

Vol. 29, n° 1

Les licences implicites de droit d'auteur en matière de logiciels

Camille Aubin*

Introduction	3
1. La protection des logiciels sous la <i>Loi sur le droit d'auteur</i>	4
1.1 Propriété du droit d'auteur et protection afférente.	4
1.2 Application aux logiciels	5
2. Cession, licence exclusive et licence non exclusive.	6
2.1 La cession et la licence exclusive	6
2.2 La licence non exclusive	8
2.3 La cession de droit ou la licence exclusive et la licence non exclusive de droit d'auteur : mutuellement exclusives ?	9
3. Les facteurs pouvant mener à une licence implicite de droit d'auteur	10

© CIPS, 2017.

* Avocate au sein de ROBIC, S.E.N.C.R.L., un cabinet multidisciplinaire d'avocats et d'agents de brevets et de marques de commerce. L'auteure remercie M^e Hugues G. Richard et M^e Laurent Carrière, du même cabinet, pour leurs judicieuses suggestions dans la rédaction et la révision de ce texte.

[Note de la rédaction : cet article a été soumis à une évaluation à double anonymat.]

3.1	Ce que « les parties avaient à l'esprit » « au moment de l'engagement »	11
3.1.1	Le contexte de la programmation du logiciel. . .	11
3.1.2	La conduite des parties	13
3.2	« L'utilisation de l'[œuvre] » en « la manière et pour les fins » qui ont été prévues	14
3.2.1	Les limites de base	15
3.2.2	L'étendue selon les faits ayant donné ouverture à la licence implicite	15
3.3	« Moyennant rémunération »	20
3.3.1	L'incidence de la rémunération sur la nature révocable de la licence.	20
3.3.2	La rémunération comme indicateur de l'intention des parties	21
	Conclusion.	22

Introduction

Pour les entreprises dont le modèle d'affaires est, entre autres, basé sur la programmation de logiciels, le droit d'auteur dans ces programmes d'ordinateur constitue généralement un actif important. Une connaissance des principes applicables en matière de licence de droit d'auteur est importante pour toute entreprise œuvrant en programmation informatique voulant assurer une protection efficace de ses droits d'auteur. Elle est d'autant plus importante lorsque, des seuls faits entourant la conclusion d'un contrat avec une entreprise cliente, des droits du propriétaire du droit d'auteur puissent être octroyés à celle-ci, sans libellé explicite à cet effet. Bien que la notion de licence implicite soit applicable à d'autres types d'œuvres protégées par le droit d'auteur¹, nous nous concentrons ici, sauf quelques exceptions, sur son application en matière de logiciels.

Puisqu'une compréhension des notions de base en matière de droit d'auteur, de cession et de licence est essentielle pour discuter de ces enjeux, nous en ferons un bref survol avant de couvrir les différents principes applicables aux licences implicites établis par la jurisprudence.

1. *Aga Khan c Tajdin*, 2011 CF 14 ; confirmé 2012 CAF 12 ; autorisation d'appel rejetée 2012 CanLII 36252 pour une œuvre littéraire ; *Pinto c Centre Bronfman de l'Éducation Juive*, 2013 CF 945 pour une œuvre musicale ; *Positive Attitude Safety System Inc c Albian Sands Energy Inc*, 2004 CF 1022 ; infirmé 2005 CAF 332 pour des documents spécialisés ; *CCH Canadienne Ltée c Le Barreau du Haut-Canada*, 2004 CSC 13 aux para 65-67 pour des documents juridiques [*CCH*] ; *Ritchie c Sawmill Creek Golf & Country Club Ltd*, (2004), 35 C.P.R. (4th) 163 (CS Ont.) [*Ritchie*] et *Jam c Éditions Trois-Pistoles*, 2010 QCCQ 9886 pour des photographies ; *Guillot c Istek corp*, (2001) 14 CPR (4th) 67 (CF) pour des articles juridiques ; *Netupsky c Dominion Bridge Co Ltd*, [1972] RCS 368 [*Netupsky*] et *Robert D. Sutherland Architects Ltd c Montykola Investments Inc*, 1995 CarswellNS 147 (CS N-É) ; infirmé 1996 NSCA 81 (CA N-É) sur des plans architecturaux ; *Cselko Associates Inc c Zellers Inc*, (1992) 44 CPR (3d) 56 (CS Ont) sur des dessins pour des illustrations publicitaires [*Cselko*] ; *Céjibé communication inc c Constructions Cleary (1992) inc*, 1998 CarswellQue 1021 (CS Qué) [*Céjibé*] ; confirmé 2002 CarswellQue 4050 (CA Qué) sur du matériel publicitaire.

1. La protection des logiciels sous la *Loi sur le droit d'auteur*

1.1 *Propriété du droit d'auteur et protection afférente*

La *Loi sur le droit d'auteur*² (« LDA ») prévoit que, sauf exception, l'auteur d'une œuvre est le premier propriétaire du droit d'auteur. La violation³ de ce droit lui permet d'intenter un recours en vue d'une injonction, de dommages-intérêts (et en sus une portion des profits), d'une reddition de compte ou d'une remise⁴.

Afin de bénéficier de la protection du droit d'auteur, une œuvre doit respecter les critères de la LDA, soit i) être originale, ii) se qualifier à titre d'œuvre littéraire, dramatique, musicale ou artistique et iii) être fixée sous forme matérielle⁵. L'originalité d'une œuvre ne réside pas dans sa créativité, mais plutôt dans l'exercice du talent par « le recours aux connaissances personnelles, à une aptitude acquise ou à une compétence issue de l'expérience pour produire l'œuvre », et du jugement via « la faculté de discernement ou la capacité de se faire une opinion ou de procéder à une évaluation en comparant différentes options possibles pour produire l'œuvre »⁶. Seule l'expression d'une idée dans une œuvre, et non l'idée en tant que telle, est protégeable par le droit d'auteur⁷.

Une fois la protection par droit d'auteur d'une œuvre établie, les droits exclusifs de l'auteur bénéficient de la protection de la LDA. Ces droits exclusifs comprennent, entre autres, la production, la reproduction et la publication de la totalité ou d'une partie importante de l'œuvre, sa traduction ou sa location⁸.

Un auteur peut céder son droit d'auteur, en totalité ou en partie, ou concéder par licence un intérêt quelconque dans ce droit⁹. La cession ou la concession de son droit dans l'œuvre nécessite un écrit signé par le propriétaire du droit d'auteur ou par son agent autorisé¹⁰. En l'absence d'une telle cession ou concession, le proprié-

2. LRC 1985, c C-42, ci-après « LDA ».

3. Art 27 de la LDA.

4. Art 34 et para 3(1) de la LDA.

5. Para 5(1) de la LDA et *Grignon c Roussel*, (1991) 38 CPR (3d) 4 (CFPI) à la p 7.

6. *CCH supra* note 1 au para 16.

7. *Ibid* au para 8 ; *Cinar Corporation c Robinson*, [2013] 3 RCS 1168 au para 24 [*Cinar*].

