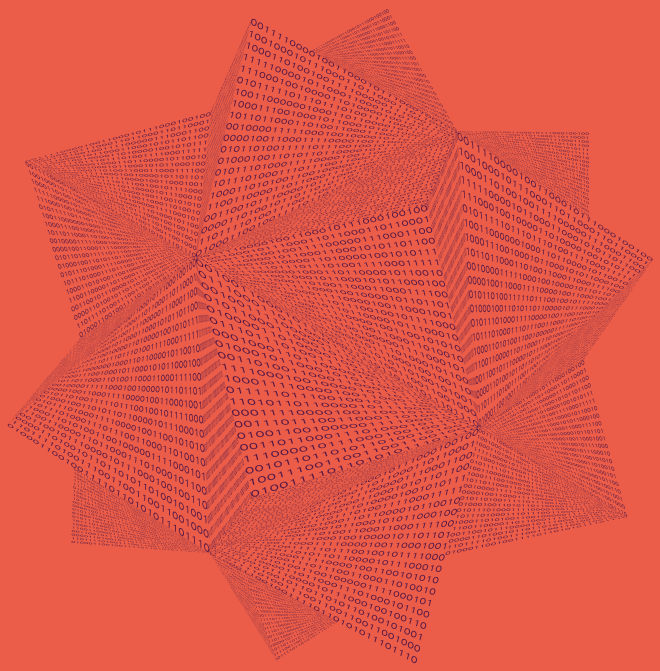

# LA PROPRIÉTÉ INTELLECTUELLE & la transformation numérique de l'économie

**Regards d'experts**

inpi

2.5

# DROIT D'AUTEUR ET JEU VIDÉO
# Paysage économique et juridique du jeu vidéo en France et à l'étranger

par Maître Antoine Casanova

## L'AUTEUR

Antoine Casanova est avocat au barreau de Paris et intervient spécifiquement en droit des nouvelles technologies et en propriété intellectuelle. Antoine Casanova a également une activité d'enseignant et d'auteur d'articles pour des revues juridiques spécialisées. Il est aussi (et surtout) un grand amateur de jeux vidéo.

## SYNTHÈSE

Le jeu vidéo est un secteur en pleine expansion économique et mutation technologique. Malgré ses 40 ans d'existence, ce type d'œuvre n'a toujours pas un régime permettant d'assurer une réelle sécurité juridique pour les acteurs du secteur. Il pourrait être opportun que le droit français se rapproche des droits étrangers en la matière en assurant aux éditeurs et studios la titularité des droits d'auteur.

**MOTS CLÉS :** jeux vidéo | droit d'auteur | logiciel | œuvre multimédia | œuvre complexe | régime distributif | joueur créateur | droit comparé

## I - GENÈSE ET HISTOIRE (ABRÉGÉE) DU JEU VIDÉO

Il est difficile de dater la création du jeu vidéo. Pour certains, le jeu vidéo est inventé en 1952 par Alexander Douglas, un étudiant de Cambridge ayant programmé un jeu de morpion dénommé « *OXO* » sur l'un des premiers ordinateurs britanniques.

Pour d'autres, la date à retenir est plutôt 1958 avec le jeu « *Tennis for Two* » créé par Willy Higinbotham afin de distraire les visiteurs du laboratoire national de Brookhaven (État de New York) lors de journées portes ouvertes, ou encore 1962 avec Steve Russel qui détourne un calculateur du MIT et programme un jeu dénommé « *Space War* »[184].

Dans tous les cas, ces dates ne peuvent être retenues qu'à titre de genèse du jeu vidéo puisqu'il s'agissait avant tout de démonstrations et d'essais sans intention de commercialisation.

Il faudra attendre 1972 pour voir apparaître la première commercialisation d'un jeu vidéo avec le fameux « *Pong* » créé par Nolan Bushnell et mis en service dans un café californien.

L'année suivante, Nolan Bushnell crée la société Atari, entreprise mythique du secteur du jeu vidéo, qui sera la première société à commercialiser une console de jeu destinée aux téléviseurs (1975). Il s'agit de la première révolution du mode de consommation du jeu vidéo.

