

Capsule

Consentement et licence implicite – Quelle est la différence ?

Vivianne de Kinder*

INTRODUCTION	91
1. L'AFFAIRE <i>ANTIDOTE</i> – LES FAITS	92
1.1 Résumé des faits entourant la création d'Antidote HD, Antidote 8 et Antidote 9	93
1.1.1 Création d'un bouton de promotion bidirectionnelle / 1998	93
1.1.2 Intégration dans Antidote Prisme (v5) de l' <i>Index du Visuel</i> / 2004.....	93
1.1.3 Intégration dans Antidote HD d'une adaptation du logiciel Le VISUEL / 2008-2009	94
1.1.4 Lancement du logiciel Le VISUEL / 2009.....	96
1.1.5 Terminaison de la relation d'affaires / 2011	97
2. QUESTIONS EN MATIÈRE DE LICENCE OU CONSENTEMENT IMPLICITE	97
2.1 Nature et étendue.....	97
3. ANALYSE ET CONCLUSION.....	99

© Vivianne de Kinder, 2018.

* Avocate à Montréal.

[Note de la rédaction : cette capsule a été soumise à une évaluation à double anonymat.]

INTRODUCTION

Le jugement rendu le 14 septembre 2017 par la juge Élise Poisson de la Cour supérieure de Montréal dans *Éditions Québec Amérique inc c Druide informatique inc*, 2017 QCCS 4092¹, soulève à mon avis des questions au sujet de l'application de la défense de « licence implicite ».

La Cour devait en cette affaire déterminer si la production et l'exploitation des dictionnaires « Le Nano Visuel » et « Le Visuel Intégré » en liaison avec le logiciel « Antidote HD » produit et exploité par la défenderesse étaient attentatoires au droit d'auteur sur le « Visuel Multimédia », un dictionnaire thématique produit et exploité par la demanderesse.

La Cour a jugé que les faits ne lui permettaient pas de conclure à l'existence d'une licence implicite, *irrévocable, non exclusive et à durée illimitée* à l'égard de toutes les versions et éditions du logiciel *Antidote*, au motif que plusieurs éléments essentiels à l'octroi d'une telle licence demeuraient à être convenus au moment du lancement d'Antidote HD².

Une telle conclusion laisserait présager une issue favorable à Éditions Québec Amérique (ci-après « EQA ») en ce qu'elle prévaudrait à l'égard de toutes les versions du logiciel de Druide informatique inc. (ci-après « DI »), y compris Antidote HD, lequel est une version ou édition du logiciel Antidote, publiée en 2009.

Toutefois, la Cour en décide autrement pour cette version du logiciel Antidote. En effet, la Cour, après avoir rejeté la défense d'une licence implicite, induit des faits l'existence d'un consentement pour la production et l'exploitation des œuvres concernées en liaison avec le logiciel Antidote HD.

1. En ligne : <<http://canlii.ca/t/h6558>> [*Éditions Québec Amérique*]; [permission d'appeler accordée 2017 QCCA 2067 (2017-12-21)].

2. *Ibid*, aux para 224, 300 et 306.

Comment concilier ces conclusions en apparence contradictoires ?

Et que dire du consentement dont la Cour fait mention pour Antidote HD ? S'agit-il d'une autorisation irrévocable d'une durée illimitée ? Sa nature implicite ne fait pas de doute. Mais quels en sont les caractéristiques ou éléments qui le distinguent de la licence implicite invoquée en défense ?

Ce sont les questions que j'examinerai dans la présente capsule, laissant de côté les dommages et recours accordés à la demanderesse pour l'utilisation non autorisée de son logiciel en liaison avec les versions subséquentes du logiciel Antidote HD, soit Antidote 8 et Antidote 9, respectivement mis en marché par DI en 2012 et 2015.

1. L'AFFAIRE *ANTIDOTE* – LES FAITS

Les faits en cette affaire sont complexes.

