



# Un audit ? Un problème (ou pas)

La vérité sur les audits logiciels –  
droits des clients, erreurs de droit  
et unilatéralité de l'influence

## Andreas E. Thyen, économiste diplômé

Président du Conseil d'administration de LizenzDirekt AG

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

# Table des matières

- 04 Introduction
- 05 C'est la loi qui décide
- 06 Les dispositions contractuelles sur les audits font-elles vraiment foi ?
- 07 Pourquoi cet écart entre théorie juridique et pratique ?
- 08 L'audit et son déroulement
- 09 L'audit à la croisée du logiciel sur site et sur le cloud
- 10 Mettre fin aux dépendances
- 11 À titre de conclusion
- 12 À propos de LizenzDirekt

# La vérité sur les audits logiciels – les droits des clients, les erreurs de droit et l'unilatéralité de l'influence



*En matière d'audits logiciels, deux états de fait historiques viennent se conjuguer. D'une part, l'Europe s'est rendue tout particulièrement dépendante des éditeurs de logiciels américains. D'autre part, le continent est visiblement tout à fait prêt, face à la pression omniprésente de la révolution numérique, à empirer la situation, malgré des protestations occasionnelles. Vous découvrirez ici en quoi l'invention des audits logiciels a joué un rôle dans cette affaire.*

Depuis toujours, les entreprises sérieuses s'engagent à se procurer et à utiliser leurs logiciels de manière légale, ce pour quoi elles prennent diverses mesures.

Néanmoins, depuis l'invention du concept d'audit logiciel, les éditeurs de logiciels et leurs prestataires sont parvenus à durablement inspirer la peur à leurs clients et à peser, décennie après décennie, sur leur comportement.

Et pourtant, cette clientèle a bien acheté les logiciels en question de manière tout à fait légale, rétribuant grassement l'éditeur pour ce droit. Les audits logiciels sont rarement synonymes d'une expérience positive pour les entreprises, qui doivent bien souvent supporter des coûts conséquents.

La situation actuelle reste donc très paradoxale, ce qui est d'autant plus vrai au regard de la situation juridique.

**Les entreprises pourtant en règle ont souvent une peur diffuse et paradoxale des audits logiciels,**

**alors même que conformément à la loi, ces craintes sont parfaitement infondées.**



## C'est la loi qui décide

Ce type d'audit est-il permis du point de vue purement juridique et si oui, dans quelle mesure ? La littérature juridique est plutôt critique sur la question. S'il existe certes un droit à l'information, celui-ci ne justifie néanmoins en rien un contrôle par le concédant. Reste donc, au sens du droit allemand, un droit de présentation et de visite. L'éditeur peut notamment se prévaloir des prétentions prévues au titre du droit d'auteur (§ 101 et 101a de la Loi allemande sur le droit d'auteur [Urhebergesetz]) ainsi que sur le droit civil général (§ 242 et 809 du Code civil allemand [bürgerliches Gesetzbuch]). En l'espèce, le § 101 de la loi allemande sur le droit d'auteur et le § 242 du Code civil allemand régissent le droit à l'information, tandis que le § 101a de la loi allemande sur le droit d'auteur et le § 809 du Code civil allemand le droit de présentation et de visite.

Le § 101 al. 1 de la loi allemande sur le droit d'auteur présuppose dans un premier temps qu'il y a eu infraction vis-à-vis du droit du demandeur. L'éditeur doit donc être en mesure d'avancer des faits justifiant sa demande d'information ; il ne peut simplement exiger de la partie adverse qu'il la lui fournisse. Or tout audit logiciel a justement pour objectif de vérifier, sans motif particulier, qu'il y a adéquation entre les licences détenues et l'utilisation qui est faite du logiciel. Il s'agit ainsi de déterminer, dans un premier temps, s'il existe un droit ou non.