En effet, le jeu vidéo n'est dès lors plus réservé aux bars, cafés et salles d'arcade mais se consomme désormais chez soi devant son téléviseur. Ce mode de consommation du jeu vidéo ne changera plus jusqu'à sa seconde révolution : l'arrivée de l'Internet grand public et le jeu en ligne.

**L'explosion de l'Internet 2.0 et la révolution numérique ont profondément modifié le secteur des produits culturels et ludiques, et particulièrement le secteur du jeu vidéo qui a connu et connaît encore une évolution fulgurante.**

**D'une part, l'amélioration des technologies a multiplié les possibilités des machines et donc les possibilités graphiques des jeux vidéo. D'autre part, Le développement du haut débit, de l'Internet 2.0 et plus récemment des équipements portables (smartphones et tablettes) ont profondément modifié les comportements des consommateurs en matière de jeu vidéo.**

Aujourd'hui, les consommateurs de jeux vidéo font plus que jouer sur leur console ou leur ordinateur. Ils communiquent et interagissent en ligne avec d'autres joueurs afin d'améliorer leur progression au sein du jeu (par exemple le fameux don de vie que les accros au jeu « *Candy Crush* » connaissent bien), forment des communautés, partagent leurs expériences, informations et résultats sur les réseaux sociaux.

Certains jeux vidéo permettent même aux utilisateurs d'aller plus loin et de devenir eux-mêmes créateurs d'éléments utilisables dans le jeu (personnages, personnalisation d'objets, création de niveaux, etc.).

184 Rapport d'information du Sénat n° 852 du 18 septembre 2013 « au nom de la commission des affaires économiques (1) et de la commission de la culture, de l'éducation et de la communication (2) par le groupe de travail sur les jeux vidéo », par Messieurs les sénateurs André Gattolin et Bruno Retailleau.

## II - UN SECTEUR ÉCONOMIQUE SINGULIER

Le jeu vidéo est également très singulier d'un point de vue économique.

**Il s'agit d'un secteur économique entièrement mondialisé, tant du point de vue de la production que de la consommation**, le continent africain restant toutefois encore en retrait par rapport à l'Amérique du Nord, l'Europe et l'Asie[185].

S'il est mondialisé, **le marché du jeu vidéo n'en reste pas moins très cloisonné du fait de la multiplication des supports et de ses modes de consommation extrêmement diversifiés.**

**Le marché du jeu vidéo peut ainsi se subdiviser en fonction du support du jeu** (PC, consoles de salon, smartphones et tablettes électroniques) **mais également en fonction des catégories de jeux** dont une liste exhaustive ne saurait être réalisée (citons par exemple les jeux d'aventure, de stratégie en temps réel ou par tour, de simulation de course ou de sport, de réflexion…), **chacune d'elle pouvant disposer d'un public propre**.

En plus d'être un marché extrêmement cloisonné, **il s'agit en outre d'un *« marché hyperconcurrentiel »***[186] éclaté en une multiplicité d'acteurs allant des géants de l'édition tels que l'américain Electronic Arts ou le français Ubisoft à une multitude de studios de développement relevant généralement de la catégorie des PME voire des TPE, disséminés à la surface du globe. En matière de jeux vidéo, **le développement est réalisé par ce que la pratique appelle un studio, soit une entité rassemblant les compétences nécessaires à la création du jeu dans sa composante technique (logiciel) et artistique (graphisme, scénario, musique…).**

**Dans ce secteur économique, le terme éditeur désigne plutôt l'acteur économique qui assure la production du jeu, c'est-à-dire le financement de sa réalisation puis sa fabrication et sa commercialisation.**

La frontière qui existait autrefois entre ces deux acteurs économiques est de plus en plus remise en cause dans la pratique.

En effet, les géants de l'édition du jeu vidéo disposent maintenant très souvent de leurs propres studios, qu'ils soient intégrés au sein de leur structure ou qu'il s'agisse de filiales.