En août 2012, EQA intente une action en violation du droit d'auteur contre DI pour la reproduction et l'exploitation non autorisée d'images et autres composantes de son logiciel LE VISUEL MULTIMÉDIA, un dictionnaire thématique que la Cour décrit en les termes suivants :

Il s'agit d'une version interactive du dictionnaire LE VISUEL qui comporte plus de 6 000 illustrations en couleur, organisées par thème sous 2300 écrans, plus de 32 000 thèmes (*sic*), avec leur prononciation sonore et définition, toutes reliées aux images par des filets, plus des jeux d'associations de mots aux illustrations et un index de recherche. Ce logiciel est offert par téléchargement sur internet, en version trilingue (français, anglais et espagnol) et multilingues (*sic*) (français, anglais, espagnol, italien et allemand).³

Au soutien de son action, EQA allègue l'utilisation non autorisée de son logiciel dans la production et l'exploitation de trois logiciels d'aide à la rédaction, développés et mis en marché par DI. Ces logiciels sont les suivants :

« Antidote HD » publié le 20 octobre 2009; et deux versions subséquentement produites par DI et mis en marché en 2013 (« Antidote 8 ») et en 2015 (« Antidote 9 »).

3. *Ibid.*, au para 30 (d).

Ces œuvres de DI s’inscrivent dans l’évolution du logiciel Antidote, dont la première publication (sur cédérom) remonte à 1996.

Elles comprennent diverses fonctions de correcteur grammatical et donnent accès à une liste de dictionnaires, notamment des dictionnaires de définitions, de locutions, de synonymes et de conjugaisons

1.1 Résumé des faits entourant la création d’Antidote HD, Antidote 8 et Antidote 9

La création d’Antidote HD s’inscrit dans le cours d’une relation d’affaires entre les parties, qui a débuté en 1998.

1.1.1 *Création d’un bouton de promotion bidirectionnelle / 1998*

Au début de cette relation, les parties conviennent d’une action commune pour la promotion en 1998 de la deuxième version de leurs logiciels respectifs, soit LE VISUEL MULTIMÉDIA (2) et ANTIDOTE 98.

À ce sujet, elles décident de la création d’un pont informatique entre ces deux produits, ayant pour seule vocation de servir à la promotion bidirectionnelle des deux logiciels, l’utilisation de chacun de ceux-ci étant toutefois assujettie à son achat par l’utilisateur.

Ce partenariat constitue en fait un simple arrangement pour lequel le logiciel d’EQA et le contenu littéraire et artistique de celui-ci ne font point l’objet d’une intégration totale ou partielle dans le logiciel de DI.

Cet arrangement prévaudra entre les parties jusqu’en 2004 à l’égard des différentes versions de leurs logiciels respectifs.

1.1.2 *Intégration dans Antidote Prisme (v5) de l’Index du Visuel / 2004*

En 2004, EQA produit la troisième version de son logiciel, désormais appelée LE VISUEL MULTIMÉDIA (3) :

Le Visuel Multimédia (v3) contient un index comprenant la terminologie française et les icônes ou vignettes, individuelles ou collectives, des illustrations associées à la terminologie, appelé *l’Index du Visuel*. Il offre les mêmes fonctionnalités que

le dictionnaire imprimé, auxquelles s'ajoute la prononciation sonore des mots de même que leur traduction^[14].⁴

De son côté, DI produit et publie « Antidote Prisme (v5) », la cinquième version de son logiciel.

Les parties conviennent de modifier le pont informatique bidirectionnel à bouton unique par l'intégration de l'« Index du Visuel » dans Antidote Prisme (v5).

Le contenu ainsi intégré serait *circonscrit à la terminologie française et aux vignettes des illustrations associées* à cette terminologie :

Avec l'intégration de l'Index du Visuel, l'utilisateur d'Antidote Prisme (v5) peut vérifier si une image est associée au mot choisi. S'il se porte acquéreur des cédéroms de Le Visuel Multimédia (v3), il peut y accéder par le pont informatique aménagé entre les deux logiciels.⁵

Les parties auraient tenté d'établir par voie d'une entente écrite les conditions de cette utilisation de l'Index du Visuel. Bien qu'un projet ait été préparé à cette fin, les parties n'ont jamais conclu d'entente.

