Enfin, le niveau de contrôle public sur les sociétés de gestion collective demeure un sujet de préoccupations qui s'accentue à mesure que ces dernières exercent des rôles accrus dans les processus de diffusion et de circulation des oeuvres. La tendance à faire de ces instances des interfaces majeures entre les intérêts des usagers et ceux des créateurs ira en s'accentuant; à ce titre, elles contribuent nécessairement aux arbitrages qui doivent être faits, ce qui suppose une intensification des obligations de rendre compte et de justifier leurs décisions devant diverses instances.

Vol. 6, no 3

Le marché du progiciel licence ou vente?

Ejan Mackaay

Introdu	ction					 			402
I,	La licence	* *			-		-		403
	A. Le marché du logiciel sur mest	ure	+						403
	B. Le marché du progiciel								
II.	La vente								409
	A. L'objet vendu		400						409
	B. L'effet de la «licence»			26	-		ı,		413
Conclus	on								416

© Ejan Mackaay, 1994.

Professeur à la Paculté de droit et au Centre de recherche en droit public de l'Université de Montréal Je remercie ma collègue, le De Ysolde Gendreau, de ses commentaires sur ce texte.

Introduction

L'acquéreur d'un progiciel (logiciel grande diffusion) doit bien vivre des surprises. En payant à la caisse du magasin, il pensait acheter le progiciel au même titre que le livre et le vidéo-clip qui en expliquent le fonctionnement². Mais au moment où il s'apprête à ouvrir la boîte du progiciel, il apprend qu'il n'en est rien. Sur l'extérieur de la boîte ou, à l'intérieur, sur l'enveloppe scellée dans laquelle se trouvent les disquettes comportant le progiciel, il trouve un avis lui interdisant de se servir du progiciel, pourtant payé régulièrement, sauf à accepter les conditions d'une licence. Il se fait donc prier de lire attentivement les conditions de cette licence avant de les accepter. Pour simplifier les formalités, l'acceptation s'effectue par le simple fait de déchirer l'emballage de la boîte.

À l'intérieur de la boîte, le client trouve un carton qu'il est invité à retourner au fabricant du progiciel avec ses nom et adresse et le numéro identificateur de son exemplaire du progiciel. Le carton énonce que le renvoi confirme l'acceptation des conditions de la licence et donne droit aux mises à jour à un prix avantageux ainsi qu'au service de consultation du fabricant du progiciel.

Si les conditions proposées de la licence ne lui agréent pas, le client peut, dit encore l'avis à l'intérieur, retourner la boîte sans l'avoir ouverte pour un remboursement intégral. Il lui est évidemment difficile de retourner la boîte non ouverte si cette possibilité n'est portée à sa connaissance qu'à l'intérieur de la boîte. La pratique apprend que les détaillants ne s'empressent guère à honorer cette promesse du fabricant du progiciel.

L'acquéreur du progiciel doit se demander quelles finasseries les juristes lui ont encore réservées. En personne honnête, il sait bien que, comme pour le livre et le vidéo-clip, il ne peut faire des copies du logiciel à sa guise ni, surtout, donner ou vendre celles-ci à des tiers.

2. Les guides d'utilisation fournis par les maison d'édition des logiciels sont généralement bien plus des catalogues des options qu'offre le logiciel que des guides à l'intention de l'usager. D'où l'intérêt d'acheter séparément un livre rédigé par un tiers qui a bien la perspective de l'usager à l'esprit. Mais il pouvait s'attendre à pouvoir se servir normalement du progiciel une fois qu'il en aurait réglé le prix. Pourquoi faut-il une licence en plus? Pourquoi n'y a-t-il pas une vente ordinaire? La maison d'édition du logiciel n'aide en rien à lever la confusion en écrivant sur la boîte: «Ce que vous obtenez en achetant [nom du logiciel]:...»³, mais en revenant à la terminologie des licences à l'intérieur.

Le propos de cet article est de venir en aide à cet acquéreur honnête, en examinant ce qui se passe juridiquement au moment d'acquérir le logiciel et après. Dans la première partie, nous examinerons l'origine et le statut actuel de la licence en matière de logiciels. Comme le progiciel – produit de masse – s'acquiert à notre avis par une vente plutôt que par une licence, nous étudierons, dans la deuxième partie, la nature de cette vente et le rôle qu'y joue le document libellé «licence».

I. La licence

A. Le marché du logiciel sur mesure

Pour comprendre le recours à la licence en matière de logiciel, il convient de rappeler la courte histoire de sa mise en marché. Au début de l'ère informatique, les logiciels d'exploitation – le «système» – nécessaires pour faire tourner les premiers ordinateurs étaient livrés avec ceux-ci. Les logiciels d'application étaient construits sur mesure par des informaticiens au service de l'acheteur de l'ordinateur ou par des consultants informaticiens, liés à l'acheteur par un contrat de services. Dans toutes ces hypothèses, les contrats donnant accès aux logiciels étaient négociés, ce qui permettait de préciser dans le contrat les droits des parties sur le logiciel.

Avec la progression de l'informatique, il devient intéressant de réutiliser un logiciel développé sur mesure pour un client afin de mettre au point un logiciel qui répond aux besoins semblables d'un autre client, ou de nombreux autres. Tant le client initial que l'informaticien créateur du logiciel a intérêt à rechercher ces nouveaux clients, car on peut ainsi répartir le coût de développement du logiciel

^{3. «}What you get when you buy...», formule employée par Aldus sur la boîte de Aldus Intellidraw pour le Macintosh, version 1.0, diffusé à l'automne 1993. Il est vrai que «to buy» en anglais de common law n'est pas l'équivalent parfait de «acheter» en français civiliste. Mais quel acheteur saura la différence?