**Certains studios sont également devenus éditeurs de leurs propres jeux.** C'est particulièrement vrai pour une nouvelle catégorie de jeux vidéo, *« les jeux sociaux »*, qui ont vu le jour avec l'explosion des réseaux sociaux et qui utilisent principalement ce vecteur de diffusion ainsi que les smartphones et tablettes. Généralement, les jeux sociaux se caractérisent par un coût de développement technique plus faible que les autres jeux, permettant aux studios les ayant créés de s'autoproduire.

Les *« jeux sociaux »* ont connu un très fort développement ces dernières années avec notamment de grands succès comme « Farmville 2 », développé et édité par la société Zynga, qui annonçait fin 2012 comptabiliser 40 millions de joueurs mensuels et 8 millions de joueurs quotidiens pour ce seul titre.

185 Op. cit.

186 « Les guerres économiques des jeux vidéo », ParisTech Review, 13 mars 2012.

Le développement des réseaux sociaux et des supports mobiles de type smartphones ou tablettes électroniques a également entraîné le développement d'un nouveau modèle économique relatif au jeu vidéo : le *« freemium »*.

Dans ce modèle économique, l'utilisation du jeu est gratuite mais le joueur se voit proposer des options payantes, généralement d'un faible montant, lui permettant de progresser plus rapidement dans le jeu ou de débloquer des options.

Le nombre de jeux vidéo proposés sous le modèle économique du *« freemium »* sur les plateformes de téléchargement d'applications à destination des smartphones et tablettes électroniques est en constante augmentation. Le montant de la dépense moyenne effectuée par les utilisateurs de ce type de jeu vidéo est également en augmentation[187].

Malgré la crise économique actuelle, le secteur économique du jeu vidéo reste globalement un secteur en croissance.

Ainsi, pour l'année 2013, le chiffre d'affaires mondial généré par l'industrie du jeu vidéo est estimé à 66 milliards d'euros, dont 2,6 milliards d'euros pour la France[188]. Pour l'année 2016, les estimations avancent un chiffre d'affaires mondial d'environ 80 milliards d'euros.

Ces chiffres ne doivent pas pour autant cacher la fragilité du secteur, notamment pour les petits acteurs, éditeurs ou studios, qui survivent difficilement. Ainsi, plusieurs dizaines d'entreprises françaises du secteur ont déposé le bilan courant 2013 dont la mythique société Atari, devenue française après son rachat par la société Infogrames Entertainment en 2001[189].

**Malgré l'importance de ce secteur économique dans lequel la France compte plusieurs acteurs de premier rang au niveau mondial, le droit français a le plus grand mal à établir un régime juridique stable, gage d'une réelle sécurité juridique pour les acteurs du secteur.**

## III - UN RÉGIME JURIDIQUE SOURCE D'INSÉCURITÉ

Le jeu vidéo existe depuis maintenant presque un demi-siècle et si le droit français ne s'est pas désintéressé de la question de son régime juridique, notamment au regard du droit d'auteur, aucun régime juridique adapté n'a pour autant pu être dégagé.

### A. Le jeu vidéo est une œuvre

Pour prétendre à la protection par le droit d'auteur, toute création doit répondre à deux critères principaux. Elle doit tout d'abord se manifester par une expression apparente et tangible et ensecond lieu être originale. Cette condition d'originalité n'est pas expressément mentionnée par le Code de la propriété intellectuelle comme condition de la protection, à la différence de nombreux droits étrangers qui la mentionnent expressément. Cette condition existait

187 Cf. note 184.

188 Livre blanc 2013 « le jeu vidéo en France – éléments clés 2013 », publié par le Syndicat national des jeux vidéo et se basant notamment sur une étude de l'IDATE du mois de novembre 2013.

189 Cf. note 184.

toutefois avant la loi du 11 mars 1957 sur la propriété littéraire et artistique, de sorte que même après la promulgation de cette loi, il a toujours été considéré par la jurisprudence qu'à défaut d'être originale, une création ne pouvait prétendre à la protection offerte par le droit d'auteur[190].

La jurisprudence définit classiquement l'originalité comme le reflet ou l'empreinte de la personnalité de l'auteur sur son œuvre[191].

L'article L 112-2 du Code de la propriété intellectuelle donne une liste des créations susceptibles d'être considérées comme une œuvre de l'esprit et donc pouvant être protégées par le droit d'auteur sous réserve d'être originales.