8. Art 3 de la LDA.

9. Para 13(4) de la LDA.

10. *Ibid*.

taire du droit d'auteur conserve ses droits exclusifs sur l'œuvre¹¹. Toutefois, tout en conservant la propriété de son droit d'auteur, le propriétaire peut accorder la jouissance de son droit d'auteur ou partie de celui-ci à des tiers par une licence, qu'elle soit écrite ou non.

1.2 Application aux logiciels¹²

La protection du droit d'auteur s'applique à plusieurs composantes d'un logiciel.

Avant l'avènement de la LDA telle qu'en vigueur aujourd'hui, l'association d'un programme d'ordinateur à une œuvre littéraire avait déjà été établie par la jurisprudence via un témoignage d'expert démontrant que chaque commande d'un ordinateur nécessitait la traduction de cette commande sous forme littéraire « to expression as machine language »¹³. Ce principe a depuis été codifié, la LDA prévoyant aujourd'hui la définition d'un « programme d'ordinateur » comme un « ensemble d'instructions ou d'énoncés destinés, quelle que soit la façon dont ils sont exprimés, fixés, incorporés ou emmagasinés, à être utilisés directement ou indirectement dans un ordinateur en vue d'un résultat particulier »¹⁴. La LDA assimile aussi le programme d'ordinateur à une œuvre littéraire¹⁵.

Le code source¹⁶, le code objet¹⁷, les logiciels d'exploitation ou d'application¹⁸ ainsi que les manuels d'opération¹⁹ fournis avec le

11. Art 3 de la LDA.

12. Bien que ceux-ci ne fassent pas l'objet du présent article, il est important de noter que la LDA prévoit un régime particulier d'exceptions à la violation de droit d'auteur dans les programmes d'ordinateur. Voir les articles et paragraphes 30.06, 30.61, 30.62(3), 30.63(3) et 41.12 de la LDA.

13. *Dynabec Ltée c Société d'informatique R.D.G. Inc.*, 1984 CarswellQue 240 (CS Qué) aux para 27-28 [*Dynabec*].

14. Art 2 de la LDA.

15. Art 2 de la LDA et *Crochetière-Brousseau c 9107-0234 Québec Inc (Grattex)*, 2015 CF 1219 aux para 23 à 27 [*Crochetière*].

16. *Spacefile Ltd c Smart Computing Systems Ltd*, (1983) 75 C.P.R. (2d) 281 (HC Ont) [*Spacefile*] ; *International Business Machines Corporation c Ordinateurs Spirales Inc. / Spirales Computers Inc.*, (1984) 80 CPR (2d) 187 (CF) ; *Apple Computer Inc c Minitronics of Canada Ltd*, (1985) 7 CPR (3d) 104 (CF) ; confirmé (1985) 8 CPR (3d) 431(CAF) ; *Apple Computer, Inc c Computermat Inc.*, (1983) 75 CPR (2d) 26 (HC Ont) ; *Matrox Electronic Systems Ltd c Gaudreau*, [1993] RJQ 2449 (CS Qué) au para 28 [*Matrox*] ; *Biocad Médical inc c Panthera Dentaire inc.*, 2016 QCCS 3096 au para 523, autorisation d'appel accordée (200-07-009319-168 et 200-07-009303-162) [*Biocad*].

17. *Matrox*, *supra* note 16 au para 28 ; *Biocad*, *supra* note 16.

18. *Dynabec*, *supra* note 13 aux para 22 à 46.

19. *Ibid* et *Spacefile*, *supra* note 16.

logiciel ou leur version électronique²⁰ sont eux-mêmes aussi protégés par droit d'auteur à titre d'œuvres littéraires. Une fonctionnalité du logiciel, indépendamment du code source à son origine, n'est pas protégeable en soi²¹.

2. Cession, licence exclusive et licence non exclusive

Des distinctions importantes existent entre une cession, une licence exclusive et une licence non exclusive de droit d'auteur.

2.1 La cession et la licence exclusive

Une cession de droit d'auteur concède la propriété du droit d'auteur sur l'œuvre ou une partie de celui-ci au cessionnaire²². L'auteur concède ainsi une partie ou la totalité de ses droits exclusifs associés à son statut de propriétaire du droit d'auteur, notamment la production, la reproduction ou la publication de l'œuvre ou d'une partie importante de celle-ci²³. Le cessionnaire jouit donc de toute la protection du droit d'auteur accordée par la LDA, en plus des droits d'action afférents.

La licence exclusive du droit d'auteur est, quant à elle, définie par la LDA comme « l'autorisation accordée au licencié d'accomplir un acte visé par un droit d'auteur de façon exclusive, qu'elle soit accordée par le titulaire du droit d'auteur ou par une personne déjà titulaire d'une licence exclusive ; l'exclusion vise tous les titulaires²⁴. » Ses effets pratiques sont similaires à la cession de droit d'auteur, mais sa nature et les droits associés ne consistent qu'en un intérêt de propriété limité dans le droit d'auteur²⁵, et non un droit de

20. *Candour Group Enterprises Inc c Argon Financial Consultants Inc*, 1989 CarswellBC 688 (CS B-C) au para 31.

21. *Delrina Corp c Triolet Systems Inc*, 2002 CarswellOnt 633 (CA Ont.) au para 52, où la Cour d'appel de l'Ontario considère que, si une fonctionnalité reflétant une idée ne peut être exprimée que par un nombre limité de façons dans un programme d'ordinateur, ces expressions limitées ne peuvent être protégées par droit d'auteur puisqu'elles octroieraient un monopole sur l'idée ou la fonctionnalité elle-même. Une discussion plus étendue sur l'absence de contrefaçon sur les modules, l'architecture, la structure, la terminologie et autres éléments généraux d'un logiciel lorsque ceux-ci sont guidés par la nature ou la fonctionnalité d'un logiciel s'y trouve. Le présent article ne traitant que de logiciels repris tels quels par un défendeur, il n'est pas nécessaire d'aborder longuement ces notions.

22. *Euro-Excellence Inc c Kraft Canada Inc*, 2007 CSC 37 au para 28 [*Euro-Excellence*].

23. Art 3 de la LDA.

24. Art 2.7 de la LDA.

25. *Euro-Excellence*, *supra* note 22 au para 28.

propriété définitif comme dans le cas d'une cession. Le titulaire-concédant conserve donc la propriété du droit d'auteur. Sa liberté de démembrer davantage ce droit de propriété est toutefois limitée puisqu'il ne peut concéder de licence à des tiers que relativement à des droits non déjà concédés, le droit du titulaire-concessionnaire étant exclusif.

Considérant l'importance d'une telle cession ou licence exclusive et de ses conséquences pour le propriétaire du droit d'auteur, la LDA prévoit la nécessité d'un écrit signé pour y procéder²⁶. Ce formalisme vise entre autres à protéger les intérêts des auteurs et à maintenir un « juste équilibre entre la promotion, dans l'intérêt public, de la création et de la diffusion des œuvres artistiques et intellectuelles, d'une part, et l'obtention d'une juste récompense pour le créateur, d'autre part²⁷. » On exige donc que le propriétaire du droit d'auteur consente de façon claire à une cession ou une licence exclusive qui aurait un impact direct sur la propriété du droit d'auteur.