Sur l'opportunité de distinguer marché de logiciels sur mesure et marché de progiciels, voir Ejan MACKAAY, «Contracting for software in Canada», dans: Hans-Leo Weyers (dir.), Datenverarbeitungsprogramme als Gegenstand des Rechtsverkehrs, Baden-Baden, Nomes Verlagsgesellschaft, 1992, p. 9-39 (coll. Arbeiten zur Rechtsvergleichung, Band 155).

sur plusieurs personnes. Souvent le client est mieux placé que l'informaticien pour entreprendre cette diffusion, car il est dans la même branche que les autres éventuels clients. De multiples formules de mise en marché deviennent alors envisageables, selon que le client ou l'informaticien a le rôle principal dans la recherche de nouveaux clients. Chaque formule requiert cependant que soient clairement attribués entre les parties les droits sur le logiciel et ses dérivés et sur le revenu qu'on tire de leur distribution. La jurisprudence fournit de nombreux exemples de ce qui advient lorsqu'on néglige ce point⁵.

Une fois la formule de distribution arrêtée, il faut prendre soin de bien définir les rapports avec les clients à venir. Celui qui livre son logiciel à des clients s'expose en effet à plusieurs dangers: celui, d'abord, que les clients, ayant eux-mêmes des connaissances informatiques ou des informaticiens à leur emploi, adaptent le logiciel ou s'en servent pour en développer un autre qu'ils mettent en marché comme concurrent du premier; ou encore le danger qu'un client transmette le logiciel à un tiers et que le créateur ne réussisse plus alors à endiguer le piratage. En vue de contrôler de tels agissements, le créateur ou distributeur du logiciel précise, dans un contrat négocié, ce que le client peut et ne peut pas faire avec le logiciel. Pour agir contre les tiers, il lui faut un droit réel (erga omnes), qui est, pour le logiciel, le droit d'auteur⁶.

Le contrat peut autoriser le client à faire des reproductions ou adaptations du logiciel, actes qui autrement seraient réservés au titulaire du droit d'auteur. Il lève partiellement au profit du client l'interdiction générale d'accomplir des actes réservés au titulaire du droit d'auteur, ici reproduire ou adapter, sans cependant lui céder ce droit. On dira alors que le titulaire du droit d'auteur accorde une licence au client. Le terme «licence» est employé en deux sens distincts. Selon le premier, la licence est accordée à des fins de commerce et permet au licencié de faire de nombreuses copies destinées à des tiers. On peut ainsi accorder une licence pour reproduire de la musique pour un film. Le terme «licence» est encore employé dans un deuxième sens, celui où la licence vise à autoriser l'usage de l'oeuvre protégée par le client. C'est en ce deuxième sens que l'on parle de «licence de logiciel». On peut s'interroger sur la justesse de cet emploi, car l'usage ne fait pas en soi objet du droit d'auteur et les actes réservés accomplis par le client pour cet usage – reproduire le logiciel sur disque rigide, l'adapter à son installation – ne sont qu'accessoires? Mais le terme «licence» s'est désormais imposé.

Étant donné la liberté de contrat, la «licence» peut comporter des clauses ne touchant pas directement le droit d'auteur. Celui qui distribue le logiciel peut contractuellement interdire au client certains actes touchant le logiciel ou les réglementer autrement. Il peut stipuler que la copie du logiciel livrée ne peut être utilisée que sur une machine précise, que le client ne peut modifier le logiciel ou remonter au code source (à supposer que cela puisse être accompli sans reproduction), que le client ne peut céder à un tiers les droits qui lui résultent du contrat. Ces actes n'intéressent pas directement le droit d'auteur et c'est donc par extension seulement qu'on appellerait «licence» le contrat qui les réglemente. A fortiori, cela vaut pour des exclusions ou limitations de garantie et pour des clauses par lesquelles le créateur s'engage à livrer à un prix très avantageux les nouvelles versions du logiciel qu'il pourrait produire.

Ce qu'on appelle «licence de logiciel» est donc plus qu'une licence dans l'un des deux sens propres reconnus en droit d'auteur. Il s'agit plutôt d'un contrat innommé régissant l'usage du logiciel. Le contrat ressemble au louage de choses⁸. Quoi qu'il en soit, si le contrat de licence est formé à la suite d'une négociation et par la signature d'un écrit, il n'est pas douteux qu'il produit les effets énoncés dans l'écrit, quand bien même celui-ci aurait été prérédigé par l'une des parties. Il n'en est pas forcément de même dans le marché des progiciels, produits de masse, où justement il n'y a pas d'accord explicite au sujet de la «licence». C'est ce qu'il convient d'examiner maintenant.

^{5.} Au Québec, voir par exemple, Dynabec c. Société R.D.G., [1985] C.A. 236, conf. [1984] C.S. 1189. Aux États-Unis, Whelan Associates c. Jaslow Dental Laboratory, 797 F. 2d 1222 (1986, États-Unis, Cour d'appel du 3° circuit) (permission d'appeler à la Cour suprême refusée: 479 U.S. 1031 (1987); Computer Associates International c. Altai, 775 F. Supp. 544-573, 20 USPQ 2d 1641 (ED NY 1991), confirmée par la Cour d'appel du 2° circuit, le 22 juin 1992, (1992) 23 USPQ 2d 1241-1262.