Le jeu vidéo ne figure pas dans cette liste. Toutefois, cette liste n'est pas limitative, de sorte cela n'a jamais été considéré comme remettant en cause la possibilité pour un jeu vidéo d'être protégé par le droit d'auteur. Cette possibilité a d'ailleurs été admise depuis longtemps par la Cour de cassation[192].

Cependant, le régime de droit d'auteur applicable à une œuvre peut dépendre de la catégorie à laquelle elle est rattachée. Ainsi, le régime juridique applicable à une œuvre audiovisuelle diffère de celui applicable à une œuvre logicielle.

La question de savoir dans quelle catégorie d'œuvre le jeu vidéo doit être classé a donc son importance.

**La difficulté du droit d'auteur à appréhender le jeu vidéo provient de ce qu'il s'agit d'une création protéiforme composée d'éléments logiciels, de bases de données mais également d'éléments visuels et audio.**

La jurisprudence a donc connu de nombreuses hésitations quant au rattachement du jeu vidéo à une catégorie d'œuvre déterminée permettant ainsi de fixer le régime juridique devant lui être appliqué.

### B. Le jeu vidéo d'abord assimilé à une œuvre logicielle

**C'est tout d'abord la composante logicielle qui l'a emporté sur les autres.** En 1997, la cour d'appel de Caen a ainsi considéré que *« c'est le logiciel qui apparaît comme spécifique et primordial dans le produit complexe qu'est le jeu vidéo et celui-ci doit en conséquence bénéficier de la protection particulière accordée aux logiciels »*[193]. La Cour de cassation suivra également cette analyse dans un arrêt du 21 juin 2000[194].

L'œuvre logicielle répond à un régime particulier, notamment dans le cas d'œuvre logicielle réalisée par les salariés d'une société.

190 Cass. Ass. Plen., 7 mars 1986.

191 CA Paris, 24 novembre 1988 et Cass. Civ. 1re, 17 février 2004.

192 Cass. Ass. Plen., 7 mars 1986, n° 84-93.509 « Atari Inc. c/ Valadom » et Cass. Ass. Plen., 7 mars 1986, n° 85-91.465 « Williams Electronics Inc c/ Claudine T. et société Jeutel ».

193 CA Caen, 19 décembre 1997 « Annie T. c/ Valérie A. ».

194 Cass. Crim, 21 juin 2000, n° 99-85.154.

**Selon l'article L 111-1 du Code de la propriété intellectuelle *« L'auteur d'une œuvre de l'esprit jouit sur cette œuvre, du seul fait de sa création, d'un droit de propriété incorporelle exclusif et opposable à tous »*.**

La jurisprudence en tire pour conséquence que la conclusion d'un contrat de travail par l'auteur d'une œuvre ne suffit pas à déroger à la règle voulant que ce soit l'auteur de l'œuvre qui jouisse des droits d'auteur relatifs à son œuvre[195].

**En matière de logiciel, cette règle connaît une dérogation majeure. Selon l'article L 113-9 du Code de la propriété intellectuelle, lorsqu'un logiciel est créé par un salarié dans le cadre de l'exercice de ses fonctions ou suivant les instructions de son employeur, les droits d'auteur reviennent directement à l'employeur sauf stipulation contraire du contrat de travail.**

La création d'un jeu vidéo nécessite l'intervention d'une multitude de personnes apportant chacune leur pierre à l'édifice en fonction de leurs compétences (développeurs, scénaristes, graphistes, etc.). Si ces différentes personnes sont des salariés du studio, la qualification du jeu vidéo en logiciel a pour conséquence directe de permettre au studio d'être propriétaire sans formalité particulière des droits d'auteur relatifs au jeu vidéo créé grâce à ces différents apports et créations.

Si, au contraire, le jeu vidéo n'est pas qualifié d'œuvre logicielle, le régime spécifique prévu par l'article L 113-9 du Code de la propriété intellectuelle ne s'applique pas et, en conséquence, le studio de développement doit contracter une cession de droit avec chaque personne ayant contribué au jeu et dont le travail est susceptible d'être qualifié d'œuvre.

