

CONTRAT DE LICENCE D'UTILISATEUR FINAL : acceptez-vous toutes les conditions ?

Rapport final du projet de recherche
présenté au Bureau de la consommation
d'Industrie Canada



Juin 2010

Rapport publié par :



6226 rue Saint-Hubert
Montréal (Québec) H2S 2M2

Téléphone : 514-521-6820
Sans frais : 1 888 521-6820
Télécopieur : 514-521-0736

union@consommateur.qc.ca
www.consommateur.qc.ca/union

Membres d'Union des consommateurs

ACEF Abitibi-Témiscamingue
ACEF Amiante – Beauce – Etchemins
ACEF de l'Est de Montréal
ACEF de l'Île-Jésus
ACEF de Lanaudière
ACEF Estrie
ACEF Grand-Portage
ACEF Montérégie-est
ACEF du Nord de Montréal
ACEF Rive-Sud de Québec
ACQC
Membres individuels

Analyse et rédaction du rapport

- Union des consommateurs

Recherche

- Me Anthony Hémond

Avec la collaboration

- Comité télécommunication, radiodiffusion, inforoute et vie privée

Direction de rédaction

- Me Marcel Boucher

ISBN 978-2-923405-40-7



Union des consommateurs est membre de l'Organisation internationale des consommateurs (OI), une fédération regroupant 234 membres en provenance de 113 pays.

L'usage du masculin, dans ce rapport, a valeur d'épicène.

Union des consommateurs remercie Industrie Canada pour l'aide financière accordée à ce projet. Les opinions exprimées dans ce rapport ne sont pas nécessairement celles d'Industrie Canada ou du Gouvernement du Canada.

© Union des consommateurs — 2010

TABLE DES MATIÈRES

UNION DES CONSOMMATEURS, la force d'un réseau	5
INTRODUCTION	6
1. QUALIFICATION JURIDIQUE DU CONTRAT DE LICENCE D'UTILISATEUR FINAL	8
1.1 Une chaîne de contrats ?	9
1.2 Définition et qualification du CLUF	11
A) Définition	11
B) Qualification juridique du CLUF	12
1.3 CLUF : contrat de vente ?	13
1.4 CLUF : contrat de louage ?	13
1.5 CLUF : contrat de service ?	14
1.6 CLUF : contrat <i>sui generis</i> ?	16
1.7 CLUF : contrat de consommation	17
2. LES CONTRATS DE LICENCE D'UTILISATEUR FINAL À LA LUMIÈRE DU DROIT CIVIL ET DE LA PROTECTION DU CONSOMMATEUR	21
2.1 Information et consentement	21
A) Contrats de consommation	23
B) Contrats conclus à distance et contrats électroniques	24
2.2 Quelques exemples terrain	25
A) Quelques exemples en magasin	27
B) Les licences d'emballage (« Shrink-wrap »)	29
C) Quelques exemples de contrats à distance	32
D) Contrat « au clic » (« click-wrap »)	37
2.3 Analyse des conséquences juridiques des diverses problématiques examinées	38
2.4 Examen des sanctions en vertu des lois sur la protection des consommateurs	39
A) Sanctions relatives au défaut de l'obligation d'information du commerçant dans les contrats de consommation	39
B) Sanctions pour défaut à l'obligation d'information dans les contrats à distance et contrats électroniques	40
2.4 Examen de certaines clauses des contrats de licence d'utilisateur final au regard du droit de la consommation	41
A) Clause d'exonération de responsabilité	42
B) Exclusion ou limitation de garantie	43
C) Clause soumettant le contrat à l'application de lois ou de juridictions étrangères	47
D) Modification et résiliation unilatérale du contrat par le commerçant	49
E) Clauses abusives	51
<i>Québec</i>	51
<i>Ontario et Colombie-Britannique</i>	53
<i>Sanctions des clauses abusives</i>	54
<i>France</i>	54

3. CONTRATS DE LICENCE D'UTILISATEUR FINAL À LA LUMIÈRE DU DROIT D'AUTEUR	58
3.1 Loi sur le droit d'auteur	58
3.2 Clause interdisant le désassemblage et la copie de sauvegarde	59
3.3 Clause interdisant la copie privée	61
3.4 Clause interdisant la revente de logiciel	63
3.5 Clause de licence.....	65
4. CONTRATS DE LICENCE D'UTILISATEUR FINAL À LA LUMIÈRE DE LA LOI SUR LA PROTECTION DES RENSEIGNEMENTS PERSONNELS ET LES DOCUMENTS ÉLECTRONIQUES	67
5. CONCLUSION : SOLUTIONS ENVISAGEABLES AUX PROBLÉMATIQUES IDENTIFIÉES	72
5.1 Information du consommateur et lisibilité du contrat	72
A) Utilisation de pictogrammes	73
5.2 Le contenu des CLUF	74
A) Clauses d'exclusion de garanties et de responsabilité	74
B) Clauses de modification unilatérales.....	75
C) Clauses abusives	75
D) Clauses relatives aux droits d'auteur et aux droits des utilisateurs.....	76
E) Dispositions relatives à la protection des renseignements personnels.....	76
5.3 Analyse logicielle et Certification	77
5.4 Interventions législatives.....	77
RECOMMANDATIONS	78
MÉDIAGRAPHIE	79

UNION DES CONSOMMATEURS, la force d'un réseau

Union des consommateurs (UC) est un organisme à but non lucratif qui regroupe plusieurs Associations coopératives d'économie familiale (ACEF), l'Association des consommateurs pour la qualité dans la construction (ACQC) ainsi que des membres individuels.

La mission de l'organisme est de représenter et défendre les droits des consommateurs, en prenant en compte de façon particulière les intérêts des ménages à revenu modeste. Ses interventions s'articulent autour des valeurs chères à ses membres : la solidarité, l'équité et la justice sociale, ainsi que l'amélioration des conditions de vie des consommateurs aux plans économique, social, politique et environnemental. Sa structure lui permet de maintenir une vision large des enjeux de consommation tout en développant une expertise pointue dans certains secteurs d'intervention, notamment par ses travaux de recherche sur les nouvelles problématiques auxquelles les consommateurs doivent faire face; ses actions, de portée nationale, sont alimentées et légitimées par le travail terrain et l'enracinement des associations membres dans leur communauté.

Union des consommateurs agit principalement sur la scène nationale, en représentant les intérêts des consommateurs auprès de diverses instances politiques, réglementaires ou judiciaires et sur la place publique. Parmi ses dossiers privilégiés de recherche, d'action et de représentation, mentionnons le budget familial et l'endettement, l'énergie, les questions liées à la téléphonie, la radiodiffusion, la télédistribution et l'inforoute, la santé, l'alimentation et les biotechnologies, les produits et services financiers, les pratiques commerciales, ainsi que les politiques sociales et fiscales.

Finalement, dans le contexte de la globalisation des marchés, Union des consommateurs travaille en collaboration avec plusieurs groupes de consommateurs du Canada anglais et de l'étranger. Elle est membre de l'*Organisation internationale des consommateurs* (OI), organisme reconnu notamment par les Nations Unies.

INTRODUCTION

Les technologies modernes sont omniprésentes dans les activités quotidiennes des consommateurs; une nouvelle forme de contrat s'est répandue, dont le consommateur ignore le plus souvent la portée. Les consommateurs doivent aujourd'hui accepter un nombre toujours plus grand de « contrats de licence d'utilisateur final » (ci-après CLUF). Ces contrats modifient en profondeur, et à l'insu du consommateur, les droits dont il croit disposer lorsqu'il achète un produit. En effet, avant de pouvoir pleinement utiliser certains produits (logiciels, jeux vidéo, CD, DVD) et certains services en ligne, les consommateurs devront bien souvent accepter d'abord les conditions d'un tel CLUF, à défaut de quoi ils ne pourront pas utiliser le produit qu'ils se sont procuré ou ne pourront avoir accès à certaines de ses fonctionnalités. Lorsque le consommateur se procure le produit en magasin sous une forme physique, le CLUF se trouve être l'accessoire d'un contrat de vente; le consommateur va devoir accepter, après le contrat d'achat initial, les conditions d'utilisation qui apparaissent à un second contrat, le CLUF, que lui impose un tiers avec lequel il n'aura eu aucun contact préalable. Le fait que ces CLUF et les conditions qu'ils imposeront au consommateur ne soient pas portés en temps opportun à la connaissance du consommateur et que leur présentation ou leur rédaction rendent illusoire leur prise de connaissance et leur compréhension par le consommateur ajoute évidemment au problème.

Face à la multiplication de ces CLUF dans les domaines du logiciel, des jeux vidéo, et de certains services en ligne, il devient essentiel d'examiner les différentes questions qu'ils soulèvent : quels moyens sont mis en œuvre pour assurer que le consommateur ait connaissance de l'existence du contrat de licence qu'il aura l'obligation d'accepter pour utiliser ce qu'il s'est procuré? Est-il possible pour le consommateur de voir, en temps opportun, la portée et les finalités de ces contrats de licence? Ces contrats, tels que présentés, lui permettent-ils de prendre raisonnablement connaissance de ses droits et obligations, ainsi que des limites d'utilisation auxquelles il sera souvent présumé avoir consenti? Le consommateur est-il clairement avisé des droits que le contrat de licence d'utilisateur final pourra le forcer à céder? Le consommateur dispose-t-il d'une possibilité réelle de refuser ces licences? Comment s'articulent la licence d'utilisation et le contrat d'achat du support? Le fait que la licence d'utilisation ne soit pas dévoilée au moment de l'achat du support est-il pris en compte par les licences ou par la législation? Le fait que, en cas de refus d'acceptation de la licence, le bien que le consommateur a acheté pourrait ne pas remplir l'usage auquel il était destiné a-t-il quelque incidence?

Notre recherche vise à évaluer la situation actuelle au Canada, à identifier les principales problématiques que soulèvent ces contrats de licence et à proposer des solutions.

Par le biais de l'étude de certains contrats de licence d'utilisateur final, de la manière dont ils sont portés à la connaissance du consommateur et de leur contenu, ainsi que par l'étude des dispositions législatives pertinentes, nous tenterons de voir si les CLUF sont conformes aux lois qui visent, au Canada, à protéger le consommateur, et si ces contrats remplissent leurs fonctions sans limiter abusivement les droits des consommateurs ou nier leurs attentes. Notre étude nous permettra aussi, le cas échéant, de relever les éléments de ces contrats qui pourraient faire obstacle à une prise de connaissance et à une compréhension adéquates par le consommateur.

La première partie du présent rapport se penchera sur la qualification juridique du contrat de licence d'utilisateur final au Canada.

Cette qualification a des conséquences juridiques que nous nous proposons d'étudier dans une seconde partie, qui examinera les contrats de licence d'utilisateur final à la lumière du droit civil et des lois spécifiques à la protection du consommateur. Nous nous appuierons notamment sur les résultats de l'analyse terrain que nous avons effectuée, qui nous a permis de vérifier, en magasin et en ligne, si l'existence des CLUF était mentionnée aux consommateurs et d'analyser l'information qui leur était communiquée relativement aux CLUF, ainsi que d'extraire de certains CLUF des clauses que nous aurons ainsi pu examiner de près.

Dans les troisième et quatrième parties, nous nous pencherons, par le biais d'une analyse de certains contrats de licence à la lumière des lois sur le droit d'auteur, sur l'effet que peut avoir ce type de contrat sur le fragile équilibre entre les droits des consommateurs et ceux des titulaires des droits d'auteur.

Notre tour d'horizon des contrats de licence d'utilisateur final nous amènera également à examiner ces contrats à la lumière des lois sur la protection des renseignements personnels.

Nous proposerons dans une cinquième partie des solutions aux différentes problématiques que nous aurons identifiées tout au long de nos développements. Suivront nos recommandations.

1. QUALIFICATION JURIDIQUE DU CONTRAT DE LICENCE D'UTILISATEUR FINAL

Le « contrat de licence d'utilisateur final » (ci-après, CLUF) est un nouveau type de contrat, apparu avec l'avènement de l'informatique, qui a envahi petit à petit l'univers des produits culturels et informatiques. Il s'agit d'un contrat par lequel le titulaire des droits d'auteur souhaite imposer au consommateur certaines conditions qui s'appliqueront à l'utilisation de l'œuvre que ce dernier s'est procurée ; par le biais du CLUF et suite à l'acceptation des conditions qui y sont mentionnées, le titulaire des droits d'auteur consentirait au consommateur le droit d'utiliser son œuvre dans le cadre des limites prévues. Aujourd'hui, ces CLUF sont omniprésents dans la distribution des logiciels, des services en ligne, et ils s'étendent de plus en plus aux jeux vidéo, parfois aux services en ligne qui accompagnent les disques Blu-Ray, ou, bien que de façon moins répandue, à certains usages des CD et DVD.

Quand le consommateur est-il confronté à ces CLUF ? Comment se définissent et se qualifient ces contrats ? Quelle valeur ont-ils ?

L'appellation officielle du contrat de licence d'utilisateur final ne doit pas faire croire qu'il s'agit d'un contrat rare. Tout le monde a déjà probablement été confronté à un CLUF. En effet : qui n'a pas vu, lors de l'installation d'un logiciel, cette fenêtre qui contient un long texte, qui présente les conditions d'utilisation dudit logiciel, que le consommateur devra accepter pour, la plupart du temps, continuer l'installation ou y procéder, en cliquant une boîte ou un bouton qui dit : « J'accepte les termes de la licence », ou tout simplement « J'accepte ». L'« utilisateur final » nommé au CLUF est donc celui-là à qui, à la toute fin de la ligne de production et de distribution, on demande d'accepter certaines conditions en vue d'utiliser l'œuvre.

Dans le cadre d'une approche juridique, deux types de situations doivent être considérés, le CLUF se présentant au consommateur de deux façons différentes : le consommateur pourra se procurer l'œuvre, c'est-à-dire le produit visé par le CLUF, sur un support matériel ou sous une forme dématérialisée. Dans la première situation, le consommateur se procure un produit, soit le support de l'œuvre, dans un magasin ou en ligne : il y a un contrat de vente entre le commerçant, distributeur ou magasin de vente au détail, et le consommateur ; le consommateur se verra présenter un autre contrat, qu'il devra conclure avec le titulaire du droit de propriété intellectuelle de l'œuvre contenue sur le support qui a fait l'objet du contrat de vente. Dans la seconde situation, le consommateur se verra proposer un contrat unique qui lui présentera les conditions d'utilisation qu'impose le titulaire de droit de propriété intellectuelle ; ce sera le cas lorsque le consommateur se procurera le bien (l'œuvre) sous sa forme dématérialisée (par téléchargement) ou lorsque le CLUF encadrera l'utilisation d'un service en ligne (un jeu, un service de courriel, etc.).

Avant même de procéder à la définition ou à la qualification du contrat de CLUF, nous nous attarderons à la problématique que soulève, du fait de l'achat par le consommateur d'un support physique, la première de ces situations.

1.1 UNE CHAÎNE DE CONTRATS?

Tenons pour l'instant pour acquis que le CLUF, qui porte le nom de « contrat » et qui requiert une acceptation, constitue bel et bien un contrat en soi.

Si le CLUF peut se trouver bien souvent en quelque sorte greffé au contrat de vente du support de l'œuvre (le disque sur lequel sera gravé le logiciel, par exemple), il importe de bien le distinguer de ce dernier, puisque ni sa mise en œuvre ni sa portée ne correspondent à celles du contrat de vente qui vise le support. Il n'en demeure pas moins que le consommateur ne pourra bien souvent utiliser légalement (ou intégralement) le bien qu'il aura acheté sans accepter d'abord les « termes et conditions » d'un autre engagement, dont la teneur, voire l'existence ne lui auront pas, le plus souvent, été dévoilées au moment de l'achat.

Bien souvent, ce n'est qu'au moment de la première utilisation du bien que le consommateur découvrira ce CLUF et les conditions et restrictions qu'il impose à l'usage du produit. Dans certaines circonstances, le refus d'accepter les conditions imposées par ladite licence ne permettra tout simplement pas l'utilisation. C'est le cas des logiciels et, bien souvent des jeux vidéo. Dans certains autres cas, seules certaines opérations ou fonctionnalités seront limitées, comme l'accès au contenu additionnel que l'on peut trouver sur certains CD et DVD.

La nature du bien acheté peut en effet induire en erreur le consommateur ; pour les biens visés par des licences d'utilisateur final, l'achat ne portera en fait bien souvent que sur le support physique (le disque, par exemple) de ce que le consommateur cherche réellement à se procurer (la musique, le film, le logiciel, le jeu, etc.). Ce qu'il achète n'est en réalité que le support qui fixe une œuvre protégée par le droit d'auteur. Malgré son achat du support, le consommateur ne devient dans les faits propriétaire que de ce support matériel, sans jamais acquérir la propriété de l'œuvre proprement dite.

C'est ce qu'expliquent les professeurs Moyse et Gautrais :

« La distribution des œuvres met en évidence une chaîne de contrats portant tantôt sur la propriété immatérielle comme les contrats d'édition qui emportent cession du droit de reproduction, tantôt sur la propriété matérielle comme c'est le cas dans la vente d'exemplaires. Le tout forme alors un ensemble de règles légales et conventionnelles assez complexes destiné à garantir à l'auteur le respect de ses droits. C'est effectivement en analysant l'impact des modes de distribution de l'information protégée, c'est-à-dire des œuvres au sens de la loi sur le droit d'auteur, que l'on peut décomposer les différentes interactions des deux types de propriété. »¹

Les professeurs Moyse et Gautrais poursuivent leur analyse en soulignant le conflit qui existe entre droit d'auteur et droit de propriété sur l'œuvre :

« L'obstacle principal au rétablissement de l'exclusivité du droit que confère la loi à l'auteur est, ni plus ni moins, le droit de propriété corporelle du propriétaire sur

¹ MOYSE, Pierre-Emmanuel et Vincent GAUTRAIS, Droit des auteurs et droit de la consommation dans le cyberspace : la relation auteur/utilisateur, Montréal, 1996, p. 2 [En ligne] <https://papyrus.bib.umontreal.ca/jspui/handle/1866/2193> (page consultée le 10 avril 2010).

l'exemplaire. On a donc cherché à savoir si l'auteur pouvait contractuellement limiter les utilisations subséquentes que pouvait faire l'utilisateur. »²

La chaîne de contrats dont parlent les auteurs se présente, pour le consommateur, comme suit : le consommateur achète le support physique (dans un magasin ou en ligne) – il conclut donc un contrat de vente avec le détaillant. L'utilisation du bien immatériel que constitue l'œuvre fixée sur le support est soumise à un autre contrat, le CLUF – un contrat qui sera cette fois conclu entre le consommateur et le titulaire des droits d'auteur.

On pourrait s'interroger sur la validité de la conclusion d'un tel contrat (ou de l'obligation de le conclure), contrat dont le consommateur ignore bien souvent l'existence lorsqu'il achète le bien ou le support et qui posera des conditions ou des limites à son utilisation, conditions et limites dont il ignore aussi le détail au moment de l'achat.

« Mais, même dans ce cas, l'acheteur ne peut se voir imposer des obligations auxquelles il n'a pas consenti. D'autre part, une fois l'exemplaire acquis, l'acheteur dispose en toute logique des prérogatives prévues par la loi concernant le régime de la propriété mobilière. L'acheteur jouit, en d'autres mots, de la pleine et entière propriété du bien. »³

Ainsi, le consommateur ne pourrait se voir légalement limiter son droit d'utilisation du bien qu'il a acheté. De plus, « il ne semble pas que le seul geste d'achat puisse constituer une acceptation valide. L'acceptation porte en tout état de cause sur le transfert du bien matériel et n'a pas pour objet la propriété intellectuelle. »⁴ Autrement dit, la conclusion du contrat de vente ne peut pas entraîner automatiquement la conclusion du CLUF.

Le professeur Pollaud-Dullian conclut de cette situation qu'il y aurait donc un conflit entre le droit intellectuel et le droit de propriété :

« Le droit de propriété oppose un obstacle particulièrement solide à un contrôle des utilisations secondaires par l'auteur selon le droit commun [...] [P]our pouvoir lui accorder une telle prérogative, il paraît nécessaire de fonder le contrôle sur un droit absolu : un droit intellectuel. »⁵

Les produits auxquels sont associés les CLUF (jeux, logiciels, films, etc.) sont, de plus en plus, offerts aussi aujourd'hui en ligne, sous une forme dématérialisée. Ne sont dans ce cas transférées sur les appareils des consommateurs que des données numériques. Le support physique qui portera l'œuvre (logiciel, jeu vidéo, musique, vidéo) sera le disque dur de l'ordinateur ou de la console, plutôt qu'un support destiné spécifiquement à l'œuvre (CD, DVD).

Une fois ces produits affranchis du support matériel traditionnel, que le consommateur devra acquérir pour chaque œuvre, les CLUF, auxquels le droit de propriété de ce type de support pose certains obstacles, trouveraient une certaine effectivité, comme le souligne le professeur Moyse. Si le consommateur ne peut être propriétaire de l'œuvre, qui est protégée par le droit d'auteur, et qu'il n'a pas de droit de propriété à faire valoir sur quelque support spécifique,

² *Ibid.*, p. 5.

³ *Ibid.*, p. 9.

⁴ *Ibid.*, p. 10.

⁵ POLLAUD-DULIAN, Frédéric, Le droit de destination, L.G.D.J, 1989, p. 47

l'œuvre ayant été transmise sous forme dématérialisée, l'auteur aura de ce fait l'occasion d'imposer directement le CLUF au consommateur :

« L'absence de support matériel va éviter les difficultés relatives à la validité des clauses étiquettes ou encore des licences qui accompagnent la vente de progiciels [...]. Notons simplement que la vente d'un bien matériel (support du logiciel par exemple) n'interfère plus avec la formation du contrat de licence (le détaillant ne pouvant pas être le mandataire du titulaire du droit d'auteur dans l'œuvre). Le propriétaire du bien matériel (l'acheteur) ne peut donc plus opposer à l'auteur son droit de propriété ordinaire puisque dans le cas d'Internet il y a dématérialisation du produit. »⁶

1.2 DÉFINITION ET QUALIFICATION DU CLUF

A) Définition

Avant de le qualifier juridiquement et de tenter de déterminer comment les lois s'appliquent à ce type de contrat particulier que constitue le CLUF, il importe évidemment de bien le définir.

On constate de prime abord que les termes utilisés peuvent être trompeurs. Le contrat de licence d'utilisateur final est-il, en premier lieu, un contrat de licence ?

Selon le vocabulaire juridique, le contrat de licence est le « contrat par lequel le titulaire d'un droit de propriété intellectuelle (marque, brevet, logiciel ou autre) autorise une autre personne appelée licenciée à exploiter le monopole d'exploitation dont elle bénéficie en contrepartie du paiement d'une redevance. »⁷ Malgré sa dénomination, le contrat de licence d'utilisateur final n'accorde en réalité à l'utilisateur final aucun droit d'exploitation ; l'utilisateur final ne se voit concéder par le CLUF aucun des droits patrimoniaux (droit de reproduction et de représentation) appartenant à l'auteur, et qui permettraient l'exploitation de l'œuvre. Les termes contrats de licence qui semblent donner son sens à l'expression « contrat de licence d'utilisateur final » se doivent donc d'être définis différemment.

En fait, le terme licence doit ici être pris dans son sens premier, issu du mot latin « *licentia* » qui signifie « permission ». La licence dont il est question dans l'expression « contrat de licence d'utilisateur final » viserait donc la convention par laquelle le titulaire du droit de propriété intellectuelle permet à une personne, à certaines conditions, d'utiliser son œuvre, sans lui céder quelque monopole d'exploitation.

L'ayant droit qui conclut un CLUF fournit donc à l'utilisateur un bien immatériel, soit un droit d'utilisation, dans les limites prévues par le CLUF, de l'œuvre sur laquelle porte ce contrat.

Il reste maintenant à qualifier juridiquement ce contrat particulier.

⁶ MOYSE, Pierre-Emmanuel, Internet, droit des obligations et droit d'auteur ou certains aspects contractuels de l'exploitation des œuvres sur internet, Montréal, 1998, p. 17 [En ligne] www.robic.ca/publications/Pdf/078-PEM.pdf (page consultée le 10 avril 2010).

⁷ Dictionnaire du vocabulaire juridique, dir. Rémy Cabrillac, Éd. Juris-Classeur, 2004.

B) Qualification juridique du CLUF

Le contrat est un accord de volonté entre les contractants. En vertu du droit civil, au Québec aussi bien que dans les provinces de Common Law, certaines conditions doivent être réunies pour qu'un contrat soit valablement formé. « *Consentement, capacité, objet et cause, sont donc les quatre conditions de fond nécessaires à la formation valable d'un contrat.* »⁸ Nous reviendrons plus loin sur cet élément essentiel qu'est le consentement. Qu'il suffise de dire pour l'instant que le consentement doit présenter certaines caractéristiques. Ainsi, il y aura contrat lorsque se produira un échange de consentement, libre et éclairé, créateur d'obligations. Sans consentement, pas de contrat.

En vertu du droit civil, certains contrats sont dits *contrats nommés*, soit les contrats connus, dans le cadre desquels les obligations respectives des contractants sont clairement établies. Au Québec, par exemple, on parle de contrats nommés pour désigner ceux « *qui sont réglementés par le Code civil lui-même, voire par une loi particulière telle la Loi sur la protection du consommateur.* »⁹ On parle aussi de contrats de droit commun, pour les contrats « *dont le régime juridique est défini au Code civil* »¹⁰. Au Code civil du Québec, le titre deuxième du chapitre deux, *Du contrat*, du livre cinquième, *Des obligations*, porte sur les contrats nommés (articles 1708 et suivants) et inclut les contrats de vente, de donation, de crédit-bail, de louage, d'affrètement, de transport, de travail, d'entreprise ou de service, de mandat, de société et d'association, de dépôt, de prêt, de cautionnement, de rente, d'assurance, de jeu et de pari, puis de transaction et d'arbitrage.

Quant aux contrats innommés, il s'agit de « ceux dont le législateur ne parle point et qui peuvent être conclus par les parties, indépendamment des modèles proposés par la loi, en vertu de la liberté contractuelle dont elles jouissent. »¹¹

Nous tenterons donc maintenant de déterminer si le CLUF lui-même, considéré indépendamment de toute autre transaction auquel il pourrait être lié, peut, lorsqu'un consommateur est impliqué dans la transaction, être identifié à un contrat nommé ou s'il est un contrat innommé, « *sui generis* ». Nous prendrons pour acquis a priori que le CLUF ne constitue ni un contrat de donation, ni un crédit-bail, qu'il ne traite pas d'affrètement, de transport, de travail ou d'entreprise, qu'il n'est pas non plus un contrat de mandat, de société, d'association, de dépôt, de prêt, de cautionnement, de rente, d'assurance, de jeu, de pari, de transaction ou d'arbitrage.

Il ne nous restera donc à examiner que la possible identification du CLUF aux contrats de vente, de louage et de service.

⁸ BAUDOUIN, Jean-Louis et Pierre-Gabriel JOBIN, *Les Obligations*, 5^e édition, Éditions Yvon Blais, Cowansville, 2005, p. 177.

⁹ *Ibid.*, p. 70.

¹⁰ *Ibid.*, p. 72.

¹¹ *Ibid.*, p. 70.

1.3 CLUF : CONTRAT DE VENTE ?

Il semble assez évident que le CLUF ne pourra en soi être assimilé à un contrat de vente. Le professeur Montero explique clairement les raisons pour lesquelles cette qualification ne saurait être appropriée.

« [L]e contrat de vente (stricto sensu) vise à transférer la propriété d'une chose, corporelle ou incorporelle. À défaut de mutation de propriété, une convention ne peut donc être qualifiée de vente. (...) [L]a qualification de vente n'est appropriée que si le titulaire du droit réel ou patrimonial se dépouille entièrement et à titre définitif de son droit. Pour qu'il y ait effectivement vente d'un progiciel, il faut que le bien en question soit le siège d'un droit de propriété intellectuelle et que celui-ci soit transmis de manière définitive, quod non. En effet, loin d'aliéner ses droits de propriété intellectuelle, le fournisseur concède juste un droit d'utilisation, strictement personnel et limité, et non exclusif, de l'exemplaire de l'œuvre fourni au client. Bref, l'utilisateur est seulement investi d'un droit d'usage plus personnel que réel sur le progiciel. »¹²

Certains CLUF sont à ce sujet parfaitement explicites. À titre d'exemple, nous citerons l'article 1 du contrat de licence du logiciel Mac OS X : « *Apple Inc. (« Apple ») vous concède une licence sur, et en aucun cas ne vous vend, le logiciel Apple (y compris le code d'amorçage sur mémoire morte), les logiciels de tierce partie, la documentation, les interfaces, le contenu, les polices de caractères et les données accompagnant la présente Licence, qu'ils soient préinstallés sur le matériel Apple, sur disque, en mémoire morte (ROM), sur tout autre support et sous toute autre forme (collectivement, le « logiciel Apple »), uniquement en vue d'une utilisation conforme aux termes de cet accord.* »¹³ (nos soulignés)

Ce sur quoi porte le CLUF ne fera donc pas l'objet du même type de contrat que le support sur lequel cette œuvre sera distribuée, support qui, le cas échéant, fera bel et bien, rappelons-le, l'objet d'une vente.

