

LA « COMPLIANCE » EN MATIÈRE DE LICENCES LOGICIELLES

PAR HENRI ALTERMAN* ET FABRICE PERBOST**

Le terme « *compliance* » – ou « *conformité* » en français – désigne, en matière de logiciels, non seulement une bonne pratique, mais surtout une obligation consistant à utiliser tout logiciel dans le strict respect des droits qui lui sont attachés. Ainsi, la « *compliance* » s'oppose naturellement à l'utilisation de logiciels copiés ou piratés mais également, dans le cadre de relations contractuelles régulières entre l'éditeur et son client, à l'utilisation d'un logiciel d'une manière non conforme aux prescriptions contenues dans la licence. Dès lors que les logiciels constituent des œuvres de l'esprit susceptibles d'être protégées par le droit d'auteur, toute utilisation d'un logiciel doit faire l'objet de l'attribution d'une licence de la part du titulaire des droits et, à défaut, constitue un acte de contrefaçon.

La « *compliance* » est un enjeu de premier rang pour les éditeurs de logiciels qui, du fait d'utilisations imprudentes ou délibérément frauduleuses de leurs logiciels, perdent des revenus considérables. Ce manque à gagner est aggravé par un contexte de crise économique et par le système de la reconnaissance du revenu¹. Dans ce contexte, la protection des droits de propriété intellectuelle revêt une importance fondamentale.

Toutefois, l'action de certains éditeurs en matière de « *compliance* » peut être exagérée

* Henri Alterman est avocat honoraire et président d'honneur de l'Afdit.

** Fabrice Perbost est avocat associé au cabinet Kahn et Associés.

1 - La « *revenue recognition* » dans les contrats informatiques, par Henri Alterman, Fabrice Perbost et Sabine Lipovetsky in Revue de jurisprudence commerciale – Mai / Juin 2010 – Numéro 3.

lorsqu'elle exploite la complexité des conditions d'utilisation prévues dans la licence. Si la défense des droits de propriété intellectuelle est incontestablement légitime, se pose quand même la question de savoir si la poursuite d'une politique de « *compliance* » par les éditeurs ne doit pas prendre en compte la situation de dépendance dans laquelle se trouvent parfois leurs clients. La réponse semble positive dans l'intérêt de bonnes relations commerciales entre éditeurs et clients et en ce que la « *compliance* » est une obligation exigeante à mettre en œuvre (I) et sévèrement sanctionnée par le mécanisme de la contrefaçon (II).

I - La « *compliance* » : une obligation exigeante à mettre en œuvre

Si la « *compliance* » est une obligation qui doit nécessairement être respectée, elle n'en demeure pas moins exigeante à mettre en œuvre par la multiplicité des restrictions imposées par le contrat de licence dans l'utilisation du logiciel (B) et par l'organisation interne que ce contrat requiert (A).

A - L'exigence d'une organisation interne efficiente

La « *compliance* » est une composante de l'organisation interne d'une société difficile à mettre en place.

En premier lieu, elle nécessite une prise de conscience au sein de la société. A cet égard, la démarche des éditeurs de logiciels devrait être davantage préventive de manière à sensibiliser les clients sur les risques relatifs à la non-conformité.

En second lieu, les entreprises appréhendent difficilement la « *compliance* », obligation à géométrie variable en fonction du type de licence accordée pour chaque logiciel. À chaque type de licence correspond en effet des conditions d'utilisation distinctes.

Enfin, la mise en conformité d'une entreprise nécessite concrètement l'exécution de nombreuses actions et, au préalable, un recensement de tous les logiciels présents sur les postes et serveurs de la société, ainsi que de l'ensemble des licences logicielles correspondantes. Par suite, il s'agit de vérifier qu'à chaque logiciel correspond une licence et que chaque utilisation qui en est faite est répertoriée dans la licence. Afin d'assurer la pérennité d'une politique interne de « *compliance* », il s'avère nécessaire de sensibiliser le personnel aux conséquences de déploiements non maîtrisés, de nommer des « correspondants logiciels » et, au mieux, de mettre en œuvre des « droits administrateurs » qui limitent l'installation de logiciels aux personnes qui sont désignées comme responsables. Toutefois, même en présence de telles précautions, la « *compliance* » peut encore s'avérer délicate à garantir de par la multiplicité des restrictions imposées par le contrat de licence dans l'utilisation du logiciel.

B - La multiplicité des restrictions imposées par le contrat de licence dans l'utilisation du logiciel

Les contrats de licences recèlent de nombreuses restrictions dans l'utilisation du logiciel que l'on appelle également « facteurs de non-conformité ». On y rencontre principalement l'interdiction de copier et de distribuer le logiciel en totalité ou en partie pour un usage interne ou externe sans payer de redevances supplémentaires au concédant, et l'interdiction d'installer le logiciel sur un système d'exploitation autre que celui pour lequel le contrat de licence a été initialement concédé. En outre, le transfert, l'envoi ou l'utilisation du logiciel en dehors du territoire dans lequel il a été initialement concédé peut également être proscrit par le contrat de licence. Ces restrictions peuvent être facilement méconnues dans certaines entreprises d'envergure internationale. Enfin, sont couramment interdits la cession, la location, le prêt ou, plus généralement, la mise à la disposition de tiers du logiciel, l'utilisation du logiciel à des fins de partage de temps, d'hébergement ou de tout autre service de traitement de données pour les tiers ou à des

fins comparables, la modification du logiciel, le désassemblage ou la recompilation du logiciel, l'altération ou la suppression des mentions ou des étiquettes attestant de la propriété d'un logiciel et figurant sur ou dans le logiciel et la documentation.