### C. Le rejet de l'œuvre audiovisuelle au profit de l'œuvre multimédia

**Si le jeu vidéo a une composante logicielle dont l'importance est indéniable, il diffère néanmoins des autres types de logiciels en ce que sa dimension audiovisuelle revêt une prépondérance au moins équivalente.**

En effet, pour de très nombreux jeux vidéo, il apparaîtrait difficile de réduire la composante audiovisuelle au simple accessoire de la composante logicielle. Le jeu vidéo peut-il pour autant être considéré comme une œuvre audiovisuelle ?

**L'œuvre audiovisuelle se distingue des autres œuvres par son régime qui est spécifique. L'œuvre audiovisuelle est ainsi légalement présumée être une œuvre de collaboration**, c'est-à-dire une œuvre à laquelle plusieurs auteurs ont concouru et qui en ont la propriété commune (article L 113-3 du Code de la propriété intellectuelle).

Concernant l'œuvre audiovisuelle, l'article L 113-7 du Code de la propriété intellectuelle fixe la liste présumée de ses auteurs et donc de ses propriétaires (le réalisateur, le scénariste, etc.).

Selon l'article L 112-2 6° du Code de la propriété intellectuelle, une œuvre audiovisuelle se définit comme une œuvre consistant en des *« séquences animées d'images, sonorisées ou non »*.

195 Cass. Civ. 1re, 16 décembre 1992, n° 91-11.480.

**Aucun des éléments de la définition donnée par l'article L 112-2 6° du Code de la propriété intellectuelle n'est *a priori* incompatible avec le jeu vidéo. Cependant, la jurisprudence a toujours considéré que le caractère interactif d'une œuvre était incompatible avec la qualification d'œuvre audiovisuelle[196].**

Or, la principale différence entre un jeu vidéo et un film consiste bien en l'intervention du joueur qui n'est pas spectateur mais acteur de l'œuvre. De ce fait, **la jurisprudence a eu tendance à qualifier les jeux vidéo d'œuvres multimédia**.

Dans la célèbre affaire Cryo, la cour d'appel de Paris a ainsi considéré que le jeu vidéo ne relevait pas de la catégorie des œuvres audiovisuelles mais était une œuvre multimédia qui ne se réduit pas au logiciel qui permet son exécution[197].

Le rejet de la qualification du jeu vidéo en œuvre audiovisuelle exclut par conséquent l'application de son régime particulier.

**La qualification du jeu vidéo en œuvre multimédia n'a pas permis pour autant de sécuriser le régime juridique applicable au jeu vidéo.**

D'une part, l'œuvre multimédia ne figure pas dans la liste de l'article L 112-2 du Code de la propriété intellectuelle et, d'autre part, la jurisprudence n'a jamais réellement esquissé les contours d'un régime juridique applicable à ce type d'œuvre.

Enfin, **la jurisprudence a par la suite passablement complexifié la question en qualifiant le jeu vidéo d'œuvre complexe et en posant le principe d'un régime distributif[198]**.

### D. À œuvre complexe régime plus que complexe

Lorsqu'une catégorie d'œuvre n'a pas de régime particulier, il convient de lui appliquer les règles de « *droit commun* » prévues par le Code de la propriété intellectuelle.

Concernant la question de la titularité des droits d'auteur d'une œuvre créée par plusieurs personnes, comme c'est souvent le cas en matière de jeux vidéo, le Code de la propriété intellectuelle distingue deux types d'œuvres : l'œuvre de collaboration et l'œuvre collective.

L'œuvre de collaboration, déjà évoquée ci-dessus, est la propriété commune des auteurs ayant concouru à sa création.

Une œuvre est qualifiée de collective lorsqu'elle est créée à l'initiative d'une personne, physique ou morale, et que sa création nécessite la contribution d'une pluralité d'auteurs, chacune des contributions se fondant « *dans l'ensemble en vue duquel elle est conçue* » (article L 113-2 du Code de la propriété intellectuelle).