Elles se sont toutefois « partagées à parts égales les revenus des ventes du logiciel Le Visuel Multimédia (v3), générés à partir du logiciel Antidote Prisme (v5) et sa version ultérieure, Antidote RX, lancée en septembre 2006 »⁶.

Ces faits laissent présager, à mon avis, que la distribution ou vente par DI du logiciel d'EQA ait été la contrepartie pour laquelle celle-ci aurait consenti à la création et à l'intégration décrites plus haut de l'Index du Visuel. De plus, l'opération concernée semble avoir desservi la promotion du logiciel Le Visuel Multimédia (v3).

1.1.3 Intégration dans Antidote HD d'une adaptation du logiciel Le VISUEL / 2008-2009

En 2005, DI propose à EQA d'intégrer les illustrations de son logiciel Le Visuel Multimédia (v3) (ci-après « Le Visuel »), dans les

4. *Ibid.*, au para 58 [référence omise].

5. *Ibid.*, au para 64.

6. *Ibid.*, au para 66.

dictionnaires d'Antidote et ainsi accroître la visibilité du Visuel. Selon elle, une telle visibilité favoriserait les ventes du Visuel.

Cette proposition ne réjouit pas EQA en ce qu'une telle intégration aurait pour effet de « permettre à Antidote de devenir un dictionnaire illustré, sans avoir à acheter le Visuel et ses droits »⁷.

DI entame en 2008 le développement d'Antidote HD dont le lancement aura lieu le 20 octobre 2009.

Au début de l'année 2008, les parties discutent d'une bonification du pont de manière à intégrer *Le Visuel* « à l'intérieur du logiciel Antidote lors de l'achat du cédérom du Visuel »⁸.

Les parties auraient convenu verbalement, en mai 2008, de la manière dont cette intégration serait effectuée. Selon la compréhension d'EQA à ce sujet, l'utilisateur d'Antidote HD accéderait au contenu du Visuel lors de l'acquisition par lui du CD du Visuel⁹.

Comme pour les versions ou éditions d'Antidote antérieurement produites depuis 1998, les parties n'ont aucune entente écrite pour Antidote HD. EQA en mentionne la nécessité à DI dans un échange de courriels en décembre 2008. La situation perdure en 2009 malgré les demandes répétées d'EQA au cours du premier semestre¹⁰.

ID poursuit toujours la distribution des logiciels de la demanderesse.

Les parties donnent forme à leur projet par la création et l'intégration dans Antidote HD du dictionnaire d'illustrations « Le Visuel Nano ». Les illustrations de cet outil sont tirées du Visuel :

La nouvelle édition d'Antidote contient le dictionnaire d'illustrations Visuel Nano, dont les illustrations sont tirées du Visuel, en remplacement de l'Index du Visuel. Ce dictionnaire, fait partie intégrante du logiciel Antidote. Il permet à l'utilisateur d'accéder à l'ensemble des illustrations originales du Visuel, en version réduite et simplifiée, associées au mot choisi, en cliquant sur l'icône « Illustrations ». Le Visuel Nano ne permet toutefois pas à l'utilisateur d'accéder à l'ensemble du vocabulaire propre à un terme et à sa prononciation.¹¹

7. *Ibid*, au para 72.

8. *Ibid*, au para 94.

9. *Ibid*, au para 96.

10. *Ibid*, aux para 112, 113 et 115.

11. *Ibid*, au para 120.