1.4 CLUF : CONTRAT DE LOUAGE ?

L'assimilation du CLUF à un contrat de louage est notamment défendue par les professeurs Le Stanc et Letourneau. Pour eux, le CLUF, aussi appelé contrat d'exploitation ou d'utilisation de logiciel, n'est en fait qu'une location dont la seule différence avec le bail est que le bien visé, soit le droit d'utilisation, est incorporel.

Le professeur Montero, de son côté, n'approuve que conditionnellement cette qualification juridique :

« [E]n cas d'«acquisition» d'un logiciel de grande distribution, le droit de jouissance est toujours irrévocablement acquis à l'utilisateur. Le contrat –qui n'oblige à aucune restitution– précise, d'ordinaire, que la « licence est consentie sans limitation de durée ». En pratique, il n'est pas concevable que les parties contractantes puissent y mettre fin unilatéralement à tout moment. Par conséquent, dans cette hypothèse, il paraît plus

¹² MONTERO Étienne, Les Contrats de l'informatique & de l'Internet, Larcier, Bruxelles, 2005, p. 74.

¹³ Tous les contrats de licence d'utilisateur final de la compagnie Apple sont disponibles sur le site Internet d'Apple [En ligne] <http://www.apple.com/legal/sla/> (page consultée le 12 avril 2010).

indiqué de se référer à un contrat instantané plutôt qu'à un contrat de prestations successives tel que le bail. En revanche, si la licence d'utilisation est effectivement concédée pour un temps, nous ne voyons pas d'inconvénient à ce que la convention s'analyse en un louage de chose. »¹⁴

Suivant cette interprétation, qui nous apparaît fort juste, un CLUF qui ne prévoit pas de limite à la durée d'utilisation consentie, c'est-à-dire sans terme, ne pourra être qualifié de contrat de louage. Au Québec, à la différence des provinces de Common Law, la définition même du bail implique, en contrepartie de la jouissance du bien consentie par le locateur, l'obligation du locataire de payer un loyer¹⁵. Étant donné que certains contrats de licence d'utilisateur final sont établis à titre gratuit, alors que d'autres sont conclus, après la vente du support, par exemple, sans contrepartie explicite, ces CLUF « sans loyer » ne pourraient donc non plus être considérés comme des contrats de louage.

Soulignons cependant que, contrairement à ce qu'avancait le professeur Montero, la pratique ordinaire des éditeurs de logiciels est aujourd'hui de stipuler au CLUF que l'éditeur peut y mettre fin unilatéralement et à tout moment.¹⁶

Certains CLUF pourraient donc, dans certains cas (si une limitation de durée est prévue et, au Québec, si un loyer est prévu) être qualifiés de contrats de location. Une telle qualification ne pourra toutefois s'appliquer à l'ensemble des CLUF ; un examen « à la pièce » s'imposera.

On ajoutera que le CLUF ne pourra être qualifié de louage que dans la mesure où la contrepartie de l'acceptation des conditions sera bel et bien la seule utilisation de l'œuvre aux conditions que décrit le CLUF. Si les conditions imposées par le CLUF s'appliquent à la prestation d'un service, cette qualification pourrait être tout autre.

1.5 CLUF : CONTRAT DE SERVICE ?

Le contrat de service est celui par lequel une personne s'engage à fournir un service moyennant un prix que le client s'oblige à lui payer¹⁷.

Généralement, les compagnies qui proposent l'utilisation d'applications en ligne demanderont aux utilisateurs de consentir au préalable à certaines conditions d'utilisation¹⁸ qui, vu qu'elles

¹⁴ MONTERO Étienne, Les Contrats de l'informatique & de l'Internet, Larcier, Bruxelles, 2005, p. 76.

¹⁵ Code civil du Québec, article 1851 : « Le louage, aussi appelé bail, est le contrat par lequel une personne, le locateur, s'engage envers une autre personne, le locataire, à lui procurer, moyennant un loyer, la jouissance d'un bien, meuble ou immeuble, pendant un certain temps. Le bail est à durée fixe ou indéterminée. »

¹⁶ *Infra*, p. 49.

¹⁷ Au Québec, la définition du contrat de service apparaît à l'article 2098 du Code civil du Québec. Dans les provinces de Common Law, la jurisprudence a donné une définition similaire du contrat de service (voir notamment 671122 Ontario Ltd c. Sagaz Industries Canada Inc., [2001] 2 R.C.S. 983, 2001 CSC 59.

¹⁸ Pour des exemples de conditions d'utilisation : Conditions d'utilisation du service « Flickr » [En ligne] <http://info.yahoo.com/legal/ca/yahoo/utos/utos-ca01.html> (page consultée le 20 avril 2010) ; Terms of use du Disney BD-Live [En ligne] <http://corporate.disney.go.com/corporate/terms.html> (page consultée le 16 avril 2010) ; Conditions d'utilisation du service Gmail [En ligne] <http://www.google.com/accounts/TOS?loc=CA&hl=fr> (page consultée le 10 avril 2010). On constatera à

visent la même finalité, pourraient être considérées comme celles d'un CLUF; ce n'est qu'en échange de ce consentement qu'elles consentiront à procurer le service. Comme nous l'avons vu, un accord de volonté créateur d'obligation est un contrat. Comme dans le cas lors d'un contrat de vente, la question véritable constituera à déterminer sur quoi porte le consentement du consommateur.

Les conditions d'utilisation sont-elles ici un contrat ou ne sont-elles que les conditions applicables au contrat véritable, qui en est un de service. Ce à quoi s'engage le consommateur par le biais de ce type de CLUF constitue ou fait partie de la contrepartie à laquelle il s'engage dans le cadre du contrat de service. Dans ce cas, le CLUF ne saurait être considéré comme un contrat en soi, qu'il faille qualifier. En règle générale, le CLUF ne constituera certes pas un contrat de service, puisque telle n'est pas sa finalité : le CLUF, rappelons-le, vise à autoriser l'utilisation d'une œuvre, et non à fixer les conditions de la fourniture du service que cette œuvre rend possible.

Dans le contexte d'applications en ligne, il serait donc aisé de conclure que l'échange de consentement porte sur un contrat de service, puisque c'est ce qu'offre l'entreprise et ce que convoite l'utilisateur et qui l'amène à contracter. Les conditions d'utilisations visent généralement à encadrer l'utilisation des services, et informent le consommateur de ce qu'il lui est possible de faire ou de ne pas faire avec le service.

Certaines entreprises indiquent pourtant de façon très claire que les « conditions d'utilisation » de services très populaires constituent des contrats¹⁹. Cependant, il faut savoir que le juge qui aura, au besoin, à examiner ces conditions ne sera en aucun cas lié par la qualification que donnent les entreprises à ces conditions d'utilisation (pas plus qu'il ne le serait par la qualification de « contrat de licence » qui est apposée aux CLUF et qui, comme nous l'avons vu, ne leur est pas applicable).

Nous en arrivons donc à la conclusion que, dans le cadre d'un contrat de service, le CLUF ne constitue pas un contrat en soi, mais ne représente que la mention de certaines conditions d'utilisation de ce service. Si nous en revenons à la définition du contrat de service, notre qualification semble toutefois rencontrer un problème de taille si l'on considère que le contrat de service est celui par lequel une personne s'engage à fournir un service moyennant un prix que le client s'oblige à lui payer. Comment qualifier dans ce cas les contrats qui portent sur des services qui sont offerts gratuitement ?

Avouons cependant qu'il est plutôt rare de trouver des contrats de service véritablement gratuits. Généralement, l'utilisateur, pour profiter des services qui sont présentés comme étant gratuits, devra accepter de recevoir de la publicité, et fournir des renseignements personnels (en vue, bien souvent, de procurer au fournisseur de service des données qui représentent une valeur marchande non négligeable, puisqu'elles seront utilisées à des fins de marketing). On

leur lecture que ces conditions d'utilisation reprennent plusieurs des dispositions que l'on retrouve aux CLUF - comme on le verra plus loin, les CLUF sont souvent désignés par les termes « Conditions d'utilisation » ou autres termes équivalents.

¹⁹ C'est le cas, par exemple, des services de courriel en ligne Gmail (article 1.4 des conditions d'utilisation du service Gmail : « Les Conditions universelles et les Conditions supplémentaires constituent, entre vous et Google, un contrat légal relatif à votre utilisation des Services. Il est vivement conseillé de prendre le temps de lire ces Conditions avec attention. Cet accord légal est ci-après collectivement désigné "Conditions". ») Conditions d'utilisation du service Gmail [En ligne] <http://www.google.com/accounts/TOS?loc=CA&hl=fr>

pourrait arguer que l'utilisateur paye par ce biais le prix du service et qu'il n'y aurait donc pas, en ce sens, de contrat de service gratuit.

Une autre question doit être abordée : qu'en est-il des services qui seront rendus accessibles grâce à un support, par exemple un CD ou un DVD, que le consommateur devra se procurer au préalable ? Certains CD ou DVD proposent en effet des contenus supplémentaires, ou même l'accès à des services, disponibles en ligne. Nous nous retrouvons ici dans la première situation que nous avons examinée : le consommateur conclut un contrat de vente pour le support matériel auquel peut s'ajouter un contrat de service, pourvu que les conditions nécessaires soient remplies pour que l'on puisse conclure à l'existence d'un contrat de service.

Dans tous les cas où il y aura contrat de vente d'un support se posera de toute façon la question du consentement initial et des avis qui seront donnés au consommateur : si un contrat supplémentaire doit être ultérieurement imposé au consommateur pour l'accès à un service, il devra être clair dès le moment de l'achat que cet usage n'est pas inclus dans celui du support qu'a acheté le consommateur, à défaut de quoi se posera la question de la légitimité, que nous soulevions plus haut, de cette limitation au droit de propriété et d'usage du support.

1.6 CLUF : CONTRAT SUI GENERIS ?

Dans les cas où l'on pourrait arriver à la conclusion que le CLUF constitue un contrat distinct, comment qualifier ce contrat. Il semble clair qu'il sera impossible de qualifier de façon identique l'ensemble des contrats de CLUF.

Si certains pourront répondre aux conditions qui permettront de les qualifier de contrats de louage, qu'en est-il des autres ? Selon notre analyse, ils ne pourront certes correspondre à la définition de quelque contrat nommé.

Selon l'interprétation du Professeur Montero, il n'y aurait pas de qualification juridique du contrat qui met « à disposition un progiciel – bien incorporel préconstitué -, sans transfert de propriété et pour une durée généralement illimitée ». ²⁰ En fait, ce contrat serait, comme le mentionne le professeur Letourneau, un contrat « sui generis » ²¹.

Dans la majorité des cas, le CLUF devra donc être considéré comme étant un contrat « *sui generis* ». Comme nous le mentionnions plus haut, un examen « à la pièce » s'imposera toutefois au moment où cette qualification pourrait être déterminante.

Comme nous le verrons, c'est le contrat auquel se rattache le CLUF et les conditions de la conclusion de ce contrat qui risquent toutefois d'influencer considérablement l'application des différentes lois aux contrats de licence d'utilisateur final. En effet, comme nous le verrons, si ce qui est présenté comme un contrat de licence d'utilisateur final n'est en fait qu'une liste de conditions d'utilisation d'un bien ou d'un service qu'a acquis ou que tente d'acquérir le consommateur, les dispositions de la loi qui encadrent, par exemple, le type de conditions qui peuvent légalement être imposées ou la manière de les communiquer au consommateur auront

²⁰ MONTERO Étienne, Les Contrats de l'informatique & de l'Internet, Larcier, Bruxelles, 2005, p. 76.

²¹ LE TOURNEAU Philippe, Contrats informatiques et électroniques, 4^e éd, Dalloz Référence, Paris, 2006, p. 155.

pour effet de rendre caduque toute qualification qui pourrait être donnée (ou que le détenteur des droits voudrait imposer).

1.7 CLUF : CONTRAT DE CONSOMMATION

Les lois provinciales accordent, en vue de rétablir un tant soit peu l'équilibre entre commerçants et consommateurs, un traitement particulier aux contrats de consommation. Afin de voir si ce traitement particulier sera appliqué aux contrats de licence d'utilisateur final, nous tenterons ici de déterminer si le CLUF peut répondre aux descriptions que donnent les législateurs du contrat de consommation. Nous prendrons pour acquis que le CLUF dont il s'agit ici constitue bel et bien un contrat autonome.

Selon les termes retenus par le Code civil du Québec, sera considéré comme étant un contrat de consommation celui « par lequel l'une des parties, étant une personne physique, le consommateur, acquiert, loue, emprunte ou se procure de toute autre manière, à des fins personnelles, familiales ou domestiques, des biens ou des services auprès de l'autre partie, laquelle offre de tels biens ou services dans le cadre d'une entreprise qu'elle exploite. »²² À cette définition générale pourra s'ajouter, pour le Québec, celle de la Loi sur la protection du consommateur. C'est aussi dans les lois sur la protection du consommateur que sont en quelque sorte définis les contrats de consommation en Ontario et en Colombie-Britannique.

De façon générale, c'est par le biais de la qualification des parties (consommateur et commerçant) et par celui de la finalité du contrat (les fins domestiques, etc.) que les lois provinciales portant sur la protection du consommateur définissent le contrat auquel s'appliqueront ces lois.

Au Québec, par exemple, l'article 2 de la Loi sur la protection du consommateur définit le contrat de consommation comme celui qui est « *conclu entre un consommateur et un commerçant dans le cours des activités de son commerce et ayant pour objet un bien ou un service.* »²³

En Ontario, la Loi de 2002 sur la protection du consommateur s'attache à l'opération de consommation, soit un : « *[a]cte consistant à exercer une activité ou à faire affaire avec un consommateur, y compris une convention de consommation* », cette dernière étant définie comme la « *Convention que le fournisseur conclut avec le consommateur selon laquelle il convient de fournir des marchandises ou des services moyennant paiement*²⁴. » En Colombie-Britannique, l'article 1 du *Business Practices and Consumer Protection Act* désigne ce sur quoi portera la loi par « *consumer transaction* », qui vise notamment : « *a supply of goods or services or real property by a supplier to a consumer for purposes that are primarily personal, family or household* ». ²⁵

Au Québec, le consommateur, au sens de la Loi sur la protection du consommateur du Québec, est « une personne physique, sauf un commerçant qui se procure un bien ou un service pour

²² Code civil du Québec, article 1384.

²³ Loi sur la protection du consommateur, L.R.Q., c. P-40.1, article 2.

²⁴ Loi de 2002 sur la protection du consommateur, article 1.

²⁵ Business Practices and Consumer Protection Act, [SBC 2004] Chapter 2, article 1.

les fins de son commerce »²⁶. En Ontario, la Loi de 2002 sur la protection du consommateur définit le consommateur comme un « [p]articulier qui agit à des fins personnelles, familiales ou domestiques, mais non commerciales. »²⁷ En Colombie-Britannique, le consommateur est défini comme : « an individual, whether in British Columbia or not, who participates in a consumer transaction, but does not include a guarantor »²⁸, la transaction en question, comme nous l'avons vu, devant être à caractère personnel, familial ou domestique.

Comme on peut le constater, alors que la législation ontarienne et celle de la Colombie-Britannique appuient leur définition de consommateur, à l'instar du Code civil du Québec, sur les fins que vise le consommateur, le Québec ne définit le consommateur que par opposition au commerçant (ou « supplier »). Curieusement, seule la version anglaise de la Loi sur la protection du consommateur propose une définition de commerçant (« merchant ») : « In this Act, the word "merchant" includes any person doing business or extending credit in the course of his business. »²⁹

Nicole L'Heureux résume la portée de ces définitions :

*« En droit, privé, il [le commerçant] était défini comme celui qui exerce des opérations commerciales à l'état professionnel. La qualité de commerçant nécessite la présence de deux éléments. Le premier consiste dans l'exercice d'une activité dans un but de profit. Le second dans le caractère de permanence de l'activité sans qu'il doive s'agir nécessairement de l'activité principale ni même unique de l'opérateur. L'activité doit cependant s'exercer de façon habituelle plutôt qu'occasionnelle. »*³⁰

Le contrat de consommation portera donc sur un bien ou un service ou sur sa fourniture. Il est bon de noter que les lois sur la protection des consommateurs ne font pas de distinction entre les biens matériels et les biens immatériels.

Le CLUF dans les hypothèses que nous abordons ici, porte soit sur un bien immatériel et son utilisation (logiciel, jeux vidéo), soit sur un service auquel il impose des conditions (applications en ligne telles que services de courriels, de jeux en ligne, qui utilisent toutes un logiciel pour fournir le service).

Par contre, le CLUF, même s'il est rattaché à un bien ou un service (à l'utilisation duquel il pose des conditions), ne porte pas sur ce bien ou ce service, mais plutôt sur le droit de l'utiliser. Il s'agit donc d'un type de contrat qui ne porte ni sur les biens, ni sur les services, ni sur leur fourniture. Pour s'en convaincre, il suffit de revenir à la définition du CLUF précédemment évoquée, qui nous a amenés à dire que le CLUF est en fait la concession d'un droit d'usage sur un bien immatériel.

Reste alors à déterminer si nous sommes en présence de consommateurs et de commerçants. La détermination de ce qu'est un consommateur ne pose pas en soi de problème. Le titulaire des droits d'auteur est-il de son côté un commerçant quand il conclut un CLUF ? La définition

²⁶ Loi sur la protection du consommateur, article 1.

²⁷ Loi de 2002 sur la protection du consommateur, article 1.

²⁸ Business Practices and Consumer Protection Act, article 1.

²⁹ Consumer Protection Act, R.S.Q. c. P-40.1, article 1.

³⁰ L'HEUREUX Nicole, Droit de la consommation, 5e édition, Les éditions Yvon Blais, Cowansville, Québec, 2000, p. 30.

que donne l'auteur L'Heureux permet de conclure que oui. En effet, le titulaire de droits d'auteur exerce généralement son activité de création dans un but de profit ; plus précisément, ce qu'il cherche à encadrer avec le CLUF, ce sont ses droits économiques tels que les consacre la Loi sur le droit d'auteur à son article 3. Le professeur Handa vient appuyer cette idée que le CLUF est le contrat par lequel le titulaire de droits d'auteur autorise le consommateur à effectuer certains actes en contrepartie du prix payé.

« Economic rights are those rights that are primarily concerned with obtaining remuneration for the exploitation of a work, i.e., its copying. (...) Economic rights are so entitled because they permit the owner of the work to authorize or License such reproductions or assign the copyright, typically in exchange for some remuneration. »³¹

L'activité, soit la conclusion de CLUF, n'est pas exceptionnelle, mais fait partie des activités régulières du détenteur des droits d'auteur ; la production de masse des œuvres auxquelles s'attachent les CLUF en est garante. Cette activité, on l'a démontré, est à but commercial. Le détenteur de droits d'auteur qui conclut un CLUF pourra donc sans mal être qualifié de commerçant au sens des lois sur la protection du consommateur.

La qualification du contrat (contrats de louage ou *sui generis*) pourra être importante afin de connaître les dispositions précises des lois sur la protection des consommateurs qui s'appliqueront spécifiquement à chaque contrat.

Il ne faut pas non plus négliger le fait que, quand le CLUF est rattaché à un bien ou à un service qui fait lui-même l'objet d'une transaction, cette première transaction sera, si elle répond aux critères du contrat de consommation, couverte par les lois sur la protection des consommateurs ; les conditions d'utilisation supplémentaires qu'imposeraient les CLUF devront ainsi être considérées comme des conditions liées à ce premier contrat. Cette précision nous sera utile lorsque nous étudierons les CLUF à la lumière des différentes législations.

On pourra alors envisager plusieurs situations.

Le contrat de vente au consommateur du support sur lequel est gravée l'œuvre à laquelle se rattache le CLUF sera vraisemblablement visé par les lois sur la protection du consommateur. Selon ce que nous avons vu précédemment, le CLUF, de son côté, pourrait bien ne pas être valide si son existence et son contenu n'ont pas été dénoncés au consommateur au moment où le transfert de propriété s'est effectué. Les lois sur la protection du consommateur pourront imposer de surcroît, comme nous le verrons, certaines obligations de divulgation supplémentaires ou en encadrer le mode.

Si le consommateur se procure une œuvre dématérialisée sur Internet (musique, film, jeux vidéo, logiciels) ; malgré l'absence de support physique, il y a tout de même transaction sur un bien, quoiqu'immatériel. Les lois sur la protection du consommateur s'appliqueront de la même manière à ce mode d'acquisition et aux conditions d'utilisation.

Les lois sur la protection du consommateur s'appliquent aussi bien à des services offerts en ligne aux consommateurs. Le contrat de service sera visé par les lois sur la protection du consommateur, le CLUF ne représentant que des conditions particulières à l'octroi ou à l'utilisation de ce service.

³¹ HANDA Sunny, Copyright Law in Canada, Butterworths Canada Ltd., 2002, p. 66.

De toutes ces situations, il ressort que le CLUF n'aura à être qualifié, afin de savoir si les lois sur la protection des consommateurs s'y appliquent, que s'il n'est pas rattaché à un contrat qui serait lui-même visé par ces lois.

2. LES CONTRATS DE LICENCE D'UTILISATEUR FINAL À LA LUMIÈRE DU DROIT CIVIL ET DE LA PROTECTION DU CONSOMMATEUR

Dans les développements qui suivent, nous prendrons en compte deux types de situations que nous identifions plus haut : le consommateur pourra se procurer l'œuvre, c'est-à-dire le produit visé par le CLUF, sur un support matériel ou sous une forme dématérialisée. Dans la première situation, rappelons-le, il y a entre le commerçant et le consommateur un contrat de vente qui porte sur le support de l'œuvre, vente qui entraîne un transfert de propriété du bien acheté. Le consommateur devra accepter par le biais d'un contrat distinct les conditions imposées par le CLUF. Le consommateur se verra proposer un contrat unique qui lui présentera les conditions d'utilisation qu'impose le titulaire de droit de propriété intellectuelle ; ce sera le cas lorsque le consommateur se procurera le bien (l'œuvre) sous sa forme dématérialisée (par téléchargement) ou lorsque le CLUF encadrera l'utilisation d'un service en ligne (un jeu, un service de courriel, etc.).

Nous considérerons de plus que le consommateur pourra se procurer les biens en magasin aussi bien que par le biais de contrats à distance.

Vu ce qui précède, nous poserons comme préalable que tous les contrats que nous considérerons seront considérés comme des contrats de consommation.

2.1 INFORMATION ET CONSENTEMENT

Pour qu'un contrat soit valablement formé, certaines conditions de fond doivent être réunies : les parties en présence doivent avoir la capacité légale de s'engager par voie contractuelle, le contrat doit avoir un objet et une cause, et les parties doivent consentir à contracter³². Cet échange de consentement entre les parties est fondamental : à moins que la loi n'exige un formalisme particulier, le seul échange de consentement constituera contrat et, *a contrario*, le contrat ne pourra exister sans que le consentement des deux parties ne soit acquis.³³

Pour les seules fins de notre étude, nous présumerons de l'existence aussi bien que de la validité de l'objet ainsi que de la cause du contrat de CLUF, pour nous concentrer sur le consentement, parce que cette condition de formation pose certaines difficultés évidentes en matière de CLUF, liées au moment de la divulgation, aux modes d'acceptation des conditions, etc.

³² Voir par exemple l'article 1385 du Code civil du Québec. Pour un rappel des conditions de formation d'un contrat en Common Law lire FURMSTON Michael, *Law of Contract*, 15th Edition, Oxford, 2007, p. 39 et suivante.

³³ Dans le cadre des contrats de consommation, aux conditions de fond préalablement invoquées, la loi pourra ajouter certaines conditions de forme pour certains types de contrats. La Loi sur la protection du consommateur, par exemple, à ses articles 25 et suivants, impose de telles conditions au contrat conclu par un commerçant itinérant, au contrat de crédit, etc.

Le consentement, pour qu'il soit valide, doit être libre et éclairé³⁴.

Pour donner un consentement éclairé, encore faut-il que le consommateur soit informé de ce à quoi il s'engage, des obligations qu'on lui impose comme des restrictions qui limiteront, dans le cas des CLUF, l'usage qu'il pourra faire du bien ou du service qu'il acquiert.

En droit civil québécois, on reconnaît que de cette nécessité du consentement éclairé découle, en matière contractuelle, une « obligation d'une partie de fournir à l'autre les informations nécessaires à un consentement pleinement éclairé [qui] est reconnue depuis assez longtemps dans certains domaines », dont celui de la consommation³⁵. « Dans certaines circonstances, donc, une partie ne peut plus se contenter de répondre honnêtement aux questions de l'autre partie : elle doit prendre l'initiative de lui divulguer tous les faits qui sont normalement susceptibles d'influencer son consentement de façon importante. »³⁶

En Common Law, certains principes pourraient aussi trouver à s'appliquer pour ce qui est de l'obligation d'information; des règles particulières se retrouvent dans les lois relatives à la protection des consommateurs qui imposent explicitement aux commerçants cette obligation.

Si les fausses représentations sont sanctionnées par la Common Law, le silence d'une partie n'entraînera pas, en règle générale, de conséquence sur la validité du consentement de l'autre partie au contrat :

*« the general rule is that mere silence is not misrepresentation. 'The failure to disclose a material fact which might influence the mind of a prudent contractor does not give the right to avoid the contract' even though it is obvious that the contractor has a wrong impression that would be removed by disclosure. »*³⁷

Le silence pourra toutefois équivaloir à de fausses représentations (*misrepresentation*) dans certaines circonstances³⁸.

*« (...) firstly, where the silence distorts positive representation ; secondly, where the contract requires uberrima fides ; thirdly, where a fiduciary relation exists between the contracting parties. »*³⁹

Concernant le second cas (*uberrimae fidei*) : « In certain contracts where, from the very necessity of the case, one party alone possesses full knowledge of all the material facts, the law requires him to show *uberrima fides*. He must make full disclosure of all the material facts known to him, otherwise the contract may be rescinded. »⁴⁰.

³⁴ Le Code civil du Québec, par exemple, le prévoit expressément à son article 1399.

³⁵ BAUDOIN Jean-Louis et Pierre-Gabriel JOBIN, *Les Obligations*, 5^E édition, Éditions Yvon Blais, Cowansville, Québec, 2005, p. 261.

³⁶ *Ibid.*, p. 263.

³⁷ FURMSTON Michael, *Law of Contract*, 15th Edition, Oxford, 2007, p. 336.

³⁸ DUHAIME Lloyd, *Duhaime's Contract law pages* [En ligne]

<http://www.duhaime.org/LegalResources/Contracts/LawArticle-90/Part-5-Mistake-Rectification-Misrepresentation.aspx> (page consultée le 20 avril 2010).

³⁹ FURMSTON Michael, *Law of Contract*, 15th Edition, Oxford, 2007, p. 336.

⁴⁰ *Ibid.*, p. 372.

Le troisième cas, celui de la fiducie, est plus aisé à comprendre. Par contre, la première catégorie comprend par exemple la situation suivante : « *A party to a contract may be legally justified in remaining silent about some material fact, but if he ventures to make a representation upon the matter it must be a full and frank statement, and not such a partial and fragmentary account that what is withheld makes that which is said absolutely false.* »⁴¹

A) Contrats de consommation

Dans le domaine de la consommation, nous retrouvons certaines exigences spécifiques quant à l'obligation d'information du consommateur par le commerçant, dont certaines ne visent que certains types de contrats (voir plus bas : les contrats conclus à distance).