196 CA Paris, 28 avril 2000 confirmé par Cass. Civ. 1re, 28 janvier 2003, n° 00-20.294.

197 CA Paris, 3e chambre section B, 20 septembre 2007, RG n° 07/01793.

198 Cass. Civ. 1re, 25 juin 2009, n° 07-20.387.

La création d'un jeu vidéo nécessite l'intervention d'une pluralité de compétences graphiques et techniques. Il était dès lors possible d'analyser ces différentes interventions en des contributions visant à se fondre dans l'ensemble que formera le jeu vidéo finalisé.

La qualification du jeu vidéo en œuvre collective semblait donc la plus vraisemblable et certainement la solution la plus simple. C'est d'ailleurs ainsi que de nombreux acteurs du domaine considéraient le jeu vidéo.

Pourtant dans un important arrêt du 25 juin 2009, la Cour de cassation en a décidé autrement[199].

**Dans son arrêt Cryo, la Cour de cassation relève que le *« jeu vidéo est une œuvre complexe qui ne saurait être réduite à sa seule dimension logicielle, quelle que soit l'importance de celle-ci »*. La Cour de cassation en conclut que chacune des composantes du jeu vidéo est soumise au régime de droit d'auteur qui lui est applicable selon sa nature.**

**La Cour de cassation a donc tranché en faveur d'un régime distributif**, faisant ainsi cohabiter le régime de l'œuvre logicielle pour la composante logicielle du jeu, le régime de l'œuvre audiovisuelle pour les cinématiques, le régime de l'œuvre musicale pour la musique mais également, le cas échéant, le régime spécifique des bases de données ou encore le régime de droit commun pour toutes les composantes qui ne relèvent pas d'une catégorie d'œuvre dotée d'un régime spécifique.

Cette solution a été depuis reprise par la cour d'appel de Paris dans un arrêt du 26 septembre 2011[200] où elle énonce que *« le jeu vidéo est une œuvre complexe dont chaque composant est soumis à un régime propre »*.

Si la jurisprudence qualifie le jeu vidéo d'œuvre complexe, il faut reconnaître qu'elle entend lui dessiner un régime à la hauteur de cette qualification. Malheureusement pour le secteur du jeu vidéo, ce régime distributif ne règle aucun des problèmes posés par le jeu vidéo en matière de droit d'auteur.

Pour les professionnels du secteur, **cette solution aboutit finalement à complexifier encore plus la problématique relative au droit d'auteur applicable au jeu vidéo**. Elle n'est donc absolument pas fonctionnelle puisqu'elle revient à augmenter encore un peu plus l'insécurité juridique en la matière.

Il est dès lors parfaitement impossible de s'en satisfaire pour un secteur économique pesant plusieurs dizaines de milliards d'euros au niveau mondial, dont 2,6 milliards rien que pour le marché français[201].

199 Op. cit.

200 CA Paris, Pôle 5, Chambre 12, 26 septembre 2011, « Nintendo c/ Absolute Games ».

201 Cf. note 188.

## E. Une composante particulière : la musique

Finalement, **le seul mérite de cette solution jurisprudentielle est d'avoir mis en exergue la composante particulière qu'est la musique non spécialement composée pour le jeu vidéo, laquelle semble effectivement appeler à ce que son régime propre lui soit appliqué**, comme c'est déjà le cas en matière d'œuvre audiovisuelle.

Dès 2007, toujours dans l'affaire Cryo, la cour d'appel de Paris avait pointé la particularité de la musique dans le jeu vidéo[202].

La cour d'appel avait alors relevé, à propos de compositions musicales appartenant à des auteurs adhérents de la Sacem et reproduites au sein d'un jeu vidéo, que celles-ci ne se fondaient pas dans l'ensemble que formait le jeu vidéo et qu'il était possible d'attribuer au compositeur ses droits distincts sur l'œuvre musicale.

Cette particularité des compositions musicales reproduites dans les jeux vidéo a également été relevée par les différents rapports rendus en la matière.

Ainsi, dans son rapport du 30 novembre 2011, le Député Patrice Martin-Lalande préconisait d'appliquer au jeu vidéo le régime de l'œuvre de collaboration avec une attribution de la qualité d'auteur basée sur les fonctions occupées lors du processus de création, notamment celle liée à la composition musicale spécialement réalisée pour le jeu[203].