Conformément au § 101a de la loi allemande sur le droit d'auteur, le concédant peut certes exiger la présentation d'écrits ainsi que la visite de biens et donc constater quels sont les logiciels utilisés chez le client. Cependant, pour faire valoir ce droit, le concédant doit d'une part préciser au préalable les documents ayant trait aux licences et les logiciels qui feront l'objet de l'audit et prouver qu'il existe un degré suffisant de probabilité qu'il y a infraction. En outre, la demande d'audit doit peser les intérêts divergents en présence (notamment les intérêts légitimes de confidentialité du preneur de licence) et respecter le principe de proportionnalité. Tout accès à un système informatique susceptible de compromettre son intégrité est exclu. En effet, il ne peut être attendu que le preneur de licence accepte automatiquement le risque réaliste d'altération de ses biens.

Parmi les fondements potentiels du droit à l'audit, on pourrait également invoquer des principes issus du droit civil général. Le § 242 du Code civil allemand, par exemple, prévoit un droit à l'information fondé sur le principe de bonne foi, tandis que son § 809 porte sur un droit de visite.

**Le droit des éditeurs de logiciels de procéder à un audit au titre de la législation sur le droit d'auteur exige au moins un degré suffisant de probabilité qu'il y a infraction par le client.**

**L'éditeur doit fournir en amont des éléments concrets laissant à penser qu'il y a violation.**

**L'éditeur doit préciser quels documents ou logiciels feront l'objet du contrôle et préserver les intérêts du client.**

Tout comme le droit découlant du § 809 du Code civil allemand, celui au titre du § 242 du Code civil présuppose tout du moins un soupçon justifié d'infraction à une obligation. Si la relation contractuelle est déjà en cours (comme c'est le cas avec un contrat de licence), ce soupçon justifié présuppose même qu'il y ait une probabilité prépondérante et donc des explications plus détaillées que dans le cas du degré de probabilité suffisant prévu par le § 101a de la loi allemande sur le droit d'auteur, et ce, pour éviter toute recherche illégale d'information.

Bien plus, toute incertitude du concédant quant au fait que le client pourrait ne pas avoir toutes les licences nécessaires ne doit pas découler de son propre fait. Cette situation peut cependant tout à fait intervenir compte tenu des incertitudes bien connues et débattues en lien avec l'élaboration des régimes de licences. Enfin, l'audit doit être acceptable du point de vue du preneur de licence.

La loi ne prévoit pas pour les éditeurs le droit de mener un audit vis-à-vis des clients sans motif, bien au contraire : même en présence d'éléments suffisants ou prépondérants, la loi prévoit des prérequis non négligeables.

## Les dispositions contractuelles sur les audits font-elles vraiment foi ?

Bien souvent, les éditeurs de logiciels règlent contractuellement la question des audits dans leurs modèles d'accords de licence. Cela ne signifie cependant pas pour autant que ces clauses contractuelles font foi.

C'est que les modèles de clauses d'audit sont régis, en droit allemand, par la législation sur les conditions générales. Elles doivent donc être transparentes et raisonnables, entre autres. Tout doute quant à leur interprétation est au détriment de l'éditeur. En l'espèce, on part des connaissances d'un client moyen et non de celles d'un expert des licences.

Pour juger si une clause est raisonnable, il convient de se référer aux dispositions légales, qui, comme mentionné précédemment, ne prévoient pas de droit d'audit sans motif et protègent même intégralement les intérêts du client. Celles-ci s'attachent notamment à préserver la poursuite de l'exploitation ainsi que les secrets commerciaux et industriels. Il convient en outre de veiller au respect du droit du travail et de la législation sur la protection des données. Tout manquement aux dispositions sur la protection de la vie privée peut également conduire à ce que la clause d'audit soit considérée comme étant déraisonnable au sens de la loi allemande sur les conditions générales. En outre, la clause doit comprendre des dispositions sur la répartition des frais en lien avec l'audit entre les parties. Si la clause sur l'audit ne tient pas suffisamment compte de ces exigences, elle sera jugée nulle et non avenue. Une interprétation partielle de la clause préservant sa validité est justement exclue.