^{6.} Les systèmes juridiques à travers le monde sont maintenant fixés sur l'option du droit d'auteur comme principale forme de propriété intellectuelle sur le logiciel. Pour le Canada, voir les art. 2 et 3 de la Loi sur le droit d'auteur (L.R.C., c. C.42), où le logiciel - appelé sprogramme d'ordinateurs - est assimilé à une oeuvre littéraire. Dans des conditions particulières, le brevet peut être demandé. En outre, la marque de commerce peut servir de protection accessoire pour le logiciel contre des pirates, comme on le constate dans l'affaire R. c. Michel Locquet, [1985] C.S.P. 1112-1119. Mais ces doux options ne doivent pas nous retenir ici.

Comme le fait d'ailleurs André LUCAS, Droit de l'informatique, Paris, PUF, 1987, pp. 337 p. 405.

Dans le même sens, Michel VIVANT, Christian LE STANC et al., Lamy - droit de l'informatique, Paris, éd. Lamy, 1991, § 549, p. 290; Élisabeth P.M. THOLE, Software, een 'novum' in het vermogensrecht, Deventer, Kluwer, 1991, p. 166.

B. Le marché du progiciel

L'avenement de la micro-informatique a donné lieu à la standardisation et à la diffusion de masse des produits informatiques, appareils aussi bien que le «soft» qui les fait tourner. Les logiciels sont offerts aux clients, sous forme standardisée, à une fraction du coût de développement⁹. On parle de «over-the-counter software» ou «off-theshelf software». Le marché de masse conditionne non seulement la nature des produits mais aussi le cadre juridique dans lequel ils sont offerts. La négociation de gré à gré d'une «licence» cède la place à la conclusion parfaitement standardisée d'une convention qu'il reste à qualifier¹⁰. Comme le fait remarquer Raymond Nimmer, la distribution dans un marché de masse offre moins de liberté contractuelle que les licences négociées avec le client¹¹.

Voyons comment le contrat se forme dans les faits. Les progiciels sont mis en marché par des maisons d'édition, tout comme les livres, les disques et les vidéo-clips. On peut se les procurer en les commandant par la poste, par télécopieur ou par courrier électronique sur la foi d'un catalogue ou d'une annonce, ou en se rendant chez un détaillant. Chez le détaillant, on trouve d'habitude des piles de boîtes comportant des progiciels, rangées selon le type d'appareil et la fonction que le logiciel remplit. Le client prend un exemplaire du progiciel qui l'intéresse, se rend à la caisse, paye le logiciel et apporte la boîte avec lui pour s'en servir.

À aucun moment n'est-on en présence d'une pratique systématique destinée à créer un lien de droit personnel et durable entre le client et le détaillant ou entre le client et la maison d'édition, pour laquelle le détaillant agirait comme mandataire. Il n'y a pas non plus d'annonce avertissant le client que le seul effet de payer à la caisse est de se faire donner une offre de licence par la maison d'édition du progiciel. Rien n'indique que l'usage du progiciel sera suspendu jusqu'à l'accomplissement d'autres actes juridiques visant à créer un lien de droit direct entre lui et la maison d'édition. Au contraire, tout se passe comme pour les livres, les disques et les vidéo-clips, dont on

 Raymond T. NIMMER, The Law of Computer Technology, Boston et New York, Warren, Gorman et Lamont, 2º éd., 1992, § 7.22, p. 7-78. qualifie l'acquisition sans hésitation comme un achat. La marchandise étalée avec le prix affiché constitue une offre. Le client, en apportant une boîte à la caisse et en réglant le prix, accepte cette offre, ce qui forme le contrat, et exécute son obligation de payer, tout en prenant livraison. Tout indique que la propriété de la boîte et de son contenu lui sont définitivement – et non pas temporairement ou conditionnellement – acquises. L'analyse n'est guère différente dans le cas d'une commande par la poste, par télécopieur ou par courrier électronique, avec indication d'un numéro de carte de crédit.

L'hypothèse qu'il n'y a pas vente produit d'ailleurs d'autres conséquences fâcheuses. Les détaillants vendraient systématiquement la chose d'autrui, sans y être autorisés et sans d'ailleurs faire connaître ce vice de titre, contrairement à l'article 1723 du nouveau Code civil du Québec (C.c.Q.). On se demanderait en outre, dans cette hypothèse, quel droit le client a pu obtenir en réglant le prix à la caisse. C'est bien l'usage du progiciel qui intéresse le client dans le contrat qu'il conclut. Si cela lui échappe, il faudrait conclure que tout ce qui se passe chez le détaillant est un simulacre élaboré. Une telle conception ne résiste pas à l'analyse.

Il en résulte que ce que les maisons d'édition voudraient qualifier de «licence» ne fait pas partie du contrat d'achat validement conclu. On peut se demander si la «licence» produit néanmoins effet en se substituant à la vente ou en s'y ajoutant. Dans chaque hypothèse, il convient d'abord de tirer au clair comment le contrat de licence serait formé.

La terminologie employée – shrink-wrap licence; tear-meoff/open licence; box-top licence – et la formulation même des licences
laissent entendre que le seul fait d'ouvrir la boîte devrait être considéré comme une acceptation. La formule est attrayante pour le
fabricant ou éditeur du progiciel dans la mesure où tout client doit
passer par cette étape. Elle présuppose évidemment que le client soit
déjà clairement saisi de l'offre, qui doit donc forcément apparaître sur
l'extérieur de la boîte, de manière très visible et dans un langage
accessible. Ces conditions ne sont pas toujours remplies. Il faudrait
en outre admettre qu'un acte parfaitement innocent pour la plupart
des achats courants soit inhabituellement lourd de conséquences ici,
sans que le «vendeur» ait spécialement attiré l'attention sur ce fait.
Cette analyse nous paraît pour cette raison difficilement soutenable.