Philippe Chantepie, dans son rapport du 27 février 2013, préconisait également que la composition musicale suive son régime propre et non celui proposé pour le jeu vidéo[204].

Il est vrai qu'à la différence des autres composantes du jeu vidéo, les musiques composant la bande originale peuvent être aisément différenciées du jeu en lui-même, et ce tout particulièrement lorsqu'elles n'ont pas été composées spécialement pour le jeu vidéo.

Les compositions musicales peuvent en outre faire l'objet d'une exploitation commerciale totalement séparée du jeu vidéo dans lequel elles ont été reproduites.

Il semble donc qu'il n'y ait pas d'obstacles à l'application du régime des œuvres musicales aux compositions musicales incorporées dans un jeu vidéo.

202 Cf. note 197.

203 Rapport de Monsieur le député Patrice Martin-Lalande pour la mission parlementaire sur le régime juridique du jeu vidéo en droit d'auteur, 30 novembre 2011.

204 Rapport de Monsieur Philippe Chantepie, « Un régime de propriété littéraire et artistique de la création salariée dans le secteur du jeu vidéo », 27 février 2013.

## IV - LE CADRE JURIDIQUE DU JEU VIDÉO À L'ÉTRANGER

Dans son rapport du 30 novembre 2011, Patrice Martin-Lalande invitait à relativiser l'impact de l'insécurité juridique relative au régime juridique applicable au jeu vidéo en matière de droit d'auteur dans le cadre de la compétitivité des acteurs français sur le marché mondial.

Il n'en demeure pas moins qu'un régime juridique clair, précis et surtout non fluctuant ne nuirait pas à la compétitivité des acteurs français sur le marché mondial.

**Un tour d'horizon du droit étranger permet de relever que les autres pays connaissent également des difficultés à qualifier le jeu vidéo, mais qu'à la différence du droit français, ils disposent de règles relativement claires quant à la titularité des droits d'auteur en la matière.**

### A. Canada

Grâce à une politique fiscale très intéressante, avec notamment un crédit d'impôt avantageux, le Canada est devenu un lieu incontournable de la création de jeu vidéo. De nombreux acteurs majeurs du secteur s'y sont implantés, notamment le français Ubisoft[205].

Le droit canadien en matière de droit d'auteur relatif au jeu vidéo n'est pas pour l'instant définitivement fixé. En effet, en droit canadien, le jeu vidéo peut relever de deux catégories d'œuvres[206].

Il peut relever de la catégorie dénommée *« Collective Work »*, qui désigne une création consistant en plusieurs parties distinctives réalisées par une pluralité d'auteurs, ce qui peut être rapproché de l'œuvre de collaboration du droit français.

Le jeu vidéo peut également relever de la catégorie des *« Works of Joint Authorship »*, qui désigne les créations réalisées par une pluralité d'auteurs dont les contributions ne sont pas distinctes les unes des autres, ce qui correspond schématiquement à l'œuvre collective française.

Pour donner droit à la qualité d'auteur d'une œuvre qualifiée de *« Works of Joint Authorship »*, la contribution doit être significative ou substantielle, ce qui en matière de jeu vidéo peut donner lieu à de nombreuses interprétations et revient à obliger les juridictions à opérer au cas par cas.

Il convient en outre de noter que certaines cours canadiennes ajoutent une condition à la reconnaissance de la qualité d'auteur d'une œuvre dénommée *« Works of Joint Authorship »* consistant en la volonté partagée des auteurs de créer conjointement l'œuvre. Cette question peut se révéler extrêmement délicate à traiter en matière de jeu vidéo.

**En droit canadien, à l'instar de la situation française, la question de la catégorie d'œuvre à laquelle appartient le jeu vidéo est donc loin d'être réglée.**

205 « Le Canada, eldorado des développeurs français de jeux vidéo », Cholé Woitier, 3 avril 2013 sur www.lefigaro.fr.

206 « The legal status of video games : comparative analysis in national approaches », Andy Ramos, Laura Lopez, Anxo Rodriguez, Tim Meng et Stan Abrams, WIPO, 29 juillet 2013.