L'article 228 de Loi sur la protection du consommateur du Québec, par exemple, établit une règle générale en précisant que le commerçant ne peut, dans une représentation qu'il fait à un consommateur, passer sous silence un fait important.⁴² Cet article, selon le professeur Masse, est l' « *une des premières affirmations législatives d'une obligation qui est maintenant largement reconnue en droit civil québécois : l'obligation d'informer.* »⁴³ Toujours selon le professeur Masse : « *un « fait important » est une information qui, si elle avait été communiquée au consommateur en temps opportun, aurait été de nature à influencer sur sa décision de contracter ou sur les conditions et modalités du contrat.* »⁴⁴. On notera que le terme « représentation », au sens de la Loi sur la protection du consommateur, inclut une affirmation et un comportement aussi bien qu'une omission. (art. 216)

En Ontario, l'article 14 (2) de la Loi de 2002 sur la protection du consommateur sanctionne comme pratique déloyale le fait de passer sous silence un fait important :

« Les assertions fausses, trompeuses ou mensongères comprennent notamment le fait d'affirmer ce qui suit : 14. Une exagération, une insinuation ou une ambiguïté concernant un fait important ou qui le passe sous silence, alors que l'assertion qui la contient induit ou tend à induire le consommateur en erreur. »

Pour que les conditions liées à la communication d'information soient remplies, encore faut-il, bien sûr, que les renseignements puissent être compris par le consommateur. Le législateur a donc souvent prévu certaines mesures à cet effet.

L'article 5 de la Loi de 2002 sur la protection du consommateur précise que « Le fournisseur qui est tenu de divulguer des renseignements en application de la présente loi les divulgue de façon qu'ils soient clairs, compréhensibles et bien en évidence. »⁴⁵

Au Québec, cette obligation d'intelligibilité est par ailleurs renforcée, en matière de contrats de consommation, aussi bien à l'article 25 de la Loi sur la protection du consommateur qu'à l'article 1436 du Code civil du Québec, qui prévoit que « *la clause illisible ou incompréhensible pour une*

⁴¹ *Ibid.*, p. 336.

⁴² Loi sur la protection du consommateur, article 228.

⁴³ MASSE Claude, Loi sur la protection du consommateur, Les éditions Yvon Blais Inc., Cowsansville, Québec, 1999, p. 862.

⁴⁴ *Ibid.*, p. 862.

⁴⁵ Loi de 2002 sur la protection du consommateur, article 5.

personne raisonnable est nulle si le consommateur ou la partie qui y adhère en souffre préjudice, à moins que l'autre partie ne prouve que des explications adéquates sur la nature et l'étendue de la clause ont été données au consommateur ou à l'adhérent. »

« Le terme « illisible » doit être compris dans le sens matériel; il s'agit en quelque sorte d'une exigence de forme. Ainsi, une clause rédigée en caractères si fins qu'il devient impossible à une personne raisonnable de la lire pourra être caractérisée d'illisible. Le terme « incompréhensible », quant à lui, réfère plutôt à la formulation, au contenu de la clause et au vocabulaire utilisé. »⁴⁶

Le terme intelligible est celui que l'on peut comprendre sans difficulté⁴⁷. Inintelligible est donc synonyme d'incompréhensible. La clause inintelligible est donc aussi incompréhensible.

En Colombie-Britannique, le Business Practices and Consumer Protection Act, ne prévoit pas de dispositions similaires à celles que l'on retrouve en Ontario et au Québec relativement à l'obligation d'information, ou à l'interdiction de passer sous silence un fait important. Même l'article 4 du Business Practices and Consumer Protection Act intitulé « *Deceptive acts or practices* » omet de mentionner parmi les pratiques déloyales le silence du commerçant sur un fait essentiel.⁴⁸ Certaines exigences relatives à l'information apparaissent tout de même aux articles 4 et 8 du Business Practices and Consumer Protection Act en relation avec les pratiques trompeuses.

B) Contrats conclus à distance et contrats électroniques

En ce qui a trait à l'information que le commerçant doit fournir au consommateur, les lois sur la protection du consommateur du Québec⁴⁹, de l'Ontario⁵⁰, et de la Colombie-Britannique⁵¹ prévoient toutes des dispositions particulières applicables au contrat conclu à distance ou à la convention électronique. Alors que la Loi de 2002 sur la protection du consommateur identifie de façon séparée le contrat à distance du contrat électronique, le contrat à distance inclut, dans la Loi sur la protection du consommateur, le contrat électronique. Quant au Business Practices and Consumer Protection Act, il fait du contrat électronique un contrat à distance particulier⁵². Aux fins de notre recherche, nous nous concentrerons sur les contrats électroniques tels que définis dans les lois ontariennes et de la Colombie-Britannique, et au contrat à distance de la Loi sur la protection du consommateur au Québec.

Le contrat à distance est défini, au Québec, comme « *un contrat conclu alors que le commerçant et le consommateur ne sont pas en présence l'un de l'autre et qui est précédé*

⁴⁶ BAUDOUIN Jean-Louis et Pierre-Gabriel JOBIN, Les Obligations, 6^E édition, Éditions Yvon Blais, Cowansville, 2005, p. 269.

⁴⁷ Centre National de ressources textuelles et lexicales [En ligne] <http://www.cnrtl.fr/definition/intelligible> (page consultée le 3 mars 2010).

⁴⁸ Business Practices and Consumer Protection Act, l'article 3 (b) : « a representation by a supplier (vi) that uses exaggeration, innuendo or ambiguity about a material fact or that fails to state a material fact, if the effect is misleading, »

⁴⁹ Loi sur la protection du consommateur, articles 54.1 et suivant.

⁵⁰ Loi de 2002 sur la protection du consommateur, articles 38 et 39.

⁵¹ Business Practices and Consumer Protection Act, articles 17 et 47.

⁵² *Ibid.*, article 47.

d'une offre du commerçant de conclure un tel contrat. »⁵³ En Colombie-Britannique, il est défini comme: « *a contract for the supply of goods or services between a supplier and a consumer that is not entered into in person and, with respect to goods, for which the consumer does not have the opportunity to inspect the goods that are the subject of the contract before the contract is entered into (...)* »⁵⁴. Pour savoir ce qu'est le contrat électronique auquel réfère l'article 47 du Business Practices and Consumer Protection Act, cet article renvoie à l'article 1 de l'Electronic Transactions Act, qui définit le terme *électronique* : « **"electronic"** means created, recorded, transmitted or stored in digital or other intangible form by electronic, magnetic or optical means or by any other similar means; »⁵⁵

La convention électronique est, en Ontario, la « convention de consommation formée par communication électronique textuelle sur Internet. »⁵⁶

L'article 54.4 de la Loi sur la protection du consommateur impose au commerçant la divulgation, avant la conclusion du contrat, d'un certain nombre de renseignements, dont, notamment, « *une description détaillée de chaque bien ou service faisant l'objet du contrat, y compris ses caractéristiques et ses spécifications techniques* », les « *conditions d'annulation, de résiliation, de retour, d'échange ou de remboursement* », mais aussi « *toutes les autres restrictions ou conditions applicables au contrat.* »⁵⁷, renseignements que le commerçant doit présenter « *de manière évidente et intelligible et les porter expressément à la connaissance du consommateur.* (...) »⁵⁸ Des exigences identiques se retrouvent aux articles 46 et 47 du Business Practices and Consumer Protection Act⁵⁹, et aux articles 38 et 39 de la Loi de 2002 sur la protection du consommateur⁶⁰, applicables uniquement aux contrats électroniques.

2.2 QUELQUES EXEMPLES TERRAIN

Voyons un peu comment se met en œuvre sur le terrain cette obligation d'information en matière de CLUF.

Comme nous l'avons expliqué précédemment, le consommateur qui se procure en magasin un bien, le support de l'œuvre, contracte une vente; le CLUF, à moins que le consommateur ne donne son consentement à ce dernier au moment de la vente, constituera généralement un contrat qui se présentera et demandera à être conclu dans un deuxième temps.

La question d'information risque alors de se poser en deux temps. Plutôt que la question de l'acceptation des conditions du CLUF au moment où ce dernier se présente à l'écran du consommateur (question sur laquelle nous reviendrons plus loin), celle qui nous préoccupe principalement ici est de savoir si, au moment de la transaction, le consommateur est informé des conditions supplémentaires qui pourraient s'appliquer, c'est-à-dire informé de l'existence et du contenu du CLUF.

⁵³ Loi sur la protection du consommateur, article 54.1.

⁵⁴ Business Practices and Consumer Protection Act, article 17.

⁵⁵ Electronic Transactions Act [SBC 2001] CHAPTER 10.

⁵⁶ Loi de 2002 sur la protection du consommateur, article 20.

⁵⁷ Loi sur la protection du consommateur, article 54.4.

⁵⁸ *Ibid.*, article 54.4 alinéa 2.

⁵⁹ Business Practices and Consumer Protection Act, articles 46 et 47.

⁶⁰ Loi de 2002 sur la protection du consommateur, article 38(1), 38(3) et 39(2).

Nous nous sommes rendus dans plusieurs magasins qui proposent au public des produits logiciels et des jeux vidéo afin de vérifier l'information sur le CLUF dont disposera le consommateur au moment de son achat. Nous avons aussi vérifié cette divulgation d'information au moment de l'achat en ligne d'un support matériel.

Nous avons par la suite vérifié l'information divulguée au consommateur lorsque celui-ci se procure un bien immatériel ou un service en ligne. Nous avons donc vérifié l'information dont dispose le consommateur au moment de conclure en ligne un contrat auquel s'appliqueront les conditions prévues au CLUF.

Notre projet initial prévoyait l'étude de l'utilisation des CLUF liés aux disques audio et vidéo. Nous ne les avons toutefois pas inclus dans notre étude terrain, et ce, pour les raisons suivantes : notre recherche terrain nous a permis de constater que les mesures techniques de protection, d'usage courant à une certaine époque sur les CD musicaux, qui limitaient l'accès aux œuvres en imposant de nouvelles conditions à l'utilisation de l'œuvre ont pratiquement disparu. On constate par ailleurs sur ces supports (CD et DVD) la présence de mentions rappelant certains droits réservés aux auteurs par la Loi sur le droit d'auteur, et certaines limitations d'usage qui en découlent (les droits de reproduction, de location et de copie non autorisées, les performances publiques, la diffusion, l'exportation, la distribution, etc.) Ces mentions ne peuvent être considérées comme des conditions contractuelles; elles ne font généralement qu'informer le consommateur de certains droits prévus à la loi.

Pour ce qui est des « interdictions » qui ne sont pas prévues à la Loi sur le droit d'auteur ou qui tenteraient de limiter certains droits des utilisateurs qui y sont prévus, le professeur Moysse s'interroge sur leur validité :

« A priori, la valeur d'une clause apposée sur le boîtier d'un phonogramme, par exemple, est toute relative, voire équivalente à celle d'une clause de style. Quelle est en effet la force de telles clauses que l'on voit souvent apparaître sur les exemplaires si la loi sur le droit d'auteur ne lui donne pas d'existence? Il peut s'agir d'une clause très générale comme : « Tous droits du producteur du phonogramme réservés ». La clause étiquette peut également contenir une liste d'interdictions. Pour que ces clauses soient efficaces, il faudrait que le tiers acquéreur les accepte explicitement. Or, il ne semble pas que le seul geste d'achat puisse constituer une acceptation valide. »⁶¹

Comme les CLUF qui peuvent subsister sur ces supports ne viseront aujourd'hui essentiellement que des services ou fonctionnalités supplémentaires, qui ne sont donc pas liés à l'usage premier des supports, nous les avons exclus de cette section.

Pour notre enquête en magasin, nous avons choisi de nous rendre dans les places d'affaires de quelques commerçants bien connus qui offrent au grand public le type de produits sur lesquels nous recherchions des renseignements (logiciels et jeux vidéo). Nous avons choisi, du fait de leur notoriété, des succursales de Best Buy, Future Shop, et Bureau en gros. Le choix des logiciels s'est porté sur des logiciels de sécurité, antivirus ou pare-feu, ainsi que sur des suites bureautiques et des jeux vidéo.

⁶¹ MOYSE, Pierre-Emmanuel, et Vincent GAUTRAIS, Droit des auteurs et droit de la consommation dans le cyberspace : la relation auteur/utilisateur, Montréal, 1996, p. 2. [En ligne] <https://papyrus.bib.umontreal.ca/jspui/handle/1866/2193> (page consultée le 10 avril 2010).

Nous avons également entrepris de nous procurer les mêmes biens en ligne sur les sites Internet des mêmes détaillants ainsi que sur ceux des éditeurs des logiciels.

Pour ce qui est des services en ligne, nous avons sélectionné les services qui, à notre connaissance, comptent parmi les plus populaires : les services de courriel de Google, Yahoo!, et Microsoft, ainsi que le service de partage de photos *Flickr*, qui appartient à la compagnie Yahoo!

Nous adopterons ici l'hypothèse que les contrats conclus par le consommateur, en magasin et en ligne, seront des contrats de consommation.

A) Quelques exemples en magasin

Le consommateur qui se rend dans une boutique trouvera dans presque tous les cas le bien sous sa forme physique (CD ou DVD), soit le support de ce qu'il désire se procurer, emballé dans une boîte ou une enveloppe qui sera protégée par une pellicule plastique.

C'est du bien sous cette forme, emballé, auquel le consommateur procédera à l'achat. Le consommateur conclura avec le détaillant, comme on l'a vu, un contrat de vente auquel les dispositions des lois sur la protection des consommateurs s'appliqueront, notamment les dispositions relatives aux garanties et à l'information, ainsi que celles qui concernent les représentations des vendeurs. Par la suite, pour pouvoir utiliser ce support et accéder à l'œuvre fixée sur ce support, des conditions supplémentaires seront présentées au consommateur, sous la forme d'un CLUF.

La pratique qui a cours veut que le simple fait de déchirer la pellicule plastique entraîne des conséquences juridiques pour le consommateur, soit la conclusion d'un contrat dit « shrink-wrap » ou licence « d'emballage ». En descellant la pellicule plastique, le consommateur exprimerait son consentement à contracter et accepte les conditions de la licence. Certains auteurs estiment que, quand le consommateur est au fait des conditions de la licence, cette pratique serait parfaitement acceptable :

« le détenteur des droits souhaite que l'acquéreur accepte certaines conditions, garanties (limitées) ou modalités d'utilisation d'un logiciel. Elles sont affichées sur la boîte dans laquelle le produit est livré, sous l'enveloppe transparente, et l'acquéreur peut ainsi en prendre connaissance avant de s'obliger. On prétend alors attacher un effet juridique de consentement au simple fait de déchirer la pellicule. »⁶²

Ce qui semblerait acceptable dans ces conditions, où les conditions sont visibles sous l'emballage qui doit être déchiré pour donner accès à l'œuvre protégée par la licence, l'est clairement moins si lesdites conditions ne sont accessibles qu'une fois la pellicule déchirée, puisque, pour pouvoir ouvrir ou déchirer cette pellicule plastique, le consommateur doit d'abord acheter le support.

⁶² MACKAAY Ejan, et Vincent GAUTRAIS, Les contrats informatiques, dans Denys-Claude LAMONTAGNE (dir.), Droit spécialisé des contrats, Vol. 3, Éditions Yvon Blais, Cowansville, 2001, pp. 281-315, 290.

C'est afin de vérifier la disponibilité des conditions de la licence sur les boîtes de certains produits, et la possibilité pour le consommateur d'en prendre connaissance avant l'achat que nous avons effectué cette étape de notre étude terrain.

Nous avons noté en premier lieu qu'il arrive que les emballages contenant des logiciels soient eux-mêmes insérés dans un second emballage, soit une boîte en plastique munie d'un dispositif électronique antivol, qui pourra empêcher le consommateur de voir toutes les faces de l'emballage original et, par conséquent, de certaines des mentions qui pourraient y apparaître. Cette pratique n'est heureusement pas uniforme; nous avons pu avoir accès à des emballages qui n'étaient pas obstrués par ces secondes boîtes gênantes.

Nous n'avons trouvé aucun emballage de logiciel sur lequel auraient été reproduites intégralement les conditions de la licence. Aucun cas, donc, où, comme le voulait la prémisse de l'analyse citée plus haut, les modalités « *sont affichées sur la boîte dans laquelle le produit est livré, sous l'enveloppe transparente, et l'acquéreur peut ainsi en prendre connaissance avant de s'obliger.* »

À défaut de pouvoir prendre connaissance des modalités contractuelles du CLUF qu'il devra accepter pour utiliser le produit, le consommateur est-il à tout le moins informé de l'existence d'un tel contrat de licence et, accessoirement, du fait que son utilisation du bien qu'il se procurera sera limitée, voire impossible, s'il n'accepte pas au préalable ce contrat de licence (ce qu'il risque de se faire dire qu'il a fait, rappelons-le, en déchirant l'emballage pour y avoir accès)? Ici encore, les pratiques ne sont pas uniformes.

Certains emballages de logiciels (les logiciels de sécurité « Kaspersky Internet Security 2010 », « Kaspersky Antivirus 2010 » et « McAfee Antivirus Plus 2010 » pour PC, par exemple) ne divulguent aucune information relativement à l'existence d'un CLUF.

À quel moment le consommateur sera-t-il donc, dans ces cas, informé de l'existence de ces conditions et de l'obligation de les accepter? La documentation incluse dans la boîte ou sur le support permettant l'installation du logiciel « Kaspersky Antivirus 2010 » mentionne que l'étape 4 du processus d'installation du logiciel nécessite l'acceptation du CLUF⁶³, qui est d'ailleurs présent dans cette documentation, et accessible sur le site Internet de l'entreprise.

D'autres indiquent clairement sur l'emballage que, pour pouvoir utiliser le produit, il sera nécessaire d'accepter le CLUF. C'est le cas de « Microsoft Office Standard 2007 », qui mentionne également sur l'emballage que le contrat en question peut être consulté en ligne sur une page Web dont l'adresse est indiquée (ce qui n'est pas, avouons-le, extrêmement pratique pour le consommateur qui aimerait prendre connaissance de ces conditions avant l'achat, alors qu'il est dans la place d'affaire du détaillant). Certains autres emballages mentionnent que l'utilisation du produit est sujette à l'acceptation d'un CLUF, ne proposant toutefois cette information qu'en langue anglaise (« Mac OS X Snow Leopard » et « iWork 09 ») (alors que d'autres renseignements sont fournis en français sur la boîte).

Nous avons également trouvé des mentions de l'existence d'un CLUF sur la boîte du jeu pour PC « Spore » et sur celle du jeu pour PC « Aliens vs Predator », qui indique que l'utilisateur devra, pour pouvoir jouer au jeu vidéo, accepter les modalités du service en ligne de la

⁶³ Documentation des logiciels « Kaspersky Internet Security 2010 » et « Kaspersky Antivirus 2010 » [En ligne] http://www.kaspersky.com/home_user_docs (page consultée le 2 avril 2010)

compagnie « Steam ». L'adresse de la page Internet où se trouve le contrat est indiquée sur la boîte (ce qui une fois encore n'est pas, avouons-le, extrêmement pratique pour le consommateur qui aimerait prendre connaissance de ces conditions avant l'achat, alors qu'il est dans la place d'affaire du détaillant).

B) Les licences d'emballage (« Shrink-wrap »)

Il est difficile de croire que l'obligation d'information qui permettrait au consommateur de donner un consentement éclairé soit satisfaite par la simple mention de l'existence d'un contrat de licence d'utilisateur final sans aucune divulgation du contenu de tel contrat.

La pratique de la licence dite « d'emballage » (mieux connue sous son nom anglais « shrink-wrap ») fait-elle en sorte que cette obligation d'information préalable par le commerçant ne trouve plus application? Comme nous le mentionnions plus haut, ce qui est désigné sous la locution « licence d'emballage » est cette règle qui voudrait que le consommateur exprime son consentement à contracter et accepte les conditions de la licence simplement en déchirant la pellicule plastique qui sert d'emballage à un produit.

Les auteurs Sigel, Ling et Izenberg viennent rappeler que dans la seule décision rendue au Canada sur cette pratique⁶⁴, la Cour a décidé que, si le simple fait d'ouvrir l'emballage doit être considéré comme l'acceptation du contrat, certains moyens doivent être pris, si ce contrat doit avoir force de loi entre les parties, pour informer les consommateurs du contenu d'un tel CLUF :

« In the case at bar, the plaintiff manifestly did not bring home to the defendants, or any of them, that there were restrictions on the purchase. None of the simple, cheap, obvious methods to do this were used by the plaintiff. No implied restrictions were necessary to the sale; therefore the court should not, in the absence of explicit instructions brought to the notice of the purchaser, introduce any implied restrictions into the contract of sale.»⁶⁵

Si aucune restriction n'est imposée au moment de la vente, le tribunal ne pourra donc par la suite reconnaître la validité des restrictions qui n'auraient été dévoilées qu'après le fait. L'auteur Sookman résume cette décision en expliquant:

*« It was held in this case that shrink-wrap licences will not be enforceable against ordinary vendee unless there is some clear communication of the shrink-wrap terms at the time of purchase to the party to whom the software is sold. The Court relied on decisions in patent cases which express the view that an ordinary vendee without knowledge of any restrictions affecting the use of goods is not bound to honour any restrictions concerning the goods since restrictive conditions do not run with them. »*⁶⁶

Ce qui revient à dire que la licence d'emballage pourrait être valide pourvu que des mesures soient prises pour informer les consommateurs du contenu des restrictions apportées.

⁶⁴ SIGEL Skip, Theo LING, and Joshua IZENBERG, The validity of Webwrap Contrats, disponible sur le site de Uniform Law conference of Canada, [En ligne] <http://www.ulcc.ca/en/cls/index.cfm?sec=4&sub=4i> (page consultée le 15 avril 2010).

⁶⁵ North American Systemshops c. King, (1989) 68 Alberta Law Reports (2d) 145.

⁶⁶ SOOKMAN Barry, Computer, Internet and Electronic Commerce Law, Carswell, 2009, p. 2-76.5.

Toujours selon Sookman, les conditions pour que soit reconnue valide une licence d'emballage sont les suivantes :

« Where a party relying upon a shrink-wrap license is doing so for the purpose of enforcing an exemption clause in the agreement, the court will have to determine whether or not the clause is legitimately part of the contract between the parties. The determination of this issue depends on the adequacy of the notice given by the party for whose benefit the clause is inserted. (...) Shrink-wrap licenses are capable of resulting in binding agreements with licensees if the acquirer of the software knows of the shrink-wrap terms and conditions at the time of acquiring the software. »⁶⁷

La jurisprudence américaine sur la question est plus conséquente... et en arrive à des conclusions qui pourraient sembler contraires à celles de la jurisprudence canadienne, reconnaissant en principe la validité de cette pratique de licence d'emballage.⁶⁸

Sookman note par contre le fait que les tribunaux ont aussi refusé de valider les licences d'emballage dans les cas où elles tentent d'imposer des conditions additionnelles après la vente, tentant ainsi de modifier le contrat original conclu avec le détaillant et de limiter le droit de propriété:

« Other cases have, however, found them to be invalid, characterizing them as contracts of adhesion, unconscionable, and/or unacceptable pursuant to the U.C.C. A rationale in support of this position is that software users generally purchase the software through a retailer and consider the transaction as complete once the exchange of the software package is made at the register for the money. Later, as the new end-users attempt to use the software for the first time, they are presented an additional document setting forth conditions that in essence modify the original purchase agreement with the retailer, Courts are loathe to rule that such end-users should lose the benefits of ownership they had originally bargained for. »⁶⁹

⁶⁷ *Ibid.*, p. 2-76.7.

⁶⁸ M.A. Mortenson Co., Inc. v. Timberline Software Corp., 140 Wn.2d 568, 998 P.2d 305 (2000) ; le site Internet de l'organisation Consumer Project on Technology donne des liens vers les principales décisions affirmant la validité de ces contrats « shrinkwraps » aux Etats-Unis. [En ligne]

<http://www.cptech.org/ecom/ucita/shrinkwraplegal.html#Hotmail> (page consultée le 16 avril 2010).

⁶⁹ SOOKMAN Barry, Computer, Internet and Electronic Commerce Law, Carswell, 2009, p. 2-76.1.

ANALYSE

Une des problématiques que posent la présence du CLUF et l'absence de divulgation de son contenu au moment de la transaction initiale est la suivante : que se passera-t-il en pratique si le consommateur, après avoir pris connaissance des conditions de ladite licence, décide de ne pas l'accepter (renonçant ainsi à l'utilisation du bien, qui serait conditionnelle à l'acceptation de la licence)?

Les politiques des commerces que nous avons visités prévoient expressément qu'il n'y aura pas de remboursement possible si l'emballage du support d'un produit protégé par le droit d'auteur a été ouvert. Certains commerçants (Best Buy et Future Shop) justifient cette politique par leur souci de la protection des lois sur le droit d'auteur⁷⁰, d'autres⁷¹ l'appliquent sans tenter de la justifier⁷².

Ces politiques feraient donc en sorte qu'un consommateur qui ne pourra, suite au refus d'accepter les conditions du CLUF, utiliser le produit qu'il s'est procuré ne sera pas autorisé par le commerçant auprès de qui il se l'est procuré à se le faire rembourser. Cependant, ces politiques de retour limitatives se heurteront, comme nous le verrons plus loin, à certaines dispositions des lois sur la protection des consommateurs.

Comme l'indiquaient les professeurs Mackaay et Gautrais, il est ainsi possible de reconnaître la validité de la licence d'emballage, soit la signification par le consommateur de l'acceptation du contrat par le bris d'un sceau, pourvu que le consommateur soit informé au préalable du contenu de ce contrat.⁷³

Si la licence d'emballage suit le contrat de vente, ce mode de signification de l'acceptation des conditions d'utilisation n'écarte pas pour autant l'interdiction qui est faite au commerçant « *dans une représentation qu'il fait à un consommateur, [de] passer sous silence un fait important.* »⁷⁴ Le commerçant qui vend le support aurait donc le devoir d'informer le consommateur de l'existence des conditions d'utilisation qu'il devra nécessairement accepter pour utiliser le bien acheté. Cette information semble en effet être un fait important qui doit être porté à la connaissance du consommateur.

⁷⁰ Modalités d'achat des magasins Best Buy : « Conformément aux lois sur les droits d'auteur, les ordinateurs et logiciels de console de jeux, CD de musique, DVD et vidéo dans des emballages ouverts peuvent seulement être échangés par des articles similaires. » [En ligne] <http://www.bestbuy.ca/fr-CA/help/modalites-d-achat/hc8140.aspx?path=e3f52da55a55a00587c77e8b4d4610a3fr06&HelpTitleId=HC8140> ; voir aussi les politiques de Future Shop, au même effet : Dispositions du contrat d'achat des magasins Future Shop, [En ligne] <http://www.futureshop.ca/fr-ca/help/dispositions-du-contrat-d-achat/hc8156.aspx> (pages consultées le 16 février 2010).

⁷¹ Politiques de retour/remboursement des magasins Bureau en gros, Canada, [En ligne] http://www.staples.ca/FRA/Static/static_pages.asp?pagename=help_policy_returns (page consultée le 16 février 2010).

⁷² On pourrait bien entendu se demander quelles dispositions de la Loi sur le droit d'auteur empêchent le remboursement de ces biens ou en quoi l'échange pour un produit similaire serait susceptible de limiter les atteintes possibles au droit d'auteur, mais cela ne relève pas de notre propos.

⁷³ MACKAAY Ejan, et Vincent GAUTRAIS, Les contrats informatiques, dans Denys-Claude LAMONTAGNE (dir.), Droit spécialisé des contrats, Vol. 3, Éditions Yvon Blais, Cowansville, 2001, pp. 281-315, 290.

⁷⁴ Loi sur la protection du consommateur, article 228.

De même, les dispositions relatives à ce que l'on nomme les « unconscionable practices » à l'article 8 du Business Practices and Consumer Protection Act et à l'article 15 de la Loi de 2002 sur la protection du consommateur que nous avons mentionnées plus haut permettraient vraisemblablement elles aussi d'invalider ces licences d'emballage.

Les questions de lisibilité et d'intelligibilité des contrats de licence au moment de l'achat ne se posent évidemment pas quand ce texte n'est tout simplement pas disponible... Ceux qui iront chercher (sur Internet, par exemple) le texte du CLUF qui s'appliquera au bien ou au service qu'ils envisagent de se procurer se trouveront confrontés, comme nous le verrons plus loin, à des contrats d'une longueur souvent exagérée, qui fourmillent de termes et d'expressions bien souvent incompréhensibles pour le non-juriste. On relèvera de plus que certains de ces textes ne sont disponibles qu'en anglais.

