans le secteur privé.

Le présent guide est un atout considérable dans ce contexte. Le cas des logiciels d'occasion montre non seulement que les droits légaux peuvent tout à fait être appliqués avec succès face aux géants américains du logiciel, mais aussi qu'il vaut la peine, d'un point de vue entrepreneurial et économique, de protéger les libertés et de les défendre. Il propose dans le même temps une aide pratique au regard de la passation de marchés.

Outre l'objectif stratégique d'intensification de la concurrence, les marchés publics doivent également apporter une contribution particulière à la réalisation de l'objectif de durabilité, désormais ancré dans la nouvelle loi suisse sur les marchés publics. Là encore, les logiciels d'occasion peuvent jouer un rôle important. Dans la loi allemande sur la promotion de l'économie circulaire (Kreislaufwirtschaftsgesetz, KrWG), le législateur évoque la primauté d'un « recyclage de qualité » (§ 8 al. 1) – et difficile de faire mieux comme recyclage que de réutiliser des produits encore pleinement fonctionnels. Les produits numériques comme les logiciels sont souvent perçus comme « virtuels » avec une production qui ne consomme apparemment pas de ressources, alors que c'est tout le contraire. En 2013 déjà, l'Agence fédérale allemande pour l'environnement a commandé entre autres une étude sur les « logiciels verts » et démontré que les biens numériques peuvent entraîner une forte consommation de ressources matérielles. Par conséquent, l'« informatique verte » est également encouragée en Autriche, précisément grâce à la combinaison optimisée de la durabilité et de la numérisation.

Le présent guide aborde donc des questions éminemment stratégiques du secteur public en Europe en général et des marchés publics en particulier. Sans vouloir monter le thème du logiciel d'occasion en épingle, ce produit illustre néanmoins particulièrement bien l'interface entre la dimension politique de l'action étatique et l'action concrète au sein d'organisations publiques.

Il ne serait pas non plus approprié de faire porter une trop grande responsabilité à l'acquéreur à titre individuel. Néanmoins, les logiciels d'occasion offrent la possibilité d'exploiter des marges de manœuvre à l'égard d'éditeurs souvent dominants et, dans le même temps, de contribuer sensiblement aux objectifs stratégiques de souveraineté numérique et d'action en matière d'économie circulaire. Le guide permet de faire face à la déferlante d'arguments et offre une aide dans l'élaboration des modalités concrètes.

Le présent document apporte donc une contribution précieuse aux questions urgentes de notre temps. Il appelle précisément les acteurs étatiques à faire usage des marges de manœuvre restantes et à en tirer un rare profit économique. Mais l'enjeu va bien au-delà, si l'on considère ce qu'il faut mettre en œuvre pour que l'État et ses citoyens s'orientent vers l'ère numérique et la façonnent activement.

Michael Essig, professeur des universités

Michael Essig, professeur des universités

- **Titulaire de la chaire de gestion des entreprises**, avec une spécialisation en marchés publics et en gestion des approvisionnements à l'Université de la Bundeswehr à Munich
- Missions d'enseignement à **l'Université de Saint-Gall** et à l'**Université d'économie et de commerce de Vienne**
- Membre du conseil scientifique du **Forum Vergabe** e. V.
- Membre du **bureau fédéral** de la Fédération allemande de la gestion des matières premières, **des achats** et de la logistique (Bundesverbandes Materialwirtschaft, Einkauf und Logistik, BME)
- Activités et missions diverses

1 Introduction et échelle

Le recueil suivant vise à présenter le contexte des logiciels d'occasion de manière simplifiée et orientée vers la pratique[1] sans exiger de connaissances préalables approfondies. Il s'intéresse aussi au sujet sous l'angle du droit des marchés publics.

L'approche à cet égard est libérale et ne consiste délibérément pas à interpréter pour ainsi dire la perspective idéalisée des éditeurs de logiciels, mais plutôt à se baser sur les obligations légales (de toute façon seules déterminantes en droit des marchés publics) liées à l'acquisition de tels logiciels.

Les lecteurs qui estiment donc que les décisions de la jurisprudence suprême et les libertés connexes sont de moindre importance par rapport aux intérêts des éditeurs risquent de ne pas se retrouver dans ce qui suit. Ceux qui, en revanche, y verraient une chance et une opportunité et qui ont vu ou veulent y voir des incitations financières dérivées des économies et sources de revenus possibles peuvent considérer ce document comme un outil en ce sens.[2, 3]

Dans le même temps, il conviendra de dissiper les demi-vérités et de rejeter les arguments fallacieux.

David contre Goliath

1 Informations sur la base de la législation et juridiction allemandes et européennes.
2 Le marché des logiciels d'occasion a évolué, parce que revendeurs et clients n'ont précisément pas suivi les attentes des éditeurs. En fait, tous les efforts déployés par les grands éditeurs de logiciels standard pour empêcher le commerce licite de licences perpétuelles d'occasion sont restés vains.
3 Toutes les décisions judiciaires mentionnées sont des décisions de juridictions allemandes à l'exception des décisions de la CJUE et autres décisions mentionnées expressément.

2 Résumé des principes

2.1 Éléments de base

Un logiciel d'occasion est un logiciel (standard) qu'un premier acquéreur a acquis auprès de l'éditeur respectif de logiciels ou de son partenaire et qui, pour diverses raisons, comme suite à l'acquisition de nouvelles versions de logiciels ou d'autres solutions logicielles, souhaite le revendre. Pour ce cas de revente, on trouve sur le marché des revendeurs de logiciels qui revendent des logiciels, notamment « d'occasion », à leurs clients en tant qu'acquéreurs ultérieurs.

Le titulaire du droit sur un logiciel est tout d'abord déjà largement protégé par la loi sur le droit d'auteur contre toute action telle que la duplication ou la distribution de son œuvre contre son gré. Il convient donc sans réserve d'accorder à l'éditeur le droit de prendre des mesures contre une utilisation sans licence. Toutefois, si l'éditeur d'un programme d'ordinateur – puisque c'est le terme employé pour logiciel dans la directive européenne – le vend dans l'Espace économique européen (EEE), son droit de distribution s'épuise également tel que prévu par la loi, à l'exception du droit de location. Par conséquent, conformément à la jurisprudence suprême de la Cour de justice de l'Union européenne (CJUE)[4], il n'a pas le droit de contrôler ou d'autoriser la revente du logiciel.

La première mise sur le marché dans l'EEE devrait plutôt exclure l'éditeur de toute exploitation ultérieure à cet égard.

Cette situation juridique fait que les intérêts des revendeurs d'occasion et des éditeurs de logiciels divergent généralement, car l'éditeur ne profite pas (à nouveau) économiquement de la revente de ses logiciels déjà cédés.[5]

Un commerce impliquant les éditeurs dans ce commerce n'aurait donc probablement pas seulement un effet contre-productif et restreignant sur le marché en raison des intérêts contradictoires et des obstacles en résultant, mais a également été jugé juridiquement superfétatoire pour cette raison. De même, dans le cas d'autres œuvres d'occasion, comme celui des livres, l'implication du détenteur des droits n'est pas non plus requise.

4 CJUE, arrêt du 03/07/2012 – C-128/11.

5 Et ce, alors même que l'acceptation du logiciel sur le marché, résultant d'une distribution plus large, et la rémunération résultant de services périphériques tels que les services de maintenance et d'extension puissent également constituer un avantage économique pour l'éditeur.

Certains éditeurs ont modifié leur modèle de licence depuis l'arrêt de la CJUE et proposent dans certains cas uniquement des modèles de location (régulièrement dans le cadre d'offres dites sur le cloud). Dans ce cas-là, ni le commerce de licences (d'occasion) ni une ouverture de ce commerce à la concurrence ne sont possibles. Quant à savoir si le client en profite économiquement en définitive, cela reste à démontrer.

On tente parfois de tenir des licences perpétuelles pures à l'écart du marché de l'occasion par le biais d'extensions supplémentaires des droits d'utilisation qui ne sont proposées que dans le cadre de contrats de service permanents.

Cf. exemple :
Software Assurance,
cf. chapitre 5.3.2 ▶

Les mesures contradictoires à divers principes fondamentaux du commerce libre et des libertés fondamentales européennes sont donc, à juste titre, régulièrement remises en question par l'instance judiciaire suprême de la CJUE. Les nombreuses amendes sévères infligées par la Commission européenne aux entreprises ayant une position dominante sur le marché et autres montrent également la constance avec laquelle les idées fondamentales sont défendues, encourageant ainsi les consommateurs, les organismes publics et les entreprises à faire valoir leurs droits.

2.2 Question initiale

La question initiale de la jurisprudence qui a conduit à l'arrêt de principe de la CJUE, puis aux décisions prises sur cette base par la Cour fédérale de justice (Bundesgerichtshof, BGH), était de savoir si et dans quelle mesure l'épuisement des droits décrit s'appliquait aussi en cas de téléchargement d'un logiciel.

Une question épineuse pour les tribunaux allemands, car le terme d'« exemplaire » (Vervielfältigungsstück) dans la disposition pertinente était principalement compris dans le sens d'un objet matériel, ce qui n'était dans le cas du téléchargement (numérique). À cela s'ajoutait le fait que de tels téléchargements immatériels ne pouvaient pas non plus faire l'objet d'une propriété en vertu du droit allemand.

La propriété revêt une importance décisive dans notre ordre social et dans le droit. Car c'est de là que découle le droit exclusif et permanent du propriétaire de faire ce qu'il veut d'une chose, ce qui protège durablement la valeur associée à la propriété et les droits du propriétaire.

Mais lorsqu'elle est appliquée à des programmes d'ordinateur, la situation est fondamentalement plus compliquée – notamment du fait des règles en matière de droits d'auteur. Seule la CJUE est parvenue à surmonter cette complexité et à répondre à la question de la propriété eu égard au logiciel (d'occasion). La Cour a reconnu que le champ d'application de l'épuisement est tout aussi ouvert dans le cas des copies immatérielles du logiciel et qu'un transfert de propriété s'applique également dans le cas de leur téléchargement, de sorte qu'à cet égard, de l'avis de la Cour fédérale de justice[6], il s'agirait d'une notion de propriété distincte (au titre du droit communautaire).

L'acquéreur d'un logiciel est « propriétaire » et peut ainsi disposer librement de sa « propriété ».

Quiconque acquiert donc par voie d'achat un programme d'ordinateur et verse une rétribution pour cette acquisition a ainsi acquis la propriété en ce sens. Le logiciel est à cet égard un investissement important pour chaque entreprise et doit – à l'instar d'autres biens économiques – non seulement être pris en compte fiscalement, mais aussi faire l'objet d'une évaluation entrepreunariale lors de son acquisition ; le produit potentiel en résultant en cas de revente doit aussi être considéré.

La question se posait alors de savoir ce qui s'opposerait à un commerce libre de logiciels uniquement disponibles par téléchargement. Ainsi, bien que l'éditeur se serait épargné l'effort de produire des supports de données, ceci aurait pu le cas échéant entraîner l'exclusion d'une revente du logiciel.

En conséquence, les plus hautes juridictions, la CJUE et la Cour fédérale de justice se sont activement penchées sur cette problématique et ont ainsi, après des années de litige, livré une clarification en faveur d'un marché européen ouvert et des clients.

2.3 Le principe d'épuisement des droits à la base de la problématique

Le commerce de logiciels d'occasion repose – exception faite de la législation généralement applicable – sur le principe d'épuisement prévu par la loi allemande sur le droit d'auteur (Urheberrechtsgesetz, UrhG). Selon le § 69c, point 3, phrase 2 de cette loi, le droit de distribution d'un éditeur sur la copie d'un logiciel[7] s'épuise au moment de sa première mise sur le marché avec son consentement, et ce, dans l'ensemble du marché intérieur de l'Union européenne ou de l'Espace économique européen (épuisement communautaire).

6 Cour fédérale de justice (BGH), arrêt du 17/07/2013, réf. : I ZR 129/08.
7 Désignée dans la loi « Vervielfältigungsstück », soit exemplaire ou copie.

Le droit de distribution appartient tout d'abord à l'éditeur en tant que titulaire du droit. L'octroi de ce droit vise à garantir que le titulaire du droit reçoit une contrepartie adéquate pour la création de son œuvre par la vente de son produit. Mais une fois ce droit exercé, il est épuisé.[8]

Suite à quoi l'œuvre concernée est libre pour toute distribution ultérieure. Et ce explicitement *nonobstant toute restriction sur le contenu du droit d'utilisation accordé*[9], comme il figure déjà dans le principe du premier arrêt exemplaire de la Cour fédérale de justice du 6 juillet 2000.[10]

Le principe d'épuisement du droit d'auteur s'applique aussi bien en Allemagne que sur tout le territoire de l'Union européenne et existe de façon similaire en Suisse (cf. tribunal cantonal de Zoug, décision du 4 mai 2011 – ES 2010 822).

Tribunal fédéral, Lausanne (Suisse)

2.4 Décision de principe rendue par la Cour de justice de l'Union européenne

Depuis cet arrêt de la Cour fédérale de justice en 2000, un certain nombre de décisions judiciaires ont été rendues sur des questions spécifiques dans ce contexte. Le 29 juin 2006, le tribunal régional de Hambourg[11] a jugé que des licences Microsoft individuelles issues de contrats de licences en volume pouvaient également être revendues d'occasion.