S'ensuit l'élaboration d'une adaptation du logiciel Le Visuel Multimédia (v4), laquelle est destinée à s'intégrer automatiquement dans l'architecture d'Antidote, par suite de son téléchargement par les utilisateurs, moyennant des frais. Cette adaptation est appelée « Le Visuel Intégré » :

Le Visuel Intégré correspond à une reproduction synthèse, partielle, du logiciel Le Visuel Multimédia (v4). Il est basé sur la même structure thématique (thèmes, sous-thèmes et illustrations), offrant un classement sémantique et linguistique. Il est conçu pour s'intégrer dans l'architecture d'Antidote, ce que le logiciel Le Visuel Multimédia (v4) ne permet pas.¹²

Avant le lancement d'Antidote HD, les parties n'ont convenu que de quelques aspects de ce projet, dont les dispositions relatives à la licence destinée aux utilisateurs du Visuel Intégré¹³.

Lors de ce lancement, EQA découvre la manière dont le Visuel Intégré sera accessible dans Antidote HD. Contrairement à ce qu'elle avait au départ anticipé, cet accès ne surviendra pas lors de l'achat de son logiciel¹⁴ :

Le Visuel intégré, offert uniquement en téléchargement par *Druide informatique*, contient les illustrations du Visuel Multimédia (v4), de même que la terminologie et la prononciation française. Cette approche rend moins pertinente l'achat du Visuel Multimédia (v4) par les utilisateurs d'Antidote, puisqu'il n'est pas conçu pour s'intégrer à l'architecture d'Antidote.

Dans ce contexte, le Visuel Intégré ne semble pas susceptible de desservir les intérêts d'affaires de la demanderesse.

1.1.4 Lancement du logiciel *Le VISUEL* / 2009

Le 27 octobre 2009, EQA procède à la commercialisation de la quatrième édition de son logiciel *Le Visuel Multimédia* (4) dont DI ne fera jamais la promotion sur son site *Internet Boutique Antidote*, suscitant la consternation auprès d'EQA.

12. *Ibid.*, au para 14.

13. *Ibid.*, aux para 124 et 125.

14. *Ibid.*, aux para 256, 258 et 259.

1.1.5 Terminaison de la relation d'affaires / 2011

En février 2011, DI transmet à EQA un projet de contrat et l'informe de sa décision de cesser leur relation d'affaires à l'égard de trois volets, dont la distribution des logiciels de la demanderesse¹⁵.

Par la suite, les parties conviennent de certains arrangements en règlement de cette rupture dans leur relation d'affaires. En sont exclus, leurs différends au sujet de l'utilisation du logiciel Le Visuel¹⁶.

Le 26 juin 2011, EQA transmet à DI un avis de 90 jours par lequel elle révoque toute autorisation pour l'utilisation de son logiciel.

Cet avis sera prorogé en septembre 2011 pour une première période additionnelle de 60 jours et, par la suite, pour une autre période additionnelle se terminant le 13 janvier 2012.

Les parties se rencontrent en mai 2012 pour régler les conditions d'utilisation du logiciel Le Visuel. Elles s'échangent plusieurs projets d'entente mais ne parviennent pas à conclure un arrangement.

En août 2012, EQA intente son recours à l'encontre de DI pour violation du droit d'auteur.

DI poursuivra malgré ce recours l'utilisation du logiciel Le Visuel par la production et la mise en marché de deux mises à jour d'Antidote HD, soit Antidote 8 (lancé en 2012) et Antidote 9 (lancé à l'automne 2015).

2. QUESTIONS EN MATIÈRE DE LICENCE OU CONSENTEMENT IMPLICITE

2.1 Nature et étendue

Le consentement à l'exécution d'un acte protégé par le droit d'auteur constitue une défense à l'encontre d'une action en violation de ce droit, tel qu'il apparaît du paragraphe 27(1) de la *Loi sur le droit d'auteur* (LRC 1985, c C-42; ci-après la « Loi »).

27 (1) Constitue une violation du droit d'auteur l'accomplissement, sans le consentement du titulaire de ce droit, d'un

15. *Ibid*, au para 139.

16. *Ibid*, aux para 144 et 145.

acte qu'en vertu de la présente loi seul ce titulaire a la faculté d'accomplir.