Un courriel ou un message texte sur mobile ont entre autres été reconnus comme des écrits signés au sens de la LDA²⁸.

La Cour d'appel fédérale a aussi récemment suggéré qu'une cession sans signature pourrait, dans certains cas, être considérée comme constituant une cession de droit valide et opposable à son auteur²⁹. Il semble donc que le formalisme de la LDA ne soit pas immuable.

26. Para 13(4) et (7) de la LDA.

27. *Tremblay c Orio Canada Inc*, 2013 CAF 225 aux para 18, 20 et 21 [*Orio*], citant *CCH supra* note 1 au para 23 ; *Motel 6 Inc c No 6 Motel Ltd*, (1981) 56 CPR (2d) 44 (CFPI) ; *Guillemette c Centre coopératif de Loisirs & de Sports du Mont Orignal*, (1986) 15 CPR (3d) 409 (CFPI) et *J L de Ball Canada Inc c 421254 Ontario Ltd* (1999), 179 FTR 231 (CFPI).

28. *Seggie c Roofdog Games Inc*, 2015 QCCS 6462 au para 80 [*Seggie*].

29. *Orio, supra* note 27 au para 22. En première instance, la Cour fédérale avait rejeté l'argument de cession de droit d'auteur soulevée par *Orio Canada Inc*. puisque la cession ne respectait pas le formalisme du paragraphe 13(4) de la *Loi sur le droit d'auteur* vu l'absence de signature. *Orio Canada Inc*. ne formula pas d'appel sur ce point. La Cour d'appel fédérale considéra tout de même en *obiter dictum* qu'il est « d'un formalisme exagéré que de rendre inopposable à un cédant une clause de cession de droit d'auteur que celui-ci a lui-même rédigée et qu'il reconnaît devant le tribunal comme régissant ses rapports avec le cessionnaire, et ce pour la simple raison que celle-ci n'est pas signée. » La Cour supérieure du Québec reprit les propos de la Cour d'appel fédérale en mentionnant que « [d]ans cette affaire, la Cour d'appel, s'appuyant sur les circonstances factuelles particulières du dossier, décide qu'une cession contenue dans un écrit lie le cédant, même si ce dernier n'a pas signé l'écrit » : *Seggie, supra* note 28 au para 73. Cette interprétation ne semble toutefois pas prendre en considération que les commentaires de la Cour d'appel fédérale n'étaient faits qu'en *obiter dictum*.

Ce formalisme ne touche cependant pas le contenu de la cession : celle-ci n'a pas à être explicite si on peut raisonnablement l'inférer de l'écrit, entre autres par une preuve testimoniale permettant de l'interpréter³⁰. Par exemple, « [l]orsque la « propriété exclusive » sur le développement d'un logiciel est cédée, cela comporte de soi la propriété du droit d'auteur dans ce développement »³¹, même si celle-ci n'est pas explicitement mentionnée au contrat. Le contraire est aussi vrai : la simple mention du terme « cession » dans un passage introductif ou dans un titre de clause d'un contrat n'emporte pas automatiquement cession du droit d'auteur si le libellé de la clause ne va pas en ce sens³².

2.2 La licence non exclusive

Une licence non exclusive du droit d'auteur ne concède quant à elle aucun droit ou intérêt de propriété sur le droit d'auteur : le licencié jouit seulement des droits qui lui ont été contractuellement concédés³³, droits qui consistent généralement en des actes réservés au propriétaire du droit d'auteur³⁴ qui sont ciblés³⁵.

La jurisprudence établit bien la distinction entre les licences exclusive et non exclusive quant à la nature du droit qu'elles concèdent :

As a matter of law, a license that is a mere permission to do a certain thing, as opposed to a license that gives an ownership interest, need not be in writing [...] Some licenses, such as an exclusive license, can grant a property interest. Non-exclusive licenses do not transfer a property interest but rather give permission to do certain things [...].³⁶

En effet contrairement à l'intuition de certains praticiens à la lecture de la LDA, une licence non-exclusive de droit d'auteur ne nécessite pas le même formalisme que la cession de droit d'auteur : il n'y a pas d'exigence de signature ou même de contrat écrit ou verbal explicite à cet effet. Pensons à l'affaire *King David*³⁷, où le juge rap-

30. *Mensys Business Solution Centre Ltd c Drummond (Municipalité régionale de comté)*, 2002 CanLII 41481 (CS Qué) au para 29 [*Mensys*] cité dans *Orio*, *supra* note 27 au para 38.

31. *Orio*, *supra* note 27 au para 15.

32. *Planification-Organisation-Publications Systèmes (POPS) Ltée c 9054-8181 Québec Inc*, 2013 CF 427 au para 52 [*POPS*] ; confirmé 2014 CAF 185 [*POPS* 2].

33. *Orio*, *supra* note 27 au para 19.

34. *Ibid.*

35. Art 3 de la LDA.

36. *Ritchie*, *supra* note 1 au para 18.

37. *King David Inc c Andrin Investments Ltd*, 2015 ONSC 1935 [*King David*].

porte que « It rapidly became clear during argument that the plaintiff was under the misapprehension that there was a legal requirement for any license to use copyright material to be in writing [...] » et où le procureur de la demanderesse « [...] ultimately accepted the inevitable and, taking advantage of an offered break, agreed to abandon its motion on terms negotiated between the parties³⁸. »

Considérant l'absence de formalisme dans la constitution d'une licence implicite, celle-ci peut émaner tant des termes explicites d'un contrat que de ses termes implicites, ou encore même d'une simple autorisation verbale³⁹ ou du comportement des parties⁴⁰.

Concrètement, une licence implicite peut être déduite d'une soumission ou d'un contrat formel, signé ou non⁴¹, d'une lettre⁴², d'un devis estimatif⁴³, d'un courriel ou d'un message texte⁴⁴, ou même d'une simple conversation⁴⁵. Une licence implicite verbale peut être constituée, par exemple, lorsqu'un propriétaire de droit d'auteur mentionne à un tiers qu'il a le droit d'utiliser le logiciel⁴⁶.

Le fardeau de démontrer l'existence d'une licence implicite repose sur la partie qui l'invoque⁴⁷.

2.3 La cession de droit ou la licence exclusive et la licence non exclusive de droit d'auteur : mutuellement exclusives ?

La distinction entre une cession de droit ou la licence exclusive de droit d'auteur et la licence non exclusive est claire en théorie, mais peut l'être moins en pratique. Considérant plus particulièrement les conditions d'existence de la licence exclusive et de la licence implicite, la seule notion d'exclusivité de la licence suffit à rendre essentielle la nécessité d'un écrit signé.

Dans le cadre d'un litige de droit d'auteur, la licence implicite sera souvent invoquée comme défense à une action en contrefaçon

38. *Ibid* aux para 1 et 2.

39. *Ibid* au para 1.

40. *Orio*, *supra* note 27 au para 53 citant *Silverson c Neon Products Ltd*, (1978) 39 CPR (2d) 234 (CS C-B) et *Cselko*, *supra* note 1.