On peut alors se rabattre sur une deuxième hypothèse de formation. Les disquettes sont livrées dans une enveloppe comportant un avis indiquant que le fait de l'ouvrir constitue acceptation de la

Les progiciels sont offerts à des prix variant entre 100 et 1000\$ US. Les jeux coûtent moins. Un logiciel comparable développé sur mesure coûterait sans doute au delà de 500 000\$ US.

^{10.} Ce qui ne veut absolument pas dire que les fabricants peuvent être moins sensibles aux souhaits des clients ou que ceux-ci ne se font pas offrir les produits qu'ils souhaitent. La possibilité de changer de fournisseur (la exit option, comme disent les économistes) donne aux clients un pouvoir de sanction redoutable et efficace, comme le montre bien le marché de la micro-informatique.

licence et renvoyant à l'énoncé de la licence sur l'enveloppe même ou sur un carton distinct. De nouveau, tout acheteur doit ouvrir l'enveloppe pour se servir du progiciel. Dans cette hypothèse, il est plus difficile de soutenir que l'offre de licence ait pu échapper au client, bien que son attention n'ait pas été spécialement attirée sur des clauses onéreuses pour lui. Mais la difficulté principale vient de ce que la maison d'édition, tiers au contrat d'achat, propose ici une novation de ce contrat qui n'agrée pas forcément l'acheteur. Si l'acheteur n'accepte pas, la licence voudrait faire produire l'effet qu'il n'a pas le droit d'utiliser le progiciel. La vente deviendrait alors sans objet et sans doute nulle, avec les conséquences aberrantes évoquées plus haut. Cette hypothèse ne peut donc pas non plus être retenue.

Il y a, enfin, une troisième hypothèse de formation rattachée au renvoi d'un carton réponse. Le carton comporte les nom et adresse du client et, souvent, un numéro d'enregistrement de l'exemplaire du progiciel du client. Il énonce que le renvoi produira plusieurs effets simultanés. Il confirme l'acceptation de la licence par le client et lui donne droit aux consultations en cas de difficultés avec le progiciel ainsi qu'aux mises à jour à prix très intéressant. Il n'y a rien à redire sur la réunion de ces trois effets. Les deux derniers droits, ne correspondant pas à des obligations impératives du fabricant de progiciel, peuvent être accordés librement par contrat aux conditions convenues. La particularité ici vient de ce que le renvoi de la carte n'est pas une action indispensable pour le client qui veut se servir du progiciel. Les fabricants ou maisons d'édition de progiciels ne poursuivent pas ceux qui ne renvoient pas le carton - la majorité des acheteurs, paraît-il. Ils admettent ainsi que ces clients ont un juste titre pour se servir du progiciel. Cela étant, il faut conclure que le renvoi du carton constitue l'acceptation d'un contrat facultatif dont les effets s'ajoutent à ceux de la vente.

On voit donc que l'acceptation du contrat de licence dans le marché de masse du progiciel est douteuse lorsqu'on l'impute à tous les acheteurs, par le simple fait d'ouvrir une boîte ou une enveloppe. Il faut rejeter en conséquence l'hypothèse que la «licence» du progiciel se substitue au contrat de vente. L'acceptation de la «licence» est plausible lorsqu'on la fait dépendre du renvoi d'un carton réponse. Dans ce cas, cependant, la licence n'est que facultative et lie seulement la minorité des acheteurs qui renvoient le carton; elle ne peut constituer le véhicule principal par lequel on construit le droit d'usage de l'acheteur du progiciel.

La difficulté n'a pas échappé au législateur. Dans deux États américains, la Louisiane et l'Illinois, des lois ont été adoptées pour donner effet aux «shrink wrap licences» 12. À la condition de respecter des conditions d'affichage sur la boîte, le fabricant ou la maison d'édition du progiciel pouvait imputer à l'acheteur qui ouvre la boîte ou l'enveloppe l'acceptation de la licence. Cette licence pouvait comporter des restrictions sur le nombre de copies, sur les adaptations ou modifications ou sur le transfert à des tiers, ainsi que des limitations ou l'exclusion de garanties. La loi louisianaise a cependant été jugée ultra vires du législateur étatique et donc inopérante, étant donné qu'elle permettait une interdiction radicale de copier, alors que la loi fédérale américaine sur le droit d'auteur, en son article 117, autorisait au moins des copies d'archivage 13. Ces développements américains laissent entendre que, si la «licence» du progiciel doit recevoir effet, c'est par la voie de l'interprétation contractuelle, en marge de la vente, qu'on y parviendra.

II. La vente

A. L'objet vendu

Lorsque l'on analyse l'acquisition du progiciel comme une vente¹⁴, la question centrale est de déterminer l'objet vendu. C'est la propriété de cet objet que le vendeur transfere à l'acheteur. Pour ce qui est du support du progiciel et des autres objets matériels dans la boîte, la question ne pose problème pour personne. La difficulté

La Rev. Stat., §§ 51.1961-1965; III. Stat., c. 29, §§ 801-808.