Pour ce qui est des emballages qui indiquent une adresse Internet à laquelle le consommateur pourra accéder pour prendre connaissance des conditions prévues au CLUF, il semble difficile d'accepter que les concepteurs croient vraiment que le consommateur notera soigneusement cette adresse, qu'il retournera chez lui pour prendre connaissance des dites conditions (puisque le détaillant où l'on peut se procurer le logiciel jeu vidéo ne donnera probablement pas accès aux consommateurs aux sites Internet où il pourrait prendre connaissance du CLUF) avant de retourner chez le commerçant pour se procurer enfin le jeu convoité. Celui qui entreprendra cette démarche découvrira que le CLUF de la compagnie « Steam », une fois imprimé, fera 14 pages⁷⁵. (Celui de la compagnie « Electronic Arts » pour le jeu « Spore » n'en fait « que » 10 – en version unilingue anglaise⁷⁶)

C) Quelques exemples de contrats à distance

Le consommateur qui se rend en ligne plutôt qu'en magasin pourra la plupart du temps y trouver aussi le bien ou le service qu'il désire. Il pourra conclure à distance un contrat qui porte sur l'achat du support (un disque, par exemple, sur lequel est gravé le logiciel ou le jeu, et qu'il pourra se faire livrer à domicile); il pourra aussi s'y procurer sous forme dématérialisée le produit ou le service qu'il désire. Dans les deux cas, les exigences légales relatives aux contrats à distance ou convention électronique vont trouver à s'appliquer.

Si l'on fait abstraction des obligations d'information supplémentaires qu'exigent du commerçant les dispositions visant les contrats à distance, la problématique que nous avons exposée relativement à l'application des conditions que pose le CLUF à l'utilisation du bien acheté sera identique peu importe si le support est acheté en magasin ou en ligne et portera sur la dénonciation au moment de la vente de ces conditions d'utilisation.

Afin de vérifier la disponibilité des conditions du CLUF lors des transactions en ligne et la possibilité pour le consommateur d'en prendre connaissance avant l'achat, nous nous sommes notamment rendus, pour les mêmes raisons que celles exposées plus haut, sur les sites transactionnels des entreprises que nous avons visitées à leur place d'affaires, soit Best Buy,

⁷⁵ Accord de souscription « Steam » [En ligne] http://store.steampowered.com/subscriber_agreement/french/ (page consultée le 12 avril 2010)

⁷⁶ Contrat de licence d'utilisateur final du jeu vidéo « Spore » [En ligne] <http://www.ea.com/1/product-eulas> (page consultée le 3 mars 2010).

Future Shop, et Bureau en gros, afin d'y vérifier les mêmes produits. Nous avons de plus effectué des vérifications, le cas échéant, sur les sites Internet des fournisseurs de ces produits.

Vu les obligations d'information particulière auxquelles sont assujettis les commerçants qui concluent des contrats à distance, on pouvait présumer que les mentions relatives à l'existence de conditions, prévues au CLUF, que devrait accepter le consommateur pour utiliser les produits, de même que le contenu de ces CLUF, allaient être divulgués avant la conclusion de la transaction.

Pour ce qui est de l'achat du logiciel « Kaspersky Antivirus 2010 » nous n'avons trouvé ni sur la page du site Internet de Best Buy⁷⁷, ni sur celle de Bureau en gros⁷⁸ de mention relative à l'exigence d'accepter un CLUF avant de pouvoir utiliser le logiciel. Par contre, sur la page du site Internet de Future Shop qui permet l'achat de ce produit, un lien hypertexte intitulé « Eulalink⁷⁹ » apparaît en bas de page⁸⁰, qui conduit... vers une page d'erreur. Nous avons pu faire les mêmes constatations pour le logiciel « Kaspersky Internet Security 2010 »⁸¹.

Il est également possible de se procurer les logiciels « Kaspersky Antivirus 2010 » et « Kaspersky Internet Security 2010 » soit avec un support physique, soit dématérialisés, directement sur le site de l'éditeur, Kaspersky Lab⁸² (le site canadien ne se présente qu'en version anglaise – pour une version française, il faut se référer au site français).

Nous avons présumé que la transaction ne porterait que sur un CLUF, conclu directement avec l'éditeur. Il n'en est rien : une compagnie tierce, Digital River Inc., est le détaillant autorisé pour la vente en ligne des logiciels, qu'il s'agisse des « versions boîte » ou dématérialisées.⁸³

Sous le bouton qui permet, après avoir fourni les renseignements nécessaires au paiement, de compléter la transaction, un observateur attentif distinguera, au bout de la ligne qui mentionne le nom du détaillant autorisé, des liens hypertextes discrets (non soulignés) nommés « Terms of sale » et « Privacy Policy » : c'est dans ces « Terms of sale » que nous dénicherons, à l'article 8 (qui est en fait le trente deuxième sur plus de cinquante) la mention de l'existence d'un CLUF. Nous citons pour exemple le libellé de cet article 8:

⁷⁷ Page du site Internet de Best Buy où l'on peut acheter le logiciel « Kaspersky Anti virus 2010 » [En ligne] <http://www.bestbuy.ca/fr-CA/product/kaspersky-anti-virus-2010/10128975.aspx?path=a909909915888c039d227eaa935e1efcfr02> (page consultée le 10 avril 2010).

⁷⁸ Page du site Internet de Bureau en gros où l'on peut acheter le logiciel « Kaspersky Anti virus 2010 », Canada, [En ligne] http://www.staples.ca/FRA/Catalog/cat_sku.asp?CatIds=&webid=823159&affixedcode=WW (page consultée le 10 avril 2010).

⁷⁹ En référence au End User Licence Agreement, ou EULA.

⁸⁰ Page du site Internet de Future Shop où l'on peut acheter le logiciel « Kaspersky Anti virus 2010 », Canada, [En ligne] <http://www.futureshop.ca/fr-CA/product/kaspersky-anti-virus-2010/10128975.aspx?path=7decf52b7ffe8f27f298761bf08e25f1fr02> (page consultée le 10 avril 2010).

⁸¹ Page du site Internet de Future Shop où l'on peut acheter le logiciel « Kaspersky Internet Security 2010 » Canada, [En ligne] <http://www.futureshop.ca/fr-CA/product/kaspersky-internet-security-2010/10128976.aspx?path=48ee7602f1e58a52718eaef800dc25e2fr02> (page consultée le 10 avril 2010)

⁸² Page du site Internet de la compagnie Kaspersky, [En ligne] http://usa.kaspersky.com/products_services/HomeProducts.php (page consultée le 10 avril 2010).

⁸³ Page du site Internet de la compagnie Digital River, [En ligne] https://store.digitalriver.com/servlet/ControllerServlet?Action=DisplayPage&Env=BASE&Locale=en_US&SiteID=kasperus&id=ThreePgCheckoutAddressPaymentInfoPage (page consultée le 10 avril 2010).

8.1

Where any Product supplied is or includes software ("**Software**"), this Software is licensed by us or by the relevant licensor/owner subject to the relevant end-user license agreement or other license terms included with Software ("**License Terms**") and/or the Product. In addition:

8.1.1

Such Software may not be copied, adapted, translated, made available, distributed, varied, modified, disassembled, decompiled, reverse engineered or combined with any other software, save to the extent that (i) this is permitted in the License Terms, or (ii) applicable law expressly mandates such a right which cannot legally be excluded by contract.

8.1.2

Save to the extent provided for in any applicable License Terms, your rights of return and/or to a refund under these Conditions and any applicable Returns Policy do not apply in the event that you open the Software shrink-wrap and/or break the license seal and/or use the Software.

8.1.3

Except to the extent expressly provided by us in writing or under relevant License Terms, Software is provided 'as is' without any warranties, terms or conditions as to quality, fitness for purpose, performance or correspondence with description and we do not offer any warranties or guarantees in relation to Software installation, configuration or error/defect correction. You are advised to refer to any License Terms with regards to determining your rights against a manufacturer, licensor or supplier of the Software.

On notera donc que les restrictions qui apparaissent aux articles 8.1.1 et suivant représentent des conditions supplémentaires, qui s'ajoutent au CLUF... dont aucune copie n'est fournie.

On soulignera, à l'inverse, les pratiques de la compagnie « Impulse » qui vend des jeux vidéo en ligne sur Internet, et qui affiche de façon visible un lien vers le CLUF du jeu vidéo offert. On peut seulement regretter l'impossibilité d'imprimer ledit contrat et l'obligation de le lire dans une petite fenêtre apparaissant à l'écran.⁸⁴

⁸⁴ Contrat de licence d'utilisateur final du jeu vidéo Silent Hunter 5, [En ligne] <http://www.impulsiDriven.com/silenthunter5> (page consultée le 10 avril 2010).

ANALYSE

Attendu que les exigences d'information préalable dans le cas des contrats à distance sont plus explicites encore que celles qui s'imposent comme règle générale pour les contrats de consommation, on aurait pu s'attendre à ce que l'information concernant les contrats de licence soit d'autant plus expresse, par le biais, par exemple, d'un passage obligé, avant la conclusion du contrat principal, par une page qui dénoncerait les conditions prévues au CLUF. Dans les exemples que nous avons relevés, les commerçants ont plutôt opté pour l'usage du lien hypertexte, plus ou moins bien mis en évidence, et ont également omis de mentionner le CLUF lorsqu'ils ne font que vendre le support.

L'obligation d'information du commerçant envers le consommateur est-elle remplie par le simple affichage d'un lien hypertexte donnant accès aux renseignements requis?⁸⁵

Dans une décision de 2007 qui portait sur un contrat de consommation conclu en ligne par un consommateur québécois⁸⁶, la Cour suprême du Canada a conclu que les textes auxquels donnaient accès des liens hypertextes faisaient partie intégrante du contrat et ne constituaient pas des clauses externes qui seraient inopposables au consommateur à qui elles n'auraient pas été dénoncées expressément⁸⁷.

Le professeur Gautrais résume certains des aspects de cette affaire:

« L'argumentation maîtresse proposée par la Cour suprême tourne autour de l'article 1435 C.c.Q. et de la clause externe. Précisément, il importe de déterminer si les conditions de vente répondent à cette définition et, dans l'affirmative, méritent l'application du critère de connaissance le plus élevé (« [...] expressément portée à la connaissance de [...] »), qui est alors prévu. Dans la mesure où la réponse à la première question fut négative, il devenait inutile de s'intéresser à la seconde. Ainsi, le lien bleu en surbrillance référant aux conditions de vente applicables au contrat de consommation n'est pas constitutif d'une clause externe. »⁸⁸

Au Québec, c'est ce niveau d'exigence supérieur, soit la divulgation expresse, qu'a retenu le législateur en matière de contrat à distance, pour toute information que le commerçant a pour obligation de divulguer avant la conclusion du contrat à distance, dont « toutes les autres restrictions ou conditions applicables au contrat »⁸⁹. En effet, le commerçant doit maintenant présenter ces renseignements « *de manière évidente et intelligible et les porter expressément à*

⁸⁵ Supra, p. 30 Pour l'examen des licences d'emballage.

⁸⁶ Dell Computer Corp. c. Union des consommateurs, 2007 CSC 34 (CanLii).

⁸⁷ Cette exigence de dénonciation expresse de la clause externe dans le cadre des contrats de consommation apparaît à l'article 1435 du Code civil du Québec: « La clause externe à laquelle renvoie le contrat lie les parties.

Toutefois, dans un contrat de consommation ou d'adhésion, cette clause est nulle si, au moment de la formation du contrat, elle n'a pas été expressément portée à la connaissance du consommateur ou de la partie qui y adhère, à moins que l'autre partie ne prouve que le consommateur ou l'adhérent en avait par ailleurs connaissance. » Voir aussi l'article 46 g) du Business Practices and Consumer Protection Act et l'article 38 (3) de la Loi de 2002 sur la protection du consommateur.

⁸⁸ GAUTRAIS Vincent, « Le vouloir électronique selon l'affaire Dell Computer : dommage ! », (2007) 37 Revue générale de droit, n° 2, p. 8.

⁸⁹ Loi sur la protection du consommateur, article 54.4, l).

la connaissance du consommateur. »⁹⁰ Des exigences similaires apparaissent à la Loi de 2002 sur la protection du consommateur⁹¹, et au Business Practices and Consumer Protection Act⁹².

Il nous semble évident que, dans le cas de l'achat d'un support physique, l'exigence d'accepter, après la conclusion du contrat principal, des conditions supplémentaires, prévues au CLUF, le fait que la possibilité d'utiliser le bien acheté dépendra de cette acceptation, puis les conditions elles-mêmes que prévoit ce CLUF sont tous des éléments qui doivent être considérés comme faisant partie des conditions importantes du contrat et qu'ils devraient à tout prix être dévoilés au consommateur. Il nous semble de même que, dans l'achat d'un bien dématérialisé, ces conditions d'utilisation constituent aussi des conditions importantes du contrat qui devraient donc être dévoilées.

Il nous semble tout aussi évident que ces renseignements ne pourront être considérés comme ayant été portés expressément à la connaissance du consommateur du simple fait qu'un lien donnait accès à un texte qui en mentionnait l'existence, et ce, à plus forte raison si ce lien hypertexte lui-même n'est pas expressément porté à la connaissance du consommateur.

Le professeur Gautrais souligne fort à propos que « *la lisibilité d'un écran n'est pas égale partout et s'opère principalement en haut à gauche de la page et moins en bas.* »⁹³ Ce mode de lecture des pages Web, qui diffère sensiblement de la lecture d'une page imprimée, doit, à notre avis, être pris en compte aussi bien dans l'examen de la mise à la connaissance que dans celui de la lisibilité.

Les liens hypertextes qui mènent aux conditions de service se retrouvent généralement, justement, au bas de la page. Ils apparaissent le plus souvent en gris, non soulignés, et rien sur les pages des commerçants n'est généralement fait pour attirer l'attention du consommateur sur ces liens ou pour souligner l'importance d'en prendre connaissance. Outre le fait, comme nous le mentionnions plus haut, que ces façons de faire ne répondent pas à l'exigence de mise à la connaissance expresse, il appert qu'elles présentent aussi des failles en ce qui a trait à la lisibilité.

Nous avons commenté plus haut l'intelligibilité des CLUF. Les mêmes commentaires trouvent naturellement application lorsque ces textes se retrouvent affichés à l'écran, la problématique caractéristique de la lecture à l'écran ne faisant que renforcer les problèmes soulevés. Le fait que, bien souvent, les commerçants n'offrent pas de moyens faciles d'imprimer les textes (qui apparaissent, par exemple, sous forme de fenêtres surgissantes (ou fenêtres intruses, plus communément appelées *pop-up*) peut lui aussi être considéré comme problématique.

⁹⁰ *Ibid.*, article 54.4.

⁹¹ Loi de 2002 sur la protection du consommateur, article 38 (3) : « Outre les exigences énoncées à l'article 5, les renseignements divulgués en application du présent article doivent être rendus accessibles et disponibles d'une manière qui garantit que : a) d'une part, le consommateur y a accédé; (...) »

⁹² Business Practices and Consumer Protection Act, article 47 : « (2) Before a consumer enters into a distance sales contract that is in electronic form, a supplier must (a) make the information required under section 46 available in a manner that (i) requires the consumer to access the information (...). »

⁹³ GAUTRAIS Vincent, « Le vouloir électronique selon l'affaire Dell Computer : dommage ! », (2007) 37 Revue générale de droit, n°2, p. 28.

D) Contrat « au clic » (« click-wrap »)

Il existe un pendant électronique à la licence d'emballage dont nous parlions plus haut. Il s'agit du contrat « au clic », plus connu sous son appellation anglaise de « click-wrap ». En vertu de cette pratique, le consommateur signalerait son acceptation du contrat par un simple clic à l'aide de la souris sur le bouton apparaissant à l'écran sur lequel est inscrit, par exemple, « j'accepte ». Le contrat en question apparaît souvent dans une fenêtre dans laquelle il faut, pour en prendre connaissance, faire défiler le texte (habituellement à l'aide de la barre de défilement latérale). Il s'agit du mode d'acceptation des CLUF le plus répandu, aussi bien pour les contrats en ligne relatifs aux services de courriels, par exemple, que pour les logiciels ou jeux vidéo, sous une forme dématérialisée ou gravés sur un support (cette fenêtre apparaissant alors au moment de l'installation).

En Ontario, la décision d'une Cour supérieure dans l'affaire *Rudder v. Microsoft Corp*⁹⁴ a porté sur la validité d'un tel contrat « au clic ». Dans cette affaire, le plaignant, qui voulait faire reconnaître inapplicables par le tribunal certaines des conditions d'utilisation prévues au CLUF, avait soulevé les problèmes de lisibilité que présentait le contrat sous cette forme électronique, qui ne permet de prendre connaissance de la totalité du texte que si on le fait défiler à l'écran. Le juge Winkler a rejeté les arguments du requérant, reconnaissant que le texte ne pouvait être affiché d'un coup en entier à l'écran, mais ne trouvant en cela aucune différence matérielle avec un texte imprimé dont il faudrait tourner les pages.

Une autre décision, *Kanitz v. Rogers Cable Inc.*⁹⁵, qui, s'appuyant sur la décision rendue dans l'affaire *Rudder*, arrive aux mêmes conclusions et mentionne au passage :

*« I am also mindful, in reaching my conclusion on this point, of the fact that we are dealing in this case with a different mode of doing business than has heretofore been generally considered by the courts. We are here dealing with people who wish to avail themselves of an electronic environment and the electronic services that are available through it. It does not seem unreasonable for persons who are seeking electronic access to all manner of goods, services and products, along with information, communication, entertainment and other resources, to have the legal attributes of their relationship with the very entity that is providing such electronic access, defined and communicated to them through that electronic format. »*⁹⁶

Si la manière de présenter le CLUF dans un format électronique a été reconnue comme étant valide, cela n'affecte toutefois en rien l'obligation qu'aura le commerçant de porter à la connaissance du consommateur ce CLUF et ses conditions, si elles doivent être considérées comme partie intégrante du contrat auquel elles se rattachent.

⁹⁴ (1999), 2 C.P.R. (4th) 474 (Ont. S.C.J.).

⁹⁵ (2002), 58 O.R. (3d) 299 (S.C.J.).

⁹⁶ SOOKMAN Barry, *Computer, Internet and Electronic Commerce Law*, Carswell, 2009, p. 10-18.12.

2.3 ANALYSE DES CONSÉQUENCES JURIDIQUES DES DIVERSES PROBLÉMATIQUES EXAMINÉES

Un contrat ne sera valide que si les parties y ont consenti de façon libre et éclairée. En matière de contrat de consommation, la possibilité pour le consommateur de donner un consentement éclairé est favorisée par certaines dispositions particulières qui obligent le commerçant à lui divulguer, de façon parfois expresse, toujours de façon lisible et compréhensible, les renseignements importants relativement au contrat qu'il lui propose de conclure.

Le CLUF, s'il constitue un contrat que les parties doivent toutes deux accepter, n'échappe pas à la règle. Le consommateur devra y consentir pour que son engagement soit valide. Comme nous l'avons vu, les différents procédés qui feraient en sorte que les conditions et limites d'utilisation seraient acceptées sans que le consommateur ait eu l'occasion d'en prendre connaissance ne seront pas reconnus par les tribunaux comme valides.

Sur la base des pratiques que nous avons relevées relativement à la mise à la connaissance du consommateur de l'existence et du contenu du CLUF, dont l'acceptation sera essentielle si le consommateur veut utiliser ce qu'il s'est par ailleurs procuré, il appert clairement que les diverses obligations d'information faites au commerçant ne sont pas respectées. Il est donc impossible de conclure que le consommateur donne un consentement libre et éclairé au contrat, puisque certaines des conditions et limitations, contenues au CLUF, lui sont inconnues au moment où il doit donner son consentement et ne lui seront révélées qu'une fois le contrat conclu. Si les conditions prévues au CLUF font bel et bien partie du contrat original, ce défaut de consentement éclairé entraîne donc que les contrats assortis d'un CLUF ne seraient pas valides, puisque l'une des conditions de formation du contrat n'est pas remplie. Les tribunaux, dans ces cas, seraient plutôt, si l'on doit se fier à l'analyse de la jurisprudence de Sookman que nous citons plus haut, portés à refuser de reconnaître la légitimité de ces limites annoncées après coup au consommateur et qui auraient pour effet de limiter ses droits: « *Courts are loathe to rule that such end-users should lose the benefits of ownership they had originally bargained for.* »⁹⁷ C'est donc la validité du CLUF que le manque d'information et de consentement affecterait, plutôt que celui du contrat initial.

Nous avons parlé plus haut des obligations d'information qui sont, dans certaines circonstances, essentielles à la formation même du contrat, puisque ce n'est que suite à sa prise de connaissance des renseignements essentiels qu'une partie au contrat sera en mesure de donner son consentement. Les lois sur la protection du consommateur prévoient elles aussi des obligations d'information, plus sévères, en matière de contrats de consommation.

Comme nous l'avons vu, l'information donnée au consommateur en ce qui concerne les CLUF est parfois totalement absente (y compris sur l'exigence du consentement à ce CLUF pour l'utilisation du produit), presque toujours nettement insuffisante, incomplète, peu lisible, etc.

Dès lors, comment sanctionner le manquement à l'obligation d'information qui revient au commerçant?

⁹⁷ *Ibid.*, p. 2-76.1.

Les conséquences du défaut de consentement à un contrat sont claires; en vertu du droit civil, le contrat qui ne respecte pas les règles de formation pourra être frappé de nullité⁹⁸, ou, selon la Common Law, sera considéré comme n'ayant pas été conclu. Comme nous le mentionnions, cette nullité pourrait fort bien, dans le cas de conditions imposées après coup par le CLUF, ne porter que sur le CLUF lui-même.

Il est essentiel, puisque le consommateur devra en accepter les conditions, que le CLUF et les conditions et restrictions qu'il souhaite imposer à l'utilisation du produit soient portés à la connaissance du consommateur. Il nous semble tout aussi évident qu'on ne pourra considérer qu'il y a divulgation des conditions importantes du contrat, de ses restrictions ou limitations (ou que ces conditions ont été portées expressément à la connaissance du consommateur) du simple fait qu'un lien donnait accès à un texte qui en mentionnait l'existence, et ce, à plus forte raison si ce lien hypertexte lui-même n'est pas expressément porté à la connaissance du consommateur.

Est-ce à dire que nombre des pratiques actuelles des commerçants concernant les CLUF ne sont pas conformes aux principes applicables à la formation valide des contrats? Les CLUF qui ne sont pas valablement formés seraient donc nuls. Si un CLUF avait pour but d'imposer des conditions et restrictions à l'utilisation d'un bien ou d'un service, ces conditions et restrictions devraient donc être réputées inexistantes? Cela entraînerait des conséquences fâcheuses, et amènerait une grande insécurité juridique.

2.4 EXAMEN DES SANCTIONS EN VERTU DES LOIS SUR LA PROTECTION DES CONSOMMATEURS

Comme nous l'avons de plus souligné, les manquements aux obligations qui relèvent des lois sur la protection des consommateurs sont nombreux.

A) Sanctions relatives au défaut de l'obligation d'information du commerçant dans les contrats de consommation

La Loi sur la protection du consommateur du Québec (Titre IV, chapitre 2) prévoit les recours civils dont dispose le consommateur. L'article 272 dispose :

« Si le commerçant ou le fabricant manque à une obligation que lui impose la présente loi [...], le consommateur, sous réserve des autres recours prévus par la présente loi, peut demander, selon le cas: a) l'exécution de l'obligation; b) l'autorisation de la faire exécuter aux frais du commerçant ou du fabricant; c) la réduction de son obligation; d) la résiliation du contrat; e) la résolution du contrat; ou f) la nullité du contrat, sans préjudice de sa demande en dommages-intérêts dans tous les cas. Il peut également demander des dommages-intérêts punitifs. »⁹⁹

(nos soulignés)

Ne serait-ce qu'en vertu des obligations d'information imposées au commerçant et de l'interdiction qui lui est faite de passer sous silence des faits importants, le consommateur

⁹⁸ Code civil du Québec, article 1416.

⁹⁹ Loi sur la protection du consommateur, article 272.

québécois à qui n'auraient pas été dévoilées l'existence du CLUF et de ses principales conditions pourrait légitimement se prévaloir de ces droits. Ainsi, les conditions et restrictions qu'imposent les CLUF pourraient vraisemblablement être réduites, voire totalement annulées.

L'article 18 (1) de la Loi de 2002 sur la protection du consommateur permet au consommateur de résoudre le contrat en cas de pratique déloyale de la part du commerçant et de demander des dommages-intérêts.¹⁰⁰ Comme cette loi prévoit que constitue une pratique déloyale le fait de passer sous silence des faits importants, le consommateur ontarien pourrait donc lui aussi exercer ces droits vu l'absence d'information relativement aux CLUF.

En Colombie-Britannique, par contre, le consommateur n'aura pour seule arme, dans les cas où l'existence ou les conditions d'un CLUF ne lui seront pas dévoilées, que le principe de Common Law qui permet, dans certaines circonstances, de considérer les omissions comme de fausses représentations. À moins, bien sûr, que le contrat qu'il désire contester pour cette raison n'ait été conclu en ligne, auquel cas les règles spécifiques à ce type de contrat trouveront application.

B) Sanctions pour défaut à l'obligation d'information dans les contrats à distance et contrats électroniques

Constitueront des contrats à distance ou des contrats électroniques aussi bien ceux qui portent sur l'achat de supports matériels que l'acquisition en ligne d'un bien sous sa forme dématérialisée ou d'un service.

Dans les trois provinces examinées, le défaut par le commerçant de respecter ses obligations d'information donne au consommateur le droit d'annuler le contrat et les lois ajoutent, le cas échéant, aux procédures de résiliation générales certaines procédures spécifiques.

Au Québec, pour résoudre le contrat, le consommateur devra transmettre un avis au commerçant; ce dernier disposera de 15 jours pour rembourser le consommateur, à défaut de quoi le consommateur qui a payé par carte de crédit pourra obtenir rétrofacturation¹⁰¹. (Celui qui a utilisé un autre mode de paiement devra entreprendre les recours que nous mentionnions précédemment)

Les lois de l'Ontario et de la Colombie-Britannique prévoient des dispositions au même effet, aussi bien pour les annulations de contrat que pour la rétrofacturation¹⁰².

Soulignons que la loi ne laisse pas de choix au commerçant en ligne : il doit rembourser, peu importe par ailleurs les politiques d'échange et de remboursement qui seraient habituellement les siennes. Ainsi, dans le cas des contrats à distance, les clauses des politiques de retour ou d'échange des commerçants, comme celles que nous avons mentionnées plus haut et qui se

¹⁰⁰ Loi de 2002 sur la protection du consommateur, article 18(1) : « Le consommateur peut résoudre toute convention écrite, verbale ou tacite conclue par lui après que quiconque s'est livré à une pratique déloyale, ou pendant que quiconque le fait, et se prévaloir des réparations que lui accorde la loi, y compris les dommages-intérêts. »

¹⁰¹ Loi sur la protection du consommateur, article 54.11 et suivants.

¹⁰² Business Practices and Consumer Protection Act, article 52, Loi de 2002 sur la protection du consommateur, article 99.

rapporlaient aux DVD, CD et logiciels, seront sans effet si le consommateur soulève, pour demander l'annulation et le remboursement, les motifs prévus dans les cas de contrat à distance.

2.4 EXAMEN DE CERTAINES CLAUSES DES CONTRATS DE LICENCE D'UTILISATEUR FINAL AU REGARD DU DROIT DE LA CONSOMMATION

Après avoir examiné le CLUF dans sa globalité, nous nous attarderons maintenant à l'examen plus détaillé des différentes clauses présentes dans ces CLUF.

Nous avons sélectionné pour examen les contrats de licence d'utilisateur final liés à certains produits qui sont parmi les plus téléchargés sur des sites Internet (AVG Antivirus, Limewire), ou qui, parmi les logiciels d'utilisation courante, détiennent une part de marché importante (Norton Antivirus 2010, McAfee Antivirus, Google Gmail, Flickr, Microsoft office standard 2007, Mac Os X Snow Leopard, Spore). Nous avons de plus examiné les CLUF liés aux produits que nous avons recherchés en magasin dans le cadre de notre étude terrain (les produits Kaspersky (antivirus 2010 et Internet Security 2010), Aliens vs Predator, iWork09)¹⁰³.

Certains de ces logiciels sont offerts gratuitement, sans support physique, certains autres sont « vendus », avec ou sans support physique. Nous mentionnerons, le cas échéant, les distinctions que ces différences imposent.

Dans cette partie, nos analyses des CLUF se baseront principalement sur les dispositions législatives qui touchent les contrats de consommation et que l'on retrouve dans le Code civil et les lois sur la protection du consommateur.

L'examen de ces différents contrats nous a permis de constater que certaines clauses y apparaissent presque systématiquement, et ce, dans des formulations voisines : un droit de modification ou de résiliation unilatérale du contrat par le commerçant, l'exonération de responsabilité du commerçant, excluant ou limitant la responsabilité du commerçant, établissant la compétence exclusive sur le contrat de tribunaux étrangers ou l'application de certaines lois (au détriment de certaines autres), etc.