Chaque licence d'un contrat de licence en volume est soumise à l'épuisement.

Le tribunal a confirmé que le principe d'épuisement s'appliquait à chaque licence individuelle dans le cadre d'un contrat de licence en volume. Le jugement précise : ***les dispositions du contrat Select de Microsoft n'empêchent pas l'effet d'épuisement.***[12]

Les dispositions des contrats de licence visant à restreindre la revente d'un logiciel sont donc invalides, car l'épuisement relève du droit impératif qu'un contrat ne saurait contourner. La Cour fédérale de justice a saisi l'occasion d'une autre affaire[13] pour impliquer la CJUE dans l'interprétation des dispositions sur l'épuisement. Dans le cadre du litige opposant un revendeur de logiciels (d'occasion) à Oracle sur l'interprétation des dispositions des § 69a et suivants de la loi allemande sur le droit d'auteur[14], la CJUE s'est donc également penchée sur les licences de logiciels d'occasion.

Principe d'épuisement

- Art L122-6 du code de la propriété intellectuelle
- Art. 99 Real Decreto Legislativo 1/1996, de 12 de abril, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Propiedad Intelectual
- § 40c Urheberrechtsgesetz

8 À l'exception du droit de location.
9 Citation librement traduite d'un texte original allemand.
10 Cour fédérale de justice (BGH), arrêt du 06/07/2000 – I ZR 244/97 (OEM).
11 Tribunal régional de Hambourg (Landgericht Hamburg), arrêt du 29/06/2006 – 315 O 343/06.
12 Citation librement traduite d'un texte original allemand.
13 Cour fédérale de justice (BGH), ordonnance du 03/02/2011 – I ZR 129/08.
14 Celles-ci reposaient sur une directive européenne (directive 2009/24/CE), qui régit notamment la question de l'épuisement du droit de distribution de l'éditeur de logiciels.

La Cour fédérale de justice a posé plusieurs questions à la CJUE concernant l'épuisement des logiciels proposés en téléchargement.

Bilan intermédiaire

Eu égard à la question initiale mentionnée au début, l'arrêt historique de la CJUE semble non seulement pertinent, mais une opinion différente est difficilement compréhensible du point de vue de l'appréciation. La Cour a ainsi autorisé l'acquisition de logiciels qu'un support physique de données ait été fourni ou non. Le premier acquéreur cède avec le logiciel son droit de propriété afférent.[15]

Le 3 juillet 2012, la CJUE[16] a rendu une décision de principe pour la revente de programmes d'ordinateur :

Décision de principe

- Un **créateur de logiciels ne peut s'opposer** à la **revente** de ses licences « d'occasion » permettant l'utilisation de ses programmes téléchargés via Internet.[17]
- Le **téléchargement** d'une copie d'un programme d'ordinateur et la conclusion d'un **contrat de licence** portant sur son utilisation forment un tout **indivisible** impliquant le transfert du **droit de propriété** existant sur la copie du programme d'ordinateur concerné.[18]
- Par ailleurs, l'épuisement du droit de distribution s'étend à la copie du programme d'ordinateur vendue **telle que corrigée et mise à jour** par le titulaire du droit d'auteur.[19]

Conseil. Informations complémentaires et checklist, voir chapitre 7 ▶

15 Ou celui sur sa « copie du programme » (au sens du droit de l'Union).
16 CJUE, arrêt du 03/07/2012 – C-128/11.
17 Titre du COMMUNIQUÉ DE PRESSE DE LA CJUE n°94/12 sur la CJUE, arrêt du 03/07/2012 – C-128/11 ; contexte : les questions posées par la Cour fédérale de justice (BGH) dans le cadre de la procédure devant la CJUE portaient notamment sur la question de savoir si, dans le cas d'un « téléchargement » d'une copie de logiciel à partir des sites Web de l'éditeur, le principe de l'épuisement de son droit de distribution s'appliquait aussi. Cette position était largement niée par la jurisprudence et la littérature en Allemagne jusqu'à la décision de la CJUE.
18 Cf. CJUE, arrêt du 03/07/2012 – C-128/11, points 44, 46.
19 Selon le statut du logiciel géré par l'éditeur sur la base d'accords contractuels au moment de la revente ; CJUE, arrêt du 03/07/2012 – C-128/11.

Quant au fait de rendre inutilisables toutes les copies de la première acquisition, la CJUE a souligné que l'éditeur de logiciels court généralement un risque que des copies de programmes soient utilisées ultérieurement.[20]

En revanche, la CJUE n'a pas mentionné que l'acquéreur ultérieur devrait fournir à l'éditeur certains justificatifs ou autres concernant la mise hors d'usage ou d'autres circonstances de l'acquisition.[21] À proprement parler, la CJUE n'a probablement pas présupposé qu'il faille rendre le produit inutilisable pour qu'il y ait épuisement.[22]

2.5 Clarification des principales questions

Suite aux décisions susmentionnées de la CJUE et de la Cour fédérale de justice, la signification de leur jurisprudence pour les licences dites en volume et les remises (spéciales) associées, dans le cadre des programmes Éducation, des licences destinées aux collectivités, etc., était dans un premier temps peu claire.

Les licences en volume peuvent être transférées indépendamment les unes des autres.

Par conséquent, en 2014, la question de l'admissibilité du fractionnement des licences en volume devait encore être tranchée par la plus haute juridiction de la Cour fédérale de justice, et ce, par l'affirmative.[23] À cet égard, les éditeurs avaient en partie fait valoir que cela était encore inadmissible. Cependant, la Cour fédérale de justice[24] a confirmé pour l'essentiel les déclarations de la première instance[25] et a indiqué à cet égard, en ce qui concerne les licences en volume, qu'il s'agissait de plusieurs copies indépendantes. Celles-ci représentent des droits d'utilisation autonomes pouvant être indépendamment transmis.[26]

Les programmes de remise spéciaux n'ont aucune incidence sur la cessibilité.

Les juridictions n'ont pas non plus suivi les arguments économiques de l'éditeur du logiciel concernant les licences remisées pour le secteur de l'éducation. L'existence de systèmes de tarification distincts postulés par la Cour, notamment pour les revendeurs, d'une part, et pour les clients du secteurs de l'éducation, d'autre part, ne joue aucun rôlee.[27]

---

20 Tant dans le cas d'un support matériel que dans le cas d'un support d'installation numérique, cf. CJUE, à l'endroit indiqué, point 79.

21 La CJUE s'est tournée vers l'éditeur concernant la mise hors d'usage : l'éditeur (!) est libre de prendre des mesures techniques de protection (CJUE, à l'endroit indiqué, point 87). La CJUE n'a manifestement pas considéré que le premier et le deuxième acquéreur étaient les seuls à devoir agir à cet égard. Plus loin, la Cour précise : « Par ailleurs, il doit être souligné que le titulaire du droit d'auteur, tel qu'Oracle, est en droit, en cas de revente d'une licence d'utilisation emportant la revente d'une copie d'un programme d'ordinateur téléchargée à partir de son site Internet, de s'assurer, par tous les moyens techniques à sa disposition, que la copie dont dispose encore le vendeur soit rendue inutilisable. » (CJUE, à l'endroit indiqué, point 87).

22 Cf. K. Stein, Der Gebrauchtsoftware-Handel nach den „UsedSoft"-Entscheidungen des EuGH und BGH, p. 149 s. (2017).

23 Le contexte était que la CJUE avait déclaré, dans son arrêt de principe, qu'une licence unique ne devait pas être fractionnée.

24 Cour fédérale de justice (BGH), arrêt du 11/12/2014, réf. I ZR 8/13 (« UsedSoft III »).

25 Tribunal régional supérieur de Francfort (Oberlandesgericht Frankfurt), arrêt du 18/12/2012 – 11 U 68/11.

26 Contrairement à l'affaire de la CJUE, la Cour fédérale de justice (BGH) a estimé que les licences en question n'étaient pas des licences dites « client/serveur », dont le fractionnement était inadmissible selon la CJUE. C'est également à juste titre, selon elle, que la première instance a estimé que des numéros de série uniformes en ce cas ne renvoyaient pas non plus à une licence unique, mais représentaient simplement une clé d'accès sans autre signification juridique ; Cour fédérale de justice (BGH), arrêt du 11/12/2014, réf. I ZR 8/13.

Si des conditions contractuelles et des remises particulières sont accordées, le fait que celles-ci fassent éventuellement passer le produit sous le seuil de rentabilité n'est pas déterminant. Il n'incombe pas aux juridictions de vérifier la rentabilité de la politique tarifaire de la demanderesse (en l'espèce : Adobe) ni le caractère approprié du rapport entre contrepartie et contreprestation. Le seul élément décisif est, comme l'a précisé la Cour, de savoir si la demanderesse a pu exiger une rétribution correspondant à la valeur.[28]

De même, selon la Cour fédérale de justice, les dispositions du contrat d'adhésion au programme de licences contractuelles pour l'enseignement n'entraînaient aucune restriction du droit sur la copie épuisée de l'acquéreur ultérieur.[29] Il est vrai que les dispositions du contrat d'adhésion stipulaient que la licence ne pouvait pas être transférée et ne pouvait être reproduite que dans le but de distribuer les licences au sein de l'entreprise du membre du programme dans le cadre du programme.

Toutefois, selon la Cour fédérale de justice, le droit de l'acquéreur ultérieur d'utiliser l'œuvre conformément à sa destination en accord avec le § 69d de la loi allemande sur le droit d'auteur ne peut être exclu par des dispositions contractuelles réservant ces droits au premier acquéreur.

Cour fédérale de justice (Bundesgerichtshof, BGH), Karlsruhe

27 Tribunal régional supérieur de Francfort, arrêt du 18/12/2012 – 11 U 68/11.
28 Tribunal régional supérieur de Francfort, arrêt du 18/12/2012 – 11 U 68/11.
29 Cour fédérale de justice (BGH), arrêt du 11/12/2014, réf. I ZR 8/13 (« UsedSoft III »).

3 Nature juridique de la décision de principe de la CJUE

3.1 Mise en application de la décision de la CJUE

La Cour fédérale de justice a repris la décision de la CJUE dans la procédure initiale en 2013 et l'a appliquée sur la base de la réglementation allemande[30]. Par conséquent, de l'avis du tribunal, l'épuisement se produit de plein droit au sens de la loi allemande sur le droit d'auteur[31] au regard des logiciels standard dans les conditions suivantes afin qu'un acheteur du logiciel puisse s'en prévaloir :

Décision de la CJUE en application

- Le logiciel doit initialement avoir été **mis sur le marché avec l'accord** du titulaire des droits sur le territoire de l'UE ou d'un autre état signataire de l'**EEE** à titre de vente (soit sur un support de données matériel soit par téléchargement).
- La licence pour le logiciel doit avoir été remise comme **contrepartie** pour le paiement d'une **rétribution** visant à permettre au titulaire des droits d'obtenir une rémunération appropriée (ou tout du moins la possibilité de l'obtenir).
- Le donneur de licence doit avoir accordé au premier acquéreur le **droit** d'utiliser **durablement** (pour une durée illimitée) le logiciel.
- Les éventuelles **corrections et mises à jour** que le programme d'ordinateur téléchargé par l'acquéreur ultérieur présente par rapport au programme d'ordinateur téléchargé par le premier acquéreur doivent être couvertes par un **accord** conclu entre le donneur de licence et le premier acquéreur.
- Les preneurs de licence antérieurs doivent avoir **rendu** d'éventuelles **copies inutilisables** ; il leur est donc **interdit** de continuer à utiliser le logiciel.

Le consentement de l'éditeur du logiciel n'est donc pas nécessaire, puisque l'acquéreur ultérieur (l'acheteur du logiciel d'occasion) peut invoquer le droit d'utilisation (légal) suite à l'épuisement.

Le consentement de l'éditeur n'est pas requis.

30 Cour fédérale de justice (BGH), arrêt du 17/07/2013 – I ZR 129/08 – (« UsedSoft II ») ; cf. aussi arrêt du 11/12/2014 de la Cour fédérale de justice, réf. I ZR 8/13 (« UsedSoft III »).
31 Selon le §. 69c n°3 de la loi allemande sur le droit d'auteur (UrhG)

En outre, le droit légal[32] de l'acquéreur ultérieur de la copie « épuisée » d'un programme d'ordinateur d'utiliser ce dernier conformément à sa destination ne peut être exclu par des dispositions contractuelles.

L'utilisation prévue du programme d'ordinateur est définie en particulier par les conditions de licence convenues entre le titulaire du droit d'auteur et le premier acquéreur.

3.2 Signification de clés de licence et supports de données

Deux autres décisions suprêmes ont porté à nouveau sur les logiciels d'occasion. La Cour fédérale de justice[33] s'est tout d'abord penchée sur la question des clés de licence. Alors que ces dernières – c'était également l'avis de l'éditeur de logiciels – ne sont pas destinées à fournir un justificatif d'autorisation, mais visent simplement à surmonter un obstacle technique, la question était de savoir si l'épuisement du droit de distribution sur le logiciel s'étendait également aux clés de licence associées, ce à quoi la Cour fédérale de justice a répondu par l'affirmative. En 2017, le tribunal régional supérieur de Munich[34] a de nouveau jugé explicitement illicite le commerce avec de simples numéros de série. Les clés de produit nécessaires à l'activation d'un programme d'ordinateur ne sont par conséquent pas des licences.