^{13.} Vault Corp. c. Quaid Software Ltd., 655 F. Supp. 750 (E.D. La 1987), confirmée 847 F. 2d 255 (5° circuit, 1988). Cette décision s'est attirée de nombreux commentaires, dont Mary BRANT JENSEN, «The Proemption of Shrink Wrap Licenses in the Wake of Vault Corp. c. Quaid Software Ltd.», (1988) 8 Computer/Law J. 157-169. Voir aussi Step-Saver Data Systems c. Wyse Technology, 939 F. 2d 91-108 (3° circuit, 1991), décision qui établit que les seules mentions «Limited Use License Agreement» et «opening this product indicates your acceptance of these terms» ne suffisent pas à imposer des restrictions ou une «licence» au client. Lire p. 3e et s. de l'arrêt Step-Saver. «The effect of the box-top license». Dans le même sens au Canada, North American Systemshops Ltd. c. King. (1989) 26 CIPR 165 (Q.B. Alb.).

^{14.} Analysent également comme une vente le contrat par lequel l'utilisateur acquiert un progiciel: Barry B. SOOKMAN, Computer Law - Acquiring and Protecting Information Technology, Carswell, Toronto, 1989, § 2.16(d), p. 2.67 à 2.75; Raymond T. NIMMER, op. cit., § 7.24 (p. 7.83 et s.); Jérôme HUET et Herbert MAISL, Droit de l'Informatique et des Télécommunications, Paris, Litec, 1989, § 461, p. 448; Heinrich DORNER et Ralf JERSCH, «Die Rechtsnatur der Software-Überlassungsverträge», (1988) 3 Informatik und Recht (n° 3, avril 1988) 137-147; P. KLEVE et R.V. de MULDER, «De juridisch status van software», [1989] Nederlands Juristenblad 1342-1345, avec contestation et réplique dans la même revue, 1990, p. 279-285. Contra: Michel VIVANT, Christian LE STANC et al., Lamy - droit de l'informatique, Paris, éd. Lamy, 1991, n° 549, p. 290; André LUCAS, Droit de l'informatique, op. cit., n° 333-337, p. 395-407.

viendrait du contenu intellectuel, qui est justement ce qui intéresse l'acheteur.

On fait valoir d'abord que, comme c'est le progiciel qui prime dans le contrat et qu'il est un objet intellectuel, c'est la propriété intellectuelle qui devrait déterminer la qualification 15. En deuxième lieu, un élément important dans la qualification serait que le logiciel est destiné à être utilisé par le client alors que les livres et les disques ont vocation à être communiqués 16. Il conviendrait alors, en troisième lieu, de séparer le support et son contenu 17. Ce qui ferait, quatrièmement, difficulté pour l'hypothèse d'une vente, c'est que l'acheteur n'aurait pas le droit de disposer de la chose achetée 18. En cinquième lieu, vendre, pour un objet intellectuel, voudrait dire céder le droit intellectuel, ce qui est manifestement contraire aux intentions du fabricant ou distributeur du progiciel 19. Examinons ces objections à tour de rôle.

Il est sans doute vrai que ce qui intéresse au premier chef l'acquéreur du progiciel est son contenu intellectuel. Il n'en va pas autrement cependant pour les livres, les disques et les vidéo-clips, pour lesquels l'on parle sans hésiter de vente. On conçoit l'époque où la valeur du support du livre dominait celle du contenu. De nos jours, ce rapport ne tient plus. La composition, le papier et l'impression surtout lorsque le manuscrit est composé par éditique et livré prêt à reproduire - représente de l'ordre de cinq pourcent du prix de revient; les redevances de l'auteur sont d'habitude supérieures et le gros du prix de revient passe aux frais de la distribution, avec les risques afférents. La distinction proposée est fonction de l'état d'avancement technique et des coûts relatifs d'une époque. Son fondement peut s'effriter avec l'évolution de ceux-ci. Pour les disques et les vidéo-clips, le support a été un facteur secondaire des leur apparition. Le progiciel ou sa mise à jour, fait-on remarquer, peut être livré par voie télématique20, ce qui tend à effriter encore davantage le fondement de la vente, qui s'attacherait au support matériel. Mais le contenu des disques et des vidéo-clips peut, lui aussi, être livré par ondes, câble ou autoroute électronique. Cet argument ne peut donc être retenu.

Le logiciel est destiné à être utilisé et non à être communiqué. comme le contenu du livre, du disque ou du vidéo-clip. Il s'agirait d'un objet utilitaire et non d'un objet artistique. La distinction laisse songeur. On peut admettre que le droit d'auteur français, contrairement au droit canadien, a mission de protéger au premier chef des créations artistiques. Mais la loi française accorde, elle aussi, expressément protection aux logiciels. La distinction entre les deux types de mission paraît d'ailleurs surfaite. Les livres de recettes, la musique qu'on entend dans les supermarchés et les vidéo-clips qui montrent des programmes de gymnastique paraissent utilitaires. En revanche, on conçoit que les logiciels de jeu, de dessin ou de composition musicale puissent évoquer des émotions comme des oeuvres artistiques. Sur quoi fonderait-on la distinction parmi les oeuvres protégeables par droit d'auteur selon l'intention - esthétique ou utilitaire - de l'acheteur? Ce droit ne contrôle que la reproduction et la représentation.

Le troisième argument, celui de la séparation des éléments matériel et intellectuel d'un objet, est inédit. Pour aucun autre objet n'a-t-on proposé pareille séparation, pas plus pour les livres, les disques ou les vidéo-clips que pour les maisons ou les voitures, qui peuvent, elles aussi, comporter des éléments susceptibles de protection par droit d'auteur.