**Les prétentions au sens du Code civil allemand présupposent une probabilité prédominante qu'il y a eu une infraction au droit. Un éditeur ne peut exiger des informations.**

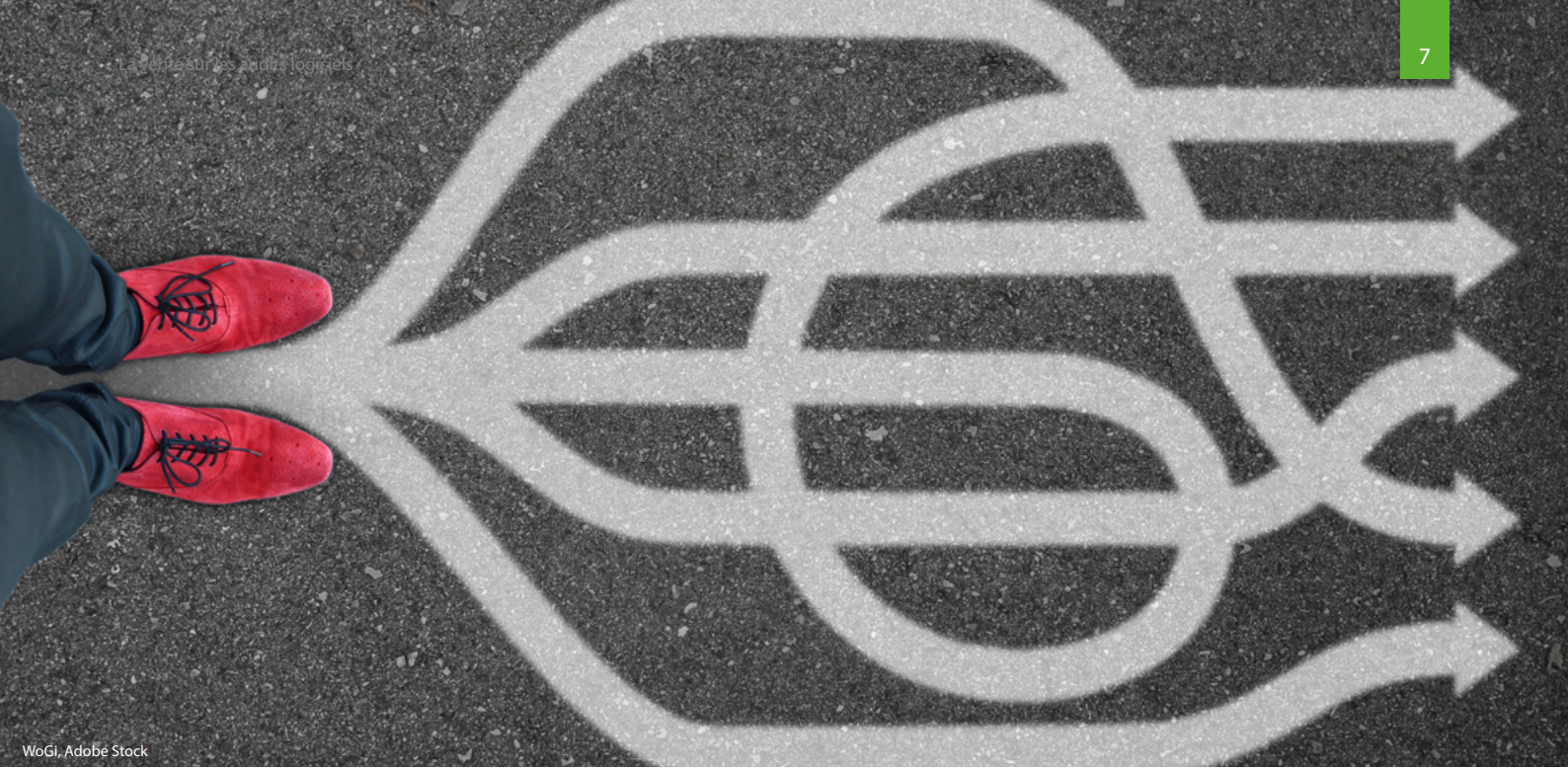
**Toute source d'incertitude imputable à l'éditeur ne peut être utilisée pour justifier l'audit.**

**Il n'existe aucun droit à mener un audit sans motif.**

**La validité des clauses d'audit est discutable.**

**Le manquement vis-à-vis de dispositions légales est le critère de référence pour juger de la validité.**

**Pour être valables, les clauses d'audit doivent remplir des conditions précises, p. ex. en matière de protection des données, de frais et de responsabilité.**



## Pourquoi cet écart entre théorie juridique et pratique ?

En raison de leur dépendance vis-à-vis des solutions logicielles et leur crainte diffuse de se trouver en position de non-conformité, les clients ont omis de contester le droit des éditeurs à mener un audit, mais ils ont également cherché à éviter tout litige en la matière, et ce, malgré le statu quo juridique.