Dans son arrêt du 12 octobre 2016, la CJUE[35] s'est à nouveau penchée sur la question des logiciels d'occasion. Il s'agissait là de savoir si des copies de sauvegarde réalisées soi-même du support de données original pouvaient être mises à la disposition d'un acheteur si le support de données original était perdu ou défectueux. Un point rejeté par la Cour, le vendeur n'ayant pas de droit d'exploitation à cet égard. Dans ces cas-là, l'acquéreur ultérieur doit être renvoyé vers le téléchargement d'un support d'installation de l'éditeur du logiciel, ce qui a également été reconnu par l'éditeur (Microsoft) dans cette procédure.

32 Cour fédérale de justice (BGH), arrêt du 17/07/2013 – I ZR 129/08 – (« UsedSoft II ») ; cf. aussi arrêt du 11/12/2014 de la Cour fédérale de justice, réf. I ZR 8/13 (« UsedSoft III »).
33 Cour fédérale de justice (BGH), arrêt du 19/03/2015 – réf. I ZR 4/14 (« Green-IT »).
34 Tribunal régional supérieur de Munich, arrêt du 01/06/2017 – réf. 29 U 2554/16.
35 CJUE, arrêt du 12/10/2016 (C-166/15).

3.3 Utilisation conforme et connaissance des conditions de licence

Selon le § 69d al. 1 de la loi allemande sur le droit d'auteur, l'acquéreur ultérieur est autorisé à utiliser le logiciel conformément à sa destination. La décision ultérieure de la Cour fédérale de justice[36] a de nouveau souligné que l'utilisation du programme d'ordinateur conforme à sa destination résultait du contrat de licence conclu entre le titulaire du droit d'auteur et le premier acquéreur. Cela inclut donc l'information obligatoire de l'acquéreur sur l'utilisation à laquelle les licences ont donné droit au premier acquéreur.

▷ Référence au chapitre 3.7 – Exigences légales en matière de marchés publics

Suite à cela, le tribunal régional supérieur hanséatique[37] a estimé qu'un consommateur[38] doit notamment recevoir des informations sur le type de licence accordée à l'origine et sur le fait qu'une copie a déjà été remise ou non au premier acheteur afin d'être en mesure d'évaluer s'il peut obtenir un droit effectif d'utilisation du logiciel. Toutefois, l'arrêt n'a pas rendu obligatoire la divulgation complète de la chaîne de licences par le revendeur à l'acheteur, malgré certaines voix partiellement contraires au départ.[39]

Une divulgation complète de la chaîne de licences n'est pas requise.

Pour des raisons de compréhension, il convient de préciser que les licences d'occasion ou leur droit d'utilisation naissent même de plein

Palais de justice de Vienne, Autriche

36 Cour fédérale de justice (BGH), arrêt du 11/12/2014 – I ZR 8/13 (« UsedSoft III »).
37 Tribunal régional supérieur hanséatique (Hanseatische Oberlandesgericht, HansOLG), ordonnance du 16/06/2016 – 5 W 36/16.
38 La procédure afférente concernait une vente en ligne à un consommateur (privé). La question de savoir si cela s'applique aussi au B2B ne faisait pas l'objet de la procédure.
39 Par conséquent, l'idée d'une déclaration l'affirmant a dû être abandonnée, comme le tribunal régional de Hambourg (LG Hamburg) l'a jugé ; cf. ordonnance du 14/09/2016 – réf. 406 HKO 148/16.

droit (par suite de l'épuisement) en tant que droit d'utilisation conforme à la destination.

Le contrat de licence avec l'éditeur n'est donc pas transféré à l'acquéreur ultérieur, ce qui pourrait entraîner une décharge de certaines obligations.[40]

3.4 Possibilités de vérification

Concernant la vérification, il convient tout d'abord de mentionner clairement qu'un distributeur ou un vendeur est déjà tenu de transférer les licences ou d'accorder les droits d'utilisation de manière valide dans le cadre de ses obligations en vertu du contrat d'achat. En cas de défaut (légal), l'acheteur dispose des droits de garantie légaux (droits liés à la garantie pour vices[41]), y compris à l'exécution ultérieure et, le cas échéant, à l'indemnisation.

▷ Référence au chapitre 5.4.4 Garantie et exemption de responsabilité

Le conseil parfois donné par les éditeurs et certains revendeurs aux clients de logiciels d'occasion d'exiger des justificatifs supplémentaires exprime un certain scepticisme eu égard à cette obligation légale primaire du vendeur, que la Chambre des marchés publics (Vergabekammer) de Westphalie[42], par exemple, a rejeté comme non fondé sur la base de la jurisprudence suprême.

La question se pose en lien avec les logiciels d'occasion, car la Cour fédérale de justice avait souligné à l'époque que la partie avançant que la duplication d'un programme d'ordinateur en vertu du § 69d al. 1 de la loi allemande sur le droit d'auteur (du fait de l'épuisement) ne nécessite pas le consentement du titulaire du droit avait la charge de l'allégation et de la preuve vis-à-vis du fait que les exigences de cette disposition étaient remplies.[43]

Des questions concernant la charge de l'allégation et de la preuve se posent (uniquement) dans le cadre de procédures judiciaires.

Il s'agit à cet égard toutefois du droit processuel général en procédure civile, selon lequel celui qui invoque une circonstance (litigieuse) qui lui est favorable supporte la charge de l'allégation et de la preuve. Il s'agit donc – conformément à la situation devant la Cour fédérale de justice avait – d'un cas où un éditeur de logiciels poursuit un client qui se prévaut d'une licence d'occasion.

40 Cette éventualité serait notamment envisageable eu égard à un droit d'audit de l'éditeur convenu contractuellement.
41 Cf. § 437 du code civil allemand (Bürgerliches Gesetzbuch, BGB).
42 En ce sens, un « risque » d'être tenu responsable par l'éditeur dans le cas de l'acquisition d'un logiciel d'occasion n'est « plus objectivement compréhensible » du fait de la jurisprudence suprême, cf. Chambre des marchés publics, ordonnance du 01/03/2016 – VK 1 – 02/16.
43 Cour fédérale de justice (BGH), arrêt du 17/07/2013, I ZR 129/08 (« UsedSoft II »).

Il convient là toutefois de rappeler une fois de plus que l'éditeur n'est pas tenu de participer au transfert de la licence.

Qualification de justificatifs et preuves

- C'est pourquoi il semble **absolument incorrect de parler de justificatifs** devant ensuite être présentés à l'éditeur hors du contexte judiciaire, sans raison, et sur demande comme confirmation des licences d'occasion. Cela peut sembler pratique, mais ne tient pas compte des exigences de la jurisprudence susmentionnées et est également susceptible d'être néfaste pour le marché en raison des obstacles à la vente par les premiers acquéreurs.

- Néanmoins, les éditeurs de logiciels (ou leurs prestataires de services, tels que les auditeurs, les distributeurs agréés, etc.) contestent parfois jusqu'à ce jour la charge de la preuve mentionnée par la Cour fédérale de justice dans certains projets ou audits SAM. **Mais dans les faits, la question de la preuve effective ne se pose pas du tout dans le domaine extrajudiciaire.**

- Les preuves peuvent être présentées **devant un tribunal** sous diverses formes (témoignages, experts, actes, partie) par la personne (en question) chargée d'apporter la preuve en cas de litige. De plus, même dans le cadre d'une procédure judiciaire, en cas d'intérêts dignes de protection, il est possible de produire certains documents sans consultation de ceux-ci par la partie adverse à des fins de preuve avec le concours d'un expert.[44]

- En revanche, **vouloir avancer** de telles preuves judiciaires à la phase de la **vente** (extrajudiciaire) **de logiciels n'est ni envisageable ni judicieux.**

En règle générale, en cas de procédure judiciaire, il est probable que le premier acquéreur soit entendu comme témoin ou que ses systèmes soient examinés par un expert.

La question se pose toutefois de savoir comment aborder le traitement et le commerce des licences au quotidien au travers d'exigences formelles strictes concernant les déclarations du premier acquéreur et autres. Même le recours à un auditeur – comme l'envisagent certains revendeurs – semble être coûteux et il semble difficile d'imposer au revendeur les coûts qui en découlent.

44 Dans le cadre du pouvoir discrétionnaire du tribunal, il est concevable que le justificatif doive être soumis à un tiers tenu au secret. En pratique, cela se fait régulièrement dans le cadre d'une procédure à huis clos connue du droit administratif, basée sur le § 99 du code allemand de procédure administrative (Verwaltungsgerichtsordnung, VwGO), cf. Ohst, Wandtke/Bullinger, Praxiskommentar zum Urheberrecht, 4e édition 2014, § 101a UrhG (de la loi allemande sur le droit d'auteur), marginal 30.

Du fait de ses obligations professionnelles particulières et de son orientation vers l'audit, un auditeur semble néanmoins être à la fois indiqué et fiable pour vérifier et, si nécessaire, confirmer le transfert de droits de manière contraignante. **Contrairement au cas de l'acte notarié, qui a déjà fait l'objet de procédures judiciaires concernant les logiciels d'occasion, les compétences de contrôle de l'auditeur et l'étendue de son audit vont précisément au-delà des contrôles et déclarations formalistes pour aboutir à une évaluation économique du transfert de licence en tant que bien économique.**

En outre, les éditeurs de logiciels eux-mêmes engagent généralement des auditeurs pour cela.

Néanmoins, les éditeurs demandent parfois aux acheteurs ultérieurs les numéros de contrat et le nom des premiers acquéreurs, par exemple, afin de retracer la source de revenus. Certains revendeurs craignent qu'à la suite de cette « divulgation » de documents et d'informations, ils ne soient plus en mesure d'acquérir de nouvelles licences du fait de l'influence des éditeurs et/ou que le commerce devienne globalement plus difficile. Il est donc nécessaire de protéger ces informations et d'éviter les effets négatifs.

Le fait que les éditeurs surveillent vraiment de près le marché de l'occasion et veulent limiter l'offre a été clairement démontré l'année dernière notamment par les ajustements des règles de Microsoft en rapport avec « from SA », qui n'ont été annulées qu'après des critiques et l'écoulement de plus d'un an.

Les vendeurs de licences (organismes publics comme entreprises) exigent quant à eux souvent des accords de non-divulgation (NDA) ou des accords de confidentialité de la part du distributeurs dans le cadre de négociations de vente. Dans ce cas, les distributeurs sont contractuellement tenus de protéger les données des premiers acquéreurs et d'empêcher la diffusion incontrôlée d'informations non obligatoires.

La Chambre des marchés publics de Westphalie[45] y voit a contrario aussi un intérêt légitime de l'acquéreur d'exiger un justificatif pour sa propre protection. Une déclaration d'exemption du revendeur pour le cas où il y aurait un recours pourrait suffire.

45 Chambre des marchés publics de Westphalie, ordonnance du 01/03/2016 – VK 1 – 02/16.

Il convient cependant de noter que divers documents demandés (prétendus justificatifs) ne sont pas susceptibles d'être adaptés comme preuve en justice en raison des preuves mentionnées précédemment et que leur contenu n'a même pas été clarifié. En effet, les juridictions suprêmes n'ont pas déterminé ce qui doit faire l'objet de la déclaration, notamment en ce qui concerne la mise hors d'usage, ni par qui, ni comment (sous quelle forme). Dans le cas des entreprises, la question de savoir qui peut déclarer la suppression de toutes les installations/copies (de manière véridique et juridiquement valable) se pose déjà au niveau des déclarations.

En outre, il ne faut pas cacher que l'éventuelle demande de l'autorité adjudicatrice d'une remise extrajudiciaire de certains documents déclenche toujours un examen juridique complet de l'acheteur et qu'en l'absence de toute notification immédiate de vices reconnaissables par l'acheteur, certains droits à la garantie peuvent être exclus (§ 377 du code de commerce allemand (Handelsgesetzbuch, HGB)), entraînant ainsi des démarches non négligeables.

Mais si de tels **documents ou justificatifs** ne conviennent **de toute façon pas** à titre de **preuves** (judiciaires) – et qu'ils ne sont ainsi pas exigibles de la part du revendeur – et s'ils ne sont exigés que parce qu'un éditeur les demande (hors d'une juridiction) suite à l'acquisition d'un logiciel d'occasion, alors au final, on **cède** précisément à ce **que la CJUE** a déclaré **inadmissible** ou non requis :

à savoir l'exigence d'un **consentement ou d'une autorisation** de l'éditeur pour la cession ou l'acquisition de la licence (d'occasion).

Suite à quoi on peut donc se demander comment il se fait que dans la pratique certains se soient entêtés dans cette volonté de divulgation qui va au-delà des obligations prévues et d'où provient cette volonté.

Conseil.
Plus d'infos au chapitre 3.5 ▶

Enfin, l'argument avancé de temps à autres selon lequel il n'est pas possible d'acquérir des logiciels d'occasion de bonne foi n'a rien à voir avec le sujet. Car il en va de même pour le cas où le client reçoit des documents. La seule vraie différence est que le client n'est alors tenu à une vérification approfondie que dans le but d'éviter toute responsabilité ou, pis encore, qu'il se berce d'un faux sentiment de sécurité.