L'acheteur, fait-on observer en quatrième lieu, n'aurait pas le droit d'aliéner l'objet acheté. L'absence de «l'abusus» ferait qu'il n'a pas reçu le droit de propriété. Mais d'où viendrait cette interdiction d'aliéner? Ce n'est pas le détaillant vendeur du progiciel qui l'impose. Si elle existe, elle viendrait du fabricant ou éditeur qui l'imposerait par le biais de la «licence». Or, l'analyse précédente montre que la «licence» ne lie pas forcément tout acheteur du progiciel. La restriction d'aliénation qu'elle comporterait ne s'impose donc pas à l'acheteur qui se limiterait à acheter le progiciel au détaillant sans entrer en rapport avec le fabricant ou éditeur.

Le cinquième argument d'irrecevabilité d'une qualification comme vente est tiré de l'intention des parties. Le fabricant ou éditeur du progiciel n'a nullement l'intention de vendre (céder) ses droits et le détaillant ne peut lui faire perdre des droits. L'observation est juste, mais n'est pas perçue comme un obstacle à la vente des livres, des disques et des vidéo-clips. On a pu dans ces cas éluder le problème en prétextant le rôle dominant du support²¹. Le logiciel nous force à clarifier l'analyse pour l'ensemble des objets à contenu intellectuel.

^{15.} LUCAS, op. cit., nº 172, p. 193.

LUCAS, op. cit., nº 337, p. 406.

LUCAS, op. cit., nos 334-335, p. 397.

Philippe MALAURIE et Laurent AYNES, Droit civil - Les contrats spéciaux, Paris Éditions Cujas, 5º éd., 1991, nº 513, p. 267 (note 35).

LUCAS, op. cit., nº 335, p. 399.

^{20.} LUCAS, op. cit., nº 335, p. 397.

^{21.} LUCAS, op. cit., nº 337, p. 406.

Nous proposons d'analyser comme une vente de progiciel le contrat entre le détaillant et le client. Il est vrai que le même objet, confectionné sur mesure, donnerait lieu à un contrat d'entreprise ou de service. Loin d'être inquiétante²², la divergence des qualifications nous paraîtrait parfaitement normale, par exemple, en matière de maisons. On peut s'en faire construire sur mesure (contrat d'entreprise) ou en acheter une qui vient d'être construite (vente). Dans les deux cas, on s'installe dans une maison neuve dont on est propriétaire. C'est donc le contexte de la distribution – formule choisie par le fabricant ou éditeur – qui détermine la qualification du contrat. Pour un objet de série, standardisée, la vente s'impose.

La propriété transférée est celle du support du progiciel qui se trouve dans la boîte. Et le contenu intellectuel? On peut envisager deux analyses. Suivant la première, on dirait que l'acheteur peut se servir du support et de son contenu dans le respect du droit des autres, notamment le droit d'auteur du fabricant ou de l'éditeur. Dans des ventes plus classiques, on admet sans difficulté que la jouissance de l'objet acheté puisse être soumise à des restrictions provenant du droit public ou du droit des voisins.

À cette analyse nous préférons une deuxième, suivant laquelle l'acheteur obtient le droit d'utiliser comme un accessoire de la chose vendue. Le titulaire du droit d'auteur – fabricant ou maison d'édition – en choisissant la formule de distribution de masse, renonce implicitement à l'exercice de ses prérogatives dans l'exacte mesure nécessaire pour permettre à l'acheteur de se servir normalement de l'objet vendu. Le contrat de vente comporte donc le transfert d'une licence implicite comme accessoire de la chose vendue. La transmission des droits accessoires – dont ceux provenant ici de la licence implicite – est établie en droit québécois depuis l'arrêt Kravitz²³ et trouve désormais un appui dans le texte de l'article 1442 C.c.Q., que l'on doit lire avec l'article 1718.

Cette analyse nous paraît pouvoir rendre compte de la vente des livres, des disques, des vidéo-clips et des progiciels. Ces ventes sont soumises aux règles du Code civil et, le cas échéant, en outre à celles de la Loi sur la protection du consommateur²⁴. Le contenu de la licence devra être déterminé suivant la formule de l'article 1434 C.c.Q. Le fabricant ou éditeur qui contracte avec un grossiste ou détaillant pour la distribution du progiciel s'engage «pour tout ce qui découle [du contrat] d'après sa nature et suivant les usages, l'équité ou la loi». Cela implique, à notre avis, qu'il admet le droit pour le client usager de copier son logiciel sur disque dur, d'en faire une copie d'archivage et, au besoin, de l'adapter à son installation. On objectera que cette levée de l'interdiction de reproduire va plus loin que ce qu'accorde le paragraphe 2 de l'article 27 de la Loi sur le droit d'auteur, aux points l et m.. Mais la loi ne fait qu'énoncer un minimum et n'empêche pas les parties d'être plus généreuses, fût-ce par une interprétation de leur volonté nécessaire pour atteindre l'objet manifeste du contrat.

B. L'effet de la «licence»

Dans l'analyse proposée ci-dessus, la «licence» du progiciel apparaît comme un élément facultatif. Le fabricant ou l'éditeur du progiciel peut y rappeler son droit d'auteur ou expliciter des éléments de la licence implicite. Il peut en outre conférer à l'acheteur des droits et lui faire une offre. La «licence» ne peut pas cependant, sauf acceptation par l'acheteur, enlever à ce dernier des droits qu'il a en tant qu'acheteur ou lui imposer des obligations.