41. *POPS*, *supra* note 32 para 111 et *Orio*, *supra* note 27.

42. *POPS*, *supra* note 32.

43. *Crochetière*, *supra* note 15.

44. *Ibid*, au para 28.

45. *POPS*, *supra* note 32 au para 110 ; confirmé *POPS 2*, *supra* note 32.

46. *Ibid*.

47. *Seggie*, *supra* note 28 au para 82.

pour démontrer le consentement du propriétaire du droit d'auteur à l'utilisation de l'œuvre par le défendeur. Le propriétaire du droit d'auteur pourrait donc vouloir limiter la possibilité d'une défense de licence implicite par le fait que la licence envisagée par les parties était exclusive et donc, qu'en l'absence de l'écrit signé, aucune licence n'a été octroyée à la partie défenderesse.

Il convient donc de se demander si la négociation d'une cession de droit ou d'une licence exclusive empêche la possibilité d'une licence implicite, ou si ces deux types de liens de droit ne sont pas mutuellement exclusifs.

On pourra d'abord déterminer si l'exclusivité – ou l'absence d'exclusivité – était claire des échanges. Si les négociations portaient sur une licence non exclusive, la possibilité d'une licence implicite n'est pas exclue. Si le contenu des négociations traite toutefois clairement d'exclusivité, l'absence d'écrit met-il fin à toute possibilité de licence, ou une licence implicite reste-t-elle une défense possible ? Les agissements et les discussions des parties à la suite des négociations sur une cession ou sur une licence exclusive de droit d'auteur peuvent-ils en soi être générateurs d'une licence implicite ?

La décision *Orio*, plus détaillée ci-dessous, semble donner une réponse affirmative à cette question⁴⁸. La Cour d'appel fédérale y avait en effet confirmé la présence d'une licence implicite de droit d'auteur alors que les parties avaient négocié et rédigé une clause de cession de droit d'auteur⁴⁹. Il semble donc que, si les faits le justifient, l'absence de signature d'une cession ou d'une licence exclusive n'empêcherait pas la présence d'une licence implicite. Les deux véhicules juridiques ne seraient donc pas des opposés, mais pourraient être complémentaires selon les circonstances. Cette question reste toutefois toujours à débattre, la Cour ne l'ayant pas abordée directement.

3. Les facteurs pouvant mener à une licence implicite de droit d'auteur

Une fois les notions de base de licences implicites établies, il convient d'en analyser l'application en jurisprudence pour comprendre ce qui peut y donner lieu entre un programmeur et son client.

48. Les circonstances de cette affaire étaient toutefois particulières. La Cour semble avoir été sensible au fait que le propriétaire du droit d'auteur ait lui-même reconnu vouloir garantir un droit exclusif de commercialisation à sa cliente. Il aurait donc été particulier pour la Cour de conclure que celle-ci était en contrefaçon alors que l'intention de l'auteur, de par son propre témoignage et la structure contractuelle qu'il avait mise en place, était claire.

49. *Orio*, *supra* note 27 au para 52.

Dans *Netupsky*⁵⁰, une décision phare en matière de licence implicite de droit d'auteur, la Cour suprême réfère à un principe établi par les tribunaux australiens qui, à lui seul, définit le cadre des licences implicites de droit d'auteur :

[...] 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 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.⁵¹

Ce principe a été appliqué à de nombreuses reprises par les tribunaux canadiens. L'évolution jurisprudentielle offre une analyse de chacun des éléments mentionnés, soit ce que « les parties avaient à l'esprit au sujet de » « l'utilisation de l'[œuvre] », en « la manière et pour les fins » qui ont été prévues et « moyennant rémunération ».

3.1 Ce que « les parties avaient à l'esprit » « au moment de l'engagement »

Lorsqu'une défense de licence implicite est soulevée, la Cour tente généralement d'établir l'intention des parties au moment de la conclusion du contrat. Bien que la jurisprudence en matière contractuelle, tant en Common Law qu'en droit civil, contienne de nombreux barèmes et principes quant à l'interprétation de l'intention des parties, nous nous limitons ici à ressortir les principes issus de décisions canadiennes portant spécifiquement sur les licences implicites de droit d'auteur en matière de logiciels.

Deux éléments témoignant de l'intention des parties ressortent principalement de ces décisions : le contexte de la programmation du logiciel et la conduite des parties.

3.1.1 Le contexte de la programmation du logiciel

La nature des besoins discutés entre les parties lors de la conclusion du contrat impliquant la création d'une œuvre est importante dans la détermination de l'existence d'une licence implicite :

50. *Netupsky*, *supra* note 1 à la p 377.

51. *Beck v Montana Construction Pty Ltd*, (1963) 5 FLR 298 aux pp 304-305 [*Beck*] cité dans *Netupsky*, *supra* note 1 et dans *Orio*, *supra* note 27 au para 25.

elle témoigne de ce que « les parties avaient à l'esprit au sujet de son utilisation » quant à l'existence ou non d'une licence. Dans le cadre d'un logiciel, le contexte dans lequel le propriétaire du droit d'auteur programme pour ou avec son client est donc un élément important dans la considération de l'existence d'une licence implicite.

Plusieurs cas impliquant à la fois un contrat de développement de logiciel et une licence implicite de droit d'auteur présentent un cadre factuel similaire : un client demande à une firme externe de développer ou de modifier et d'améliorer un logiciel pour des besoins identifiés. Cette programmation pourra être suivie ou non de l'hébergement et du support du logiciel par le programmeur pour son client.

Par exemple, dans *Crochetière*⁵², une entreprise engageait un programmeur externe pour effectuer des modifications à un logiciel qu'elle détenait déjà. Ce programmeur était propriétaire du droit d'auteur sur les modifications qu'il apportait au logiciel. Malgré l'absence d'écrit à cet effet, la Cour fédérale considéra que la cliente était détentrice d'une licence implicite de droit d'auteur sur les modifications faites au logiciel par le programmeur puisqu'il était « dans l'ordre des choses que [la cliente] soit autorisée à utiliser l'œuvre aux fins pour lesquelles elle l'avait commandée et à éventuellement y apporter, pour les mêmes fins, des améliorations⁵³. » Selon la Cour, il était donc inéquitable que la cliente ne puisse bénéficier d'une « licence d'utilisation »⁵⁴ sur les modifications apportées au logiciel pour lesquelles elle avait payé. En effet, considérant que la cliente était déjà propriétaire du site Internet et n'y faisait qu'apporter des modifications moyennant une contrepartie fixe, on peut en déduire que l'intention des parties n'était pas de limiter les droits de celle-ci sur le site final résultant de la programmation, mais bien de lui faire bénéficier d'améliorations globales sur le site Internet.

Le contexte de programmation et l'objet du contrat qui lie les parties a donc un impact direct sur le type de droits sur l'œuvre octroyés implicitement à la cliente. En effet, dans *Crochetière*⁵⁵, malgré l'absence de contrat ou de clause sur le droit d'auteur dans les écrits entre les parties, la raison pour laquelle l'entreprise a con-

52. *Crochetière*, supra note 15.

53. *Ibid.*, au para 41.