Ce type de clauses apparaissant problématiques à la lumière des dispositions des lois sur la protection du consommateur au Canada, nous allons les examiner en détail.

Vu les conclusions auxquelles nous sommes arrivés jusqu'à maintenant, nous adopterons comme prémisse que les clauses représentent des conditions à un contrat de consommation. Nous tiendrons aussi pour acquis que toutes ces clauses auraient été divulguées adéquatement au consommateur avant ou au moment de la conclusion du contrat.

¹⁰³ Pour les CD et DVD, nous avons fait nôtre le postulat du professeur Moyse selon lequel les mentions ou clauses étiquettes présentes sur les CD ou DVD ne sont à priori que des clauses de style ; il n'y a pas de CLUF dans ces conditions. Nous reviendrons sur cette approche dans la section portant sur le droit d'auteur. (voir supra, p. 22) .

A) Clause d'exonération de responsabilité

On retrouve souvent dans les contrats de licence d'utilisateur final des clauses qui visent à exonérer de toute responsabilité le donneur de licence.

Par exemple, dans le CLUF de « Limewire » :

« You understand and agree that in no event shall Limewire be liable whether in contract, warranty, tort (including negligence), product liability or strict liability, even if Limewire has been advised of the possibility of such damages, for any direct, indirect, incidental, special, consequential, or exemplary damages, including but not limited to damages for loss of profits, goodwill, use, data or other intangible losses, resulting from: the use or the inability to use the program; unauthorized access to or alteration of your information or data; conduct of any third party using the program; or any other matter relating to the use of the program. any data downloaded through the use of the software is done at your own discretion and risk and you will be solely responsible for any damage to your computer system or loss of data that results from the download or use of any such material. »¹⁰⁴

Le contrat de licence d'utilisateur final du logiciel Apple Mac OS X (Snow Leopard) contient quant à lui cette clause :

« Dans la mesure où la législation en vigueur ne l'interdit pas, en aucun cas Apple ne sera responsable de dommage corporel ni de quelconque dommage accidentel, spécial, indirect ou accessoire, y compris de façon non limitative, les dommages dus aux pertes de bénéfices, pertes de données, interruption des activités ou tout autre dommage commercial ou perte commerciale résultant de ou relatifs à votre utilisation ou votre inaptitude à utiliser le logiciel Apple et les services ou tout logiciel de tierce partie conjointement avec le logiciel Apple, quelle qu'en soit la cause, sans tenir compte de la théorie de la responsabilité (que ce soit pour rupture de contrat, en responsabilité civile, ou autre) et même si Apple a été informé de la possibilité de tels dommages. Certaines juridictions ne permettant pas la limitation de responsabilité pour dommages personnels, indirects ou accessoires, il est possible que cette limitation ne vous concerne pas. La responsabilité totale d'Apple envers vous au titre de tout dommage (en dehors de ce que la législation pourrait exiger dans les cas impliquant une blessure) n'excédera en aucun cas la somme de cinquante dollars (50 \$). Les limitations susdites s'appliqueront même si le recours indiqué ci-dessus fait défaut à sa vocation essentielle. »¹⁰⁵

Pour sa part, l'article 14 des conditions d'utilisation du service « Gmail » de Google précise :

« Les présentes conditions, y compris les articles 14 et 15, n'excluent ou ne limitent d'aucune manière la responsabilité de Google vis-à-vis de pertes si cette responsabilité ne peut être exclue ou limitée par la législation en vigueur. Certaines juridictions n'autorisent pas l'exclusion de certaines garanties ou conditions, ou la limitation ou

¹⁰⁴ Contrat de licence d'utilisateur final du logiciel « Limewire » [En ligne] <http://www.limewire.com/fr/legal/eula> (page consultée le 10 avril 2010).

¹⁰⁵ Tous les contrats de licence d'utilisateur final sont disponibles sur le site Internet d'Apple [En ligne] <http://www.apple.com/legal/sla/> (page consultée le 12 avril 2010).

l'exclusion de responsabilité, pour les pertes ou dommages résultant d'une négligence, d'une rupture de contrat ou d'une violation des conditions générales implicites, ou pour les dommages fortuits ou consécutifs. Par conséquent, seules les limites légales au sein de votre juridiction s'appliquent à votre cas et notre responsabilité est limitée à la mesure permise par les lois applicables(...). »¹⁰⁶

On constate certaines différences dans la formulation de la clause d'exonération de responsabilité dans les contrats. Le but recherché reste toutefois le même pour le commerçant : s'affranchir de toute responsabilité en cas de problème avec le consommateur. On constatera également que certaines compagnies savent que ces clauses ne sont pas opposables aux consommateurs dans certains pays et qu'elles mentionnent une réserve à cet effet.

ANALYSE JURIDIQUE

Il est reconnu en droit de la consommation québécois que le commerçant ne peut se dégager de sa responsabilité pour ce qui résulte de son fait personnel ou de celui de son représentant.¹⁰⁷ Les clauses d'exclusion de responsabilité que nous avons citées seraient donc inopposables au consommateur québécois.¹⁰⁸ Il n'y a toutefois pas de dispositions excluant ce type de clauses d'exonération de responsabilité dans la Loi de 2002 sur la protection des consommateurs, pas plus que dans le Business Practices and Consumer Protection Act. La Common Law prévoit toutefois certaines limites à l'exclusion de responsabilité, sur la base notamment la doctrine dite « fundamental breach ». Ainsi:

« an exculpatory clause will not be applied or interpreted in such fashion as to render nugatory or illusory the obligations of one party. Further, Canadian courts continue to interpret clauses strictly on the basis of the contra proferentum principle. (...) It may be observed that the Canadian common law doctrine, which appears to confer a residual discretion on courts to refrain from applying exculpatory clauses in cases where this lead to unconscionable, unfair and unreasonable results (...). »¹⁰⁹

On notera que, à la différence de « Limewire », Apple et Google semblent prendre acte du fait que les clauses d'exonération de responsabilité peuvent être inopposables aux consommateurs dans certains pays, mais qu'ils ne vont quand même pas jusqu'à informer spécifiquement les résidents de ces pays que la clause leur sera inopposable...

B) Exclusion ou limitation de garantie

Qu'il s'agisse d'un contrat en ligne ou en magasin, la loi prévoit que certaines garanties s'appliquent aux contrats de vente, de louage ou de service. Des clauses d'exclusion ou de limitation de garantie sont parfois incluses dans les CLUF.

¹⁰⁶ Conditions d'utilisation du service Gmail [En ligne]
<http://www.google.com/accounts/TOS?loc=CA&hl=fr> (page consultée le 10 avril 2010)

¹⁰⁷ L'HEUREUX Nicole, Droit de la consommation, 5e édition, Les éditions Yvon Blais, 2000, p. 54.

¹⁰⁸ Pigeon c. Purolator Courrier Ltée, J.E. 95-316 (C.Q.p.c.).

¹⁰⁹ McCAMUS John D., The Law of Contracts, Irwin Law, 2005 pp. 776-777.

Si, a priori, ces garanties s'appliquent à tous les biens et services, la dualité qui se présente lorsque le contrat porte sur l'achat d'un support physique sur lequel est gravée une œuvre pourrait soulever des questions : les garanties porteront-elles aussi bien sur l'œuvre que sur le support ? Si le support qui fait l'objet de la vente est défectueux ou inutilisable, il est clair que la garantie s'appliquera. Mais qu'en sera-t-il si le logiciel qui y est gravé est défectueux ou qu'il ne remplit pas l'usage auquel il est destiné ?

Concernant l'œuvre, il ne nous semblerait pas déraisonnable de considérer que le consommateur qui se procure un logiciel ne désire pas simplement l'installer sur son ordinateur, mais qu'il désire aussi l'utiliser. Il nous semblerait contraire aussi bien à l'esprit qu'à la lettre de la loi que la garantie de fonctionnement normal s'applique aussi bien à l'œuvre qu'à son support. Le jeu vidéo ne doit pas être bogué au point d'être injouable, l'antivirus doit bloquer raisonnablement les virus, le chiffrier doit faire des opérations exactes, etc. En d'autres mots : le bien doit pouvoir servir à l'usage pour lequel il est destiné. Cela dit, le degré de cette possibilité d'usage par le consommateur variera vraisemblablement selon que l'on examine le support ou le logiciel ; il ne semblerait pas probable de voir un tribunal annuler une vente parce qu'un jeu est trop difficile à jouer (usage de l'œuvre), alors qu'il pourrait sembler vraisemblable d'obtenir un tel résultat si le logiciel est trop difficile à installer (usage du support).

Certaines dispositions des CLUF avisent donc le consommateur que les garanties offertes sont limitées.

L'article 7 du CLUF du logiciel antivirus Norton Antivirus 2010 stipule :

« Si Vous êtes un Consommateur, le présent article 7 Vous est applicable. Merci de le lire attentivement. L'article 7 ne Vous est pas applicable si Vous êtes un Client Professionnel.

Mis à part les droits dont vous disposez en tant que consommateur et la garantie que vous accorde Symantec en vertu de l'article 5 des présentes, Symantec n'offre aucune autre garantie concernant le logiciel.»¹¹⁰

On doit souligner le fait que même si l'entreprise Symantec n'offre aucune autre garantie que celle à laquelle cette disposition fait référence, cela ne signifie en aucune façon que les garanties légales sont exclues.

Alors que le CLUF de Symantec pour Norton Antivirus porte directement sur la garantie offerte sur l'œuvre, soit le logiciel, la limite de garantie qui apparaît dans le contrat d'Apple pour le logiciel Mac OS X Snow Leopard porte plutôt sur le support. L'article 8 du CLUF de Mac OS X Snow Leopard se lit en effet comme suit :

« [V]ous reconnaissez et admettez expressément que, dans la mesure autorisée par la législation en vigueur, l'utilisation du logiciel Apple et de tout service fourni par ledit logiciel ou accessible via ce dernier (les « services ») est à vos risques et périls et que la totalité du risque relatif à la qualité, aux performances, à l'exactitude et au maniement

¹¹⁰ Tous les contrats de licence d'utilisateur final sont disponibles sur le site Internet d'Apple [En ligne] <http://www.apple.com/legal/sla/> (page consultée le 12 avril 2010).

satisfaisants repose sur vous. Dans la limite de la garantie limitée sur les supports et dans la limite maximale autorisée par la loi, le logiciel Apple et les services sont fournis en l'état et selon la disponibilité, avec tous les défauts et sans garantie d'aucune sorte; »¹¹¹

L'article 8 du CLUF du logiciel iWork09 stipule :

« Vous reconnaissez et admettez expressément que l'utilisation du logiciel Apple et de ses services est à vos risques et périls et que la totalité du risque relatif à la qualité, aux performances, à l'exactitude et au maniement satisfaisants repose sur vous. À l'exception de la garantie limitée des supports stipulée ci-dessus et dans les limites maximales autorisées par la législation en vigueur, le logiciel Apple et ses services sont fournis « tels quels » avec tous leurs défauts et sans aucune garantie d'aucune sorte. »¹¹²

On notera que les deux clauses qui précèdent prévoient aussi une limitation de responsabilité de l'entreprise ; nous reviendrons plus loin sur cette question.

L'article 8 du CLUF du jeu vidéo « Spore » prévoit, dans une disposition touffue, qui tente de couvrir tous les fronts:

« Except for the limited warranty on recording media found in the product manual, and to the fullest extent permissible under applicable law, the software is provided to you "as is," with all faults, without warranty of any kind, and your use is at your sole risk. The entire risk of satisfactory quality and performance resides with you. EA and EA's licensors (collectively "EA" for purposes of this section and section 8) do not make, and hereby disclaim, any and all express, implied or statutory warranties, including implied warranties of merchantability, satisfactory quality, fitness for a particular purpose, non infringement of third party rights, and warranties (if any) arising from a course of dealing, usage, or trade practice. EA does not warrant against interference with your enjoyment of the software; that the software will meet your requirements; that operation of the software will be uninterrupted or error-free, or that the software will be compatible with third party software or that any errors in the software will be corrected. No oral or written advice provided by EA or any authorized representative shall create a warranty. Some jurisdictions do not allow the exclusion of or limitations on implied warranties or the limitations on the applicable statutory rights of a consumer, so some or all of the above exclusions and limitations may not apply to you. »¹¹³

¹¹¹ *Ibid.*

¹¹² *Ibid.*

¹¹³ Contrat de licence d'utilisateur final du jeu vidéo « Spore » [En ligne] <http://www.ea.com/1/product-eulas> (page consultée le 3 mars 2010).

ANALYSE JURIDIQUE

Au Québec, aux articles du Code civil qui établissent la portée générale de la garantie légale¹¹⁴ s'ajoutent les articles 37 et 38 de la Loi sur la protection du consommateur, qui précisent qu'« un bien qui fait l'objet d'un contrat doit être tel qu'il puisse servir à l'usage auquel il est normalement destiné. »¹¹⁵ De plus, le « bien qui fait l'objet d'un contrat doit être tel qu'il puisse servir à un usage normal pendant une durée raisonnable (...). »¹¹⁶ La section relative aux garanties légales « s'applique au contrat de vente ou de louage de biens et au contrat de service. » et ces garanties lient aussi bien le fabricant que le vendeur.

Peu importe les conditions supplémentaires que pourrait tenter d'imposer le CLUF, la garantie légale s'appliquera sur le bien ou le service qui fait l'objet du contrat. La loi étant d'ordre public, les garanties légales ne peuvent être écartées par une disposition contractuelle, et ce, même si le consommateur y consent.

De façon quelque peu similaire, les articles 9(1)¹¹⁷ et 9(2)¹¹⁸ de la Loi de 2002 sur la protection du consommateur instaurent une garantie légale en précisant les qualités que doivent présenter le service et les marchandises. Bien que le Sale of Goods Act, aussi bien en Colombie-Britannique¹¹⁹ qu'en Ontario¹²⁰, mentionne les garanties relatives au bien vendu, seront visés aussi bien les biens matériels que les biens immatériels. Ainsi, certaines dispositions du Sale of Goods Act trouvent à s'appliquer. À noter qu'on ne retrouve pas de telles dispositions dans le Business Practices and Consumer Protection Act.

¹¹⁴ Code civil du Québec, article 1726 et suivants. Notamment : 1726 : « Le vendeur est tenu de garantir à l'acheteur que le bien et ses accessoires sont, lors de la vente, exempts de vices cachés qui le rendent impropre à l'usage auquel on le destine ou qui diminuent tellement son utilité que l'acheteur ne l'aurait pas acheté, ou n'aurait pas donné si haut prix, s'il les avait connus », et 1729 : « en cas de vente par un vendeur professionnel, l'existence d'un vice au moment de la vente est présumée, lorsque le mauvais fonctionnement du bien ou sa détérioration survient prématurément par rapport à des biens identiques ou de même espèce. » Concernant le contrat de service, il faut lire l'auteur L'Heureux : « [Le consommateur], en concluant un contrat pour la fourniture d'un service, a le droit de recevoir un service qui soit conforme et sûr, tout comme lorsqu'il se procure un autre bien. Une agence de voyages qui fournit des prestations déficientes doit assumer la garantie de ses services de la même façon qu'un garagiste doit le faire. La notion d'attente légitime pourrait permettre au tribunal d'apprécier l'étendue des obligations du prestataire de services. À l'égard des contrats de services, le Code civil impose au prestataire de services une obligation de divulgation quant à la nature de la tâche à effectuer, aux biens employés et au temps nécessaire à son exécution (art. 2102 C.c.Q.). De plus, celui-ci a une obligation générale de prudence et de diligence et d'agir au mieux des intérêts de son client (art.2100 C.c.Q.). » L'HEUREUX Nicole, Droit de la consommation, 5e édition, Les éditions Yvon Blais, Cowasville, Québec, 2000, p. 65.

¹¹⁵ Loi sur la protection du consommateur, article 37.

¹¹⁶ *Ibid.*, article 38.

¹¹⁷ Loi de 2002 sur la protection du consommateur, article 9(1) : « Le fournisseur qui fournit des services aux termes d'une convention de consommation est réputé garantir qu'ils sont de qualité raisonnablement acceptable. »

¹¹⁸ *Ibid.*, article 9(2) : « Les conditions et les garanties implicites qui s'appliquent à la vente d'objets sous le régime de la *Loi sur la vente d'objets* sont réputées s'appliquer, avec les adaptations nécessaires, aux marchandises fournies, notamment par location ou échange, aux termes d'une convention de consommation. »

¹¹⁹ Sale of Goods Act, R.S.B.C. 1996, c. 410, article 18.

¹²⁰ *Ibid.*, R.S.O. 1990, c. S.1, articles 13 et 15.

Le consommateur ne peut renoncer à un droit qui lui est conféré par la Loi sur la protection du consommateur¹²¹, la Loi de 2002 sur la protection du consommateur¹²², ou le Business Practices and Consumer Protection Act. Le commerçant ne peut non plus lui retirer contractuellement ces droits de façon unilatérale. Cela s'applique également au Sale of Goods Act, où l'article 81 rappelle que les dispositions de cette loi sont d'ordre public.

Ainsi, « il résulte qu'une licence proposant au client de prendre le logiciel « tel quel » en excluant toute autre garantie n'est pas valide. Même une restriction de garantie est incompatible avec les garanties d'ordre public, prévues dans la loi. »¹²³ Si le logiciel a des défauts, qu'il soit sous une forme matérielle ou immatérielle importe peu : si le bien ne peut servir à l'usage auquel il est destiné, il ne satisfait pas les exigences de garantie prévues à la loi. Il en irait donc ainsi d'un logiciel qui n'effectuerait pas les tâches pour lesquelles il a été acheté, à cause de bogues ou autrement.

Il s'avère que les clauses mentionnées précédemment sont alors nulles en vertu de la Loi sur la protection du consommateur, et donc inopposables au consommateur. Ces clauses seraient également nulles en vertu de la Loi de 2002 sur la protection du consommateur de l'Ontario¹²⁴.

C) Clause soumettant le contrat à l'application de lois ou de juridictions étrangères

L'article 20.7 des conditions d'utilisation du service « Gmail » de Google stipule :

*« Les présentes Conditions ainsi que les relations qui vous lient à Google dans le cadre de ces Conditions seront régies par les lois de l'État de Californie, sans tenir compte des dispositions de conflits de lois. Vous et Google vous engagez à vous soumettre à la juridiction exclusive des cours du comté de Santa Clara en Californie pour résoudre toute question légale en rapport avec les Conditions. Nonobstant ce qui précède, vous admettez que Google demeure en mesure de solliciter une procédure d'injonction (ou une mesure d'urgence équivalente) auprès de n'importe quelle juridiction. »*¹²⁵

De façon analogue, l'article 15 de la déclaration des droits et responsabilités qui régit la relation entre les utilisateurs de Facebook et la compagnie Facebook stipule :

« Vous porterez toute plainte (« plainte ») afférente à cette Déclaration ou à Facebook exclusivement devant les tribunaux d'état et fédéraux sis dans le comté de Santa Clara, en Californie. Le droit de l'État de Californie est le droit appliqué à cette Déclaration, de même que toute action entre vous et nous, sans égard aux principes de conflit de lois.

¹²¹ Loi sur la protection du consommateur, article 262.

¹²² Loi de 2002 sur la protection du consommateur, article 7.

¹²³ MACKAAY Ejan, et Vincent GAUTRAIS, Les contrats informatiques, dans Denys-Claude LAMONTAGNE (dir.), Droit spécialisé des contrats, Vol. 3, Éditions Yvon Blais, Cowansville, Québec, 2001, pp. 281-315, 308.

¹²⁴ Loi de 2002 sur la protection du consommateur, article 9(3) : « Est nulle la condition ou la reconnaissance, même indépendante de la convention de consommation, qui aurait pour effet d'exclure ou de modifier une condition ou garantie implicite prévue par la *Loi sur la vente d'objets* ou une condition ou garantie réputée prévue par la présente loi. »

¹²⁵ Conditions d'utilisation du service Gmail [En ligne]

<http://www.google.com/accounts/TOS?loc=CA&hl=fr> (page consultée le 10 avril 2010)

Vous acceptez de respecter la juridiction des tribunaux du comté de Santa Clara, en Californie, dans le cadre de telles actions. »¹²⁶

L'article 13 du CLUF du Mac OS X stipule :

« Cette Licence sera régie et interprétée en conformité avec la législation de l'État de Californie, à l'exception de ses règles de conflits de lois. Cette Licence ne sera pas régie par la convention des Nations Unies sur les contrats de vente internationale de biens, dont l'application est expressément exclue. Si pour une raison quelconque un tribunal ayant juridiction juge qu'une disposition de la présente Licence est inapplicable, en totalité ou en partie, les autres dispositions de la présente Licence resteront entièrement applicables. »¹²⁷

L'article 6 g du CLUF du logiciel antivirus AVG Free version 8.5 stipule :

« Ce Contrat sera régi par la législation de l'état du Delaware. Tout litige relève de la compétence exclusive des tribunaux fédéraux ou de l'état siégeant dans l'état du Delaware. »

ANALYSE JURIDIQUE

Les rédacteurs des CLUF, qui ne reculent devant rien, voudraient donc fixer l'unique forum qui sera compétent pour traiter les litiges qui pourraient découler de ce CLUF (ainsi que, pour Google, et Facebook, ceux qui découleraient, pour citer la première, des « *relations qui vous lient [...] dans le cadre de ces Conditions* », c'est-à-dire du contrat de service auquel s'appliquent ces conditions) ainsi que les lois qui devraient être applicables, et ce, *sans égard aux principes de conflit de lois, sans tenir compte des dispositions de conflits de lois, voire des conventions des Nations Unies.*

Au Québec, en matière de contrat de consommation, l'article 3117 du Code civil limite toutefois le choix par les parties de la loi applicable. En effet, en règle générale, selon cet article, ce choix « *ne peut avoir pour résultat de priver le consommateur de la protection que lui assurent les dispositions impératives de la loi de l'État où il a sa résidence [...]* ».¹²⁸ Il en résulte donc que, si l'élection d'un forum étranger devait être reconnue comme valide, ce tribunal se verrait dans l'obligation de traiter le litige en vertu des lois du Québec¹²⁹.

L'article 19 de la Loi sur la protection du consommateur écarte toutefois cette possibilité en établissant qu'« une clause d'un contrat assujettissant celui-ci, en tout ou en partie, à une loi autre qu'une loi du Parlement du Québec ou du Canada est interdite. »¹³⁰ L'article 100 de la Loi de 2002 sur la protection du consommateur précise pour sa part que « Le consommateur qui a

¹²⁶ Déclaration des droits et responsabilités de Facebook [En ligne] <http://fr-fr.facebook.com/terms.php?locale=FR> (page consultée le 15 avril 2010).

¹²⁷ Tous les contrats de licence d'utilisateur final sont disponibles sur le site Internet d'Apple [En ligne] <http://www.apple.com/legal/sla/> (page consultée le 12 avril 2010).

¹²⁸ Code civil du Québec, article 3117.

¹²⁹ À ce sujet, il faut lire l'arrêt de la Cour suprême *Dell Computer Corp. c. Union des consommateurs*, [2007] 2 R.C.S. 801, 2007 CSC 34.

¹³⁰ Loi sur la protection du consommateur, article 19.

le droit d'introduire une action en vertu de la présente loi peut le faire devant la Cour supérieure de justice. »¹³¹

En Colombie-Britannique, l'article 171 du Business Practices and Consumer Protection Act précise que :

*« (1) Subject to subsection (2), if a person, other than a person referred to in paragraphs (a) to (e), has suffered damage or loss due to a contravention of this Act or the regulations, the person who suffered damage or loss may bring an action against a (a) supplier,
(3) The Provincial Court has jurisdiction for the purposes of this section, even though a contravention of this Act or the regulations may also constitute a libel or slander. »*¹³²

Cela signifie que les clauses mentionnées précédemment dans les contrats de Google, Apple, Facebook et AVG sont inapplicables dans les juridictions susmentionnées. Nous devons signaler que, pour la Colombie-Britannique, il faut qu'un dommage ou une perte soient allégués pour donner compétence aux tribunaux de la province.

On soulèvera tout de même le fait que cette question du choix du forum ou des lois qui régiront le CLUF semble fort théorique dans le cas où le CLUF ne présente en fait que des conditions ou restrictions à un contrat qui, pour sa part, sera gouverné par les autorités et les lois locales. Il serait en effet pour le moins étrange qu'un tribunal estime qu'il a la compétence nécessaire sur un contrat, mais pas sur les conditions d'utilisation qui y sont liées...

D) Modification et résiliation unilatérale du contrat par le commerçant

Certains CLUF contiennent des clauses qui mentionnent que le fabricant ou le fournisseur de services peut modifier unilatéralement ou résilier unilatéralement ce contrat, et ce, sans avis. Cela signifierait donc en pratique que les conditions d'utilisation pourraient être modifiées en tout temps.

Par exemple, le CLUF du logiciel *Limewire* mentionne la réserve d'un droit de modification unilatérale pour le moins étendu :

*« Journal des modifications Limewire se réserve le droit de changer, de mettre à jour ou de réviser les termes de sa licence et/ou d'imposer de nouvelles conditions, politiques ou règles supplémentaires (appelées "Changements") sans vous en informer. Ces changements entreront en application dès leur incorporation à la licence. Le fait que vous continuiez à utiliser ce programme voudra signifier votre accord face à ces changements et à la licence revue. »*¹³³

¹³¹ Loi de 2002 sur la protection du consommateur, article 100.

¹³² Business Practices and Consumer Protection Act, article 171.

¹³³ Contrat de licence d'utilisateur final du logiciel « Limewire » [En ligne] <http://www.limewire.com/fr/legal/eula> (page consultée le 10 avril 2010).

L'entreprise se réserve en outre le droit de résilier le contrat : « Si vous ne respectez pas cette Licence, vos droits et autorisations à utiliser ce programme cesseront immédiatement et sans préavis. »¹³⁴

Nous trouvons à l'article 2 du CLUF de l'antivirus AVG Free version 8.5, dont le consommateur peut prendre connaissance au cours de l'installation du logiciel, une clause de résiliation unilatérale qui s'assure de couvrir tous les fronts : « AVG Technologies pourra à tout moment résilier le présent Contrat pour n'importe quelle raison ou sans raison. »

Nous trouvons également dans les « terms of service » du service « FLICKR » (qui appartient à la compagnie Yahoo!) une clause de résiliation unilatérale, qui se veut toutefois nettement plus détaillée que celle d'AVG :

« You agree that Yahoo!, in its sole discretion, may terminate your account or any part thereof, including any associated email address or your use of the Service, and remove and discard any Content within the Service, for any reason, including, without limitation, (a) lack of use, (b) if Yahoo! believes that you have violated or acted inconsistently with the letter or spirit of the TOS or other incorporated agreements or guidelines, (c) requests by law enforcement or other government agencies, (d) a request by you (self-initiated account deletions), (e) discontinuance or material modification to the Service (or any part thereof), (f) unexpected technical or security issues or problems, (g) in compliance with legal process; (h) if you have or we believe you have engaged in illegal activities, including without limitation, fraud, and/or (i) nonpayment of any fees owed by you in connection with the Services. Yahoo! may also, in its sole discretion and at any time, discontinue providing the Service, or any part thereof, with or without notice. You acknowledge and agree that any termination of your access to the Service under any provision of this TOS may be effected without prior notice and that Yahoo! may immediately deactivate or delete your account and all related Content (including without limitation email messages and photos) associated with or stored in your account and/or bar any further access to such Content or the Service. Further, you agree that Yahoo! is not liable to you or any third-party for termination of your account (including any associated email address), or termination of your access to the Service. »¹³⁵

Tentons de considérer l'effet d'une telle clause ; si on devait considérer que le contrat de service et le CLUF constituaient deux contrats distincts, la résiliation du CLUF ne résilierait en fait que les conditions d'utilisation – le service devrait-il alors se poursuivre sans être soumis à quelques conditions ? Cette approche semblerait plutôt farfelue.

Si, selon l'approche que nous préconisons, le CLUF définit les conditions de service et ne fait qu'un avec le contrat de service, c'est l'objet premier du contrat et les conditions auxquelles a consenti le consommateur qui seraient ainsi modifiés.