Conseil.
Plus d'infos au chapitre 3.6 ▶

3.5 Analyse des causes de la divulgation

◁ Référence au chapitre 3.4 Possibilités de vérification

Pourquoi encourage-t-on ou propose-t-on parfois la divulgation de l'ensemble de la chaîne des droits successifs ?

Après les décisions déterminantes, mais typiquement abstraites des juridictions, c'est aux revendeurs plus ou moins jeunes de ces logiciels (d'occasion) qu'est revenu le soin de fixer les modalités pratiques. Alors que le revendeur impliqué dans la procédure, avec le soutien de sociétés de renom, a pu tenir tête, selon l'idée juridique de base, dans la bataille de longue haleine contre les plus grands éditeurs de logiciels du monde, qui disposent de ressources économiques presque illimitées, certains revendeurs cherchant à la fois la divulgation et l'implication des éditeurs sont ensuite apparus.

Volonté de plaire à l'éditeur

Ils voulaient ainsi revendiquer les avantages du commerce libre des licences de logiciels d'occasion et donc un pan de l'histoire du droit pour eux-mêmes, mais ne voulaient pas prendre le risque de déplaire à l'éditeur, voire recherchaient sa (supposée) protection. Un débat a ainsi été lancé dans le but d'obtenir ce prétendu « ACV » par rapport au contestataire usedSoft, débat dont tout le monde a oublié aujourd'hui l'origine et le motif.

Pourtant, à la connaissance de l'auteur, même les éditeurs n'ont à aucun moment affirmé (publiquement) exiger une obligation de divulgation à la revente inscrite dans la loi. Il est donc d'autant plus étonnant que la question de la divulgation soit portée par certains revendeurs d'occasion, alors que les éditeurs, ainsi avantagés, ont depuis longtemps opté pour des modèles alternatifs de licence de location dans le but d'éviter les licences d'occasion.

Néanmoins, **ce débat concernant la divulgation est mené quasiment au nom de l'éditeur par ces revendeurs-là.** Il est pourtant évident qu'il est préférable que toutes les sources d'acquisition et tous les documents soient divulgués à tout acquéreur ultérieur et que l'éditeur soit même informé de manière proactive de la vente ou, dans le cas d'un **projet ou d'un audit SAM**, qu'il en ait librement connaissance et, d'une certaine manière, qu'il en ait le contrôle.

Si, en revanche, ce débat sur la divulgation est porté par **l'idée fondamentale de la CJUE d'un commerce libre**, des réserves et des doutes quant à savoir si cela rend vraiment plus justice à ces valeurs fondamentales et aux intérêts du client subsistent.

Des libertés fondamentales européennes menacées par la divulgation

- Cela est, d'une part, dû à la **lourdeur de la vérification juridique** et aux coûts et autres obstacles qui y sont associés et qui sont décrits ci-dessous ; on est loin du commerce simple et praticable en tous cas.

- D'autre part, **des doutes** existent en tout cas lorsque les documents sont présentés au plus tard **à la première demande** du partenaire SAM de **l'éditeur par crainte d'un audit** ou par un souci de non-conformité. Car on **revient** ainsi au **début de la jurisprudence**, en ce sens qu'au lieu du consentement juridiquement non exigible de l'éditeur (à l'avance), on demande **pratiquement** une **autorisation** (ultérieurement).

Mais si l'éditeur n'a pas à donner son accord pour la revente, pourquoi doit-il alors en être informé ?

Le **monopole des éditeurs établi au fil des décennies et les dépendances connexes** entraînent souvent une certaine obséquiosité, ce qui suggère une souveraineté qui n'a pas lieu d'être. En effet, certains revendeurs de logiciels d'occasion le font et d'autres s'y refusent pour diverses raisons tout à fait compréhensibles (et s'engagent en conséquence envers les vendeurs).[46]

Soumission à l'éditeur vs protection de la confidentialité et de la liberté

3.6 Illusion de l'acquisition de bonne foi vs divulgation de la chaîne des droits

Parfois, l'absence d'acquisition de bonne foi est invoquée comme argument en faveur de la divulgation. Cette question juridique est complexe et est parfois communiquée de façon incorrecte, tronquée et/ou tout au moins de façon très unilatérale aux acheteurs potentiels. Les conséquences d'une erreur d'appréciation de la part des acheteurs peuvent cependant être graves.

46 Il convient en particulier de mentionner ici les doutes fondamentaux en matière de protection des données dans le cas de fournisseurs américains sur la base de la dernière jurisprudence de la CJUE (arrêt du 16/07/2020 - C-311/18).

3.6.1 Bases juridiques et recontextualisation

Le fait est qu'une acquisition de bonne foi n'est possible que sur la propriété (d'une chose) sur la base d'un signe extérieur par lequel se manifeste un droit associé. De l'opinion dominante (en Allemagne), les licences de logiciels ne peuvent être acquises de bonne foi, car, sur le plan juridique, il s'agit essentiellement de **droits d'utilisation** relevant du droit d'auteur.

Ainsi, les droits (d'utilisation) **ne peuvent pas** être acquis de bonne foi, du moins **selon la loi allemande**, mais doivent être cédés (transférés) de manière valide par le propriétaire respectif ou, dans le cas d'un logiciel d'occasion (selon la Cour fédérale de justice), sont légalement établis par la revente.

Cependant, comme mentionné, **la CJUE** a même souligné le caractère de **propriété** (européen) dans l'acquisition de logiciels.

◁ Référence au chapitre 3.4 Possibilités de vérification

3.6.2 Signification pour le marché des licences de logiciels « d'occasion »

La situation juridique allemande fait qu'il est donc parfois expliqué qu'un acquéreur de logiciels d'occasion doit en particulier demander la divulgation des contrats de licence de logiciels et des déclarations relatives à la chaîne des droits, car il peut s'en prévaloir par la suite, par exemple, vis-à-vis de l'éditeur de logiciels. Cette démarche qui ne serait toutefois juridiquement nécessaire que dans le cas – fort improbable[47] – d'une procédure judiciaire ne serait guère suffisante avec de tels documents et, en dehors d'un procès, ramènerait la jurisprudence à son point de départ de par une exigence (pratique) d'obtention du consentement.

En outre, il convient d'ajouter que les documents susmentionnés ne jouissent pas non plus d'une apparence de légalité (« Rechtsschein ») protégée par la loi ! Ainsi, la divulgation de « documents justificatifs » atteste tout aussi peu d'une acquisition de bonne foi. Au demeurant, il convient de mentionner qu'il n'est nullement garanti que les documents ne seront pas utilisés à plusieurs reprises dans différentes opérations d'achat.

47 Cf. Chambre des marchés publics de Westphalie, ordonnance du 01/03/2016 – VK 1 – 02/16.

Inconvénients de la divulgation

- En ce qui concerne tous les documents reçus, le client est tenu, pour maintenir ses droits en cas de vices,
  - **de les examiner de manière précise et complète et, le cas échéant, de notifier** les lacunes éventuelles (§ 377 HGB (du code de commerce allemand) – obligation de réclamations pour commerçants),
  - et surtout **toute omission** d'un examen détaillé accompagné de l'évaluation juridique correspondante signifie même que **sa responsabilité est engagée.**
- En outre, **la protection des données pose problème** et il existe un risque que l'éditeur **exerce une influence ou un contrôle** sur le commerce libre.

La diligence requise exige donc un examen des conditions d'épuisement, ce qui peut s'avérer extrêmement complexe. Différents revendeurs, consultants SAM, auditeurs ou avocats peuvent faire état d'expériences dans le cadre d'audits, p. ex., au cours desquels seuls un examen et une évaluation approfondis ont pu apporter des réponses à nombreuses de ces questions. **Car il s'agit souvent là de remonter un long historique de licences dans des documents contractuels complexes,** mais aussi d'attester et de démontrer les circonstances **effectives** soumises à débat autour de la mise hors d'usage.

Obligations de vérification.
Le défaut de vérification peut établir une faute et amputer des droits.

Le simple fait que l'acquéreur peut avoir eu connaissance de défauts peut l'exposer à des accusations de comportement fautif. Si une faute plus grave est imputable à l'acquéreur, celui-ci peut même faire l'objet de poursuites au titre du droit d'auteur.

Par conséquent, l'**argument de l'acquisition de bonne foi** applicable (pour l'Allemagne) peut même s'avérer être un **piège ou un pseudo-argument** s'il vise à faire peser sur le client la charge de tous les documents possibles et la responsabilité afférente. Ceci est légalement autorisé et compréhensible si l'on considère l'intérêt (stratégique) du revendeur. En revanche, il y a tout aussi peu de bonne foi à l'égard des documents reçus lors de leur divulgation, de sorte que l'argument d'une absence de bonne foi s'applique également ici.

De nombreux revendeurs assument en revanche la responsabilité : pour les raisons susmentionnées, entre autres, ces revendeurs ne remettent pas tous les documents, mais informent de manière juridiquement conforme sur le droit d'utilisation conforme à la destination (cf. chap. 3.3, 5.42). Ils seraient en outre autorisés à retraçer chaque licence individuelle jusqu'à son origine. En cas d'achat, ils conservent tous les documents en les reliant à une transaction, de façon inviolable et perdurant au-delà de tout éventuel dépôt de bilan et, si nécessaire, font appel à une expertise externe renommée. Cette mesure empêche aussi précisément une utilisation (frauduleuse) multiple. Les revendeurs le font probablement non seulement dans l'intérêt de leurs clients, mais aussi afin d'être armés de tous les moyens nécessaires au titre de preuves judiciaires en cas de subrogation dans le cadre de leur déclaration d'exemption.

3.7. Exigences légales en matière de marchés publics

Justificatif de la capacité d'exécution

- Art. R 2142-13 du code de la commande publique
- Art. 86 Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público
- § 84 et s., 255 Bundesvergabegesetz 2018

En vertu du droit des marchés publics, seuls les documents spécifiés au § 46 al. 3 de l'ordonnance allemande sur la passation des marchés publics (Vergabeverordnung, VgV) peuvent être exigés comme preuve des capacités techniques et professionnelles exigées du candidat. Ceci vise à garantir que la mission est exécutée avec la qualité requise (§ 46 al. 1 de l'ordonnance), l'objet de la mission étant dans ce cas l'acquisition des licences. Dans la mesure où des déclarations spéciales peuvent être exigées avant l'adjudication conformément au droit des marchés publics, il s'agit **systématiquement d'autodéclarations** du soumissionnaire (cf. aussi § 35 al. 2 de l'ordonnance allemande sur les passations de marchés sous les valeurs-seuil (Unterschwellenvergabeordnung, UVgO). Si l'organisme public dispose en principe d'une marge d'appréciation et d'un pouvoir discrétionnaire, il n'en va pas de même pour les questions juridiques.[48] L'exigence d'un justificatif particulier d'adéquation n'est pas requise, ni en général concernant l'acquisition de licences de logiciels auprès de certains éditeurs tels que Microsoft, ni en particulier pour leur acquisition ultérieure en tant que licences d'occasion. Les jurisprudences suprêmes de la Cour de justice de l'Union européenne[49] et de la Cour fédérale de justice allemande[50] n'ont posé aucune exigence formelle quant au cédant ou à la procédure de cession.

48 Cf. tribunal régional supérieur de Düsseldorf (Oberlandesgericht, OLG Düsseldorf), 21/02/2005, Verg. 91/04.
49 CJUE, arrêt du 03/07/2012, C-128/11.
50 Cour fédérale de justice (BGH), arrêt du 17/07/2013, I ZR 129/08.

En ce qui concerne l'objet de la prestation, les conditions d'épuisement susmentionnées sont en revanche de nature purement factuelle, c'est-à-dire qu'il suffit qu'elles soient effectivement présentes, une forme particulière ou un justificatif spécifique n'est donc pas requise pour l'exercice licite du droit d'utilisation.

Se pose ainsi la question importante de savoir si et le cas échéant quelles informations et quels justificatifs un acquéreur ultérieur doit précisément recevoir. **En particulier, les exigences très discutées concernant les numéros de contrat, les contrats originaux, les clés originales ainsi qu'une déclaration personnelle de destruction à remettre à l'acquéreur ultérieur n'ont cependant pas été établies par les juridictions.**

En principe, sur la base de la décision de la CJUE, il convient bien plus de noter que ni un consentement préalable à la vente ni une autorisation

Justification juridique du droit d'utilisation,
cf. chapitre 3.3.