54. Pour les fins du présent article, les appellations utilisées par la Cour ont été reprises intégralement, qu'elles cadrent ou non avec le libellé de la LDA. Il est toutefois nécessaire de noter que les appellations données par les tribunaux aux actes autorisés via une licence implicite n'ont pas toujours concordé avec le libellé des actes réservés au titulaire du droit d'auteur tels qu'énoncés à l'art 3 LDA.

55. *Crochetière*, supra note 15, au para 41.

tracté avec le programmeur, ce que « la cliente avait en tête au moment de la conclusion du contrat », a été à l'origine d'une licence implicite.

3.1.2 La conduite des parties

Outre la raison ou la nature de la création de l'œuvre pour la cliente, l'état d'esprit des parties peut aussi être démontré par les témoignages des acteurs impliqués dans la création de l'œuvre, ainsi que de leurs agissements au moment de la conclusion du contrat.

Dans *Orio*⁵⁶, une soumission produite par le programmeur contenait une clause de cession de droit d'auteur :

Tout le développement fait pour Orio Canada inc. deviendra la propriété exclusive de celui-ci et ne pourra donc pas être commercialisé ou réutilisé par Service Informatique Professionnel ou tout autre intervenant.⁵⁷

La soumission n'était pas signée. Cette clause n'équivalait donc théoriquement pas à une cession de droit d'auteur. Toutefois, lorsque combinée aux agissements du propriétaire du droit d'auteur, notamment à ses offres dans la négociation du contrat, elle donna ouverture à une licence implicite.

En effet, le programmeur avait lui-même pris l'initiative d'inclure cette clause de cession de droit d'auteur, ce que la Cour fédérale considéra comme « un facteur crucial et déterminant »⁵⁸ incitant à une conclusion de licence implicite. À ce titre, si plusieurs contrats sont intervenus entre les parties, l'inclusion répétée d'une telle clause par le propriétaire du droit d'auteur peut être déterminante⁵⁹. On peut en inférer que l'inverse est aussi vrai : des réserves répétées devraient être pertinentes.

Ce que le propriétaire du droit d'auteur avait à l'esprit au moment de la conclusion du contrat peut aussi être démontré par le témoignage de celui-ci. Dans *Orio*, l'auteur a notamment reconnu que la clause avait été incluse pour « l'exclusivité, pour protéger contre la compétition » et qu'elle visait à concéder un droit de commercialisation à Orio Canada Inc⁶⁰.

56. *Orio*, *supra* note 27.

57. *Tremblay c Orio Canada Inc*, 2013 CF 109 au para 35 [*Orio 1*].

58. *Ibid*, au para 52.

59. *Ibid*, au para 52.

60. *Ibid*, aux para 42 et 43.

L'inclusion de la clause de cession de droit d'auteur par le programmeur lors de la conclusion du contrat et son témoignage sur le but de cette clause démontraient donc que l'auteur avait à l'esprit que sa cliente pourrait bénéficier d'une licence de droit d'auteur sur le logiciel à la fin de leur relation.

Le consentement de l'auteur à une licence implicite peut aussi s'inférer de la conduite des parties quant à la programmation ou la mise en ligne de l'œuvre, que ce soit par des gestes positifs ou par l'inaction⁶¹. Lorsqu'un auteur offre volontairement de créer une œuvre et pose des gestes positifs lors de la mise en ligne finale du logiciel dont il a connaissance, le Tribunal peut conclure à une approbation emportant licence implicite⁶². Il en va de même lorsqu'une partie contribue grandement au travail d'un auteur, que ce soit par son implication en temps, en ressources ou en argent, et que le logiciel final est considéré comme un projet commun, sans entraîner un statut de co-auteur⁶³.

« Ce que les parties avaient en tête » lors de la conclusion du contrat sera donc intrinsèquement lié aux faits et à la preuve au dossier et pourra, entre autres, être démontré par le contexte de la création de l'œuvre, la nature et le contenu du contrat, la dynamique des négociations entre les parties et leur témoignage.

3.2 « L'utilisation de l'[œuvre] » en « la manière et pour les fins » qui ont été prévues

Une fois la licence implicite sur un logiciel établie, il convient d'en définir la portée. Il est évident, tel que mentionné par la Cour suprême⁶⁴, que « l'utilisation de l'œuvre » par le client d'un programmeur sera le premier élément considéré⁶⁵. Reste ensuite à déterminer « la manière » et « les fins » convenues qui détermineront les actes réservés inclus à la licence.

61. *Seggie*, supra note 28 au para 82.

62. *Ibid*, au para 83 où l'auteur, lors de la mise en ligne du logiciel, n'avait pas contesté mais bien félicité la partie l'ayant mis en ligne pour son travail. La Cour condamna la partie ayant fait la mise en ligne à payer une somme minime à l'auteur. Cette somme était toutefois à titre de rémunération pour le travail, plutôt qu'à titre de dommages pour violation de droit d'auteur.

63. *POPS*, supra note 32 ; confirmé *POPS 2*, où les parties avaient plus de dix ans de contribution commune au logiciel. La liste complète des contributions faites par la cliente se trouve aux paragraphes 118 et 119 de la décision de la Cour fédérale.

64. *Beck*, supra note 51.

65. Il est toutefois important de ne pas perdre de vue que ce droit d'utilisation pourrait faire l'objet d'un terme ou de modalités déterminées, notamment lorsque l'utilisation du logiciel est sur une base « d'abonnement ».

3.2.1 Les limites de base

Quelques restrictions de base sont applicables. D'abord, considérant qu'une licence exclusive de droit d'auteur est soumise au même formalisme qu'une cession de droit d'auteur⁶⁶, la licence implicite ne peut être que non exclusive. De plus, dans le cadre d'un litige, le Tribunal ne peut conclure à une licence à l'étendue plus grande que celle invoquée par la partie demandant une conclusion de licence implicite⁶⁷. Dans *POPS*⁶⁸, la Cour d'appel fédérale est notamment intervenue pour restreindre la portée d'une licence implicite accordée en première instance. La Cour fédérale avait en effet conclu à une licence perpétuelle d'« utilisation », de modification, d'accès aux adaptations futures et d'accès au code source, alors que la partie défenderesse ne revendiquait qu'une « licence d'utilisation ». En appel, la partie appelante invoqua que l'accès au code source ne faisait pas partie des conclusions demandées par la partie intimée. Bien que les parties aient toutes deux admis que l'utilisation du logiciel garanti par la « licence d'utilisation » deviendrait quasi impossible sans l'obtention du code source, la Cour d'appel fédérale refusa d'en autoriser le transfert puisqu'une telle conclusion aurait été *ultra petita*⁶⁹.

L'article 3 de la LDA⁷⁰ est aussi déterminant dans l'étendue de la licence en ce que les droits réservés qui ne font pas l'objet d'une licence restent toujours la seule prérogative du propriétaire du droit d'auteur. À titre d'exemple, l'exécution, la commercialisation et la divulgation au public d'une œuvre sont chacun des droits réservés distincts qui ne sont pas interchangeableables. Leur exercice par le licencié sans qu'ils ne soient inclus à la licence constituent une contrefaçon du droit d'auteur.