Ce phénomène a fait prospérer des situations pour le moins curieuses. Ainsi, les éditeurs ont pu se procurer des informations complètes sur simple claquement de doigts ou obtenir le paiement de créances supplémentaires et les clients se sont résolus à ce qu'ils ont commencé à voir comme une fatalité.

Progressivement, les éditeurs ont été vus comme une sorte de législateur, fait parfaitement irrationnel, que ce soit en principe ou compte tenu de la situation juridique décrite ci-dessus.

Il aurait fallu aux clients qu'ils cherchent au moins à négocier les conditions de l'audit sur un pied d'égalité et qu'ils conviennent de certaines modalités quant aux frais considérables encourus ou à la question de la protection des données.

Du point de vue psychologique, on peut comprendre la tournure qu'ont prise les choses, puisque c'est le fruit d'une tentative d'étouffer dans l'œuf tout soupçon de non-conformité.

C'est là un phénomène pour le moins inquiétant, car vouloir éviter les conflits ne doit pas signifier que les entreprises se soumettent tout simplement à un droit qui, de fait, n'existe pas. Celles-ci feraient mieux de veiller à la conformité... et à leurs intérêts.

**L'effet d'intimidation  
des clauses d'audit**

**Un comportement de législateur des  
éditeurs de logiciels**

**Des décennies d'oppression**

# L'audit et son déroulement



Généralement, nul ne connaît les détails d'un audit. Bien souvent, les acteurs se mettent d'accord sur un montant réduit ou concluent des contrats supplémentaires contre l'abandon des prétentions. Bon nombre de clients, quant à eux, omettent de négocier les modalités précises de l'audit en amont, si bien qu'il n'a nullement été défini ce qui fera l'objet de l'audit et comment. Or la législation sur la protection des données et le droit du travail exigeraient que des dispositions soient prises.

Il n'est pas rare que les éditeurs de logiciels mandatent des cabinets d'expertise-comptable, chargés de contrôler la conformité de l'usage. Le résultat de ce contrôle est donc généralement pris pour argent comptant par le client. Et pourtant, il ne faut pas oublier que même en cas de contrôle minutieux par des experts-comptables, les consignes quant à l'appréciation à donner aux faits proviennent de l'éditeur lui-même.

Pour les raisons juridiques décrites ci-dessus, l'éditeur n'a cependant aucun droit d'interpréter ses propres conditions à son profit et d'évaluer les usages sur cette base.

Bien au contraire, le client est libre d'interpréter les accords de licence en question à son profit et de mettre en doute leur validité en cas d'incertitude. Et c'est là que se poursuit l'image erronée de la position de l'éditeur, qui se voit réunir des pouvoirs à la fois judiciaires et exécutifs étendus.

**Les audits doivent être menés sur un pied d'égalité pour préserver ses intérêts, et les devoirs de chacun doivent être négociés en amont.**

**Le rôle des experts-comptables comme auditeurs**

**Le statu quo juridique continue à donner la faveur au client.**



## L'audit à la croisée du logiciel sur site et sur le cloud

La question qui se pose à présent est celle de savoir quelles conséquences a pu avoir l'importance croissante des abonnements et des services sur le cloud pour les audits.

On pourrait postuler que la pression exercée par la voie des audits a tout du moins contribué à l'essor des abonnements du côté des clients. Compte tenu de l'écart mentionné entre la perception des clients et la situation juridique réelle, des décisions lourdes de conséquences ont sans aucun doute souvent été prises sur la base d'hypothèse erronée du point de vue juridique. Résultat : une gestion inefficace de la part des entreprises.