Pierres angulaires du logiciel d'occasion

2000 – Cour fédérale de justice, arrêt du **06/07/2000** – I ZR 244/97 (OEM)

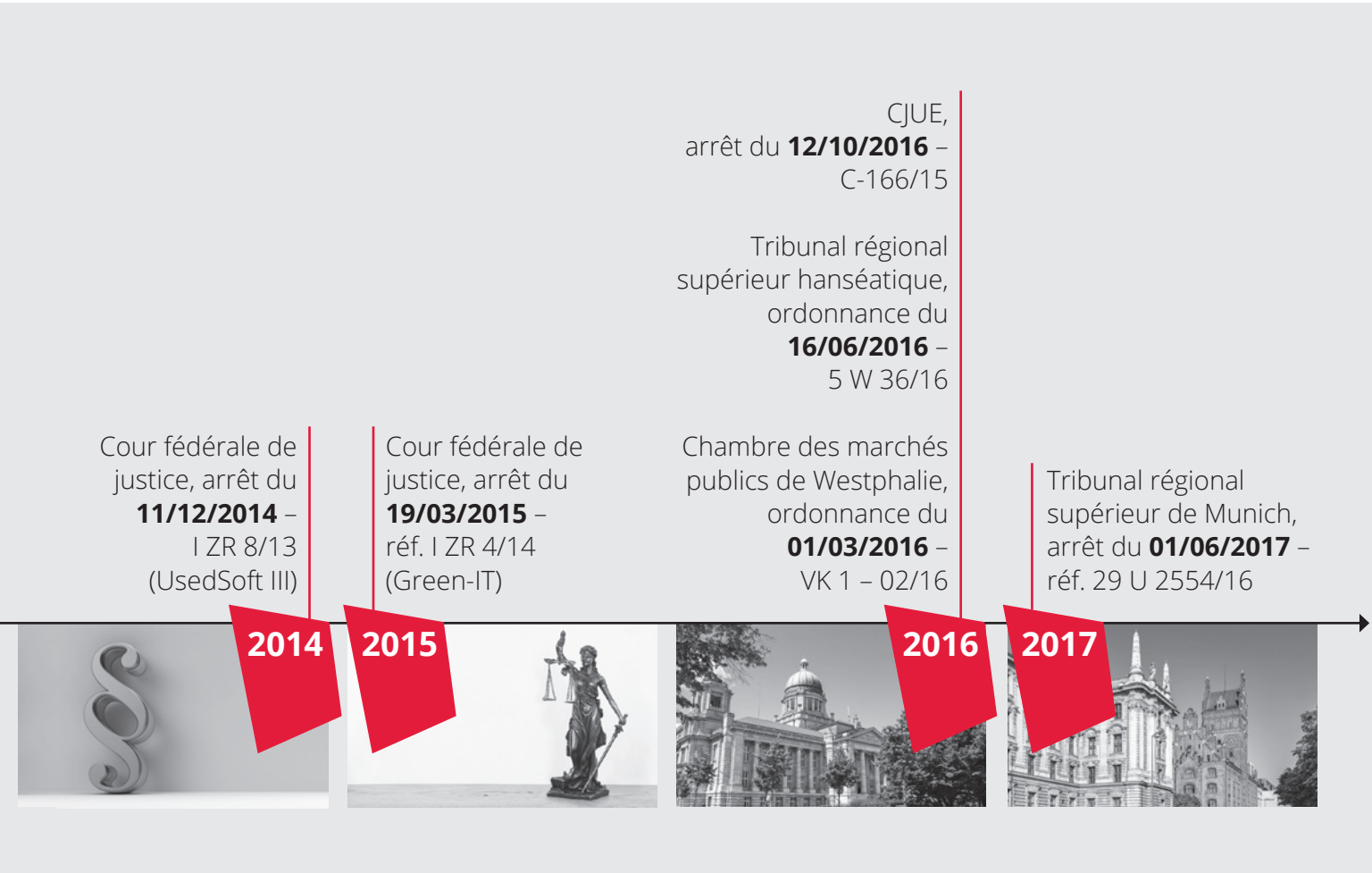
2006 – Tribunal régional de Hambourg, arrêt du **29/06/2006** – 315 O 343/06

2012 – CJUE, arrêt du **03/07/2012** – C-128/11

2013 – Cour fédérale de justice, arrêt du **17/07/2013** – I ZR 129/08 (UsedSoft II)

de l'éditeur du logiciel par la présentation de certains documents ne sont requis. En définitive, seul un moyen conçu dans l'optique d'une procédure judiciaire peut servir à garantir la charge de la preuve établie par l'acquéreur. Dans ce contexte – comme l'a souligné la Chambre des marchés publics de Westphalie[51] – une **déclaration d'exemption** adaptée précisément à ce cas semble être **indiquée** afin d'échapper en grande partie à cette charge sur le plan économique.

À l'inverse, invoquer la charge de la preuve (judiciaire) par l'acheteur pour justifier l'obtention d'un maximum de documents originaux comme justificatifs auprès du vendeur afin de les mettre ensuite immédiatement à la disposition de l'éditeur dans le but d'éviter tout souci nous ramène au début de l'histoire juridique décrite ici et n'est pas juridiquement admissible.



51 Chambre des marchés publics de Westphalie, ordonnance du 01/03/2016 – VK 1 – 02/16.

4 Principes de base du droit des marchés compte tenu de la jurisprudence suprême

4.1 Le rôle de l'éditeur de logiciels – avant, pendant et après l'acquisition

L'implication d'une entreprise privée (d'un éditeur tel que Microsoft) dans une procédure d'appel d'offres public entraîne une violation de **l'obligation** prévue par le droit des marchés publics **d'éviter les conflits d'intérêts (§ 6 de l'ordonnance allemande sur la passation des marchés publics).**

Étant donné qu'un éditeur entretient une relation particulière de proximité avec certains distributeurs, celui-ci a un intérêt propre au sens du § 6 de l'ordonnance allemande sur la passation des marchés publics, de sorte qu'un conflit d'intérêts à éviter peut survenir en cas d'implication de celui-ci.

Avec un marché fonctionnel pour les licences de logiciels d'occasion, l'intégration pourrait également faire l'objet de restrictions relevant de la législation des cartels.

En tant qu'entreprises dominant le marché ou jouissant d'une présence forte sur le marché, les éditeurs tels que Microsoft ne sont pas non plus autorisés à se livrer à des pratiques restrictives de la liberté de la concurrence.

Dans le cadre de projets SAM, d'études de plausibilité et/ou d'audits, les licences de logiciels d'occasion ne sont parfois pas « reconnues » par les partenaires d'éditeurs ou les éditeurs.

Toutefois, comme indiqué, cela n'est pas non plus nécessaire et ne signifie en aucun cas que l'acquéreur a agi de manière illégale. **En aucun cas, la pression exercée par l'auditeur mandaté par l'éditeur ne doit conduire à des actions irréfléchies**, telles que le renouvellement de la licence, au risque sinon de perdre les fruits récoltés par la jurisprudence suprême.

Un conseil neutre peut donc être un soutien utile à cet égard.

Éviter les conflits d'intérêts

- Art. L2141-10 du code de la commande publique
- Art. 64 Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público
- § 26 Bundesvergabegesetz 2018

Une dépendance de l'éditeur/du produit favorise la dépendance numérique de l'État.

En outre, le niveau de dépendance est désormais si élevé que les représentants politiques s'alarment déjà. Les appels d'offres neutres en termes de produits sont désormais devenus la rare exception dans de nombreux domaines. **Nous nous trouvons effectivement au cœur d'une lutte pour la suprématie des données et d'une dépendance effrayante à l'égard de tels logiciels ou infrastructures (AWS, p. ex.).** Cela implique évidemment aussi l'État, qui se voit menacé dans sa souveraineté numérique – comme le montre une étude récente pour le compte du ministère fédéral de l'Intérieur [52]. Quelques tentatives de miser sur l'open source ne sont que modérément encourageantes, compte tenu de la progression et de la rapidité de la numérisation et de la technisation. Les initiatives semblent néanmoins se multiplier[53].

4.2 Les licences d'occasion doivent être prises en compte

Pour les pouvoirs publics, les licences d'occasion doivent impérativement être prises en compte. Malgré des potentiels d'économie élevés, l'incertitude concernant les appels d'offres et les documents requis pour l'acquéreur reste importante, ce qui est tout à fait compréhensible eu égard à la judiciarisation historique. Néanmoins, la jurisprudence en matière de marchés publics est depuis longtemps tout à fait ouverte ce concernant et renvoie les sceptiques dans les cordes.

En 2008[54] déjà, la Chambre des marchés publics a conclu dans une ordonnance au sujet du gouvernement de l'arrondissement de Düsseldorf que les licences d'occasion et les revendeurs correspondants ne pouvaient être rejetés en principe que s'il était certain que les droits de propriété industrielle seraient violés par le soumissionnaire et que celui-ci pouvait, avec de grandes chances de succès, faire l'objet d'une action pour l'enjoindre à cesser ses faits. Toutefois, la Chambre des marchés publics l'avait déjà refusé à l'époque, malgré les questions juridiques partiellement encore en suspens.

52 https://www.cio.bund.de/SharedDocs/Publikationen/DE/Aktuelles/20190919_strategische_marktanalyse.pdf?__blob=publicationFile (date de consultation : 26/03/2021)
53 Jan Philipp Albrecht, https://ahrensburg-portal.de/landesregierung-will-microsoft-durch-open-source-software-ersetzen/. (date de consultation : 26/03/2021)
54 Chambre des marchés publics de Düsseldorf, ordonnance du 23/05/2008 – réf. VK-7/2008-L. (date de consultation : 26/03/2021)

Dernièrement, la Chambre des marchés publics de Westphalie[55], se basant sur la jurisprudence de la CJUE et de la Cour fédérale de justice, a une nouvelle fois rejeté comme infondée la crainte d'être poursuivi en cessation ou en dommages et intérêts par l'éditeur du logiciel (en l'occurrence Microsoft) en cas d'utilisation de licences d'occasion d'un revendeur non agréé. Cela vaut notamment pour les licences en volume et confirmerait ainsi la « légalité de principe du commerce des logiciels d'occasion ».

La Chambre des marchés publics de Westphalie souligne ce qui suit :

Il n'y a plus lieu de ne pas faire l'acquisition d'une licence d'occasion en raison des droits de recours de l'éditeur et cet argument ne peut être invoqué pour justifier la dérogation au principe du § 8 EG paragraphe 7 de la partie A des dispositions générales sur les marchés publics de fournitures ou de services (Allgemeine Bestimmungen für die Vergabe von Leistungen, Teil A, VOL/A).

La Chambre des marchés publics transfère ainsi clairement la jurisprudence suprême au droit des marchés publics. Dans cette mesure, la décision a poursuivi la position[56] selon laquelle les licences d'occasion ne sont en aucun cas contraires au droit.

La Chambre des marchés publics de Westphalie a en outre décidé[57] que dans le cas de l'acquisition de licences Microsoft d'occasion, le **risque** que l'acquéreur d'un logiciel d'occasion soit tenu responsable par l'éditeur n'existe **pratiquement pas**.

Il suffirait donc que le pouvoir adjudicateur de l'organisme public souhaitant acquérir des licences s'assure que les exigences de la jurisprudence suprême en matière d'épuisement soient respectées, notamment en ce qui concerne la mise hors d'usage de la copie de l'acquéreur précédent, par exemple, et qu'une déclaration d'exemption soit convenue dans le contrat avec le soumissionnaire.

55 Cf. Chambre des marchés publics de Westphalie, ordonnance du 01/03/2016 – VK 1 – 02/16.
56 Cf. Chambre des marchés publics de Düsseldorf, ordonnance du 23/05/2008 – réf. VK-7/2008-L.
57 Cf. Chambre des marchés publics de Westphalie, ordonnance du 01/03/2016 – VK 1 – 02/16.

Le **risque juridique redouté** par l'autorité adjudicatrice dans le cadre d'audits de Microsoft, à savoir que la **légalité** de l'utilisation des **licences d'occasion** serait **contestée** et qu'un justificatif de l'épuisement des droits devrait donc être apporté, **n'a pas convaincu la Chambre des marchés publics de Westphalie**. Car, à cet égard, il **manquait** déjà un **indice portant à croire** qu'une violation des droits de propriété par des soumissionnaires proposant des licences d'occasion et, par conséquent, un **recours** nécessaire **de Microsoft** étaient à escompter sur la base de la jurisprudence suprême constante.

La Chambre des marchés publics[58] a constaté à juste titre que les exigences relatives à l'existence de l'épuisement ont certes été fixées sous une forme très contraignante par la Cour fédérale de justice, mais qu'il était néanmoins possible de se protéger de manière exhaustive dans un cahier des charges et de poser certaines exigences vis-à-vis de revendeurs. Une telle protection serait justifiée à la lumière de la Cour fédérale de justice.

Conseil. Cf. chapitre 5.3 Objet de la prestation, description de la prestation ▶

La Chambre des marchés publics a ainsi fourni un travail d'information considérable sur la manière dont les appels d'offres doivent être passés et sur la manière dont les justificatifs peuvent être fournis par le revendeur. Cela pourrait être inclus dans le contrat à conclure par le biais d'un accord d'exemption.[59]

Conseil. Plus d'infos au chapitre 5.4.4 ▶

La crainte de la partie adverse de devoir supporter le risque de dépôt de bilan du soumissionnaire en cas d'exemption n'est pas, selon elle, compréhensible au vu de la jurisprudence claire, car, par conséquent, le risque d'un recours par Microsoft est pratiquement inexistant.

Conclusion

Une exclusion catégorique des licences de logiciels d'occasion n'est pas admissible.

58 Chambre des marchés publics de Westphalie, ordonnance du 01/03/2016 – VK 1 – 02/16.
59 Chambre des marchés publics de Westphalie, ordonnance du 01/03/2016 – VK 1 – 02/16 ; cf. paragraphes 5.4.4 ss.