Le législateur québécois est intervenu en vue de limiter l'usage de ce type de clauses. Les dernières modifications apportées à la Loi sur la protection du consommateur y ajoutent une interdiction aux commerçants d'utiliser ces clauses de modification passe-partout ; sauf exceptions, il sera dorénavant impossible pour les commerçants de modifier en cours de contrat

¹³⁴ *Ibid.*

¹³⁵ Yahoo ! Canada Terms of service [En ligne] <http://info.yahoo.com/legal/ca/yahoo/utos/utos-ca01.html> (page consultée le 10 avril 2010).

les éléments essentiels de ce contrat ou de prévoir une clause qui laisserait entendre qu'ils le peuvent. Si le commerçant veut se réserver un droit de modification sur certains autres éléments du contrat, la clause qui l'autoriserait à le faire devra indiquer précisément ce sur quoi pourront porter ces éventuelles modifications.

Comme les clauses de modification unilatérale, en tentant de modifier après coup certains des éléments sur lesquels portait le consentement, attaquent les fondements mêmes du contrat, il n'est alors pas étonnant que certaines juridictions aient jugé bon d'interdire ce type de clause, considérées comme abusives. Il en est de même des clauses de résiliation unilatérale et d'exonération de responsabilité. C'est de cette approche que nous traiterons dans la section suivante.

E) Clauses abusives

QUÉBEC

En vertu du Code civil, une clause sera considérée comme étant abusive si elle « désavantage le consommateur ou l'adhérent d'une manière excessive et déraisonnable, allant ainsi à l'encontre de ce qu'exige la bonne foi ; est abusive, notamment, la clause si éloignée des obligations essentielles qui découlent des règles gouvernant habituellement le contrat qu'elle dénature celui-ci. »¹³⁶ La sanction relative à la présence d'une clause abusive dans un contrat de consommation est l'inopposabilité de cette clause.

L'article 8 de la Loi sur la protection du consommateur s'articule sur des notions et avec des termes semblables: « Le consommateur peut demander la nullité du contrat ou la réduction des obligations qui en découlent lorsque la disproportion entre les prestations respectives des parties est tellement considérable qu'elle équivaut à de l'exploitation du consommateur, ou que l'obligation du consommateur est excessive, abusive ou exorbitante.»

« S'il existe un écart sérieux dans les prestations des parties, la Loi présume qu'il y a eu exploitation de la faiblesse du consommateur qui ne dispose pas de l'expertise économique pour apprécier la valeur des prestations. »¹³⁷

La deuxième partie de l'article 8 de la Loi sur la protection du consommateur introduit quant à elle le principe de lésion subjective en matière de protection du consommateur.

Si c'est au moment de la formation du contrat qu'il faut se placer pour évaluer si une clause est abusive¹³⁸, il faut toutefois, selon le professeur Moore :

¹³⁶ Code civil du Québec, article 1437 alinéa 2.

¹³⁷ L'HEUREUX Nicole, Droit de la consommation, 5e édition, Les éditions Yvon Blais, Cowasville, Québec, 2000, p. 49.

¹³⁸ MOORE Benoit, Les clauses abusives : Dix ans après, Revue du Barreau, Tome 63, Printemps 2003, pp. 59-101, 74. « L'évaluation du caractère abusif de la clause doit se faire en fonction des circonstances existant lors de la formation du contrat, l'on doit tout de même éviter, comme nous y invite en quelque sorte la Cour d'appel, de refuser péremptoirement de prendre en compte des événements particuliers pouvant « corroborer » ou révéler le caractère abusif d'une clause. »

« adopter une approche pragmatique de la notion de clause abusive. Prenons par exemple l'évaluation du caractère abusif d'une clause pénale pour laquelle il est vain de soutenir qu'elle puisse être abusive in se, l'analyse des circonstances, dont les dommages réels, étant incontournable dans l'évaluation. On ne doit pas écarter une appréciation contextuelle, in concreto, lorsque cela s'avère nécessaire. »¹³⁹

Un arrêt de la Cour d'appel du Québec a porté un éclairage précieux sur la façon de détecter la clause abusive définie par le Code civil du Québec :

« [l]e caractère excessif d'une clause peut être apprécié soit en fonction d'un critère objectif (par exemple, exiger du contractant l'exécution d'une obligation pratiquement impossible à remplir ou totalement disproportionnée par rapport à l'obligation corrélative), soit en fonction d'un critère subjectif (c'est-à-dire en tenant compte de la situation particulière du contractant) et des difficultés auxquelles il peut faire face dans l'exécution de celle-ci. Dans ce dernier cas, ce qui pourrait être excessif pour l'un ne le sera pas nécessairement pour un autre. »¹⁴⁰

Quant au caractère déraisonnable de la clause, la Cour d'appel mentionne qu'il s'évalue en fonction de la disproportion entre les prestations et les avantages que chaque partie obtient de la conclusion du contrat.¹⁴¹

Il ne fait que peu de doute, à partir de l'interprétation faite par la Cour d'appel, que la clause d'exonération de responsabilité doit être considérée comme étant déraisonnable et, de ce fait, abusive.

Claude Masse mentionne que « l'analyse de la jurisprudence permet également de relever des cas où nos tribunaux appliquent l'article 8 L.P.C. à des situations de faible ou de mauvaise qualité du bien ou du service vendu, en matière de location de véhicules à long terme ou tout simplement dans un cas de clauses abusives. »¹⁴²

Dans l'arrêt *Gosselin c. 102150 Canada Inc.*¹⁴³, la Cour du Québec jugeait inopposable une clause d'exonération de responsabilité en vertu, notamment, de l'article 8 de la LPC, du fait que les services ne correspondaient pas à ceux pour lesquels le consommateur avait donné son consentement :

« En vertu des articles 40 et 41 de la Loi sur la protection du consommateur, le forfait devait correspondre aux descriptions contenues dans la brochure du grossiste Exotic Tours dont s'est servie l'agence de voyages pour effectuer la vente. La clause d'exonération opposée aux requérants est donc nulle, abusive et inopposable selon l'article 8 de cette loi et l'article 1437 du Code civil du Québec. »¹⁴⁴

¹³⁹ *Ibid.*, p. 75.

¹⁴⁰ Québec (Procureur général) c. Kabakian-Kechichian [2000] R.J.Q. 1730 au paragraphe 55.

¹⁴¹ *Ibid.*, au paragraphe 57.

¹⁴² MASSE Claude, *Loi sur la protection du consommateur*, Les éditions Yvon Blais Inc., Cowasville, 1999, p. 862.

¹⁴³ *Gosselin c. 102150 Canada Inc.*, J.E. 96-730 (C.Q.).

¹⁴⁴ *Ibid.*

L'auteur Baudouin précise qu'une clause, si draconienne qu'elle puisse paraître à première vue, n'est pas abusive quand elle s'applique également aux deux parties (comme, par exemple, une faculté de résiliation unilatérale et discrétionnaire conférée à chaque partie)¹⁴⁵ puisque la proportionnalité entre les obligations respectives serait ainsi respectée. Les clauses de résiliation que nous avons mentionnées précédemment ne permettent la résiliation unilatérale sans motif et sans avis qu'à une seule partie, soit celle qui rédige le contrat d'adhésion.

Il semble facile d'arguer que les clauses de modification ou de résiliation unilatérales rencontrent plusieurs des critères qui permettraient de déclarer abusive une clause donnée. Le droit que se réserve le commerçant de modifier à sa discrétion tout ou partie d'une entente *désavantage le consommateur ou l'adhérent d'une manière excessive et déraisonnable, allant ainsi à l'encontre de ce qu'exige la bonne foi*, puisqu'elle permettrait en théorie au commerçant de réduire ses obligations ou de modifier les éléments mêmes qui ont pu amener le consommateur à contracter, tout en le forçant à respecter de son côté les obligations auxquelles le tient le contrat. Un tel type de clause est certes éloigné des obligations essentielles qui découlent des règles gouvernant habituellement le contrat qu'elle dénature celui-ci, puisqu'elle nie le principe de la force obligatoire que devrait présenter le contrat pour les deux parties également.

On pourrait aussi avancer que l'obligation du consommateur est excessive, abusive ou exorbitante si, par l'effet d'une telle clause, il s'engage en contractant à remplir ses obligations sans savoir ce que pourront être à l'avenir celles de son cocontractant, attendu que ce dernier pourra les modifier de façon unilatérale et discrétionnaire.

ONTARIO ET COLOMBIE-BRITANNIQUE

La notion d'« unconscionable acts or practices » que l'on retrouve à l'article 8 du Business Practices and Consumer Protection Act et à l'article 15 de la Loi de 2002 sur la protection du consommateur se rapproche de celle de la lésion que l'on retrouve dans la Loi sur la protection du consommateur, sans toutefois être exactement identique.

L'auteur Fridman définit ainsi cette notion:

*« the conduct of one party in obtaining the assent of the other to a particular contract was of such a character that a court might well consider that to uphold the ensuing contract would be to perpetrate an injustice and produce unfair result. A contract may be rescinded if the behaviour of one contracting party was unconscionable. »*¹⁴⁶

L'auteur Waddams rappelle que ce principe a été intégré dans certaines lois, dont celles sur la protection des consommateurs:

¹⁴⁵ « Le tribunal ne peut pas conclure que la clause de résiliation de deux mois contenue au paragraphe 10 (a) du contrat est en soi abusive ou illégale. Nous ne sommes pas en présence d'une clause léonine contenue dans un contrat d'adhésion et qui serait rédigée au seul avantage de la partie économiquement plus forte. La clause en question ici est rédigée en faveur de chacune des deux parties qui peut s'en prévaloir à son gré. » *Bertrand Équipements Inc. c. Kubota Canada Ltée* [2002] R.J.Q. 1329.

¹⁴⁶ FRIDMAN, G.H.L., *The law of contract in Canada*, 5th ed., Thomson Carswell, Toronto, Ontario, 2006, p. 320.

« *Trade Practices Acts in several provinces prohibit unconscionable practices in relation to specified classes of transaction, namely, "consumer" transactions as defined. This sort of legislative intervention is of general applicability and points in the direction in which the courts themselves appear to be moving.* »¹⁴⁷

Ainsi, on peut estimer que cette notion d'« unconscionability » pourrait être utilisée par les tribunaux pour analyser certaines dispositions contractuelles qui pourraient sembler abusives. Néanmoins, en Common Law les tribunaux sont peu enclins à réviser les modalités contractuelles, attachés qu'ils sont au principe selon lequel le contrat est la loi des parties, et que le juge ne peut intervenir que dans certains cas très limités.

SANCTIONS DES CLAUSES ABUSIVES

Les clauses de modification et de résiliation unilatérales ainsi que les clauses d'exonération de responsabilité pourraient donc être qualifiées de clauses abusives selon les définitions de l'article 1437 du Code civil du Québec et de l'article 8 de la Loi sur la protection du consommateur.

Ces clauses sont donc inopposables aux consommateurs. Les commerçants ne peuvent s'en prévaloir. On peut même mentionner que les clauses peuvent être considérées comme non écrites au contrat.

L'article 10 du Business Practices and Consumer Protection Act prévoit les sanctions en cas de pratiques dites « unconscionable »: « *Subject to subsection (2), if an unconscionable act or practice occurred in respect of a consumer transaction, that consumer transaction is not binding on the consumer or guarantor.* » L'article 18 (1) de la Loi de 2002 sur la protection du consommateur prévoit quant à lui comme sanction à ce type de pratique que :

« Le consommateur peut résoudre toute convention écrite, verbale ou tacite conclue par lui après que quiconque s'est livré à une pratique déloyale, ou pendant que quiconque le fait, et se prévaloir des réparations que lui accorde la loi, y compris les dommages-intérêts. » L'alinéa 11 de cet article 18 prévoit de plus que : « Outre toute autre réparation, un tribunal peut accorder des dommages-intérêts exemplaires dans une action introduite en vertu du présent article. »

D'autres pays ont considérablement développé cette notion de clause abusive, tant au plan des définitions qu'à celui des applications et des sanctions. Nous nous pencherons ici sur le cas de la France.

FRANCE

La France, dans son Code de la consommation, a élaboré de nombreuses règles relativement aux clauses abusives. Ainsi, l'alinéa premier de l'article L. 132-1 précise : « *Dans les contrats conclus entre professionnels et non-professionnels ou consommateurs, sont abusives les clauses qui ont pour objet ou pour effet de créer, au détriment du non-professionnel ou du consommateur, un déséquilibre significatif entre les droits et obligations des parties au*

¹⁴⁷ WADDAMS, S.M., The Law of Contracts, 5^e édition, Canada Law Book, p. 381.

contrat. »¹⁴⁸ La définition de clause abusive en droit français est, on le voit, assez proche de celle que l'on trouve en droit québécois.

Concernant l'objet du contrat, il faut relever que « le Code de la consommation ne se préoccupe pas de la nature juridique du contrat. Il peut s'agir d'un contrat de vente ou de prestations de services, d'un contrat de mandat ou de dépôt... »¹⁴⁹

En vertu du Code de la consommation,

« le caractère abusif d'une clause s'apprécie en se référant, au moment de la conclusion du contrat, à toutes les circonstances qui entourent sa conclusion, de même qu'à toutes les autres clauses du contrat. Il s'apprécie également au regard de celles contenues dans un autre contrat lorsque la conclusion ou l'exécution de ces deux contrats dépendent juridiquement l'une de l'autre. »

Par contre :

« L'appréciation du caractère abusif des clauses au sens du premier alinéa ne porte ni sur la définition de l'objet principal du contrat ni sur l'adéquation du prix ou de la rémunération au bien vendu ou au service offert pour autant que les clauses soient rédigées de façon claire et compréhensible. »¹⁵⁰

La doctrine résume en ces termes : « Le déséquilibre significatif doit être apprécié [...] en fonction de l'équilibre général des prestations réciproques et du principe de la liberté des conventions. »¹⁵¹

En vue d'écarter un tant soit peu l'arbitraire auquel peut donner lieu l'appréciation à la pièce de clauses dans un contexte donné, la législation française a prévu un outil de référence pour les juges, soit des listes de clauses qui sont présumées ou réputées abusives. Il a de plus instauré une Commission des clauses abusives qui « recommande la suppression ou la modification des clauses qui présentent un caractère abusif ». ¹⁵²

Sur le sujet particulier des contrats de licence d'utilisateur final, la recommandation n° 95-02 sur les contrats proposés par les éditeurs ou distributeurs de logiciels ou de progiciels¹⁵³ identifie certaines clauses que la Commission juge abusives, et en donne les raisons. On notera avec intérêt que les clauses auxquelles s'attaque la Commission sont justement celles sur lesquelles nous nous attardions plus haut lors de notre examen des CLUF.

¹⁴⁸ Code de la consommation, article L. 132-1.

¹⁴⁹ RAYMOND Guy, Clauses abusives, Jurisclasseur Concurrence Consommation, 2005, fascicule 820, p. 17.

¹⁵⁰ *Ibid.*, alinéa 7.

¹⁵¹ RAYMOND Guy, Clauses abusives, Jurisclasseur Concurrence Consommation, 2005, fascicule 820, p. 29.

¹⁵² Code de la consommation, article L. 132-4.

¹⁵³ Recommandation n° 95-02 sur les contrats proposés par les éditeurs ou distributeurs de logiciels ou de progiciels [En ligne] <http://www.clauses-abusives.fr/recom/index.htm> (page consultée le 17 avril 2010).

«Considérant que certains contrats comportent des clauses nombreuses souvent imprimées en caractère de taille sensiblement inférieure au corps 8 ; qu'ainsi ces contrats manquent de lisibilité et ne répondent pas aux prescriptions de l'article L. 133-2 du code de la consommation; (...)

Considérant que les logiciels ne sont, le plus souvent, pas garantis ; que cette absence de garantie concerne aussi bien la qualité des supports que les qualités et caractéristiques de ces logiciels et les conséquences dommageables de leur fonctionnement ou dysfonctionnement;(...)

Considérant que la combinaison de clauses excluant toute garantie et de clauses limitatives de garantie est de nature à induire le consommateur en erreur sur l'étendue des droits que lui confère le contrat et par suite abusive;(...)

Considérant que, dans la généralité des cas, toute garantie des dommages provoqués par le logiciel est expressément écartée ; que l'affirmation de l'absence totale de garantie revient pour le professionnel à s'exonérer de tous les régimes de responsabilité ; qu'une telle affirmation, répétée sur beaucoup de contrats relatifs aux logiciels commercialisés en France, aboutit à créer un déséquilibre significatif au détriment du consommateur au sens des dispositions du code de la consommation ; qu'au demeurant la garantie des vices cachés s'appliquant à tout le moins à la vente des supports, la clause exonératoire est illégale en vertu des dispositions du décret n° 78-464 du 24 mars 1978;

Considérant que les clauses qui stipulent que " le contrat reste en vigueur jusqu'à sa résiliation et sera annulé automatiquement sans préavis par le professionnel au cas où le détenteur ne se conforme pas aux termes de la licence ", sans préciser la nature et la gravité des manquements, tendent à donner au professionnel un droit unilatéral, voire discrétionnaire, de résiliation et sont abusives;(...)

Considérant que certains contrats attribuent compétence au seul tribunal de commerce de Paris ou aux seuls tribunaux de Paris ; que la jurisprudence autorise cependant le non-commerçant à exercer son action devant la juridiction civile ou devant le tribunal de commerce ; qu'en outre les clauses qui dérogent aux règles de compétence territoriale sont contraires aux dispositions impératives de l'article 48 du nouveau code de procédure civile ; qu'en conséquence de telles clauses doivent être éliminées des contrats,

Recommande:

Que les documents contractuels soient imprimés avec des caractères dont la hauteur ne saurait être inférieure au corps 8;

Que soient éliminées des contrats objets de la présente recommandation les clauses qui ont pour objet ou pour effet:

(...)

2° D'exonérer le professionnel de son obligation de conseil;

3° D'exclure toute garantie du professionnel afférente au logiciel, à son support et de l'exonérer de toutes les conséquences des défauts de la documentation fournie lors de la mise à disposition du logiciel;

- 4° D'induire en erreur le consommateur en combinant des stipulations qui excluent toute garantie avec des clauses limitatives de garantie;
- 5° D'exonérer le professionnel de toute responsabilité du fait des conséquences dommageables de l'utilisation des logiciels qu'il commercialise; (...)
- 7° De reconnaître, directement ou indirectement, au professionnel un droit de résiliation unilatéral ne reposant pas sur un manquement grave au contrat;
- 8° De déroger aux règles de compétence territoriale ou d'attribution des juridictions.»¹⁵⁴

Pour faire éliminer les clauses abusives des contrats, plusieurs possibilités s'offrent aux consommateurs. Tout d'abord, des contrats types peuvent être rendus obligatoires par règlement, qui, en principe, ne comprendront pas de clauses qui seraient en soi abusives. Le consommateur peut sinon, seul ou avec l'aide d'une association de consommateurs, engager une action en vertu des dispositions de l'article L.132-1 du Code de la consommation cité précédemment. Finalement, grâce à l'article L.421-6 alinéa 2 du Code de la consommation, une association de consommateurs peut d'elle-même, de façon préventive, engager une action en cessation de clause abusive.

Quant aux sanctions, soulignons que le Code de la consommation prévoit que des sanctions pénales peuvent être infligées aux commerçants délinquants. On mentionnera toutefois que cette disposition n'a été que très rarement utilisée par les tribunaux. Généralement, la sanction civile prédomine : il s'agit tout simplement de l'annulation de la clause, à laquelle pourront s'ajouter des dommages-intérêts lorsque le consommateur peut prouver un préjudice en lien avec cette clause abusive.¹⁵⁵

¹⁵⁴ *Idib.*

¹⁵⁵ Lire sur les différentes sanctions possibles, RAYMOND Guy, *Clauses abusives*, Jurisclasseur Concurrence Consommation, 2005, fascicule 820, p. 53 et suivantes.

3 CONTRATS DE LICENCE D'UTILISATEUR FINAL À LA LUMIÈRE DU DROIT D'AUTEUR

L'article 13 (4) de la Loi sur le droit d'auteur permet au titulaire de droit d'auteur d'octroyer des licences : « [le titulaire du droit d'auteur] peut également concéder, par une licence, un intérêt quelconque dans ce droit; mais la cession ou la concession n'est valable que si elle est rédigée par écrit et signée par le titulaire du droit qui en fait l'objet, ou par son agent dûment autorisé. »¹⁵⁶

Comme nous l'avons mentionné précédemment, le CLUF ne vise pas à octroyer à l'utilisateur la faculté d'exploiter commercialement un droit concédé par le titulaire de droit d'auteur. Le CLUF ne vise qu'à permettre l'utilisation du bien qu'est l'œuvre sur laquelle portent les droits d'auteur. Or, la Loi sur le droit d'auteur permet aux utilisateurs d'effectuer certains actes sans avoir à obtenir au préalable l'autorisation du titulaire des droits. Il n'est pas rare que les titulaires de droit d'auteur essaient par contre de limiter contractuellement ces utilisations que pourraient normalement faire les consommateurs sans contrepartie, puisque la Loi les autorise. C'est sur cet aspect que portera la présente partie de notre recherche.

3.1 LOI SUR LE DROIT D'AUTEUR

Voici comment Normand Tamaro présente, en quelques mots, la Loi sur le droit d'auteur :

« La Loi sur le droit d'auteur est donc de la nature d'un droit de propriété accordé aux auteurs en vertu des principes de justice naturelle en retour d'une propriété qu'ils ont eux-mêmes créée. (...) Le droit d'auteur est donc un droit de propriété privé portant sur un bien, une œuvre, qui ne préexistait pas à son auteur, et qui ne prive personne de quoi que ce soit, sauf de la liberté de s'emparer de ce qu'un auteur a exprimé sous une forme qui lui est originale. »¹⁵⁷

La Loi sur le droit d'auteur confère à l'auteur certains droits économiques ou patrimoniaux, mais en limite également la portée en octroyant au public certains droits. La Cour suprême, dans l'arrêt Théberge, rappelle de façon explicite l'équilibre nécessaire que vise à maintenir la Loi (et que doivent maintenir son interprétation et son application) :

« entre, d'une part, la promotion, dans l'intérêt du public, de la création et de la diffusion des œuvres artistiques et intellectuelles et, d'autre part, l'obtention d'une juste récompense pour le créateur (ou, plus précisément, l'assurance que personne d'autre que le créateur ne pourra s'approprier les bénéfices qui pourraient être générés). (...) On atteint le juste équilibre entre les objectifs de politique générale, dont ceux qui précèdent, non seulement en reconnaissant les droits du créateur, mais aussi en accordant l'importance qu'il convient à la nature limitée de ces droits. D'un point de vue grossièrement économique, il serait tout aussi inefficace de trop rétribuer les artistes et les auteurs pour le droit de reproduction qu'il serait nuisible de ne pas les rétribuer suffisamment. Une fois qu'une copie autorisée d'une œuvre est vendue à un membre

¹⁵⁶ Loi sur le droit d'auteur, article 13(4).

¹⁵⁷ TAMARO Normand, Loi sur le droit d'auteur, 6^E édition, Thomson Carswell, Scarborough, Ontario, 2003, p. 3.

du public, il appartient généralement à l'acheteur, et non à l'auteur, de décider du sort de celle-ci.»¹⁵⁸

Aujourd'hui, les titulaires de droit d'auteur tentent de façon presque systématique de contrôler de façon quasi absolue l'utilisation par le public des œuvres sur lesquelles ils détiennent quelque droit. Ainsi, nombreux sont les titulaires de droit d'auteur qui expriment ouvertement leur souhait de voir limités et circonscrits les droits que la Loi octroie aux utilisateurs d'utiliser les œuvres, dans les limites prévues à la loi, sans autorisation et sans contrepartie. Les dispositions de la Loi sur le droit d'auteur n'étant pas d'ordre public, il est donc possible contractuellement d'interdire aux utilisateurs certains actes que la Loi n'interdirait pas, voire qu'elle permettrait explicitement de son côté.

Nous analyserons ici les clauses des CLUF qui accompagnent les jeux vidéo et les logiciels que nous avons sélectionnés, ainsi que les pictogrammes qui apparaissent sur certains DVD. Nous analyserons à nouveau les CLUF qui accompagnent le contrat de vente du support matériel de l'œuvre, ainsi que les CLUF que l'on retrouve lorsque l'on se procure le logiciel ou le jeu vidéo en ligne sous sa forme matérielle ou immatérielle. Nous nous attarderons principalement à ces clauses que l'on retrouve mentionnées dans la plupart des CLUF, et qui visent spécifiquement à interdire le désassemblage¹⁵⁹, la copie de sauvegarde et la copie privée, les clauses qui octroient aux fournisseurs de service des licences sur les créations faites par les utilisateurs, puis celles qui interdisent la revente des biens qui sont touchés par des CLUF.

3.2 CLAUSE INTERDISANT LE DÉSASSEMBLAGE ET LA COPIE DE SAUVEGARDE

La Loi sur le droit d'auteur précise à l'article 30.6 que ne constituent pas des violations du droit d'auteur :

« a) le fait, pour le propriétaire d'un exemplaire — autorisé par le titulaire du droit d'auteur — d'un programme d'ordinateur, de produire une seule copie de l'exemplaire par adaptation, modification ou conversion, ou par traduction en un autre langage informatique s'il établit que la copie est destinée à assurer la compatibilité du programme avec un ordinateur donné, qu'elle ne sert qu'à son propre usage et qu'elle est détruite dès qu'il n'est plus propriétaire de l'exemplaire;

*b) le fait, pour le propriétaire d'un exemplaire — autorisé par le titulaire du droit d'auteur — d'un programme d'ordinateur, de produire une seule copie de sauvegarde de l'exemplaire ou de la copie visée à l'alinéa a) s'il établit qu'elle est détruite dès qu'il n'est plus propriétaire de l'exemplaire. »*¹⁶⁰

¹⁵⁸ Thériège c. Galerie d'Art du Petit Champlain inc., [2002] 2 R.C.S. 336, 2002 CSC 34

¹⁵⁹ « Désassemblage : opération qui consiste à ramener un programme qui avait été traduit en langage machine à sa forme première en langage d'assemblage, en convertissant son code machine en code source. » Le grand dictionnaire terminologique [En ligne] http://www.granddictionnaire.com/BTML/FRA/r_Motclef/index800_1.asp (page consultée le 20 avril 2010) En d'autres termes, il s'agit d'opérations techniques qui permettent de lire le cœur d'un programme, soit son code source, afin de comprendre son fonctionnement et son architecture.

¹⁶⁰ Loi sur le droit d'auteur, (L.R., 1985, ch. C-42), article 30.6.

Ces droits permettent notamment aux utilisateurs de faire une copie d'un logiciel en l'adaptant (par le biais du désassemblage, qui donne accès au code source) pour qu'il puisse servir sur un appareil avec lequel le logiciel n'était pas à l'origine compatible.

La Loi sur le droit d'auteur permet également à l'utilisateur (b) d'effectuer une copie de sauvegarde de son logiciel.

L'examen de divers CLUF nous permet toutefois de constater que ces droits sont limités contractuellement, des interdictions étant prévues aux conditions à l'utilisation. L'article 1 B du contrat de licence Norton Antivirus 2010, par exemple, interdit ces manipulations sauf, version française oblige, dans les limites de ce que permet la législation... française :

« Vous n'êtes pas autorisé et vous ne pouvez pas autoriser une autre personne à : procéder à de l'ingénierie inverse, décompiler, désassembler, modifier, traduire, tenter par tout moyen de découvrir le code source du Logiciel ou créer des œuvres dérivées à partir du Logiciel, sauf si cela est fait conformément à l'Article L.122-6-I-(iv) du Code français de la propriété intellectuelle (...)»¹⁶¹

L'article 1 C du contrat de licence d'utilisateur final du jeu vidéo « Spore » stipule pour sa part: « Your right to use the Software is limited to the license grant above, and you may not otherwise copy, display, distribute, perform, publish, modify, create works from, or use the Software or any component of it. »¹⁶²

Il faut cependant souligner que certaines compagnies reconnaissent l'existence de telles exceptions aux droits exclusifs des auteurs, et vont jusqu'à prendre le soin d'informer les utilisateurs de ce droit d'effectuer une copie de sauvegarde. C'est le cas de Mac OS X dont le CLUF stipule à son article 2 F :

« Vous pouvez effectuer une copie du logiciel Apple (sans le code d'initialisation ROM et les autres programmes internes Apple incorporés ou contenus dans le matériel Apple) sous une forme électronique compréhensible par l'ordinateur à des fins de sauvegarde uniquement ; ladite copie devant inclure tous les avis de droits d'auteur ou de propriété compris dans l'original. Le code d'initialisation ROM et les programmes internes sont fournis pour un usage exclusif sur matériel Apple et ne peuvent être copiés, modifiés ou redistribués en totalité ou en partie. »¹⁶³

puis, à l'article 2 I :

« Vous n'êtes pas autorisé à copier le logiciel Apple, les services fournis par le logiciel Apple ou toute partie de ces derniers (sauf et exclusivement dans les limites permises par la présente Licence), ni à les décompiler, à procéder à leur ingénierie inverse, à les désassembler, à tenter d'en dériver le code source, à les déchiffrer, à les modifier ou à créer des produits dérivés (sauf si de telles restrictions étaient interdites par la législation

¹⁶¹ Contrat de licence Norton, Norton Antivirus 2010 [En ligne] <http://www.symantec.com/fr/ca/about/profile/policies/eulas/index.jsp> (page consultée le 15 avril 2010).