3.2.2 L'étendue selon les faits ayant donné ouverture à la licence implicite

Les droits licenciés et l'étendue de la licence sont intrinsèquement reliés aux éléments ayant donné ouverture à la licence implicite. Par exemple, dans *Orio*, lorsque le propriétaire du droit d'auteur avait reconnu qu'une clause de cession de droit d'auteur

66. Para 13(4) et (7) de la LDA.

67. *POPS 2*, *supra* note 32.

68. *Ibid.*

69. *Ibid.*, aux para 32 à 35.

70. Art 3 de la LDA.

non signée régissait la relation entre les parties et qu'un « droit de commercialisation » avait été concédé à la cliente, le Tribunal a conclu à une licence implicite à portée très large. La licence incluait le droit à la cliente de remettre une copie du logiciel à une société tierce via un accès à ses serveurs, le droit d'autoriser un tiers de modifier le logiciel, ainsi que le droit à la vente et l'installation de copies du logiciel chez des clients⁷¹. La conclusion de la Cour d'appel fédérale quant à cette licence implicite à portée très large était directement influencée par la présence de la clause de cession non signée⁷² : son inclusion dans le contrat démontrait une intention claire à l'effet que la cliente détienne le droit d'agir comme si elle était propriétaire du droit d'auteur.

Cette portée large est naturelle dans le cas d'une clause de cession de droit d'auteur qui n'a simplement pas été signée par la partie l'ayant rédigée, mais elle est plus difficilement applicable dans un cas où on déduit une licence implicite des agissements des parties lorsqu'un contrat est silencieux sur le droit d'auteur.

Dans *Crochetière*⁷³, où un programmeur offrait ses services pour l'amélioration du site Internet de sa cliente via un devis estimatif ne contenant pas de clause liée au droit d'auteur, la Cour fédérale conclut à une « autorisation implicite d'utilisation » de l'œuvre en faveur de la cliente. Elle inclut toutefois à l'utilisation une licence de modification et d'amélioration au programme d'ordinateur par la cliente ou un tiers (incluant donc la reproduction de l'œuvre) :

[33] Or, la défenderesse plaide que ledit contrat contenait *une autorisation implicite d'utilisation du programme d'ordinateur élaboré, contre rémunération, par le demandeur et qu'il lui était dès lors loisible d'y apporter elle-même, ou d'y faire apporter par un tiers, toute modification ou amélioration jugée souhaitable. Elle en conclut qu'il n'y a pas eu, dans ces circonstances, de violation du droit d'auteur du demandeur. Je suis du même avis.*⁷⁴
[Les italiques sont nôtres.]

Pour motiver sa conclusion, la Cour fédérale se basa sur la décision de la Cour d'appel fédérale dans *Orio*⁷⁵, elle-même référant à *Netupsky* et *Beck*.

71. *Orio*, supra note 27.

72. *Ibid*, aux para 22-23.

73. *Crochetière*, supra note 15.

74. *Ibid*, au para 33.

75. *Orio*, supra note 27.

Un constat doit toutefois se faire quant à la distinction entre les droits traités dans le principe établi par *Beck*⁷⁶ et les droits que la Cour fédérale a déterminés comme faisant partie de la licence dans *Crochetière*⁷⁷. En effet, alors que *Beck*⁷⁸ traite d'un *droit d'utilisation en la manière et pour les fins convenues*, la Cour fédérale conclut à un *droit d'utilisation, de modification et d'amélioration* – droits qui comportaient aussi le fait de transmettre l'œuvre à un tiers pour modification⁷⁹. Il est apparent des décisions *Beck*⁸⁰, *Netupsky*⁸¹ et *Orio*⁸² que les droits réservés faisant partie de la licence implicite doivent résulter des faits et être justifiés. La décision de la Cour fédérale est toutefois discrète relativement à comment les droits de modification et d'amélioration faisaient dans ce cas partie de la « manière » et des « fins convenues »⁸³.

La distinction entre les droits réservés au propriétaire du droit d'auteur ayant été licenciés à la cliente et ceux ne l'ayant pas été est d'autant plus floue que la Cour fédérale considère, dans *Crochetière*, que d'avoir « vendu, louer (sic) ou céder (sic) le programme d'ordinateur du demandeur à un tiers ou encore qu'elle ait autorisé un tiers [...] à l'utiliser à ses propres fins [...] aurait nettement excédé les paramètres de la licence implicite découlant du contrat intervenu entre les parties. »⁸⁴ La Cour fédérale considérerait donc que la transmission de l'œuvre à un tiers pour modification était acceptable, mais qu'une transmission à un tiers pour que celui-ci utilise le logi-

76. *Beck*, supra note 51.

77. *Crochetière*, supra note 15.

78. *Netupsky*, supra note 1.

79. On reprochait à la défenderesse, dans ce cas, d'avoir fait effectuer les modifications au programme d'ordinateur par une société tierce.

80. *Beck*, supra note 51.

81. *Netupsky*, supra note 1.

82. *Orio*, supra note 27.

83. La Cour fédérale semble en fait conclure ce qui semble « naturellement » faire partie de la licence, sans élaborer sur le sujet : *Crochetière*, supra note 15 au para 38 :

[38] Comme je l'ai déjà mentionné, le devis soumis par le demandeur n'a été suivi d'aucun contrat écrit entre les parties. Le devis lui-même ne contient aucune clause relative aux droits d'auteur. L'entente entre les parties est donc muette à cet égard. Il m'apparaît évident toutefois que le contrat intervenu entre les parties comportait, au bénéfice de la défenderesse, une licence implicite d'utilisation du programme d'ordinateur que devait lui livrer le demandeur, licence qui l'autorisait aussi à modifier ledit programme de manière à en améliorer l'efficacité selon ses besoins. Sinon, on peut bien se demander pourquoi la défenderesse aurait, contre le versement d'une rémunération et sans qu'il lui soit possible d'y apporter d'autres modifications pour son propre usage, confié au demandeur le mandat de moderniser son site Web.

84. *Crochetière*, supra note 15 au para 39.

ciel à ses propres fins ne l'était pas. Pourtant, ces droits avaient tous été considérés comme faisant partie de la licence implicite dans *Orio*⁸⁵ mais la Cour fédérale ne détailla pas les motifs de sa distinction avec la décision de la Cour d'appel fédérale sur ce point.

Considérant que le devis soumis dans cette affaire, seul « contrat » régissant l'entente entre les parties, était muet quant au droit d'auteur, les commentaires de la Cour concernant ce qui est inclus à la licence implicite semblent basés sur le seul contexte de programmation de l'œuvre. En effet, outre les références à la décision *Orio* 1⁸⁶, la décision de la Cour fédérale ne présente pas d'assise juridique sur laquelle repose la détermination des droits réservés inclus ou non à la licence implicite. La Cour se base en fait sur la seule existence d'un contrat entre les parties et de la rémunération librement négociée.