4.3 Acquisition de logiciels adaptée aux besoins en considération d'impératifs budgétaires

L'acquisition de logiciels en fonction des besoins doit être évaluée précisément en termes de droit budgétaire et est caractérisée par l'exigence d'efficacité économique en termes de droit des marchés publics. Seuls le besoin réel objectivement compréhensible de logiciels ou la prévision associée dans le cadre de la stratégie informatique peuvent être déterminants.

En ce qui concerne les logiciels standard, il s'agit généralement de l'objectif immédiat, au cours de la période concernée, de maintenir une administration adéquate et performante afin de pouvoir satisfaire aux tâches de l'État.

Afin d'évaluer le besoin réel, une connaissance précise du produit et des droits d'utilisation est cruciale afin de cartographier les scénarios d'utilisation réellement requis en conformité avec la loi et les besoins. Souvent, les nouvelles fonctions présumées de nouvelles versions de logiciels ne sont ni nécessaires ni utilisées, et il est souvent fait appel au droit de mise à niveau inférieur.

À cet égard, il serait contraire aux besoins de considérer la dernière version comme nécessaire, même si elle offre une valeur ajoutée objective, car elle n'est précisément pas nécessaire et augmente donc les coûts de manière excessive.

C'est pourquoi les logiciels d'occasion devraient également être financièrement intéressants, précisément pour des pouvoirs adjudicateurs. Cela peut se concevoir à la fois dans le cas de la vente de licences d'occasion, mais surtout dans le cas de l'acquisition de licences supplémentaires de logiciels souvent déjà en cours d'utilisation.

À cet égard, en cas d'acquisition, il convient d'examiner comment utiliser le plus efficacement possible les fonds publics disponibles, c'est-à-dire de manière économique. Les licences de logiciels étant juridiquement des droits d'utilisation, il n'y a généralement pas d'autre circonstance à prendre en compte directement que le prix.

Il convient donc d'être prudent lorsque des services supplémentaires non directement liés sont proposés en combinaison avec l'acquisition du logiciel. Les économies sont également un objectif imposé par la loi, en particulier pour le secteur public, même si des budgets futurs peuvent être réduits en conséquence.

Cf. aussi chapitre 5.3.2 Assurance logiciel ▶

5 L'acquisition de licences de logiciels d'occasion en pratique

5.1 Présentation des particularités

L'historique de la jurisprudence en matière de licence d'occasion présenté ci-dessus montre clairement que les questions juridiques fondamentales ont été clarifiées il y a de nombreuses années et que la transférabilité de telles licences est incontestable.

- Toutefois, on peut également reconnaître que les discussions dans ce contexte portent souvent sur des **questions de charge de la preuve**, ce qui donne **l'impression** que l'acquéreur de licences d'occasion fait **l'objet d'un procès** et qu'il doit nommer des preuves.
- Comme l'a à nouveau souligné la Chambre des marchés publics de Westphalie[60], c'est une **erreur**.
- Il n'y a aucun risque particulier à ce que l'éditeur fasse valoir des prétentions. La **pratique montre** également (d'après les connaissances de l'auteur) qu'il **n'y a pas de procédures** à l'encontre d'acquéreurs de logiciels d'occasion, en dehors du piratage de produits ou de la revente de clés engagées par les grands éditeurs de logiciels standard.
- Mais s'il n'y a **pas de risque particulier** de litige, ne semble-t-il pas également **peu judicieux** de **parler** de **preuves** (procédurales) et de leur présentation à l'éditeur de logiciels ? Au contraire, fidèle à l'idée d'un commerce ouvert, **l'éditeur** ne devrait précisément **pas** pouvoir **contrôler ou influencer** le marché de l'occasion.

Par conséquent, le défi pratique consisterait probablement à trouver des solutions viables pour un commerce sain.

60 Chambre des marchés publics de Westphalie, ordonnance du 01/03/2016 – VK 1 – 02/16.

La manière dont les licences doivent être transférées[61] n'ayant pas été clarifiée par les juridictions, il n'est pas nécessaire ici d'appliquer un critère trop élevé. C'est précisément ce qu'a constaté la Chambre des marchés publics de Westphalie au vu des exigences très élevées de la Cour fédérale de justice.

À cet égard, il semble approprié d'être ouvert aux différentes offres.[62] Dans la mesure où certaines offres semblent juridiquement plus sûres que d'autres, cela ne signifie pas pour autant que ce soit le cas. Au contraire, c'est précisément la présentation des documents qui nécessite une évaluation (juridique) qui n'est pas toujours simple.[63]

Conseil.
Cf. chapitre 3.4 Possibilités de vérification ▶

Même l'éditeur du logiciel ne peut pas poser des exigences légales à sa guise et définir si les exigences d'épuisement ont été remplies ou non dans un cas précis.

Dans la mesure où des doutes subsistent en matière de sécurité juridique, la Chambre des marchés publics a accordé des possibilités de protection, mais a également refusé des obstacles supplémentaires. Cette garantie peut être obtenue, par exemple, en dégageant l'acteur de toutes prétentions de la part de l'éditeur.[64]

L'approche ouverte exige, en termes de droit des marchés publics, de proposer des possibilités d'action sans en exclure certaines. Ainsi, dans la mesure où certains accords de licence en volume peuvent être envisagés comme source d'approvisionnement, cela peut être proposé et la désignation des produits peut être formulée de manière ouverte de manière à permettre des achats conformes aux besoins. En ce qui concerne l'utilisation actuelle d'une ancienne version de logiciel, une licence de logiciel avec droits de mise à niveau inférieure ou une ancienne version suffiraient. Seule une approche ouverte permet une acquisition économiquement favorable.

Conseil.
Plus d'infos au chapitre 4.3 ▶

Les modèles de licences mixtes entraînant des droits étendus (notamment des droits de mises à niveau), comme Microsoft Software Assurance, ne peuvent être considérés comme budgétairement conformes que si ces droits sont précisément requis. Les solutions schématiques ne sont donc pas applicables.[65]

61 Soit via quelles déclarations, avec quel contenu, etc.
62 Tout du moins tant que cela n'a pas été explicitement jugé insuffisant par les juridictions.
63 Comme indiqué, le contenu de la déclaration, tout comme l'auteur et la forme de celle-ci ne sont pas juridiquement clairs. Par ailleurs, le fait de vérifier soi-même les documents au regard des exigences légales d'épuisement comporte des risques. La responsabilité du contrôle incombe à la personne qui demande justement des déclarations/documents spécifiques. Car, comme il a été indiqué, l'absence de notification des défauts peut entraîner la perte des droits de l'acheteur en matière de vices. La possibilité d'utiliser de tels documents comme preuves devant un tribunal semble très discutable (voir ci-dessus).
64 Cf. paragraphe 5.4.4.
65 Cf. entre autres chapitres 4.3, 5.3.1 et 5.3.2.

5.2 Restriction de la procédure de passation

Par le passé, certains pouvoirs adjudicateurs pensaient qu'ils devaient acheter des logiciels standard auprès de distributeurs « agréés » par les éditeurs sur la base de divers accords-cadres fédéraux/étatiques.

Contrats-cadres

Art. L2125-1 (1) du code de la commande publique

Art. 219 sqq. Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público

§ 39 Bundesvergabegesetz 2018

Ceci est faux.[66] Les obligations découlant du droit des marchés publics et les exigences relatives à la bonne utilisation des fonds budgétaires sont déterminantes. La loi sur les marchés publics stipule par ailleurs également que les fournisseurs ne peuvent être exclus de la procédure de soumissions (appel d'offres) que dans les cas autorisés par la loi (cf. entre autres les § 123 et 124 de la loi allemande contre les restrictions de concurrence (Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen, GWB)). Il n'y a aucune raison de ne pas envisager les revendeurs de logiciels d'occasion, surtout en cas de ventes de gré à gré.

Si les accords-cadres sont spécifiquement régis par le droit des marchés publics, il ne faut pas les confondre avec les programmes de licences en volume, tels que les contrats Microsoft Select.

Les contrats de licences en volume Microsoft ne sont pas des contrats-cadres au sens du droit des marchés publics.

En effet, selon le principe directeur 4 de la décision de la Chambre des marchés publics de Düsseldorf[67], les contrats Microsoft Select ne sont précisément pas des contrats-cadres au sens du § 3a n°4 des dispositions générales VOL/A (et donc au sens du § 4 des dispositions générales VOL/A ou du § 15 de l'ordonnance allemande sur les passations de marchés sous les valeurs-seuil/§ 21 de l'ordonnance allemande sur la passation des marchés publics), car ils ne sont pas conclus par « l'adhérant » avec le(s) prestataire(s) potentiel(s) des appels individuels.

La Chambre des marchés publics de Westphalie[68] a au contraire constaté une restriction inadmissible du groupe de soumissionnaires en cas d'appel d'offres pour de « nouvelles licences » et « d'enregistrement pour un contrat Microsoft Select Plus » et donc une violation du principe de la procédure ouverte (§ 101 al. 7 de la loi allemande contre les restrictions de concurrence). Selon la décision de la Chambre des marchés publics de Düsseldorf[69], de telles structures de distribution fermées ne doivent pas être reconnues ni même protégées dans ce contexte.

À cet égard, il convient de noter que les soumissionnaires ne sont à évaluer qu'en fonction de leur adéquation avec l'objet de la prestation. Aucune relation contractuelle directe avec Microsoft n'est requise dans le cadre de l'offre de licences. La possibilité de s'approvisionner à partir de contrats Select-Plus peut toutefois être mentionnée comme telle

66 Cf. Chambre des marchés publics près le gouvernement régional de Düsseldorf, ordonnance du 23/05/2008 – réf. VK-7/2008-L.
67 Cf. Chambre des marchés publics près le gouvernement régional de Düsseldorf, ordonnance du 23/05/2008 – réf. VK-7/2008-L.
68 Cf. Chambre des marchés publics de Westphalie, ordonnance du 01/03/2016 – VK 1 – 02/16.
69 Cf. Chambre des marchés publics près le gouvernement régional de Düsseldorf, ordonnance du 23/05/2008 – réf. VK-7/2008-L.

dans un appel d'offres afin de permettre des conditions favorables pertinentes aux revendeurs et donc au secteur public.

En outre, la Chambre des marchés publics de Westphalie[70] a précisé que les autres avantages avancés du contrat BMI ne constituent pas des raisons factuelles de s'écarter de la description neutre du produit. Les avantages, comme un portail en ligne, une gestion globale de licence, des clés de licence uniformes, ne sont pas des caractéristiques de l'objet de l'appel d'offres. L'objet même de l'adjudication, en l'occurrence l'acquisition de licences de logiciels, ne peut être arbitrairement complété par certains services supplémentaires exclusifs de l'éditeur, ce qui aurait ainsi pour conséquence d'exclure à nouveau les licences d'occasion.

5.3 Objet de la prestation, description de la prestation et division en lots

5.3.1 Objet de la prestation, description de la prestation

Selon le § 23 al. 1 de l'ordonnance allemande sur les passations de marchés sous les valeurs-seuil ou le § 31 de l'ordonnance allemande sur la passation des marchés publics associé au § 121 de la loi allemande sur les restrictions de concurrence, la prestation doit être décrite de façon claire et exhaustive dans le descriptif de prestation. Du fait de l'orientation budgétaire de ces réglementations, l'ensemble du droit des marchés publics vise essentiellement à éviter les acquisitions non rentables dues à des exigences imprécises, incorrectes ou trop strictes. Cela concerne notamment, conformément au § 31 al. 2 de l'ordonnance allemande sur la passation des marchés publics, la description précise des exigences de performances ou fonctionnelles ou encore une description de la tâche à effectuer. Des noms de marques/produits ne peuvent être mentionnés qu'à titre exceptionnel conformément au § 7 al. 4 des dispositions VOL/A[71].

Il convient de tenir compte de l'obligation de rentabilité.

Art. L2152-7 du code de la commande publique

Art. 1 Nr. 1 Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público

§ 20 (1) Bundesvergabegesetz 2018

Il convient de souligner plus particulièrement que les descriptions de services doivent être neutres en termes de produits et de solutions et non discriminatoires. Par conséquent, une description de prestation trop étroite non requise pour le but visé est en tous cas interdite.

Très souvent, les anciennes versions d'un logiciel standard continuent d'offrir des fonctionnalités tout à fait conformes aux exigences pendant une période plus longue et dont les bogues ont également été corrigés.

◁ Référence au chapitre 4.2 Les licences d'occasion doivent être prises en compte

70 Chambre des marchés publics de Westphalie, ordonnance du 01/03/2016 – VK 1 – 02/16.
71 Cf. § 31 al. 6 de l'ordonnance allemande sur la passation des marchés publics ou § 23 al. 5 de l'ordonnance allemande sur les passations de marchés sous les valeurs-seuil.

Il est également tout à fait concevable qu'un grand nombre d'organismes publics sautent une ou deux versions jusqu'à ce qu'elles se procurent à nouveau un logiciel standard.

Il convient par exemple d'examiner attentivement s'il est nécessaire d'inclure des services supplémentaires et non vérifiés en détail, tels que ceux couverts par la Software Assurance, pour un produit donné et, le cas échéant, comment ces services doivent être mis en adjudication.