Ce contexte contractuel engendre des difficultés pour les clients dans l'application de ces restrictions dont le contenu peut encore varier en fonction de chaque type de logiciel. Ainsi, par négligence, un logiciel peut être installé sur un poste de travail non répertorié dans le contrat de licence, voire mis à la disposition de l'ensemble des utilisateurs du fait d'un mauvais paramétrage. L'objectif de conformité totale n'est donc pas aisé à atteindre en raison de facteurs humains et logistiques. Toutefois, la difficile mise en œuvre des conditions d'utilisation des logiciels ne saurait justifier la commission d'actes de contrefaçon, elle appelle simplement à un meilleur dialogue entre les cocontractants. En tout état de cause, s'appuyant sur le mécanisme juridique imparable de la contrefaçon, les éditeurs sont enclins à voir leurs procédures de « *compliance* » rapidement couronnées de succès.

II - La « *compliance* » : une obligation sanctionnée par le mécanisme de la contrefaçon

Toute utilisation d'un logiciel non conforme aux stipulations de la licence constitue un acte de contrefaçon emportant de lourdes conséquences pour son auteur (**B**). Se pose toutefois au préalable la question de savoir comment identifier de tels actes alors qu'ils sont commis au sein des locaux des clients (**A**).

A - L'identification de la contrefaçon

La contrefaçon résultant de l'usage non conforme de logiciels peut être détectée de plusieurs manières, à savoir *via* un outil technique de contrôle à distance, de manière involontaire au moment de la maintenance du logiciel, ou encore, dans le cadre de procédures d'audit prévues contractuellement. Si les deux premiers outils sont d'ordre factuel, la procédure d'audit est encadrée par le contrat de licence et appelle à des développements.

La clause d'audit prévoit la possibilité pour l'éditeur d'effectuer des vérifications au sein des locaux de son client aux fins de vérifier l'utilisation conforme de ses logiciels. Pour que cette procédure soit utile, le contrat met à la

charge du client certaines obligations documentaires et pratiques, telles que l'obligation de conserver les informations relatives à l'utilisation du logiciel ou encore l'obligation d'informer le concédant quant aux utilisations qui excèderaient le champ de la licence concédée. Le contrat prévoit encore la régularité de la procédure (en général annuelle) et, parfois, ses modalités pratiques.

En pratique, ces clauses sont souvent mal rédigées et peu efficaces. Leur mise en œuvre ne dépend alors que de la bonne volonté du client. En particulier, il n'est pas toujours prévu d'événement déclencheur de la procédure ni aucun mécanisme contraignant assurant sa mise en œuvre. En effet, les contrats ne font généralement référence qu'à la notion de « commun accord des parties » dans des termes imprécis. Une entreprise peut donc retarder considérablement la tenue d'un audit ou encore préparer son intervention en réduisant pour l'occasion les utilisations non conformes des logiciels. En conséquence, l'outil technique de traçage de l'utilisation des logiciels ou encore la détection involontaire de la non-conformité lors de la maintenance des produits, sont les moyens les plus efficaces d'identifier les actes de contrefaçon.

B - Les conséquences de la caractérisation de la contrefaçon

Dans l'hypothèse où des actes de contrefaçon seraient identifiés, un différend naît entre l'éditeur et son client. Il peut se résoudre par la voie transactionnelle et, le cas échéant, par la voie judiciaire. En pratique, l'éditeur met en demeure son client de se mettre en conformité et de lui régler, à cet effet, une somme réparant le préjudice subi. Celle-ci est égale aux redevances de licence et de maintenance correspondant à l'utilisation des licences supplémentaires. Peuvent également être exigés le paiement des intérêts au taux légal et le remboursement au concédant du coût raisonnable de l'audit, si le différend est le fruit d'une telle procédure. Cette somme réclamée au titre du règlement du différend peut naturellement être contestée par le client. S'ouvre alors une période de négociations débouchant généralement sur la réduction de ladite somme dans le souci de préserver de bonnes relations commerciales.

En cas d'impasse dans les négociations, le litige est porté par l'éditeur devant les juridictions civiles aux fins de se voir attribuer des dommages intérêts en réparation du préjudice subi du fait des actes de contrefaçon

de ses logiciels. Dans ce cadre, le client ne peut pas opposer sa bonne foi dès lors que celle-ci – eût-elle existé – est indifférente en matière de contrefaçon. Seul l'élément matériel de la contrefaçon suffit à caractériser le délit civil.

De son côté, le client peut également saisir la justice et notamment en cas de représailles de l'éditeur consistant à priver le client de clés de licences relatives à des utilisations nécessaires à son activité. Les conséquences financières de tels actes peuvent rapidement s'avérer critiques pour les clients, lesquels disposent alors de deux solutions, à savoir accepter le règlement transactionnel du litige ou saisir le juge des référés.

La poursuite d'une politique de « *compliance* » est incontestablement légitime au vu de l'enjeu vital qu'elle constitue pour les éditeurs de logiciels. Elle gagnerait toutefois à favoriser le dialogue en amont plutôt que la sanction en aval. Par ailleurs, le développement du modèle dit « *Software as a Service* » (SaaS) permettrait de contourner le problème en proposant l'abonnement à un logiciel plutôt que l'achat de licences et ainsi assainir les relations contractuelles entre les éditeurs et leurs clients².

2 - *Les points essentiels du contrat SaaS* par Henri Alterman et Fabrice Perbost in *Revue de Jurisprudence Commerciale* – Janvier / Février 2010 – Numéro 1.