Les assises juridiques permettant de déterminer si une licence implicite octroie à la fois un droit de modification ou un droit de transférer l'œuvre à des tiers restent donc toujours à être déterminées par la jurisprudence. L'inclusion « automatique » du droit de modification peut être un raisonnement juridiquement intuitif lorsqu'on traite du transfert de propriété d'un bien : la personne qui obtient un bien en contrepartie d'une certaine somme en devient propriétaire et peut ainsi y apporter les modifications qu'il désire. Toutefois, dans le cas d'une licence, le démantèlement du droit de propriété est limité. Considérant le libellé de l'article 3 de la LDA, l'utilisation d'un logiciel pourrait difficilement s'étendre à une licence de modification de l'œuvre sans motifs clairs donnant ouverture à un tel démembrement du droit d'auteur.

Une impression distincte est toutefois donnée par la Cour dans des dossiers de licences implicites de droit d'auteur touchant d'autres types d'œuvres. En effet, dans *Netupsky*, la Cour suprême a conclu à une licence implicite comprenant la possibilité de modifier l'œuvre sur la base i) du paiement complet de l'œuvre et ii) du fait que les modifications étaient prévues au contrat. Le contrat pour la production de l'œuvre prévoyait que, si l'auteur se voyait mandaté par son client pour modifier l'œuvre, il recevrait une rémunération additionnelle déterminée en fonction de taux préétablis. La Cour

85. *Orio 1*, supra note 57 au para 3, où il a été considéré que le fait, pour la défenderesse, de poursuivre le développement du logiciel avec une autre société en lui remettant une copie du code source, ainsi que de vendre et installer des copies du logiciel retravaillé chez ses clients faisait partie de la licence implicite qui lui avait été octroyée.

86. *Orio 1*, supra note 57 ; confirmé *Orio*, supra note 27.

suprême conclut donc qu'une telle mention démontrait que les changements et modifications n'étaient pas interdits et que, par son accord au contrat, l'auteur avait aussi consenti tacitement à ce que sa cliente reproduise et modifie les plans par elle-même ou par l'entremise de tiers⁸⁷. Toutefois, la Cour suprême y mentionnait que « [l]'étendue des modifications qui peuvent être apportées aux choses protégées par un droit d'auteur n'est toutefois pas illimitée. La Cour peut inférer des conditions restreignant ce droit, ou le contrat peut, explicitement ou implicitement, interdire tout changement. »⁸⁸ La Cour fédérale, citant cette décision de la Cour suprême, semble considérer qu'une fois l'autorisation d'apporter des modifications donnée, elle s'applique à l'ensemble du logiciel et de la relation entre les parties à moins d'indication contraire⁸⁹.

La jurisprudence ne semble donc pas établir de distinction entre différents types de modifications ou les visées pour lesquelles ces modifications sont faites.

Finalement, une relation continue entre les parties et une contribution importante du licencié au développement du logiciel⁹⁰ pourraient aussi mener à l'inférence que la licence implicite touche les améliorations futures. En effet, dans un cas où le bénéficiaire de la licence était « invité [...] à participer au développement [du logiciel] et, à ce titre, déten[ait] l'autorisation de l'utiliser à titre gracieux » et qu'il aurait accès à toutes les nouvelles versions du logiciel, la Cour conclut qu'il était implicite que cela octroyait le droit d'utiliser toutes les améliorations futures apportées au logiciel⁹¹.

La jurisprudence présente donc des positions qui, sans être contradictoires, n'émettent pas de règle de droit claire quant à la définition ou l'évaluation des droits réservés inclus à une licence implicite. Les faits propres à chaque affaire seront donc tributaires de « la manière » et des « fins qu'au moment de l'engagement les parties avaient à l'esprit au sujet de son utilisation. »

87. *Netupsky*, *supra* note 1 à la p 377.

88. *Ibid*, à la p 378.

89. *Nicholas c Environmental Systems (International Limited)*, 2010 CF 741 aux para 96-98.

90. *Netupsky*, *supra*, note 1.

91. *POPS*, *supra* note 32 au para 110 ; confirmé *POPS 2*, *supra* note 32. La Cour d'appel fédérale a toutefois restreint la portée de la licence implicite pour que celle-ci n'outrepasse pas les conclusions recherchées par le bénéficiaire de la licence dans sa demande reconventionnelle : voir les para 30 à 35.

3.3 « Moyennant rémunération »

La création d'une cession ou d'une licence de droit d'auteur n'est pas tributaire de la rémunération. La Cour fédérale est catégorique à cet effet : « ce n'est pas parce qu'[une partie] a payé le [programmeur] pour son travail qu'[elle] en détient les droits d'auteur et ce n'est pas parce que le [programmeur] n'a pas réclamé de redevances qu'il n'en détient pas. »⁹²

Toutefois, lorsque la programmation d'un logiciel est faite en échange d'une rémunération, l'absence de paiement des sommes dues pour la programmation du logiciel peut faire échec à une conclusion de licence implicite⁹³.

Le principal intérêt de la rémunération dans l'analyse d'une licence implicite réside dans son impact sur la nature révocable de la licence.

3.3.1 L'incidence de la rémunération sur la nature révocable de la licence

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 convenu⁹⁴. Selon la Cour d'appel fédérale, « il n'existe pas de règle de droit d'application générale qui empêche qu'une licence non-exclusive d'utilisation puisse être irrévocable lorsque le licencié a fourni une contrepartie »⁹⁵. Les parties à un contrat peuvent cependant toujours prévoir que la licence sera révocable, que ce soit en termes exprès ou implicites⁹⁶.

92. *Orio 1*, supra note 57 au para 50.

93. *Céjibé*, supra note 1 cité dans *Orio 1*, supra note 57 au para 52.

94. *POPS*, supra note 32 au para 128 ; confirmé 2014 CAF 185 citant *Katz v Cytrynbaum*, 1983 CarswellBC 260 au para 19 (CA C-B) référant à Harold G. Fox, *The Canadian Law of Copyright and Industrial Designs*, 2^e éd (Toronto, Carswell, 1967) aux pp 339-340 et John S. McKeown, Fox, *Canadian Law of Copyright and Industrial Designs*, 4^e éd, feuilles mobiles (Toronto, Carswell, 2009) à §19:4(e) ; *Winter Garden Theatre c Millenium Products*, [1948] CA 173 (CA Qué) aux pp 193 et 198.

95. *POPS 2*, supra note 32 au para 45.

96. *Ibid*, au para 45.

La notion de contrepartie n'est pas limitée à un élément monétaire : elle peut impliquer un investissement en temps, en ressources matérielles ou une contribution au développement du logiciel via l'élaboration de ses composantes, la réalisation de tests, la rémunération de ses créateurs, l'assistance à des réunions et l'élaboration de fichiers et de macroinstructions liées à ces fichiers⁹⁷. Elle peut aussi s'inférer des faits indépendamment du contenu du contrat : même si un contrat entre les parties mentionne que l'utilisation d'un logiciel est à titre gracieux, la Cour peut établir qu'une compensation a été versée dans les faits et conclure à une licence à titre onéreux⁹⁸. La Cour d'appel fédérale a notamment déjà interprété « à titre gracieux » comme indiquant seulement qu'aucune royauté ou montant forfaitaire n'était payable pour l'utilisation du logiciel, et comme n'excluant pas toute forme de contrepartie⁹⁹.