Dans ce contexte, mais aussi de manière générale, la question de savoir ce qui, quand et comment, peut être acheté à des fins futures éventuelles est importante. Si l'on opte pour une Software Assurance de Microsoft afin d'acheter des versions futures (indirectement par le biais de la taxe SA), cela doit être examiné de façon critique, au moins en termes de droit budgétaire et de droit des marchés publics. Malgré son caractère contraignant, il est difficile de prédire dans quelle mesure ce logiciel répondra à certaines exigences techniques et à certaines demandes de l'adjudicateur. En tout état de cause, des calculs économiques valables sont difficilement réalisables de cette manière – notamment en termes de droit budgétaire et de droit des marchés publics.

L'affaire concerne l'acquisition de logiciels standard et les droits d'utilisation associés (licences). Le but de l'acquisition est le droit d'utiliser le logiciel conformément à sa destination. Ce besoin est décrit à l'aide des solutions logicielles standard proposées sur le marché et de leurs métriques, en plus du nombre ccorrespondant. Selon l'éditeur et le modèle, il peut s'agir de licences d'utilisateurs, de licences de postes de travail ou autres références techniques. Dans chaque cas, il faut se référer aux états de versions et, le cas échéant, aux autres spécifications typiques de l'adjudicateur.

5.3.2 Particularité de Software Assurance

Conseil.
Plus d'infos au chapitre 4.3 ▶

La Software Assurance de Microsoft offre certains avantages, notamment des droits sur de nouvelles versions de produit et la mobilité des licences, ainsi qu'un support et différents technologies et services. La Software Assurance doit être achetée en plus de la licence et payée périodiquement.

Toutefois, la Software Assurance, qui fait grimper le chiffre d'affaires de Microsoft, n'est intéressante pour l'entreprise que si chaque mise à jour du logiciel en question est prise en charge. Microsoft entend manifestement

exercer une pression claire en faveur de durées d'utilisation plus courtes des différentes versions afin de réduire à moyen terme les coûts considérables de support et de maintenance des anciennes versions du logiciel.[72]

En revanche, pour les organismes publics et souvent aussi pour les entreprises, le déploiement de nouvelles versions de logiciels n'a souvent lieu qu'après la sortie des versions suivantes et expiration d'intervalles dans le temps plus longs.

◁ Référence au chapitre 2.1 Éléments de base

Une acquisition de logiciel avec Software Assurance comporte donc le risque que l'achat ne soit pas conforme aux besoins, c'est-à-dire qu'il ne tienne pas compte de la réalité du comportement des utilisateurs. Il convient par conséquent de toujours vérifier si la Software Assurance apportera effectivement une valeur ajoutée exploitable justifiant les coûts plus élevés.

À cet égard, une analyse précise est nécessaire dans chaque cas individuel pour déterminer si les prestations de la Software Assurance font effectivement partie de l'objet de l'adjudication et si elles sont nécessaires. Un appel d'offres général pour des licences avec Software Assurance conduit en revanche non seulement à l'exclusion de facto du commerce d'occasion, mais ne correspond souvent pas à la demande et favorise la distribution fermée de l'éditeur.

5.3.3 Division en lots

Conformément au § 30 de l'ordonnance allemande sur la passation des marchés publics et au § 22 de l'ordonnance allemande sur les passations de marchés sous les valeurs-seuil, les adjudicateurs sont tenus de diviser les prestations au regard des quantités (lots partiels) et de les séparer selon le type ou le domaine spécialisé (lots spécialisés), puis de les attribuer régulièrement par lots. Ainsi, l'adjudicateur est obligé de diviser la prestation en sous-services (lots partiels) à la première étape et d'attribuer aussi le plus possible les prestations partielles individuelles en lots à des soumissionnaires individuels lors de la deuxième étape. Compte tenu de l'importance cruciale de l'attribution de lots pour la protection des PME, et eu égard au contexte du système réglementaire et de l'intention du législateur, l'attribution de lots est toutefois la règle contraignante et une attribution globale l'exception.

Adjudication par lots

- Art. L2113-10 du code de la commande publique
- Art. 99 Nr. 3 Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público
- § 28 Bundesvergabegesetz 2018

Ce n'est que si des raisons économiques et techniques l'exigent que l'adjudicateur peut s'abstenir de diviser ou de séparer le contrat

72 Cf. Neumann/Sonnenschein/Schuhmacher/Lange, Fünf Wege zu organischem Wachstum : Wie Unternehmen antizyklischen Erfolg programmieren können, 2003, p. 73.

conformément au § 97 al. 4 de la loi allemande sur les restrictions de concurrence ou au § 22 al. 1 phr. 2 de l'ordonnance allemande sur les passations de marchés sous les valeurs-seuil. Des raisons économiques entrent en ligne de compte pour une adjudication globale si l'exécution globale uniforme conformément au contrat ne peut pas être assurée en cas de division par lots ou ne peut l'être qu'au prix de dépenses disproportionnées. Les raisons techniques peuvent provenir de conditions-cadres liées au temps, à la logistique, à la construction ou à la sécurité, mais aussi de structures liées au système, à la fabrication ou à la coopération. Dans le cas présent, aucune raison économique ou technique ne peut être considérée comme justifiant l'adjudication sans division en lots.

À l'inverse, une division en lots peut s'adresser à un groupe plus important de demandeurs issus de petites et moyennes entreprises au sens du § 97 al. 4 de la loi allemande sur les restrictions de concurrence, qui peuvent être en mesure de proposer les licences à un prix inférieur. L'acquisition de licences pour des logiciels standard étant des droits d'utilisation relevant du droit d'auteur, les interdépendances techniques des différents produits pouvant justifier une adjudication commune n'ont pas leur place.

5.4 Suggestions de critères de qualification et d'adjudication ainsi que pour leur justification

Ci-après figurent quelques suggestions pour la conception pratique d'un appel d'offres prenant également en compte les licences de logiciels standard d'occasion dans le respect de la loi, sans prétention d'exhaustivité et d'adéquation à chaque cas individuel. Dans des cas individuels, il est recommandé de se faire accompagner juridiquement pour la formulation et la conception de la procédure d'acquisition de logiciels (d'occasion).

Cour de justice de l'Union européenne, Luxembourg

5.4.1 Directives de la CJUE

Tout d'abord, il n'est pas recommandé d'omettre de mentionner que les logiciels d'occasion seront eux aussi pris en considération en raison de la jurisprudence présentée précédemment. Le risque en pareil cas est (dans un premier temps) de perdre sa marge de manœuvre souveraine et le risque est grand qu'apparaissent des conflits dans le cadre de la procédure d'appel d'offres.

◁ Référence au chapitre 5.4.3 Propriétaires précédents et chaîne des droits

C'est pourquoi il est recommandé de préciser ses exigences au regard des différents produits faisant l'objet de l'appel d'offre pour le cas où il y aurait des offres portant sur des logiciels d'occasion.

Elles supposent plus précisément le respect des exigences de la CJUE et de la Cour fédérale de justice, ce qui supprime l'obstacle juridique de l'épuisement concernant le logiciel proposé.[73]

◁ Référence au chapitre 5.4.4 Garantie

Par précaution, une confirmation ou une garantie pertinente pourrait être demandée au revendeur, qui pourrait contenir la description suivante :

Exemple.
Modèle d'autodéclaration p. 48/49 ▶

Exigences pour une acquisition conforme à la loi

Les conditions d'une acquisition conforme à la loi de licences de logiciels d'occasion établies par la jurisprudence suprême sont assurées en l'espèce pour l'ensemble de la chaîne des droits. Car :

- les **licences** proposées ont été initialement **mises sur le marché** dans **l'Espace économique européen** avec le consentement de l'éditeur ;
- une **rétribution** a été versée en contrepartie de la licence ;
- le droit octroyé avec la licence achetée a été octroyé **durablement** (pour une durée illimitée) ;
- avec le logiciel acheté, le premier acquéreur a eu le droit d'utiliser toutes les **corrections et mises à jour** du logiciel proposé ;
- et les acquéreurs précédents ont mis d'éventuelles **copies du logiciel hors d'usage.**

L'octroi d'un **droit d'utilisation conforme à la destination** du logiciel proposé est **assuré**.

73 Sinon, seul un transfert de licence avec le consentement de l'éditeur serait concevable.

5.4.2 Utilisation conforme à la destination du fait des conditions de licence

Il ressort également de la jurisprudence suprême que vous, en qualité d'acquéreur du logiciel, devez être informé du contenu de la licence et de ses conditions, car le droit d'utilisation conforme à la destination en découle.

Par conséquent, comme c'est généralement le cas, vous devez savoir clairement quelles sont les conditions de licence respectives qui s'appliquent à l'acquisition de la licence en question. Les conditions de licence de Microsoft comprennent, notamment, le contenu du contrat de licence, la liste des produits et les droits d'utilisation des produits ou les conditions relatives aux produits.

Vous pouvez suggérer au revendeur la déclaration suivante :

Les droits de licence d'occasion mentionnés ci-dessus sont des licences en volume Microsoft d'occasion qui ont été mises sur le marché pour la première fois dans l'Espace économique européen et sur lesquelles le droit de distribution de l'éditeur a été épuisé conformément aux exigences de la jurisprudence suprême de la Cour de justice de l'Union européenne (arrêt du 03/07/2012 – C-128/11) et de la Cour fédérale de justice allemande (BGH) (arrêt du 11/12/2014 – I ZR 8/13).

Pour l'acquisition d'une licence, il est important de connaître l'utilisation conforme à la destination, qui, dans le cas de logiciels propriétaires Microsoft, résulte des conditions relatives aux produits applicables.

5.4.3 Propriétaires précédents et chaîne des droits

Des informations sur le premier acquéreur, par exemple son appartenance à un groupe particulier de personnes, ainsi que les numéros de contrat n'ont **pas de signification juridique décisive** pour la question décisive de l'épuisement et du droit d'utilisation conforme à la destination, et leur connaissance n'est **pas** légalement **requise** pour l'exercice du droit en l'état actuel des choses, **et ne peut donc pas être obligatoirement exigée.** En outre, les dispositions du contrat de licence qui limitent l'utilisation du logiciel à un certain groupe d'utilisateurs ou à une certaine finalité et restreignent ainsi la libre commercialisation du programme d'ordinateur qui résulte de l'épuisement du droit de distribution ne réglementent par ailleurs pas l'utilisation prévue du programme d'ordinateur.

Dans la mesure où ces contrats ne sont pas mis à disposition par le revendeur de manière surobligatoire, il serait souhaitable d'obtenir l'assurance de la part du revendeur qu'il pourrait les mettre à disposition dans leur version originale, si nécessaire, pour le cas d'une preuve juridique :

Tous les documents originaux, les déclarations et les reçus relatifs à la chaîne de droits et aux livraisons correspondantes sont archivés de manière inviolable et perdurant au-delà de tout éventuel dépôt de bilan, avec mention de la transaction, par exemple auprès d'un auditeur/fiduciaire/avocat/notaire, et peuvent être présentés (confidentiellement) si nécessaire en cas de nécessité de preuve judiciaire.

Au cas où le revendeur ne présenterait pas tous les documents d'achat et d'origine (non expurgés) du fait de la situation juridique actuellement en vigueur, il serait également concevable d'exiger (en plus) une confirmation de la chaîne des droits par un tiers expert, conformément à la jurisprudence suprême. Il pourrait s'agir d'un expert informatique ou d'un auditeur. La déclaration devrait alors se référer à tous les points et justificatifs mentionnés au chapitre 5.4.1.

Conseil.
Plus d'infos au chapitre 5.4.1 ▶

Au mieux, afin d'éviter toute discussion avec les revendeurs voulant spontanément divulguer l'information et seulement dans le cas où le pouvoir adjudicateur est prêt à procéder à l'examen minutieux des documents, il peut être consigné pour plus de clarté qu'une transmission des documents serait possible, en alternative à l'archivage, mais en plus de l'assurance du respect des exigences de la jurisprudence.

5.4.4 Garantie et exemption de responsabilité

Conseil. Plus d'infos au chapitre 5.4.1 ▶

Conseil. Chapitre 3.4 Autres questions concernant les preuves ▶

Tant l'assurance du respect des exigences de la CJUE (chapitre 5.4.1) que les autres questions connexes concernant les justificatifs (chapitre 3.4) comportent le risque que l'on ne sache pas clairement quels justificatifs/déclarations et de quelle nature doivent être exigés et comment et que leur demande puisse rendre la procédure de passation contestable. Enfin, le flou susmentionné a pour effet que, du fait de la demande, les droits à garantie peuvent également être interrompus en cas d'absence de notification des défauts.

Dans ce contexte, il peut être judicieux, pour être tout à fait sûr, et ne devrait pas être contestable au regard du droit des marchés publics, d'imposer au soumissionnaire une obligation supplémentaire sous la forme d'une déclaration d'exemption en cas d'atteinte aux droits de propriété du fait de l'acquisition du logiciel comme justificatif effectif comme le défend la Chambre des marchés publics de Westphalie, et ce, malgré les obligations de garantie légale de base déjà existantes.