Il ne confère toutefois aucun titre ou intérêt dans la propriété du droit d'auteur ainsi exercé et ne sert qu'à établir le caractère licite de l'acte allégué, soit l'existence d'une permission ou autorisation à l'exécution de celui-ci :

A licence granting an interest in the right must be distinguished from a licence operating as a mere permission to do a certain thing. As set out above, a licence which does not grant an interest in copyright does not come within section 13(4). This type of licence is merely a permission or consent to do that which would be otherwise unlawful.¹⁷

Il peut être exprès ou implicite, verbal ou écrit avec ou sans contrepartie. Et la Loi n'édicte, pour sa validité, aucune condition de forme.

Il peut ainsi s'inférer de la conduite des parties, d'un arrangement ou contexte d'affaires, selon les faits propres à chaque situation.

La « licence implicite » est un moyen de défense soulevé à maintes reprises¹⁸, en diverses instances portant sur des logiciels, des plans d'architecte et d'ingénieur et autres œuvres depuis la décision de la Cour suprême du Canada dans l'arrêt *Netupsky c Dominion Bridge*¹⁹.

Dans cette décision, la Cour suprême adopte le principe établi en Australie par la Cour suprême de New South Wales dans *Beck v Montana Constructions Pty Ltd*²⁰, en matière de licence implicite de droit d'auteur²¹ :

[TRADUCTION] ... que l'engagement que prend une personne de produire moyennant rémunération une chose susceptible de faire l'objet d'un droit d'auteur implique l'utilisation de la chose avec la permission ou le consentement ou la licence de

17. John S. McKeown, *Fox on Canadian Law of Copyright and Industrial Designs Licences*, 4^e éd, feuilles mobiles (Toronto, Thomson Reuters, 2003) au §19.4 – Licences.

18. Camille Aubin, « Les licences implicites de droit d'auteur en matière de logiciels », (2017) 29:1 *Cahiers de propriété intellectuelle* 1 (Aubin).

19. [1972] RCS 368 [*Netupsky*].

20. (1963), 5 FLR 298 aux pp 304-305.

21. *Netupsky*, *supra* note 19 aux pp 377-378.

celui qui a pris cet engagement, en la manière et pour les fins qu’au moment de l’engagement les parties avaient à l’esprit au sujet de son utilisation.

Ce principe semble pointer vers une commande ayant pour objet la création d’une œuvre ou autre objet de droit d’auteur moyennant rémunération en vue de son utilisation selon les modalités et aux fins convenues entre les parties au moment de la commande.

Il prévaudrait également au soutien d’un arrangement ayant pour objet l’utilisation d’une œuvre protégée aux fins de la production et de l’exploitation d’une adaptation de celle-ci, selon des modalités et une contrepartie dont les parties auront convenu au moment de l’arrangement.

Il importe d’examiner, au regard des faits particuliers de chaque cas et de la conduite des parties, l’intention de celles-ci au moment de leur accord, les fins ou affectations auxquelles elles ont voulu destiner l’œuvre ainsi que les modalités et la contrepartie de cette utilisation pour déterminer la portée de la licence implicite et le respect de celle-ci.

3. ANALYSE ET CONCLUSION

Antidote HD est l’une des versions ou éditions du logiciel Antidote.

Je rappelle que, selon la Cour, la preuve n’a pas permis de démontrer l’existence d’une licence implicite « irrévocable, non exclusive, à durée illimitée, exempte de royautés, lui permettant d’adapter, produire, reproduire, représenter et télécharger les Œuvres protégées, dans toutes les versions et éditions de son logiciel Antidote ».