¹⁶² Contrat de licence d'utilisateur final du jeu vidéo « Spore » [En ligne] <http://www.ea.com/1/product-eulas> (page consultée le 3 mars 2010).

¹⁶³ Tous les contrats de licence d'utilisateur final sont disponibles sur le site Internet d'Apple [En ligne] <http://www.apple.com/legal/sla/> (page consultée le 12 avril 2010).

en vigueur ou dans les limites autorisées par les termes et conditions applicables à l'utilisation de composants Open source). Vous vous engagez en outre à ne pas donner à autrui la possibilité d'effectuer de telles opérations interdites. Vous acceptez d'utiliser le logiciel Apple et les Services (défini à la section 5 ci-après) conformément aux lois en vigueur dans le pays ou la région où vous résidez, dans le pays ou la région où vous avez téléchargé ce logiciel et ces services ou dans le pays ou la région où vous les utilisez. »¹⁶⁴

L'article 1 B du CLUF Norton Antivirus 2010 stipule : « Pendant toute la période de validité du Service, vous êtes autorisé à effectuer les opérations suivantes : faire une copie de sauvegarde du Logiciel ou copier le Logiciel sur le disque dur de votre ordinateur et conserver l'original en tant que sauvegarde. »¹⁶⁵

Il faut bien reconnaître l'utilité de la disposition de la Loi sur le droit d'auteur qui permet la copie de sauvegarde. En effet, les logiciels sont bien souvent gravés sur des supports comme les disques compacts ou les DVD ; or ces supports sont fragiles. Advenant que le support soit endommagé, l'utilisateur ne pourrait plus utiliser le logiciel qu'il s'est procuré, et il se verrait dans l'obligation de s'en procurer un nouvel exemplaire. L'argument selon lequel cette exception ne serait plus nécessaire du fait que les logiciels sont désormais facilement accessibles en ligne, rendant inutile leur gravure sur un support physique, n'est pas des plus heureux. En effet, un certain nombre d'utilisateurs pourraient ne pas disposer, au moment où ils auront besoin d'installer le logiciel, de connexion Internet haute vitesse leur permettant de télécharger ces œuvres en ligne sur Internet ou ne disposeront pas nécessairement du temps nécessaire pour procéder à un tel téléchargement. De plus, les limites d'usage qui sont imposées aux utilisateurs par les fournisseurs de service et qui réduisent les possibilités de téléchargement ou les facturent font en sorte que le téléchargement n'est pas une solution aussi adéquate que la copie de sauvegarde.

3.3 CLAUSE INTERDISANT LA COPIE PRIVÉE

L'article 80 de la partie VIII de la Loi sur le droit d'auteur, intitulée Copie pour usage privé, dispose :

« Sous réserve du paragraphe (2), ne constitue pas une violation du droit d'auteur protégeant tant l'enregistrement sonore que l'œuvre musicale ou la prestation d'une œuvre musicale qui le constituent, le fait de reproduire pour usage privé l'intégralité ou toute partie importante de cet enregistrement sonore, de cette œuvre ou de cette prestation sur un support audio. »¹⁶⁶

(Le paragraphe deux précise que ce droit ne peut être invoqué pour les usages commerciaux et la communication au public)

Le support audio est défini à l'article 79 de la Loi sur le droit d'auteur comme « Tout support audio habituellement utilisé par les consommateurs pour reproduire des enregistrements

¹⁶⁴ *Ibid.*,

¹⁶⁵ Contrat de licence Norton, Norton Antivirus 2010 [En ligne]

<http://www.symantec.com/fr/ca/about/profile/policies/eulas/index.jsp> (page consultée le 15 avril 2010).

¹⁶⁶ Loi sur le droit d'auteur, article 80.

sonores, à l'exception toutefois de ceux exclus par règlement. »¹⁶⁷ Il faut donc souligner que la copie privée ne concerne que les œuvres sonores et musicales ; sont exclues, de ce fait, les œuvres visuelles, cinématographiques, etc., pour lesquelles les droits de copie ne sont pas prévus.

Au verso des boîtes contenant les disques compacts musicaux vendus actuellement dans les commerces se trouvent pourtant des mentions qui visent à informer le consommateur de l'interdiction d'effectuer une copie du disque. On pourra s'interroger sur l'effet juridique de ces mentions : constituent-elles les conditions d'utilisation de l'œuvre, dont un tribunal pourrait reconnaître la préséance sur les droits octroyés aux utilisateurs par la Loi sur le droit d'auteur ? Il n'en demeure pas moins que ces mentions visent à interdire un droit reconnu aux utilisateurs, soit celui d'effectuer des copies privées, acte que la Loi sur le droit d'auteur autorise.

La Loi sur le droit d'auteur n'étant pas d'ordre public, cette pratique qui consiste à restreindre par contrat les droits qui y sont prévus n'est pas interdite...

Si elles sont valides au regard de la Loi sur le droit d'auteur, ces restrictions sont-elles pour autant légitimes ? Il faut savoir qu'il existe une contrepartie à ce droit à la copie privée. La Loi prévoit en effet, à son article 81 (1), le versement de redevances aux ayants droit ; les montants qui servent à payer ces redevances sont tirés de la vente des supports sur lesquels sont susceptibles d'être effectuées les copies privées :

« Conformément à la présente partie et sous réserve de ses autres dispositions, les auteurs, artistes-interprètes et producteurs admissibles ont droit, pour la copie à usage privé d'enregistrements sonores ou d'œuvres musicales ou de prestations d'œuvres musicales qui les constituent, à une rémunération versée par le fabricant ou l'importateur de supports audio vierges. »¹⁶⁸

Les titulaires de droits d'auteur reçoivent donc des montants perçus lors de la vente de ces supports, que ces derniers soient utilisés pour effectuer une copie d'une œuvre protégée par le droit d'auteur ou pas¹⁶⁹.

On soulignera toutefois que ce droit à la copie privée ne s'applique à ce jour qu'aux supports audio et non vidéo.

¹⁶⁷ *Ibid.*, article 79.

¹⁶⁸ *Ibid.*, article 81.

¹⁶⁹ On pourrait au passage se demander si les titulaires de droits qui interdisent la copie privée de leurs œuvres musicales renoncent aussi à la perception des redevances liées à la copie privée. Mais là n'est pas l'objet de notre étude.

3.4 CLAUSE INTERDISANT LA REVENTE DE LOGICIEL

Le consommateur qui se sera procuré le jeu vidéo « Silent Hunter : Battle of the Atlantic » de la compagnie Ubisoft ne pourra, si l'on en croit la licence, ni le revendre, ni même le donner à un tiers :

« Ubisoft grants the User a non-exclusive and non-transferable Licence to use the Multimedia Product, but remains the owner of all the rights relating thereto. (...) The user cannot transfer, sell, resell, sublicense, rent or lease the Multimedia Product to a third party. »¹⁷⁰

Si on peut être tenté d'examiner à la lumière des règles sur les clauses abusives cette clause qui impose des limites au droit de propriété, il faut savoir que, dans plusieurs pays, la problématique que soulève ce genre de clause a été abordée dans le cadre des règles sur la propriété intellectuelle, par le biais de la notion d'épuisement du droit, qui se retrouve en France au Code de la propriété intellectuelle, et aux États-Unis dans la doctrine de la première vente.

L'article L.122-6 du Code de la propriété intellectuelle dispose :

« Sous réserve des dispositions de l'article L. 122-6-1, le droit d'exploitation appartenant à l'auteur d'un logiciel comprend le droit d'effectuer et d'autoriser :

(...)

3° La mise sur le marché à titre onéreux ou gratuit, y compris la location, du ou des exemplaires d'un logiciel par tout procédé. Toutefois, la première vente d'un exemplaire d'un logiciel dans le territoire d'un État membre de la Communauté européenne ou d'un État partie à l'accord sur l'Espace économique européen par l'auteur ou avec son consentement épuise le droit de mise sur le marché de cet exemplaire dans tous les États membres à l'exception du droit d'autoriser la location ultérieure d'un exemplaire. »¹⁷¹

Une fois le logiciel mis en vente par le titulaire du droit d'exploitation, ce dernier ne pourra donc s'opposer à la revente par le propriétaire du support de ce logiciel ; le droit de le mettre sur le marché ne lui appartiendra plus, puisqu'il l'aura lui-même épuisé du fait de son premier exercice. Le professeur Le Stanc précise à ce sujet : *« l'épuisement concerne essentiellement en réalité les opérations concernant le support d'une œuvre qui s'y trouve fixée et spécialement la vente ou revente de ces exemplaires. »¹⁷²* Il insiste également sur le fait que cette théorie de l'épuisement du droit s'applique tout particulièrement dans le cas des logiciels destinés à la distribution de masse. On notera que seuls les logiciels sont visés par cette disposition relative à l'épuisement de ce droit de mise sur le marché.

Aux États-Unis, pour régler la question de la revente des supports des logiciels, les tribunaux ont réaffirmé la préséance de la doctrine de première vente sur quelque clause du CLUF :

¹⁷⁰ Contrat de licence d'utilisateur final de Silent Hunter 5 [En ligne] <http://www.impulsedriven.com/silenthunter5> (page consultée le 18 avril 2010).

¹⁷¹ Code de la propriété intellectuelle, article L.122-6.

¹⁷² LE STANC Christian, JurisClasseur Propriété littéraire et artistique, Fascicule 125.

« The first sale doctrine has been held to limit the scope of EULAs to restrict downstream fair use rights for legitimate copies of copyrighted works, with courts often focusing on the sale versus license distinction as a means of resolving the enforceability question. »¹⁷³

La section 109 (a) du Copyright Act précise :

« (a) Notwithstanding the provisions of section 106(3), the owner of a particular copy or phonorecord lawfully made under this title, or any person authorized by such owner, is entitled, without the authority of the copyright owner, to sell or otherwise dispose of the possession of that copy or phonorecord. »¹⁷⁴

La loi américaine prévoit donc elle aussi dans une certaine mesure l'épuisement du droit de mise en marché. « *This rule provides that although copyright owners may control distributions of their works to the public, the first sale of a particular copy to the public exhausts their right to control any further distribution of that copy.* »¹⁷⁵ C'est ainsi que Pamela Samuelson explique la théorie de la première vente, rappelant que les juges ont eu plusieurs fois l'occasion de mettre en pratique cette règle, n'hésitant pas à l'étendre aux logiciels, bien que le Copyright Act ne mentionne que les enregistrements sonores : « *In Vernor v. Autodesk, Inc., a judge recently ruled that a purchaser of used software could lawfully sell the package on eBay because he was entitled to the benefits of the "first sale" rule of copyright law.* »¹⁷⁶

Au Canada, la Loi sur le droit d'auteur ne prévoit pas de telle règle relative à l'épuisement des droits. Cette loi n'interdirait donc pas, a priori, les clauses qui limiteraient la revente de logiciels, de CD ou de DVD par les consommateurs qui les auraient légitimement acquis. Cependant dans les cas où le consommateur se serait procuré le bien sous sa forme matérielle, il faudrait considérer cette clause comme une tentative d'imposer une limite au droit de propriété du consommateur sur le support acheté.

Le professeur Moyse suggère, comme l'ont fait les tribunaux américains en appliquant la *first sale doctrine*, qu'une telle limitation contractuelle ne saurait être valide, le droit de propriété sur le support devant prévaloir sur la licence d'utilisation de l'œuvre:

« On peut également objecter que le droit de propriété de l'acheteur sur le matériel - disquette, CD-ROM... - s'oppose aux droits de l'auteur dans la mesure où tout propriétaire est supposé être maître du bien qu'il acquiert. On comprend donc mal que son droit d'usus, en particulier, soit limité unilatéralement par une licence d'utilisation.»¹⁷⁷

¹⁷³ LANGENDERFER Jeff, End-User License Agreements : A new Era of Intellectual Property control, 28 Journal of Public Policy & Marketing, Fall 2009, pp. 202-211.

¹⁷⁴ Copyright Act of 1976 (Pub. L. 94-553), as amended by Public Laws 98-450, 100-617, 101-650, 103-182, 103-465, 105-80 and 110-403.

¹⁷⁵ SAMUELSON Pamela, Legally Speaking When is a "License" Really a Sale ? Communications of the ACM, Vol. 52, n°3, pp. 27-29.

¹⁷⁶ *Ibid.*

¹⁷⁷ MOYSE Pierre-Emmanuel, Internet, droit des obligations et droit d'auteur ou certains aspects contractuels de l'exploitation des œuvres sur Internet, [En ligne] <http://www.robic.ca/OPublications.aspx> (page consultée le 17 avril 2010).

3.5 CLAUSE DE LICENCE

Un service qui était parfois offert sur le CD musicaux et les DVD est maintenant offert aussi aux possesseurs de lecteur de disques Blu-Ray : les disques Blu-Ray Disney donnent en effet accès à divers contenus accessibles sur Internet. Les conditions d'utilisation de ce service « Disney BD-Live network » stipulent à leur article 4, au sein d'un contrat (de 57 pages¹⁷⁸) qui apparaît à l'écran de télévision, que le consommateur octroie à Disney une licence gratuite, perpétuelle, non exclusive, irrévocable, transférable dans le monde entier de tous les droits de propriété intellectuelle que le consommateur peut détenir :

« You hereby grant us and our licensees, distributors, agents, representatives and other authorized users, a perpetual, non-exclusive, irrevocable, fully-paid, royalty-free, sub-licensable and transferable (in whole or part) worldwide license under all copyrights, trademarks, patents, trade secrets, privacy and publicity rights and other intellectual property rights you own or control to use, reproduce, transmit, display, exhibit, distribute, index, comment on, modify (including removing lyrics and music from any Submission or substituting the lyrics and music in any Submission with music and lyrics selected by us), create derivative works based upon, perform and otherwise exploit such Submissions, in whole or in part, in all media formats and channels now known or hereafter devised (including on WDIG Sites, on third party web sites, on our broadcast and cable networks and stations, on our broadband and wireless platforms, products and services, on physical media, and in theatrical release) for any and all purposes including entertainment, news, advertising, promotional, marketing, publicity, trade or commercial purposes, all without further notice to you, with or without attribution, and without the requirement of any permission from or payment to you or to any other person or entity (the "Submissions License"). »¹⁷⁹

Et Disney interdit bien entendu en échange de copier le disque qui porte les œuvres sur lesquelles il détient quelque droit.

Une telle clause a de quoi faire sourciller, et ce, à plus forte raison si on l'examine à la lumière de la Loi sur le droit d'auteur. (On mentionnera au passage le caractère abusif ou « unconscionable » que présente sans conteste une telle clause et on s'interrogera sur la lisibilité d'un tel contrat : lire 57 pages d'un tel contrat sur un écran de télévision est certes problématique...)

La simple lecture de la clause aurait ainsi pour effet d'opérer cession des droits du lecteur ? L'article 13(4) de la Loi sur le droit d'auteur, relatif aux cessions et licences, précise pourtant que :

« le titulaire du droit d'auteur sur une œuvre peut céder ce droit, en totalité ou en partie, d'une façon générale ou avec des restrictions relatives au territoire, au support matériel, au secteur du marché ou à la portée de la cession, pour la durée complète ou partielle de la protection; il peut également concéder, par une licence, un intérêt quelconque

¹⁷⁸ CHAMPEAU Guillaume, Les enfants doivent lire 120 pages de contrat pour regarder Disney [En ligne] <http://www.numerama.com/magazine/10832-Les-enfants-doivent-lire-120-pages-de-contrat-pour-regarder-un-Disney.html> (page consultée le 16 avril 2010).

¹⁷⁹ Terms of use du Disney BD-Live [En ligne] <http://corporate.disney.go.com/corporate/terms.html> (page consultée le 16 avril 2010).

dans ce droit; mais la cession ou la concession n'est valable que si elle est rédigée par écrit et signée par le titulaire du droit qui en fait l'objet, ou par son agent dûment autorisé. »¹⁸⁰

(Nos soulignés)

Une licence perpétuelle ? La licence sur un droit de propriété intellectuelle ne peut, en vertu de la Loi, être perpétuelle. Elle ne peut être, au plus, que pour la durée de la protection que la Loi sur le droit d'auteur confère au titulaire du droit, c'est-à-dire cinquante ans après le décès de l'auteur.¹⁸¹

Un contrat irrévocable ? Puisque c'est dans le cadre d'un contrat de service que la licence de Disney trouve application et qu'il s'agit en outre d'un contrat de consommation, il ne peut être irrévocable. Rappelons que l'article 2125 du Code civil du Québec donne le droit au client de « unilatéralement, résilier le contrat, quoique la réalisation de l'ouvrage ou la prestation du service ait déjà été entreprise. »

¹⁸⁰ Loi sur le droit d'auteur, article 13(4).

¹⁸¹ *Ibid.*, article 6 : « Sauf disposition contraire expresse de la présente loi, le droit d'auteur subsiste pendant la vie de l'auteur, puis jusqu'à la fin de la cinquantième année suivant celle de son décès. ».

4. CONTRATS DE LICENCE D'UTILISATEUR FINAL À LA LUMIÈRE DE LA LOI SUR LA PROTECTION DES RENSEIGNEMENTS PERSONNELS ET LES DOCUMENTS ÉLECTRONIQUES

Certains CLUF prévoient des dispositions relatives à la protection des renseignements personnels, ou énoncent des politiques de vie privée. Nous examinerons, dans la section qui suit, la conformité de certaines de ces dispositions et politiques au regard notamment de la Loi sur la protection des renseignements personnels et les documents électroniques (LPRPDE).

Certaines lois provinciales sur la protection des renseignements personnels ont été reconnues essentiellement similaires à la LPRPDE, ce qui entraîne l'application aux renseignements personnels, en matière commerciale et sur leurs territoires, de ces lois provinciales plutôt que la loi fédérale. Il s'agit notamment des lois de l'Alberta¹⁸², la Colombie-Britannique¹⁸³ et du Québec¹⁸⁴. Or, les situations que nous évoquons principalement impliquent un consommateur canadien et une entreprise étrangère, soit, bien souvent, américaine. Il faut en effet savoir qu'en matière de commerce électronique, le Centre francophone d'informatisation des organisations (ci-après CEFRIO) qui publie un indice du commerce électronique mentionne que 41 % des dépenses effectuées en ligne sont faites sur des sites sis à l'étranger.¹⁸⁵ Par ailleurs, les sites les plus populaires de services en ligne sont presque tous américains (Facebook, Hotmail, Gmail, Yahoo !, etc.). Dans ces conditions, la loi fédérale, c'est-à-dire la Loi sur la protection des renseignements électroniques et les documents électroniques (ci-après LPRPDE) s'appliquera malgré tout, parce que nous nous trouvons dans une situation où les renseignements personnels peuvent être ou sont transférés à l'étranger.

L'objet de la LPRPDE est explicite, qui vise, tout comme la Loi sur le droit d'auteur, l'atteinte d'un certain équilibre :

« fixer, dans une ère où la technologie facilite de plus en plus la circulation et l'échange de renseignements, des règles régissant la collecte, l'utilisation et la communication de renseignements personnels d'une manière qui tient compte du droit des individus à la vie privée à l'égard des renseignements personnels qui les concernent et du besoin des organisations de recueillir, d'utiliser ou de communiquer des renseignements personnels à des fins qu'une personne raisonnable estimerait acceptables dans les circonstances. »¹⁸⁶

La Loi s'applique à toute organisation à l'égard des renseignements personnels qu'elle recueille, utilise ou communique dans le cadre d'activités commerciales.¹⁸⁷ De plus, « toute organisation doit se conformer aux obligations énoncées dans l'annexe 1. »¹⁸⁸ Ces dispositions s'appliquent non seulement aux organisations canadiennes, mais aussi à celles qui sont situées

¹⁸² Personal Information Protection act, s.a. 2003, c. p-6.5.

¹⁸³ *Ibid.*, s.b.c. 2003, c. 63.

¹⁸⁴ Loi sur la protection des renseignements personnels dans le secteur privé, l.r.q. c. p-39.1

¹⁸⁵ CEFRIO, Indice du commerce électronique au Québec.

¹⁸⁶ Loi sur la protection des renseignements personnels et les documents électroniques (2000, ch.5), article 3.

¹⁸⁷ *Ibid.*, article 4.

¹⁸⁸ *Ibid.*, article 5.

à l'étranger et qui font affaire avec des Canadiens, dans la mesure où ces entreprises collectent, recueillent ou utilisent des renseignements personnels dans le cadre de leurs activités commerciales.¹⁸⁹

L'annexe 1 est en quelque sorte le cœur de la LPRPDE. Dix principes y sont édictés :

Principe de responsabilité :

*« une organisation est responsable des renseignements personnels dont elle a la gestion et doit désigner une ou des personnes qui devront s'assurer du respect des principes énoncés ci-dessous. »*¹⁹⁰

Principe de finalité de la collecte des renseignements :

*« Les fins auxquelles des renseignements personnels sont recueillis doivent être déterminées par l'organisation avant la collecte ou au moment de celle-ci. »*¹⁹¹

Principe du consentement.

*« Toute personne doit être informée de toute collecte, utilisation ou communication de renseignements personnels qui la concernent et y consentir, à moins qu'il ne soit pas approprié de le faire. »*¹⁹²

Principe de limitation de la collecte.

*« L'organisation ne peut recueillir que les renseignements personnels nécessaires aux fins déterminées et doit procéder de façon honnête et licite. »*¹⁹³

Principe de limitation de l'utilisation, de la communication et de la conservation :

*« Les renseignements personnels ne doivent pas être utilisés ou communiqués à des fins autres que celles auxquelles ils ont été recueillis à moins que la personne concernée n'y consente ou que la loi ne l'exige. On ne doit conserver les renseignements personnels qu'aussi longtemps que nécessaire pour la réalisation des fins déterminées. »*¹⁹⁴

¹⁸⁹ Rappelons par exemple que la Commissaire à la vie privée a fait appliquer les dispositions de la LPRPDE à la compagnie Facebook. Résumé de conclusions d'enquête en vertu de la LPRPDE no 2009-008 Rapport de conclusions de l'enquête menée à la suite de la plainte déposée par la Clinique d'intérêt public et de politique d'Internet du Canada (CIPPIC) contre Facebook Inc. aux termes de la Loi sur la protection des renseignements personnels et les documents électroniques par Elizabeth Denham Commissaire adjointe à la protection de la vie privée du Canada [En ligne] http://www.priv.gc.ca/cf-dc/2009/2009_008_0716_f.cfm#plainte (page consultée le 20 avril 2010).

¹⁹⁰ *Ibid.*, Annexe 1 article 4.1.

¹⁹¹ *Ibid.*, Annexe 1 article 4.2.

¹⁹² *Ibid.*, Annexe 1 article 4.3.

¹⁹³ *Ibid.*, Annexe 1 article 4.4.

¹⁹⁴ *Ibid.*, Annexe 1 article 4.5.

Principe d'exactitude :

« Les renseignements personnels doivent être aussi exacts, complets et à jour que l'exigent les fins auxquelles ils sont destinés. »¹⁹⁵

Principe des mesures de sécurité :

« Les renseignements personnels doivent être protégés au moyen de mesures de sécurité correspondant à leur degré de sensibilité. »¹⁹⁶

Principe de transparence :

« Une organisation doit faire en sorte que des renseignements précis sur ses politiques et ses pratiques concernant la gestion des renseignements personnels soient facilement accessibles à toute personne. »¹⁹⁷

Principe d'accès aux renseignements personnels :

« Une organisation doit informer toute personne qui en fait la demande de l'existence de renseignements personnels qui la concernent, de l'usage qui en est fait et du fait qu'ils ont été communiqués à des tiers, et lui permettre de les consulter. Il sera aussi possible de contester l'exactitude et l'intégralité des renseignements et d'y faire apporter les corrections appropriées. »¹⁹⁸

Principe de possibilité de porter plainte à l'égard du non-respect des principes :

« Toute personne doit être en mesure de se plaindre du non-respect des principes énoncés ci-dessus en communiquant avec la ou les personnes responsables de les faire respecter au sein de l'organisation concernée. »¹⁹⁹

Voyons maintenant comment s'articule la protection de la vie privée dans le cadre des contrats de licence que constituent les conditions d'utilisation de certains services en ligne.

L'article 7 des conditions d'utilisation de Google, applicable au service Gmail de courrier électronique, stipule :

« 7.1 Pour plus d'informations sur la politique de Google en matière de protection des données, veuillez consulter les Règles de confidentialité de Google à l'adresse <http://www.google.fr/privacy.html>. Ces règles décrivent comment sont traitées vos informations personnelles et comment Google en protège la confidentialité lorsque vous utilisez les Services.

7.2 Vous acceptez que vos données soient traitées conformément aux règles de confidentialité de Google. »²⁰⁰

¹⁹⁵ *Ibid.*, Annexe 1 article 4.6.

¹⁹⁶ *Ibid.*, Annexe 1 article 4.7.

¹⁹⁷ *Ibid.*, Annexe 1 article 4.8.

¹⁹⁸ *Ibid.*, Annexe 1 article 4.9.

¹⁹⁹ *Ibid.*, Annexe 1 article 4.10.

Une fois sur cette nouvelle page du site Google à laquelle renvoie le lien hypertexte, on constate que l'entreprise a instauré cinq principes de confidentialité. Il faudra utiliser un nouveau lien hypertexte pour prendre connaissance en détail de ces principes. Il faudra ainsi lire trois documents distincts afin de connaître les règles en matière de vie privée de la compagnie Google pour son service Gmail.

De la même façon, l'article 4 des conditions d'utilisation du service « Flickr » (qui s'intitulent en fait Yahoo! Canada Terms of Service), qui porte sur la vie privée, procède également par renvoi et énonce clairement que les renseignements personnels peuvent être transférés aux États-Unis ou même dans un autre pays :

« Registration Data and certain other information about you is subject to our Privacy Policy. For more information, see our full privacy policy at <http://privacy.yahoo.com/privacy/ca/>. You understand that through your use of the Service you consent to the collection, use and disclosure of this information, only as permitted by the Privacy Policy, including the transfer of this information to the United States and/or other countries for storage, processing, and use by Yahoo! and its affiliates in order to provide the Service to you. The Yahoo! I.D. associated with your account is the property of Yahoo! or its affiliates, and is not your personal information. »²⁰¹

À la lumière des principes que nous mentionnions plus haut, il nous semble que les conditions d'utilisation du service Google et plus précisément du service Gmail ne répondent pas aux exigences de la LPRPDE. Pour ce qui est des principes de consentement et de transparence (qui inclut l'accessibilité) : le fait que le consommateur doive lire plusieurs documents auxquels il aura accès par autant de liens hypertextes ne facilite certes pas l'accessibilité et la lisibilité des politiques. Dans ces circonstances, on peut légitimement s'interroger sur la valeur du consentement de l'utilisateur du service. Le fait que la divulgation des conditions de collecte et d'utilisation soit enfouie dans un lot de documents laisse croire que rares seront les consommateurs qui seront amenés à en prendre connaissance. Pour ceux qui tenteraient l'expérience, la formulation de ces diverses stipulations, du fait des termes juridiques employés, est certainement trop complexe pour permettre au consommateur moyen la bonne compréhension qui lui permettrait de donner un consentement éclairé.