◁ Référence au chapitre 4.2 Les licences d'occasion doivent être prises en compte

Malgré le risque, déjà non reconnu, d'un recours par l'éditeur, cela offre surtout l'avantage de ne pas avoir à vérifier les documents et de ne pas avoir à supporter économiquement le risque supposé, tout en pouvant profiter des avantages économiques des logiciels d'occasion. Un examen supplémentaire de la part de consultants externes anéantirait justement ce potentiel d'économies.

Contrairement à la discussion absurde sur les preuves judiciaires et l'adéquation de tout document divulgué à cette fin, l'exemption est précisément adaptée au cas (improbable) de recours judiciaire et rend également la discussion susmentionnée obsolète, car l'organisme public n'a pas besoin de faire face à cette situation judiciaire hypothétique.

Exemple d'une autodéclaration : respect de la jurisprudence, utilisation conforme à la destination, exemption de responsabilité et chaîne des droits :

SoftWare
Neuf et occasion
SoftWareGmbH
Lange Straße 1
12345 Musterhausen
Allemagne
Tél. : +49 1234 5678 99
Fax : +49 1234 9876 55

SoftWare GmbH – Langer Straße 1 - 12345 Musterhausen, Allemagne

Administration exemple
Service d'adjudication
Am Rathaus 1
11111 Berlin
Allemagne

Mesure : n° d'adjudication 09876-54.321 (livraison de licences Microsoft)

Autodéclaration concernant la justification appropriée des conditions d'épuisement des droits et déclaration d'exemption pour les logiciels d'occasion.

Madame, Monsieur,

Les droits de licence d'occasion mentionnés ci-dessus que nous devons livrer sont des licences en volume Microsoft d'occasion qui ont été mises sur le marché pour la première fois dans l'Espace économique européen par téléchargement (mois/année) et sur lesquelles le droit de distribution du fabricant a été épuisé conformément aux exigences de la jurisprudence suprême de la Cour de justice de l'Union européenne (CJUE) (arrêt du 03/07/2012 – C-128/11) et de la Cour fédérale de justice allemande (Bundesgerichtshof, BGH) (arrêt du 11/12/2014 - I ZR 8/13).

I - Garantie du respect des exigences de la jurisprudence

Les conditions d'une acquisition conforme à la loi de licences de logiciels d'occasion établies par la jurisprudence suprême sont assurées en l'espèce pour l'ensemble de la chaîne des droits. En effet,

- ☑ les présentes licences proposées ont été initialement mises sur le marché dans l'Espace économique européen ;
- ☑ une rétribution a été versée en contrepartie de la licence ;
- ☑ le droit octroyé avec la licence achetée a été octroyé durablement (pour une durée illimitée) ;
- ☑ par l'achat du logiciel, le premier acquéreur a eu le droit d'utiliser les mises à jour ou les ajouts aux produits, le code de la version temporaire, les fonctions supplémentaires ;
- ☑ et les acquéreurs précédents ont mis d'éventuelles copies du logiciel hors d'usage.
- ☑ L'octroi d'un droit d'utilisation conforme à la destination du logiciel proposé est assuré.

SoftWare

Neuf et occasion

SoftWareGmbH
Lange Straße 1
12345 Musterhausen
Allemagne
Tél. : +49 1234 5678 99
Fax : +49 1234 9876 55

II - Informations sur l’utilisation conforme à la destination

- La base de l’achat de la licence est un contrat de licence Microsoft, qui est fourni en annexe lors de la remise des licences et qui renvoie aux autres dispositions (droits d’utilisation des produits, qui depuis le 01/07/2015 sont remplacés par les conditions relatives aux produits (mois/année) de Microsoft) qui y sont mentionnées.

III - En plus des exigences légales, nous prenons les engagements suivants envers votre organisme public :

1. Exemption de responsabilité

- Si, en tant qu’acheteur, vous êtes tenu pour responsable, dans un cadre judiciaire ou extrajudiciaire, par l'éditeur de logiciels, celui-ci argant d'une atteinte aux droits de propriété intellectuelle concernant la légalité de la chaîne d’acquisition, le vendeur s’engage ici à libérer l’acheteur des licences proposées des prétentions de l'éditeur. En contrepartie, l’acheteur s’engage à coordonner toutes les mesures extrajudiciaires et judiciaires avec le vendeur et à mener la procédure d'un commun accord. Le vendeur est autorisé à résister à toutes les attaques de tiers pour atteinte aux droits de propriété au nom du client.

2. Assurance du dépôt des documents originaux et justificatifs de la chaîne des droits

- Tous les documents originaux, les déclarations et les reçus relatifs à la chaîne de droits et aux livraisons correspondantes sont archivés de manière inviolable et perdurant au-delà de tout éventuel dépôt de bilan, avec mention de la transaction, auprès d’un auditeur et peuvent être présentés (confidentiellement) si nécessaire en cas de nécessité de preuve juridique. En cas de dépôt de bilan, le vendeur cède à l’organisme public, sous condition suspensive, son droit à restitution à l’encontre de l’auditeur.

Sincères salutations

Pierre Dupont
Directeur
SoftWare GmbH

Page **2** / **2**

◁ Référence au chapitre 5.4.1 Directives de la CJUE

5.4.5 Moment de la justification

Se pose enfin la question de savoir quand la présentation de documents et de justificatifs peut être exigée. Les soumettre avant l'adjudication semble inadéquat.

Cela serait disproportionné pour une entreprise qui propose des licences de logiciels d'occasion et ne correspondrait pas non plus au marché du commerce des licences d'occasion. Le revendeur serait alors obligé d'acquérir ou de stocker des licences à l'avance sans savoir si elles seront effectivement requises, puisque l'adjudication du marché suite à son offre dans le cadre d'une procédure de passation est par nature imprévisible.

Dans d'autres domaines des marchés publics, il est également pratique courante et habituel pour les entreprises que les matériaux ou les produits nécessaires à l'exécution du marché ne soient achetés qu'une fois l'appel d'offres remporté et qu'il y a donc certitude qu'ils seront effectivement nécessaires.

En outre, au moment de soumettre une offre, on ne sait pas encore quelle partie de l'entrepôt (quel lot de l'entrepôt) sera livrée en cas d'adjudication. Il se peut aussi que des licences qui n'ont été achetées qu'après la soumission à l'appel d'offres soient fournies.

Ainsi, le revendeur n'est même pas en mesure de fournir toutes les informations souhaitées au moment de la soumission d'une offre. En outre, l'organisme public ne tirerait aucun avantage d'une désignation anticipée, mais devrait seulement s'acquitter d'examens supplémentaires.

Aixmedia, Adobe Stock

Tour du Rotes Rathaus (hôtel de ville), Berlin

*Le logiciel d'occasion est véritablement prédestiné aux marchés publics. Le principe de neutralité du produit, de toute façon maintes fois sapé, peut être compensé dans une certaine mesure dans le cas des logiciels d'occasion par la combinaison d'une rentabilité particulière et de l'indépendance vis-à-vis de l'influence directe de l'éditeur. Il en résulte donc un avantage pour la souveraineté numérique et la reconnaissance du principe européen d'épuisement.**

* Citation librement traduite d'un texte original allemand.

6 Conclusion

Tant les pouvoirs adjudicateurs que les entreprises peuvent grandement profiter de l'acquisition de licences d'occasion. Ils apportent ainsi non seulement une contribution contre les structures protectionnistes des éditeurs de logiciels qui dominent le marché, mais réinvestissent aussi indirectement dans des acteurs du marché, qu'ils sont eux-mêmes.

Il est clair que même les très grands éditeurs de logiciels doivent être particulièrement protégés par notre système juridique, car leurs œuvres ont une grande valeur et, précisément en raison de leur nature numérique, des infractions peuvent facilement se produire. Dans le même temps, le commerce de logiciels d'occasion ne s'apparente pas vraiment ni majoritairement à de la piraterie, cette dernière ne tolérant pas deux avis.

Le système juridique, même en dehors du cadre décrit ici, ne réussit que de manière très limitée à suivre le rythme des évolutions numériques. Dans le domaine des logiciels d'occasion, la jurisprudence a assimilé la copie numérique à la copie matérielle sans aucune restriction.

Néanmoins, la pratique du secteur privé des « revendeurs de logiciels d'occasion » est encore aujourd'hui contrainte d'aborder avec les clients la question des jugements, des lois et des justificatifs, de donner des garanties particulières et, si nécessaire, d'engager des frais supplémentaires pour des notaires, des auditeurs ou des experts.

Par rapport à d'autres biens commerciaux, cela ne semble guère équitable et, même plusieurs années après la décision de la CJUE, n'est pas justifié juridiquement dans cette mesure. Au contraire, cela réduit en fin de compte le potentiel d'économies en raison du travail que doit fournir le revendeur pour le client final et paralyse l'évolution du marché.

En même temps, ce marché est de toute façon limité dans le temps dans de nombreux domaines, car les éditeurs sont passés depuis longtemps à des modèles de licence qui (en faveur d'une certaine flexibilité) privent les clients du bénéfice d'un droit permanent et éludent ainsi le concept de protection juridique dans le cadre de l'épuisement.

Dans l'ensemble, et c'est un point déterminant, il a été démontré que la CJUE a une fois de plus trouvé des réponses tout à fait fondamentales, voire évidentes, à des questions juridiques importantes. La discussion sur les preuves juridiques et les justificatifs anticipés n'a donc pas lieu d'être. Cette « incertitude juridique perçue » ne doit pas et ne peut pas servir de base décisionnelle, contrairement aux questions juridiques déjà tranchées par les plus hautes juridictions.

Au final, la discussion sur les preuves et les procédures ne doit pas faire oublier que des revendeurs d'occasion réputés ne laissent aucun doute sur le fait qu'on peut leur faire confiance en garantissant catégoriquement la légalité de leurs produits à leurs clients et en les dégageant de tous recours des éditeurs.

Le présent document peut, dans certaines conditions, contribuer à faire la lumière sur cette situation et à susciter la volonté de profiter de nos libertés européennes, également en matière de logiciels.

7 Checklist

- **Définition du besoin (objet de l'adjudication) ?
Quels droits d'utilisation de quel produit logiciel sont réellement nécessaires actuellement ?**
- **Comment ce besoin s'intègre-t-il dans la future stratégie informatique ?
Quelles sont les versions des logiciels utilisées jusqu'à ce que l'acquisition soit « amortie » ?**
- **Quelle est la procédure de passation requise (à l'échelle européenne ou nationale) ? Des dérogations de la procédure ouverte/publique s'appliquent-elles ? Quels peuvent être les avantages respectifs ?**
- **Préparer un appel d'offres ?
S'assurer que les logiciels d'occasion ne soient pas exclus.**
- **Rédiger un appel d'offres ! Nommer explicitement les conditions dans lesquelles les logiciels d'occasion sont pris en compte.**
- **Sécuriser l'appel d'offres !
Remise d'une déclaration d'exemption ou autre**
- **Faire preuve de prudence en cas de conseils au regard d'une modification de l'appel d'offres de la part d'éditeurs, de revendeurs et de tiers et les faire valider au regard de l'intérêt personnel. Dans le doute, demander un conseil (juridique) et évaluer les risques.**

8 À propos de l'auteur

Daniel Taraz, LL.M.

Au moment de la rédaction de ce guide, Daniel Taraz LL.M. était avocat et directeur du cabinet JENTZSCH IT Rechtsanwaltsgesellschaft mbH à Hambourg.

Daniel Taraz y proposait un service de conseil pour tout ce qui a trait à la conformité informatique, notamment en lien avec les licences de logiciels, le transfert de données et les projets logiciels dans le cadre d'infrastructures complexes. Son portefeuille de services incluait, outre le conseil juridique, des solutions de conformité en matière de SAM et de protection des données. Il a d'ailleurs joué un rôle majeur dans leur élaboration.

Daniel Taraz est hautement spécialisé dans le droit informatique et se consacre principalement au droit des licences de logiciels sous l'angle du droit des marchés publics appliqué à l'informatique et à celui de la protection des données. Il conseille essentiellement des groupes internationaux dans le cadre de projets d'envergure et rédige des expertises au sujet de problématiques complexes de conformité informatique et d'achats.

Dans le cadre de tout mandat qui lui est confié, il examine de près les fondements techniques des logiciels et de l'architecture de système concernés, qu'il est à même d'appréhender grâce à ses connaissances approfondies. C'est là généralement un prérequis indispensable pour pouvoir tirer toute conclusion juridique pertinente.

Depuis mai 2022, Daniel Taraz travaille comme avocat dans le bureau hambourgeois de la société KPMG Law Rechtsanwaltsgesellschaft mbH, où il est chargé de conseiller la clientèle au sujet de toutes les questions juridiques liées à l'informatique et aux données.

danieltaraz@kpmg-law.com
T +49 (0)40 360 994-5483

”

Les mesures contradictoires à divers principes fondamentaux du commerce libre et des libertés fondamentales européennes sont donc, à juste titre, régulièrement remises en question par l'instance judiciaire suprême de la CJUE.

Les nombreuses amendes sévères infligées par la Commission européenne aux entreprises ayant une position dominante sur le marché et autres montrent également la constance avec laquelle les idées fondamentales sont défendues, encourageant ainsi les consommateurs, les organismes publics et les entreprises à faire valoir leurs droits.

Le présent document peut, dans certaines conditions, contribuer à faire la lumière sur cette situation et à susciter la volonté de profiter de nos libertés européennes, également en matière de logiciels.