Pour déterminer l'effet juridique de la licence, il faut examiner les effets apparemment recherchés et les évaluer à l'aune des critères évoqués ci-dessus. L'examen des «licences» montre que la conception de leur rôle a changé dans le temps. Pour Microsoft Word sur Macintosh, par exemple, la «licence» relative à la version 1.05, mise en marché en 1985, énonce que le document constitue un accord entre le client et Microsoft, par lequel cette dernière, en contrepartie des redevances de licence pavées par le client, lui accorde la licence, et que le client ne peut utiliser le progiciel, sauf conformément aux dispositions de la licence; le document exclut toute garantie, le client acceptant le logiciel «tel quel»; il annonce une politique de mise à jour du progiciel; et le client déclare qu'il a lu et bien compris le contrat et accepte que ce document décrit dans sa totalité le rapport entre les parties (clause quatre coins). Le tout est livré dans un langage accessible seulement au juriste averti. La licence pour Word 3 est du même acabit, mais énumère en outre des restrictions au transfert: le client ne peut transférer le logiciel sans l'accord écrit préalable de Microsoft et tout acquéreur doit respecter les conditions de la licence. Il est également interdit de mettre en location le progiciel.

À partir de Word 4, mis en circulation au printemps 1989, le mouvement du plain English semble avoir touché les rédacteurs de

Comme semble le considérer André LUCAS, op. cit., nº 334, p. 397, nº 337, p. 405-407.

General Motors Products of Canada Ltd. c. Kravitz, [1979] 1 R.C.S. 790; voir
aussi le beau résumé de la doctrine sur cet arrêt dans Josée DEGRANDPRÉ,
«L'action directe contre le fabricant en cas de vices cachés», [1993] 1 Revue
d'Études Juridiques 181-228.

^{24.} L.R.Q., c. P-40.1.

la licence. Cette version, ainsi que celle qui l'a suivie et qui se rapporte à Word 5 (octobre 1992) emploient un langage plus transparent et simplifient le contenu. Examinons la dernière version pour déterminer les effets de la «licence».

La licence comporte désormais deux rubriques, intitulées «licence» et «garantie limitée». Le document est toujours présenté
comme un contrat, auquel le client est lié par le seul fait d'ouvrir
l'enveloppe contenant les disquettes. Pour ce qui est de la «licence»,
le contrat accorde au client le droit d'utiliser un seul exemplaire du
progiciel et rappelle le droit d'auteur de l'entreprise sur celui-ci. Si le
progiciel est livré sur deux ensembles de disquettes de format différent, un seul ensemble peut être utilisé. Il y a interdiction de louer.
Le progiciel peut être transféré à la condition que tous les exemplaires
soient livrés à l'acheteur et que ce dernier accepte d'être lié par les
conditions de la licence (clause Himalaya). Il y a interdiction d'études
à rebours ou de décompilation. Il y a aussi interdiction de louer.

La présentation de la nature juridique du document nous paraît erronée. Le document ne peut frustrer l'acheteur des droits qu'il pouvait légitimement s'attendre à obtenir par l'achat. Le droit d'utilisation ne peut dépendre de l'acceptation, par l'acheteur, de droits ou d'obligations différents de ceux qu'il a obtenus par le contrat de vente. Le document ne peut que rappeler ou expliciter la licence implicite transférée comme accessoire de l'objet vendu. Pour le rappel du droit d'auteur et les dispositions prévoyant l'usage d'un seul exemplaire et pour l'obligation de transférer le tout à un tiers acquéreur, cette condition est remplie. Pour l'interdiction d'études à rebours, on peut hésiter et une précision législative ou jurisprudentielle serait souhaitable. On peut de même hésiter sur l'interdiction de louer25. Étant donné la facilité de copier, il est normal qu'une licence implicite ne prête pas si facilement flanc au piratage. Quant à l'obligation de faire adhérer le client aux conditions de licence telle qu'elle est rédigée, elle paraît sans effet. Il va cependant sans dire que le tiers acquéreur serait lié par les conditions de la licence implicite: il n'a jamais reçu plus de droits que cela.

Au chapitre des garanties, l'entreprise assure le bon fonctionnement des disquettes et s'engage à les remplacer dans le cas de mauvais fonctionnement. Elle garantit également que le progiciel fonctionnera essentiellement selon la description dans le manuel (*perform substantially in accordance with the accompanying Product Manual(s)*). Le seul recours du client est, au choix de l'entreprise, le remboursement du prix payé ou le remplacement ou la réparation du progiciel. La responsabilité de l'entreprise se limite donc au prix payé. L'entreprise n'est pas responsable si la défaillance du progiciel résulte de l'abus ou du mauvais usage du progiciel par le client. Toute autre garantie est exclue.

Dans les contrats soumis à la Loi sur la protection du consommateur, les limitations de garanties sont sans effet parce que contraires aux articles 37 et 38, lus avec les articles 53, 54, 261 et 262. Dans le droit commun, le fabricant ou l'éditeur du logiciel est tenu à la garantie de la chose vendue (art. 1728 C.c.Q.). Il peut limiter ou même exclure cette garantie, mais non pour les vices qu'il ne pouvait ignorer (art. 1733 C.c.Q.), ce qui couvre un domaine assez vaste dans le cas du vendeur professionnel (art. 1729 C.c.Q.). La mention «As Is» dans la «licence» du fabricant ne peut dédouaner le fabricant, car le deuxième alinéa de l'article 1733 prévoit que la vente «aux risques et périls» du client ne dégage que le vendeur non professionnel.