Au soutien de cette affirmation, la Cour déclare ce qui suit :

[300] Même si le Tribunal devait considérer qu’un écrit n’était pas nécessaire à la conclusion d’une entente, la preuve démontre que plusieurs éléments essentiels à l’octroi d’une licence irrévocable, non exclusive, à durée illimitée demeuraient à être convenus, au moment du lancement du logiciel Antidote HD, en octobre 2009, dont :

- L’identification des œuvres protégées par le droit d’auteur de Québec Amérique, dans *Le Visuel Nano* et *Le Visuel intégré* et les crédits de droit d’auteur aux endroits appropriés;

- L'étendue des intérêts consentis par Québec Amérique à *Druide informatique* à l'égard des œuvres protégées ;
- Les territoires visés par la licence et les restrictions sur la langue ;
- La durée des intérêts consentis ; et,
- Les royalties payables pour l'utilisation des œuvres protégées.

La Cour déclare toutefois que pour la version ou édition relative à *Antidote HD*, publiée en 2009, DI « a adapté, produit, reproduit, représenté et téléchargé les Œuvres de Québec Amérique, dans les sections *Le Visuel Nano* et *Le Visuel intégré* du logiciel *Antidote HD*, avec le consentement de Québec Amérique ».

Que dire de ce consentement ? Quels sont les éléments ayant permis de conclure à son existence ?

Au soutien de sa décision, la Cour semble avoir pris en considération plusieurs faits, dont la participation de la demanderesse au déroulement des étapes ayant mené à la création et à l'intégration des adaptations concernées au logiciel *Antidote HD*, et au lancement de celui-ci.

La demanderesse aurait ainsi implicitement consenti aux actes suivants :

- la création du *Visuel Intégré* et du *Visuel Nano*, lesquels sont des adaptations de son logiciel ;
- l'intégration dans *Antidote HD* de ces adaptations ; et
- l'exploitation de celles-ci aux fins et en liaison avec celle d'*Antidote HD*.

Il s'agit d'actes distincts protégés par un droit d'auteur distinct.

Les faits dont la Cour fait état ne font pas mention de la contrepartie pour laquelle *EQA* aurait consenti à l'exécution des actes précités. Enfin, je ne trouve aucune précision à ce sujet dans le jugement.

Ce consentement était-il sans contrepartie ?

Le fait qu'une licence implicite soit unilatéralement révocable par son auteur est intimement lié à la notion de contrepartie.

Tant en droit civil qu'en Common Law, une licence à titre gratuit est unilatéralement révocable, alors qu'une licence à titre onéreux ne l'est que si les parties en ont convenu.²²

La réponse à cette question permettrait de déterminer le caractère révocable du consentement.

Je rappelle qu'à la suite de la rupture par DI de sa relation d'affaires avec EQA, celle-ci révoque toute autorisation consentie par elle pour l'utilisation de son logiciel.

Pour peu que le consentement d'EQA ait été sans contrepartie, sa révocation aurait soulevé une autre question : l'exploitation d'Antidote HD par DI, après la révocation, portait-elle atteinte au droit d'auteur de la demanderesse ?

Pour décider de cette question, l'on doit tout d'abord déterminer si l'avis de révocation était, dans les circonstances, raisonnable ou contraire aux exigences de la bonne foi, prévues aux articles 7 et 1375 du *Code civil du Québec*²³ :

7. Aucun droit ne peut être exercé en vue de nuire à autrui ou d'une manière excessive et déraisonnable, allant ainsi à l'encontre des exigences de la bonne foi.

1375. La bonne foi doit gouverner la conduite des parties, tant au moment de la naissance de l'obligation qu'à celui de son exécution ou de son extinction.

Et, dans l'éventualité où cet avis aurait été insuffisant ou déraisonnable, DI pouvait-elle se prévaloir postérieurement du consentement pour une période illimitée ?

Que conclure en cette affaire ? La décision ne précise pas à mon avis la nature du consentement dont la Cour fait mention. Il s'agirait d'un consentement implicite en ce qu'il s'infère des faits. Était-il sans contrepartie et de ce fait révocable ? Ces précisions auraient eu pour avantage de distinguer le consentement de la licence implicite invoquée en défense.

22. Aubin, *supra* note 18 p 20.

23. RLRQ c CCQ-1991.