Les finalités de la collecte de renseignements personnels par Google sont également énoncées de manière très vague et imprécise. Google présente comme suit les principes applicables à la confidentialité liste les finalités suivantes, qui ressembleraient en fait plutôt à du marketing :

« Utiliser les informations en vue d'offrir des produits et des services utiles à nos utilisateurs

Offrir la meilleure expérience utilisateur possible est le premier principe de la philosophie de Google. Lorsque les utilisateurs partagent des informations avec nous, nous sommes alors en mesure de concevoir des produits et des services qui leur sont utiles. C'est en

²⁰⁰ Conditions d'utilisation du service Gmail [En ligne] <http://www.google.com/accounts/TOS?loc=CA&hl=fr> (page consultée le 10 avril 2010)

²⁰¹ Conditions d'utilisation du service « Flickr » [En ligne] <http://info.yahoo.com/legal/ca/yahoo/utos/utos-ca01.html> (page consultée le 20 avril 2010).

plaçant l'intérêt de l'utilisateur au premier plan que des produits et des améliorations en matière de confidentialité voient le jour. Cette approche nous a permis de stimuler l'innovation et de développer une communauté d'utilisateurs fidèles sur Internet. »²⁰²

L'article 4.3.2 de l'annexe 1 de la LPRPDE précise que : « Les organisations doivent faire un effort raisonnable pour s'assurer que la personne est informée des fins auxquelles les renseignements seront utilisés. Pour que le consentement soit valable, les fins doivent être énoncées de façon que la personne puisse raisonnablement comprendre de quelle manière les renseignements seront utilisés ou communiqués. »²⁰³

L'énoncé des finalités que l'on retrouve dans les principes applicables à la confidentialité de la compagnie Google ne semble pas répondre à cette exigence. L'approche marketing utilisée pour annoncer à mots couverts que les données personnelles recueillies seront utilisées justement pour des fins de marketing ne peut que difficilement être considérée comme un *effort raisonnable pour s'assurer que la personne est informée des fins auxquelles les renseignements seront utilisés*.

En vertu de l'article 11 de la LPRPDE : « Tout intéressé peut déposer auprès du commissaire une plainte contre une organisation qui contrevient à l'une des dispositions de la section 1 ou qui omet de mettre en œuvre une recommandation énoncée dans l'annexe 1. » Des formulaires de plainte sont disponibles en ligne sur le site Internet du Commissariat à la vie privée du Canada.²⁰⁴ Cependant, bien des Canadiens ignorent les dispositions de la LPRPDE, et, bien souvent, ce sont des associations de défense des droits des consommateurs, ou de l'intérêt public qui agissent pour dévoiler les pratiques de compagnies.

²⁰²Principes applicables à la confidentialité des services Google [En ligne] http://www.google.com/intl/fr/corporate/privacy_principles.html (page consultée le 18 avril 2010).

²⁰³ *Ibid.*, Annexe 1 article 4.3.2

²⁰⁴ Formulaire de plainte (LPRPDE) [En ligne] http://www.priv.gc.ca/l_l/form_f.cfm#contenttop (page consultée le 19 avril 2010).

Notre recherche nous a permis d'identifier certaines problématiques en lien avec les CLUF, notamment un problème de définition de ces CLUF, l'appellation, *contrat de licence*, étant en soi quelque peu trompeuse.

Nous avons pu constater que, bien souvent, les titulaires de droit essaient de faire prévaloir les CLUF, qui ne sont en fait dans la plupart des cas que des conditions d'utilisation, sur les autres contrats qui peuvent être conclus par le consommateur, notamment les contrats de vente et de service.

Les défauts d'information du consommateur par les titulaires de droit concernant ces CLUF ont des conséquences directes sur le consentement du consommateur ; ce dernier ne pourra évidemment consentir à des conditions d'utilisation s'il n'a pas été prévenu de leur existence ou de leur contenu. Les commerçants voudraient pourtant que le consommateur soit réputé avoir accepté ces conditions s'il rompt le sceau que représente l'emballage du produit (licence d'emballage, dite « shrink-wrap »). Cette pratique semble difficilement acceptable quand le détail de ces conditions n'est accessible qu'une fois l'emballage ouvert.

Des problèmes quant à la lisibilité, ou la compréhensibilité, voire la longueur excessive de ces CLUF sont aussi à signaler.

L'analyse des CLUF révèle également la présence de clauses abusives, clauses qui ne pourraient vraisemblablement, en droit, être opposées aux consommateurs.

D'autres problématiques ont été relevées relativement aux limitations (ou aux tentatives de limitation ou d'élimination) par les CLUF des droits accordés aux utilisateurs par certaines lois. On soulignera de plus que certaines clauses des CLUF semblent faire bien peu de cas des principes de la Loi sur la protection des renseignements personnels et les documents électroniques.

Certaines clauses encore tentent de limiter les droits de propriété des consommateurs. Mais n'est-ce pas toujours le cas, lorsque le CLUF s'applique à une œuvre portée sur un support physique que le consommateur a légitimement acheté ?

Plusieurs solutions peuvent être examinées pour tenter de régler certains des problèmes que nous avons identifiés.

5.1 INFORMATION DU CONSOMMATEUR ET LISIBILITÉ DU CONTRAT

L'absence d'information, au moment de la transaction originale (vente ou contrat de service), sur l'existence du CLUF et sur son contenu représente un problème de taille. Le fait que le consommateur ne soit pas informé des conditions d'utilisation de ce qu'il acquiert est de nature à invalider le contrat par défaut de consentement, ou à invalider toutes les conditions que tenterait après coup d'imposer le CLUF. Attendu que le consommateur ne pourra bien souvent

utiliser le produit ou le service qu'après avoir expressément signalé son acceptation de ces conditions additionnelles, nous nous retrouvons devant une situation sans issue.

La solution est simple. Le consommateur doit être expressément informé, avant la conclusion d'une transaction, de toute limitation ou contrainte qui affecterait l'usage de ce qu'il acquiert, c'est-à-dire de l'existence aussi bien que du contenu du CLUF.

Les lois sur la protection du consommateur interdisent d'ailleurs généralement aux commerçants de passer sous silence un fait important. Dans le cas des contrats à distance, l'obligation de divulgation est plus précise encore, qui impose aux commerçants de dénoncer les conditions et les restrictions qui pourraient s'appliquer au produit.

La « licence d'emballage », qui semble nier ces devoirs d'information, devrait donc être bannie.

Les supports vendus en magasin devraient donc afficher sur l'emballage les principales conditions et, pour les transactions en ligne, un passage obligé par un texte qui présente ces conditions devrait être une étape primordiale, qui s'avérerait facile à mettre en œuvre.

Cette divulgation obligatoire demanderait par ailleurs un effort en vue de présenter les conditions essentielles de manière succincte et lisible. Attendu les problèmes de lisibilité que nous avons relevés (longueur excessive, terminologie et formulation sibyllines), un effort dans ce sens serait certes bienvenu. Des moyens simples pourraient être utilisés pour faciliter la lisibilité de ces contrats ou tout du moins pour faciliter la compréhension de ces CLUF. On rappellera que, outre l'accès, la compréhension des conditions qui s'appliqueront à l'usage d'un bien ou du service constitue un élément essentiel à un consentement libre et éclairé du consommateur.

A) Utilisation de pictogrammes

Comme nous l'avons vu, les conditions que tentent d'imposer les différents CLUF se recourent sur une grande quantité de points. Il est d'usage courant de représenter par des pictogrammes certains avis aux consommateurs sur les produits de consommation (qui indiqueront, par exemple, que le produit est poison ou explosif, qu'il est certifié –équitable, par exemple– que le contenant est recyclable, etc.) Ne pourrait-on pas imaginer que certaines clauses standard des CLUF pourraient elles aussi être présentées au consommateur de cette manière ? C'est cette approche qui a été adoptée, par exemple, de manière fort judicieuse pour les licences « creative commons » en vue de communiquer rapidement et clairement les clauses importantes du contrat²⁰⁵.

À l'exemple de ce qui est fait par « creative commons », ces pictogrammes pourraient également informer le consommateur des utilisations permises par l'auteur en contrepartie de l'acceptation des conditions, attendu que c'est ce qui constitue le cœur même du CLUF.

Ces pictogrammes pourraient également être utilisés pour informer les consommateurs relativement aux collectes et utilisations des renseignements personnels, et aux finalités d'utilisation de ces renseignements personnels. Ils permettraient en somme de satisfaire

²⁰⁵ On peut voir des exemples de ces pictogrammes sur le site Internet de Creative commons, [En ligne] <http://fr.creativecommons.org/contrats.htm> (page consultée le 18 avril 2010).

aisément à certaines des obligations d'informations du commerçant vis-à-vis du consommateur, aussi bien en ligne qu'en magasin.

Une telle synthèse des CLUF ne sera évidemment possible que s'ils sont réduits à leur plus simple expression. L'élimination systématique de toutes les clauses de style, clauses abusives et clauses qui tentent de limiter ou de nier les droits qu'accordent d'autre part les lois permettrait certes d'épurer considérablement ces textes.

5.2 LE CONTENU DES CLUF

Comme nous avons pu le constater par le biais de l'examen de certains CLUF ou de « conditions de services », certaines des clauses qu'on y retrouve ont de quoi faire sourciller : les titulaires des droits d'auteurs tentent souvent de limiter ou d'exclure leur responsabilité, d'imposer aux utilisateurs des restrictions qui semblent exagérées, se réservent abusivement certains droits, nient au consommateur des droits que la loi leur confère, etc.

Les solutions à ces problèmes pourraient bien sûr passer par l'adoption par les rédacteurs de CLUF de meilleures pratiques. Attendu que les problèmes relevés constituent souvent des infractions à des dispositions ou à des principes de droit reconnus, une intervention du législateur, qui viserait à expliciter comment ces principes s'appliquent aux CLUF, ou le recours aux dispositions pénales de certaines lois pourraient toutefois s'avérer nécessaires.

A) Clauses d'exclusion de garanties et de responsabilité

Plusieurs des CLUF ou « conditions de service » que nous avons analysés indiquent que le cocontractant se dégage de toute responsabilité. Plusieurs indiquent aussi que le cocontractant ne sera pas lié par quelque garantie.

Attendu que ces clauses d'exclusion sont présentées sous la forme d'un contrat dont le consommateur devra accepter les termes pour pouvoir utiliser le bien ou le service, ce dernier risque de croire qu'il ne pourra, puisqu'il a été forcé d'accepter ces exclusions, faire valoir aucune garantie ou invoquer quelque responsabilité de son cocontractant.

Des règles d'application générale prévoient toutefois des limites aux exclusions de responsabilité dont le commerçant peut se prévaloir. Il en va de même des garanties légales. Celles qui sont prévues dans les lois de protection du consommateur ne pourront être exclues par voie contractuelle, ces lois étant d'ordre public.

La solution à ce problème est simple : ces clauses ne devraient tout simplement pas se retrouver aux CLUF. Leur inopposabilité ne suffit évidemment pas : la présence dans le CLUF ou les « conditions de service » de ces clauses inapplicables est susceptible de laisser croire au consommateur que son acceptation leur donne effet.

Les commerçants opposeront que, vu que leurs produits sont offerts dans plusieurs pays, dans lesquels les règles sont évidemment différentes, les CLUF ou « conditions de service » qu'ils communiquent au consommateur sont construits sur un modèle unique et qu'il leur serait pratiquement impossible d'adapter à chaque marché un modèle sur mesure. Certains commerçants indiquent donc parfois que ces clauses pourraient ne pas être applicables dans

certaines pays (sans plus de précision) ou qu'elles ne sont applicables que dans la mesure où la loi le permet (id.).

Le législateur québécois a prévu un mécanisme pour contrer ce problème. Les clauses que la Loi sur la protection du consommateur interdit dans les contrats de consommation doivent être immédiatement suivies d'une mention explicite informant le consommateur que ladite disposition ne sera pas applicable au Québec²⁰⁶.

Les législateurs provinciaux devraient donc, en vue de régler le problème spécifique de ces clauses, s'assurer, d'une part, que de telles stipulations (exclusion de responsabilité et exclusion de garanties) sont interdites par leurs lois d'ordre public, puis veiller à adopter un mécanisme semblable à celui qui a été instauré au Québec, soit l'obligation d'une mention expresse de l'inapplicabilité de telles clauses dans la province visée.

B) Clauses de modification unilatérales

Le propre du consentement à un contrat est de sceller une entente sur la loi qui sera applicable aux parties, soit les conditions et obligations respectives auxquelles auront adhéré les parties.

Les clauses qui réservent au commerçant le droit de modifier unilatéralement ces conditions et obligations sapent les fondements même du contrat. Comment une partie peut-elle consentir d'avance à des conditions qui pourront être modifiées et ce, sans aucune indication de ce que pourront représenter ces modifications ?

Le législateur québécois est intervenu pour interdire ce type de clause ou pour limiter considérablement la portée qu'une clause de modification pourra avoir. Ici encore, les clauses qui ne respectent pas rigoureusement les limites imposées par la loi devraient être interdites et suivies, si elles apparaissent tout de même au contrat, de l'avis explicite au consommateur se sa non application dans sa province.

C) Clauses abusives

Les clauses que nous mentionnions précédemment seraient toutes susceptibles d'être qualifiées par un tribunal provincial d'abusives ou « unconscionable ». Malgré les dispositions des lois sur la protection du consommateur, et, au Québec, du Code civil, ce type de clauses abusives sont encore bien présentes dans les CLUF et les « conditions de service ». Contrairement aux clauses qui sont expressément interdites, le consommateur qui refuserait d'être lié par une clause qu'il considère abusive devra d'abord la faire reconnaître comme telle par un tribunal. À l'exemple de certaines juridictions étrangères, les législateurs provinciaux devraient envisager de faciliter pour le consommateur (et pour les juges) la possibilité de faire reconnaître le caractère abusif d'une clause contractuelle. Ainsi, l'établissement de listes, comme celles que l'on retrouve en France et qui indiquent les contenus que le tribunal pourra ou devra considérer comme abusif, seraient particulièrement utiles pour les consommateurs, qui pourraient ainsi avoir une indication des clauses qui pourraient aisément être écartées des contrats.

²⁰⁶ Loi sur la protection du consommateur, article 19.1.

D) Clauses relatives aux droits d'auteur et aux droits des utilisateurs

La loi sur le droit d'auteur vise à garantir un certain équilibre entre les créateurs et le public ; le public doit avoir le plus grand accès possible aux œuvres, mais les droits sur l'utilisation et l'exploitation de ces œuvres doit être réservé aux créateurs. La loi prévoit ainsi certains droits que les utilisateurs pourront exercer sans obtenir l'approbation préalable du détenteur des droits d'auteur. On citera par exemple le droit de faire une copie privée de certaines œuvres et celui de faire une copie de sauvegarde qui permet d'éviter d'avoir à acheter à nouveau, parce que le support serait abîmé, une œuvre que l'on aurait légitimement acquise.

Toutefois, les CLUF et les « conditions d'utilisation » refusent souvent explicitement au consommateur le bénéfice de ces droits. Attendu que la loi sur le droit d'auteur n'est pas d'ordre public, rien n'interdit en effet de limiter contractuellement ces droits ou de les refuser au consommateur. Cette pratique a toutefois pour effet de réduire à néant le fragile équilibre que la Loi tente d'établir et de maintenir.

La solution à ce problème consisterait probablement à reconnaître à la Loi sur le droit d'auteur le caractère d'ordre public des droits qui sont accordés aux utilisateurs des œuvres, ce qui interdirait aux titulaires de droit d'auteur de les limiter contractuellement.

Le gouvernement fédéral travaille présentement, à nouveau, sur un projet de réforme de la Loi sur le droit d'auteur ; cette réforme serait une bonne occasion de tenter de régler les différents problèmes que nous avons identifiés dans les contrats de licence d'utilisateur final comme : les clauses interdisant la revente, les limitations imposées aux consommateurs relativement à la copie de sauvegarde et à la copie privée, etc.

E) Dispositions relatives à la protection des renseignements personnels

Les CLUF semblent faire bien peu de cas de la protection des renseignements personnels et des principes qu'ils devraient, en vertu de la LPRPDE et des lois provinciales similaires, respecter. On trouve dans les CLUF des clauses qui autorisent, par exemple, les entreprises à collecter et à utiliser des données personnelles sans que la finalité précise de cette collecte ou de cette communication ne soit indiquée au consommateur. Les politiques de confidentialité que certaines entreprises s'engagent à respecter ne sont souvent accessibles qu'à la suite d'efforts et de détours considérables, les compagnies ignorant de ce fait leur obligation de faire des efforts raisonnables pour s'assurer que l'utilisateur est bien informé.

En vue de régler ces problèmes, il serait opportun d'octroyer à la Commissaire à la vie privée le pouvoir d'imposer des sanctions plus importantes ; le risque de se voir imposer des amendes significatives pourrait forcer les compagnies qui recueillent, collectent ou utilisent des renseignements personnels sur les Canadiens à respecter nos lois dans le domaine.

5.3 ANALYSE LOGICIELLE ET CERTIFICATION

Comment le consommateur peut-il savoir si le CLUF pour lequel on requiert son approbation est acceptable ?

Il existe un outil qui, quoique, à notre avis, bien insuffisant, permet aux consommateurs de vérifier certains CLUF afin de détecter certaines clauses problématiques. Il s'agit du logiciel EULalyzer²⁰⁷, qui lit le CLUF et indique au consommateur les clauses dont il pourrait avoir à se méfier: « *Discover if the software you're about to install displays pop-up ads, transmits personally identifiable information, uses unique identifiers to track you, or much much more. EULalyzer can analyze license agreements in seconds, and provide a detailed listing of potentially interesting words and phrases.* »²⁰⁸ Nos tests sur la version qui est offerte gratuitement nous ont toutefois amenés à conclure à l'intérêt assez limité de ce logiciel.

La véritable solution aux clauses problématiques n'est pas, en effet, leur détection par le consommateur qui se verra de toute façon forcé de les accepter malgré tout, mais leur disparition.

5.4 INTERVENTIONS LÉGISLATIVES

L'intervention législative permettrait de régler certaines des problématiques identifiées telles que la définition des CLUF, la prévalence des CLUF sur les autres contrats, ou encore la tentative de limiter les droits de propriété. Les lois sur la protection du consommateur devraient idéalement définir clairement le statut de ces CLUF.

Ces lois d'ordre public pourraient ainsi indiquer que : les CLUF sont réputés constituer des conditions d'utilisation ou de service ; que les clauses qui y apparaissent sont soumises aux lois sur la protection du consommateur ; qu'elles ne peuvent en aucun cas modifier la nature ou la portée du contrat original ; etc.

Attendu que les CLUF continueront sans doute à n'être dévoilés en entier au consommateur qu'au moment de l'installation d'un logiciel ou de l'accès au service spécifique qu'ils visent, les lois sur la protection du consommateur devraient aussi prévoir de façon spécifique les conséquences d'un refus d'accepter les conditions que le CLUF tente d'imposer et prévoir un mécanisme visant à faciliter le remboursement complet ou partiel du produit qui ne pourrait de ce fait être utilisé.

²⁰⁷ Javacool Software, EULalyzer [En ligne] <http://www.javacoolsoftware.com/eulalyzer.html> (page consultée le 18 avril 2010).

²⁰⁸ *Ibid.*

RECOMMANDATIONS

Union des consommateurs recommande aux commerçants :

1. de veiller à informer les consommateurs de l'existence et du contenu des CLUF qui imposeront des conditions à l'utilisation d'un bien ou d'un service ;
2. d'utiliser des moyens simples, des pictogrammes, par exemple, qui permettraient au consommateur de prendre connaissance aisément des droits et des restrictions prévus au CLUF ;

Union des consommateurs recommande aux législateurs provinciaux :

1. de prévoir aux lois sur la protection du consommateur une disposition qui indiquerait que les CLUF sont réputés être des « conditions d'utilisation » du bien ou du service que se procure le consommateur, que les clauses qui y apparaissent sont soumises aux lois sur la protection du consommateur et qu'elles ne peuvent en aucun cas modifier la nature ou la portée du contrat original ;
2. de veiller à une application stricte des dispositions qui imposent au commerçant de dévoiler au consommateur les conditions et restrictions qui s'appliqueront au bien ou au service qu'il projette d'acquérir, et du respect intégral des dispositions qui interdisent de passer sous silence un fait important ;
3. dans la mesure où des dispositions de cet ordre ne seraient pas explicitement prévues à la loi sur la protection du consommateur provinciale, de veiller à leur adoption ;
4. à l'image des dispositions adoptées au Québec, d'imposer aux commerçants l'obligation d'indiquer clairement et explicitement, le cas échéant, que des clauses qui ne seraient pas applicables ou qui seraient interdites par les lois provinciales seront inopposables aux résidents de cette province ;
5. à l'image des dispositions adoptées au Québec, d'interdire l'usage dans tous les contrats de consommation des clauses de modification unilatérale qui permettraient la modification des éléments essentiels du contrat, et d'encadrer strictement les modifications possibles par le biais d'une telle clause ainsi que la clause qui les autoriserait ;
6. d'étudier la possibilité et la pertinence de resserrer l'encadrement des clauses abusives, en prenant exemple, par exemple, sur les mesures adoptées en France ;

Union des consommateurs recommande au législateur fédéral :

7. de modifier la Loi sur le droit d'auteur afin de donner aux droits des utilisateurs et du public un caractère d'ordre public;

Union des consommateurs recommande aux législateurs provinciaux et fédéral :

8. de renforcer les pouvoirs de sanction prévus aux lois sur la protection des renseignements personnels afin, notamment, que les amendes qui pourraient être imposées aux commerçants qui ne respectent pas les principes de ces lois aient un réel caractère dissuasif.

MÉDIAGRAPHIE

APPLE, *Hardware & Software Product Agreements*, États-Unis, 2010.

<http://www.apple.com/legal/sla/>

BAUDOIN, Jean-Louis et Pierre-Gabriel JOBIN, *Les Obligations*, 5e édition, Éditions Yvon Blais, Cowansville, 2005.

BEST BUY

Modalités d'achat, Canada, 2010.

<http://www.bestbuy.ca/fr-CA/help/modalites-d-achat/hc8140.aspx?path=e3f52da55a55a00587c77e8b4d4610a3fr06&HelpTitleId=HC8140>

Kaspersky Anti virus, Canada, 2010.

<http://www.bestbuy.ca/fr-CA/product/kaspersky-anti-virus-2010/10128975.aspx?path=a909909915888c039d227eaa935e1efcfr02>

BUREAU EN GROS

Politiques, Canada, 2010.

http://www.staples.ca/FRA/Static/static_pages.asp?pagename=help_policy_returns

Kaspersky Anti virus 2010, Canada, 2010.

http://www.staples.ca/FRA/Catalog/cat_sku.asp?CatIds=&webid=823159&affixedcode=WW

CENTRE NATIONAL DE RESSOURCES TEXTUELLES ET LEXICALES, France, 2009.

<http://www.cnrtl.fr/definition/intelligible>

COMMISSARIAT À LA PROTECTION DE LA VIE PRIVÉE DU CANADA, Comment déposer une plainte concernant la protection de la vie privée, Canada, 14 juillet 2008.

http://www.priv.gc.ca/l/lform_f.cfm#contenttop

CHAMPEAU Guillaume, *Les enfants doivent lire 120 pages de contrat pour regarder Disney*, Numerama, France, 13 octobre 2008. <http://www.numerama.com/magazine/10832-Les-enfants-doivent-lire-120-pages-de-contrat-pour-regarder-un-Disney.html>

Compagnie Digital River,

https://store.digitalriver.com/servlet/ControllerServlet?Action=DisplayPage&Env=BASE&Locale=en_US&SiteID=kasperus&id=ThreePgCheckoutAddressPaymentInfoPage

DUHAIME Lloyd, *Duhaime's Contract law pages*, Canada, 12 mai 2010.

<http://www.duhaime.org/LegalResources/Contracts/LawArticle-90/Part-5-Mistake-Rectification-Misrepresentation.aspx>

ELECTRONIC ARTS, *Product EULAs; Other Disclosures*, Californie, États-Unis, 2010.

<http://www.ea.com/1/product-eulas>

FACEBOOK, *Déclaration des droits et responsabilités de Facebook*, États-Unis, 22 avril 2010.

<http://fr-fr.facebook.com/terms.php?locale=FR>

FRIDMAN, G.H.L., *The law of contract in Canada*, 5th ed., Thomson Carswell, Toronto, Ontario, 2006.

FURMSTON Michael, *Law of Contract*, 15th Edition, Oxford, 2007.

FUTURE SHOP

Dispositions du contrat d'achat, Ontario, Canada 2010.

<http://www.futureshop.ca/fr-ca/help/dispositions-du-contrat-d-achat/hc8156.aspx>

Kaspersky Anti virus 2010, Canada, 2010.

<http://www.futureshop.ca/fr-CA/product/kaspersky-anti-virus-2010/10128975.aspx?path=7decf52b7ffe8f27f298761bf08e25f1fr02>

GAUTRAIS Vincent, *Le vouloir électronique selon l'affaire Dell Computer : dommage !*, 37 *Revue générale de droit*, n° 2, 2007.

GMAIL, *Conditions d'utilisation Google*, États-Unis, 16 avril 2007.

<http://www.google.com/accounts/TOS?loc=CA&hl=fr>

GOOGLE, *Informations sur la société*, États-Unis, 2010.

http://www.google.com/intl/fr/corporate/privacy_principles.html

HANDA Sunny, *Copyright Law in Canada*, Butterworths Canada Ltd., 2002.

IMPULSE, *Contrat de licence d'utilisateur final du jeu vidéo Silent Hunter 5*, États-Unis, 2010.

<http://www.impulsedriven.com/silenthunter5>

JAVACOOOL SOFTWARE, *EULALyser*, États-Unis, 2008.

<http://www.javacoolsoftware.com/eulalyzer.html>

KASPERSKY LAB

Home computer security, États-Unis, 2010.

http://usa.kaspersky.com/products_services/HomeProducts.php

Home User Documentation, États-Unis, 2010.

http://www.kaspersky.com/home_user_docs

LANGENDERFER Jeff, *End-User License Agreements : A new Er of Intellectual Property control*, 28 *Journal of Public Policy & Marketing*, Fall 2009.

LE STANC Christian, *JurisClasseur Propriété littéraire et artistique*, Fascicule 125.

LE TOURNEAU Philippe, *Contrats informatiques et électroniques*, 4^e éd, Dalloz Référence, Paris, 2006.

L'HEUREUX Nicole, *Droit de la consommation*, 5e édition, Les éditions Yvon Blais, Cowansville, Québec, Canada, 2000.

LIMEWIRE, *Contrat de licence d'utilisateur final du logiciel « Limewire »*, 2010.

<http://www.limewire.com/fr/legal/eula>

MACKAAY Ejan, et Vincent GAUTRAIS, *Les contrats informatiques*, dans Denys-Claude LAMONTAGNE (dir.), *Droit spécialisé des contrats*, Vol. 3, Éditions Yvon Blais, Cowansville, Québec, Canada, 2001.

MASSE Claude, *Loi sur la protection du consommateur*, Les éditions Yvon Blais Inc., Cowasville, Québec, Canada, 1999.

MONTERO Étienne, *Les Contrats de l'informatique & de l'Internet*, Larcier, Bruxelles, 2005.

MOORE Benoit, *Les clauses abusives : Dix ans après*, *Revue du Barreau*, Tome 63, Canada, Printemps 2003.

MOYSE Pierre-Emmanuel, *Internet, droit des obligations et droit d'auteur ou certains aspects contractuels de l'exploitation des œuvres sur Internet*, 1998.

<http://www.robic.ca/OPublications.aspx>

MOYSE, Pierre-Emmanuel et Vincent GAUTRAIS, *Droit des auteurs et droit de la consommation dans le cyberspace : la relation auteur/utilisateur*, Montréal, 1996.

<https://papyrus.bib.umontreal.ca/jspui/handle/1866/2193>

POLLAUD-DULIAN, Frédéric, *Le droit de destination*, L.G.D.J, 1989.

RAYMOND Guy, *Clauses abusives*, *Jurisclasseur Concurrence Consommation*, fascicule 820, 2005.

SAMUELSON Pamela, *Legally Speaking When is a "License" Really a Sale ?*, *Communications of the ACM*, Vol. 52, n°3.

SIGEL Skip, Theo LING, and Joshua IZENBERG, *The validity of Webwrap Contrats*, Canada, mai 1999.

<http://www.ulcc.ca/en/cls/index.cfm?sec=4&sub=4i>

SOOKMAN Barry, *Computer, Internet and Electronic Commerce Law*, Carswell, 2009.

STEAM, *Steam Subscriber Agreement*, États-Unis, 2010.

http://store.steampowered.com/subscriber_agreement/french/

SYMANTEC, *Contrats de licence des produits*, Canada, 2010.

<http://www.symantec.com/fr/ca/about/profile/policies/eulas/index.jsp>

TAMARO Normand, *Loi sur le droit d'auteur*, 6^E édition, Thomson Carswell, Scarborough, Ontario, 2003.

WADDAMS, S.M., *The Law of Contracts*, 5^e édition, Canada Law Book.

YAHOO !, *Yahoo! Canada Terms of Service*, Canada, 11 février 2008.

<http://info.yahoo.com/legal/ca/yahoo/utos/utos-ca01.html>