Dans la mesure où la limitation de garantie et de responsabilité n'échoue pas sur cette condition, il faut encore, pour être valide, qu'elle soit proprement portée à la connaissance du client, car dans l'analyse proposée ici la «licence» du fabricant constitue un avis. Cet avis est soumis à l'article 1475 C.c.Q.: le fabricant ou l'éditeur qui s'en prévaut devra établir que le client en avait connaissance au moment de la formation du contrat. Le client était-il au courant de la limitation de garantie au moment de payer le progiciel à la caisse? Si la limitation ne paraît pas clairement sur l'extérieur de la boîte, il est permis d'en douter. La garantie des progiciels n'a pas, à notre connaissance, fait l'objet de litiges.

Une disposition finale de la «licence» du fabricant prévoit que le droit de l'Ontario régit le contrat. Dans les contrats soumis à la Loi sur la protection du consommateur, cette clause est sans effet car contraire à l'article 19, lu avec l'article 261.

Les fabricants ou éditeurs de progiciels offrent normalement l'accès au service de dépannage (Help line) et aux mises à jour du progiciel à prix avantageux. Ces services ne font pas partie des obligations du vendeur. Bien que commercialement ils puissent constituer des prolongements de la garantie, il ne paraît pas y avoir de rapport juridique. Les fabricants ou éditeurs de progiciels peuvent donc légitimement inclure dans la boîte comportant le logiciel une offre de ces services et proposer que le client l'accepte par le renvoi

L'art. 3(1), paragraphe h, de la Loi sur le droit d'auteur (L.R.C., c. C.-42) énonce que le droit exclusif réservé à l'auteur comprend désormais celui «de louer un programme d'ordinateur qui peut être reproduit dans le cours normal de son utilisation [...]».

d'un carton rempli. Si cette acceptation couvre en même temps la «licence» proposée dans la boîte, il faut considérer le client lié. Il resterait, bien entendu, au client la possibilité d'invoquer le caractère illisible, excessif ou déraisonnable des clauses de la licence-contrat d'adhésion (art. 1436 et 1437 C.c.Q.). Il est trop tôt pour savoir quelle étendue la jurisprudence donnera à ces articles tout à fait généraux, mais il faut penser que leur application doit demeurer exceptionnelle.

Conclusion

Le puzzle de la «licence» du progiciel paraît ainsi résolu. On peut proprement parler de licences pour des logiciels négociés et construits sur mesure. La diffusion de masse entraîne comme conséquence l'emploi de la formule de la vente. Il en résulte que les fabricants ou éditeurs de progiciels n'ont pas la liberté de stipuler validement des clauses de leur cru dans ce qu'ils appellent une «licence». L'analyse de l'offre et de l'acceptation qui feraient naître une telle licence aboutit à la conclusion que le contrat ne peut être formé.

L'acheteur doit s'attendre à pouvoir utiliser normalement le progiciel qu'il a acheté. Pourtant, le droit d'auteur du fabricant ou de l'éditeur du progiciel n'est pas en doute. Il faut donc penser que le fabricant renonce à l'exercice de son doit d'auteur, dans la mesure nécessaire pour permettre la diffusion qu'il a lui-même recherchée, et que l'acheteur obtient des droits d'utilisation en conséquence comme accessoires de la chose vendue.

Les écrits intitulés «licences», que l'on trouve dans les boîtes de progiciels, ne constituent alors que de simples avis rappelant le droit d'auteur du fabricant ou de l'éditeur, ainsi que les droits limités d'utilisation de l'acheteur. L'étendue de ces droits d'utilisation pourrait être déterminée conformément à l'article 1434 C.c.Q. Les clauses proposées par les fabricants pourraient, mais ne doivent pas obligatoirement, servir de barèmes pour fixer cette étendue. Il est douteux qu'elles puissent produire l'effet de réduire à néant l'obligation de garantie du fabricant.

La question à l'origine de cet article se pose, au fond, tout autant pour les livres, les disques et les vidéo-clips. Elle a pu y être éludée au motif notamment du caractère dominant du support matériel. L'analyse proposée ici nous paraît confortablement asseoir la vente des livres, des disques et des vidéo-clips, aussi bien que celle des progiciels. Vol. 6, no 3

Harmonisation de la durée de protection du droit d'auteur et de certains droits voisins: présentation et critique de la directive du Conseil des Communautés européennes

Nicolas Rouart*

- I- DESCRIPTION
- A- Droits d'auteur
- 1) Règle générale pour les droits d'auteur

La durée du monopole est fixée à la vie de l'auteur et 70 ans après le 1^{er} janvier qui suit son décès (article premier, alinéa I, et article 8).

Pour les oeuvres de collaboration, le calcul a pour point de départ le 1^{er} janvier qui suit le décès du dernier vivant (article premier, alinéa 2, et article 8).

Pour les oeuvres anonymes et pseudonymes, la durée de 70 ans a pour point de départ le 1^{er} janvier qui suit la première accession licite du public à l'oeuvre, sauf si la véritable identité de l'auteur est connue (article premier, alinéa 3, et article 8).

 ^{. ©} Nicolas Rouart, 1994. Docteur en droit, délégué aux Affaires générales de la SACD (Société des auteurs dramatiques de France).

La présente chronique a pour objet de décrire et d'analyser la directive du 29 octobre 1993 arrêtée par le Conseil des Communautés européennes en matière de durée de protection du droit d'auteur et de certains droits voisins.