Or lorsque les licences perpétuelles sur site répondent aux besoins techniques des entreprises, celles-ci continuent à être plus intéressantes. Après tout, les éléments de cloud bien souvent intégrés aux solutions proposées dans les licences sous forme d'abonnement posent un problème de taille au regard de la protection des données. C'est en tout cas ce qui découle de la déclaration d'invalidité du Bouclier de protection des données UE-États-Unis. Mais ce n'est pas tout : beaucoup ignorent que le client a un statut juridique différent selon qu'il a souscrit une licence perpétuelle ou un abonnement. En effet, dans le cas des licences perpétuelles, le client doit être vu comme étant propriétaire du logiciel, tel que le confirme la Cour de justice de l'Union européenne. Il est donc autorisé, entre autres, à revendre son bien.

Le modèle des abonnements, en revanche, offre aux éditeurs la possibilité de modifier à tout moment ses conditions, et ce, de manière unilatérale. Il peut donc augmenter ses prix ou changer les droits d'exploitation. Une fois que les clients ont transféré leurs données sur le cloud du prestataire, ils n'ont généralement plus aucune alternative. Ils sont alors plus que jamais à la merci de l'éditeur.

En outre, les éditeurs stipulent bien souvent dans leurs conditions que même en cas d'abonnement, le client doit surveiller en permanence que son usage correspond bien à toute condition éventuellement modifiée et que celui-ci s'engage à souscrire toute licence supplémentaire en cas d'utilisation excessive.

**La pression exercée par voie d'audit stimule la vente d'abonnements et de services sur le cloud.**

**Le cloud entraîne des risques pour la protection des données.**

**Les licences perpétuelles sont protégées au titre de propriété.**

**Le cloud et les abonnements ne font que renforcer le rapport de dépendance. Il est temps de changer cet état de fait.**



## Mettre fin aux dépendances

Les rapports de dépendance existants sont nés de la crainte qu'ont les clients de devoir se soumettre à un audit et du comportement qui en a découlé pendant de nombreuses années. Cette crainte va bien au-delà de la simple possibilité de devoir mettre la main à la poche.

Une analyse de la situation actuelle révèle en effet qu'il existe de nouvelles problématiques depuis un certain temps déjà. À l'échelle des infrastructures aussi, on a vu apparaître de profonds rapports de dépendance vis-à-vis de prestataires de services de cloud.

Il est donc plus que curieux que les géants américains se disputent âprement la répartition du marché de l'UE par-dessus nos têtes et s'accusent mutuellement de pratiques déloyales.

Et il est d'autant plus tragique que ces mêmes prestataires sont aux premières loges de Gaia-X, le projet de l'UE censé promouvoir notre souveraineté numérique.

Cependant, force est de constater que les clients pourraient un tant soit peu minimiser les risques, par exemple en optant pour des modèles de cloud hybrides ou en faisant appel à des prestataires différents pour les licences de leurs applications et de l'environnement utilisé pour ces dernières.

**Les modèles « bring your own license » : un moyen de réduire les risques**



## Conclusion

À titre de synthèse, on ne peut que constater un grand écart préoccupant au vu de la situation juridique en matière d'audits et de ses effets.

Le fait est qu'il n'y a qu'une explication possible : les éditeurs ont visiblement réussi à exercer leur influence sur leurs clients pendant des décennies et à contrôler leur comportement. Inversement, ces analyses démontrent également que le droit en vigueur tend à être oublié et donc à perdre du terrain.

C'est là un fait très préoccupant à une époque où il devrait être prépondérant à nos yeux. Il en va notamment de nos libertés européennes qui, malgré les positions divergentes de nombreux éditeurs à l'époque, ont rendu possibles l'achat et la vente de logiciels « d'occasion ».

Andreas E. Thyen, pionnier sur ce marché et économiste de formation, ne se lasse pas de le rappeler et d'appeler à la vigilance : « L'Europe et ses entreprises doivent prendre conscience de leurs intérêts et les faire respecter. Le Règlement sur les données ainsi que d'autres initiatives en ont démontré toute l'importance.