La simple fin de la collaboration entre le bénéficiaire de la licence et l'auteur du logiciel ne rend pas en soi une licence révocable¹⁰⁰. À moins de stipulation au contrat à cet effet, le fait qu'il n'y ait pas de rémunération pour la licence après la fin de la relation entre les parties ne rendra pas non plus cette licence révocable, et ce, particulièrement si le bénéficiaire a fourni une contrepartie importante, en temps ou en argent, pour le droit d'utiliser le logiciel en question pendant la relation entre les parties¹⁰¹.

3.3.2 La rémunération comme indicateur de l'intention des parties

Bien que l'aspect révocable de la licence soit l'une des seules conclusions juridiques pouvant être tirées directement de la rémunération, celle-ci est souvent soulevée dans la jurisprudence en matière de licence implicite¹⁰², notamment lorsqu'une partie en recherche d'une conclusion de licence en sa faveur mentionne avoir payé les honoraires liés à la programmation du logiciel et ne jamais avoir eu de réclamation de la part du programmeur pour des redevances sur l'utilisation du logiciel¹⁰³.

97. *Ibid*, aux para 118, 128 et 129 ; confirmé 2014 CAF 185 aux para 50 et 51.

98. *Ibid*, aux para 88, 118 et 119 ; confirmé 2014 CAF 185.

99. *Ibid*, au para 52.

100. *Ibid*, aux para 37 et s.

101. *Ibid*, aux para 32, 48, 49 et 52.

102. *Orio 1*, *supra* note 57 au para 50 ; *POPS*, *supra* note 32 ; confirmé *POPS 2*, *supra* note 32 aux para 48 et s ; *Crochetière*, *supra* note 15 au para 41.

103. *Orio 1*, *supra* note 57 au para 50.

Les modalités de paiement convenues entre les parties peuvent être à l'origine d'inférences sur l'intention des parties et aux droits licenciés implicitement par le propriétaire du droit d'auteur. En effet, on peut inférer du paiement d'un montant annuel pour une licence que le client ne bénéficie probablement que d'un droit d'utilisation du logiciel limité dans le temps (sous réserve, évidemment, du contenu du contrat et des agissements des parties). On peut aussi inférer d'honoraires additionnels pour des modifications prévues au contrat que ces modifications sur le bien acheté sont permises par le titulaire du droit d'auteur¹⁰⁴.

Les tribunaux concluant à une licence implicite ont déjà considéré que, lorsque

[l]e contrat intervenu entre les parties prévoyait la réalisation d'une « œuvre » moyennant une rémunération librement négociée entre elles » le propriétaire du droit d'auteur avait déjà « sans doute considéré, en s'engageant à réaliser les travaux, « une juste récompense pour le créateur ».¹⁰⁵

Toutefois, par la nature d'un litige de licence implicite, bien qu'une rémunération ait été librement et explicitement négociée, il n'en va pas de même des droits concédés par le titulaire du droit d'auteur. La corrélation entre un élément déterminé (le prix) et un élément indéterminé (les droits pouvant s'inférer de la relation entre les parties) est donc difficile à faire : la « juste récompense pour le créateur » aurait-elle été plus élevée si celui-ci avait eu en tête, au moment de la conclusion du contrat, l'octroi de droits réservés auxquels la Cour conclut ? Bien que la rémunération soit significative dans une conclusion d'existence de licence implicite, elle peut difficilement être en soi la justification de son étendue.

Conclusion

Il appert donc que les éléments centraux de la création d'une licence implicite de droit d'auteur en matière de logiciels sont les modalités afférentes au contrat de programmation, qu'il mentionne ou non le droit d'auteur, ainsi que la conduite des parties au fil du temps.

104. *Netupsky*, *supra* note 1 à la p 377.

105. *Crochetière*, *supra* note 15 au para 41 référant à *Cinar*, *supra* note 7 au para 23.

Le paragraphe 13(4) de la LDA et la nécessité d'un écrit vise à « protéger les titulaires du droit d'auteur [en ce qu'ils] doivent consentir de façon claire à la cession de la propriété de leur droit. »¹⁰⁶. Les tribunaux ont d'ailleurs déjà mentionné que « le but visé par l'exigence d'un écrit signé prévue au paragraphe 13(4) est de protéger le premier titulaire du droit d'auteur mais certes pas les tiers en leur permettant d'échapper plus facilement à des poursuites pour violation des droits d'auteur¹⁰⁷. »

Certains plaideurs ont fait valoir que la licence implicite aurait en effet le potentiel de vider le formalisme du paragraphe 13(4) de la LDA de son utilité¹⁰⁸. Les droits exclusifs du propriétaire du droit d'auteur n'ayant pas fait l'objet de la licence implicite peuvent effectivement paraître insuffisants pour qu'un auteur puisse réellement « contrôler » l'usage de son œuvre lorsqu'il est permis à des tiers de la transférer, de la modifier et de la commercialiser en raison d'une licence implicite.

La licence implicite au regard des agissements des parties peut être une conclusion juridique appropriée dans certains cas, mais son application sans motifs extensifs par les tribunaux pourrait avoir à long terme l'effet de diminuer considérablement la valeur de l'actif que constitue le droit d'auteur, notamment en matière de logiciel, où son application est propice de par la dynamique entre les cocontractants.

C'est dans cette perspective que la négociation et la rédaction de contrats impliquant de la programmation logicielle revêtent un caractère important. L'utilisation de contrats et de clauses standards utilisées pour tous les mandats d'une entreprise peut être à éviter selon le modèle d'affaires¹⁰⁹ de l'entreprise de programmation

106. *Orio*, supra note 27 au para 20.

107. *Mensys*, supra note 30 au para 31.

108. *Orio*, supra note 27 au para 10, où la Cour d'appel fédérale reproduit une partie de l'argumentaire de l'appelant :

Pour l'appelant, il « serait en effet contraire au texte et à l'esprit de la *Loi sur le droit d'auteur* si la portée d'une licence d'utilisation pour commercialisation avait pour effet, dans les faits, de conférer au détenteur de la licence d'utilisation le droit d'agir à toutes fins pratiques comme s'il était le détenteur des droits d'auteurs, et de nier ainsi au titulaire d'un droit d'auteur tout exercice de ses droits sur les autres aspects de ses droits d'auteur » : mémoire de l'appelant [...]. Pour l'appelant, seulement une cession du droit d'auteur ou une licence exclusive pourraient conférer de tels droits à *Orio Canada Inc.* [...].

109. C'est notamment ce qui était fait par le programmeur dans *Orio*, selon le témoignage de celui-ci : voir *Orio*, supra note 27 para 16.

impliquée. Un libellé clair quant aux limites de la licence à la fin du contrat, qu'il s'agisse des droits octroyés ou au terme de la licence, est aussi important. Ceux-ci ne constituent évidemment que des précautions contractuelles de base parmi l'ensemble des mesures disponibles pour les programmeurs désirant protéger leur droit d'auteur et prévenir l'application d'une licence implicite.