Cependant, ces principes doivent maintenant être traduits dans notre quotidien et il va falloir faire front aux géants du logiciel, notamment lorsqu'ils exigent des informations. La meilleure manière de le faire ? Être propriétaire du logiciel en question. »

**D'importantes contradictions entre la situation juridique et la perception des clients au regard du droit à l'audit**

**Pour le client, se détourner des licences perpétuelles, c'est abandonner des dispositions de protection et des droits essentiels.**

**Les clients doivent prendre conscience de leurs intérêts et les défendre de manière plus éclairée et autonome.**

## À propos de LizenzDirekt



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

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

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

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

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

### LizenzDirekt AG

Untermüli 6  
6300 Zoug  
Suisse

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

### LizenzDirekt Österreich

Mühlweg 23  
3701 Großweikersdorf  
Autriche

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

### LizenzDirekt Deutschland GmbH

Landstraße 24  
28870 Fischerhude  
Allemagne

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

# Mentions légales



**Éditeur :** LizenzDirekt AG, Untermüli 6, 6300 Zoug, Suisse

**Auteur :** Andreas E. Thyen, économiste diplômé

**Maison d'édition :** (autopublication)

**E-mail :** [service@lizenzdirekt.com](mailto:service@lizenzdirekt.com)

**Site Web :** [www.lizenzdirekt.com](http://www.lizenzdirekt.com)

**Tribunal chargé de la tenue du registre :** CH-170.3.038.196-7, n° de TVA : CHE-283.954.613 MWST

**Président du Conseil d'administration :** Andreas E. Thyen, Économiste diplômé

**Membre du Conseil d'administration:** Elmar Thyen

**Lieu d'exécution et juridiction compétente :** Zoug, Suisse

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

1<sup>re</sup> édition 2022 – V1.0

**Mise en page :** fishingpool media GmbH

## Illustrations :

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

<sup>1</sup> Pour plus de précisions : Kotthoff/Wieczorek: Rechtsrahmen von Softwarelizenzaudits - Zulässigkeit und Grenzen [Le cadre légal des audits de licences – permmissibilité et limites], in : MMR 2014, 3 et suivantes, uniquement disponible en allemand

<sup>2</sup> Cf. Imprimé du *Bundestag* 16/5048, p. 49 et suivantes et p. 38 à propos du § 101 al. 2 de la Loi allemande sur le droit d'auteur.

<sup>3</sup> Cf. Imprimé du *Bundestag* 16/5048, pp. 49, 40.

<sup>4</sup> Tel qu'explicitement prévu par le § 101a al. 1 Satz 3 de la Loi allemande sur le droit d'auteur.

<sup>5</sup> Recueil de la jurisprudence de la Cour fédérale allemande en matière civile 150, 377, 388 et suivante.

<sup>6</sup> Conformément à la jurisprudence constante de la Cour fédérale allemande, la bonne foi impose d'accorder un droit à l'information au titulaire d'un droit si les relations juridiques entre les parties sont telles que le titulaire du droit ignore de manière excusable l'existence ou l'étendue de son droit et si la partie obligée est en mesure de fournir facilement les informations nécessaires pour lever cette incertitude, Cour fédérale allemande NJW 2007, 1806, 1807.

<sup>7</sup> Cf. § 305 et suivantes. Code civil allemand.

<sup>8</sup> Cf. § 305c al. 2 du Code civil allemand.

<sup>9</sup> CJUE, arrêt du 16 juillet 2020 – n° C-311/18 (« Schrems II »).

# NEUE PERSPEKTIVE. GRÜN GEHT EINFACH. MIT GEBRAUCHTEN SOFTWARE-LIZENZEN.

**Aktuell, nachhaltig und digital souverän.**

Gebrauchte Software-Lizenzen sind Ihr Beitrag zum Digital Green Deal. Bringen Sie Nachhaltigkeit in Ihre IT und sparen dabei auch noch bis zu 70 Prozent\*.

[lizenzdirekt.com](https://lizenzdirekt.com)

**Digital Green Deal. Jetzt.**

#digitalgreendeal

\* Maximal mögliche Ersparnis durch Kauf eines Gebraucht-Produktes von LIZENZDIREKT (im Vergleich zum vom Hersteller empfohlenen Neuverkaufspreis).