**Cependant, le droit canadien avantage la personne morale qui finance la création du jeu vidéo** : les auteurs salariés ne sont pas propriétaires de leur œuvre, sauf en cas de stipulation contraire de leur contrat de travail. Cette règle est donc l'exacte opposée de la règle française en la matière.

Cette règle sécurise donc les studios de développement et les éditeurs qui sont ainsi assurés de ne pas voir l'exploitation du jeu vidéo dont ils ont financé la réalisation bloquée par un désaccord avec l'un de leurs salariés ayant participé à sa création.

En résumé, au Canada, si la catégorie d'œuvre à laquelle appartient le jeu vidéo n'est pas clairement établie, les règles en matière de dévolution des droits d'auteur assurent une certaine sécurité juridique aux studios de développement et aux éditeurs. La situation chez son voisin d'Amérique du Nord n'est pas très différente.

### B. États-Unis

**Aux États-Unis, la catégorie de l'œuvre à laquelle appartient le jeu vidéo n'est pas déterminée et dépend entièrement de la prédominance de l'une de ses différentes composantes (logicielle, graphique, audiovisuelle).**

**Les différentes composantes du jeu vidéo se verront appliquer le régime juridique applicable à la composante dominante.** C'est donc l'application du principe qui veut que l'accessoire suive le principal.

Par exemple, dans le cas où la composante logicielle est considérée prédominante, le jeu vidéo sera classé dans la catégorie des programmes d'ordinateurs (*« Computer Programs »*). Il peut également relever d'autres catégories comme les œuvres visuelles (*« Visual Artworks »*) ou encore les œuvres audiovisuelles (*« Audiovisual Work »*)[207].

En pratique, cette incertitude sur la catégorie d'œuvre à laquelle appartient le jeu vidéo n'est pas source d'insécurité juridique quant à la titularité des droits d'auteur sur le jeu vidéo créé.

En effet, aux États-Unis, si les droits d'auteur appartiennent en principe à son auteur, il en va autrement dans le cas où l'œuvre répond aux conditions du *« Work Made for Hire »*.

En matière de *« Work Made for Hire »*, il faut distinguer la création réalisée par un employé ou de celle réalisée par un tiers via un contrat de commande.

**Schématiquement, lorsque la création a été effectuée par un salarié, les droits d'auteur appartiennent à l'employeur sauf s'il en a été expressément convenu autrement.**

À l'instar du droit canadien, **cette disposition du Copyright Act est très favorable et sécurisante pour les studios de développement et les éditeurs** en car elle limite grandement les risques de blocage de l'exploitation de l'œuvre.

207 Cf. note 206.

En matière de contrat de commande, la situation est légèrement plus complexe et moins sécurisante pour les studios et les éditeurs : l'œuvre ne se verra appliquer le régime du *« Work Made for Hire »* que s'il s'agit d'une œuvre relevant de l'un des neuf cas listés à la section 101 du Copyright Act.

Les cas de la liste pouvant éventuellement s'appliquer au jeu vidéo sont les contributions à une œuvre collective (*« Contributions to a Collective Work »*) ou encore les parties d'œuvres audiovisuelles (*« Part of a Motion Picture or other Audiovisual Work »*). Au regard du Copyright Act, le jeu vidéo peut être enregistré en tant qu'œuvre audiovisuelle si cette composante est plus importante que les autres, notamment la composante logicielle, mais cette hypothèse n'est pas la plus fréquente.

Aux États-Unis, le terme *« Collective Work »* désigne les créations contenant des contributions qui ont été assemblées pour former un ensemble (*« Work Containing Contributions that Have Been Assembled into a Collective Whole »*).

En conséquence, dans le cas où un éditeur ou un studio viendrait à faire intervenir sur un projet de jeu vidéo un prestataire en freelance, le régime du *« Work Made for Hire »* n'est pas automatique.

**Aux États-Unis, si la question de la catégorie d'œuvre à laquelle appartient le jeu vidéo est tout aussi complexe qu'en France, le régime du *« Work Made for Hire »*, qui s'appliquera pour la majorité des cas, assure tout de même aux studios et aux éditeurs le bénéfice d'une certaine sécurité juridique quant à la titularité des droits d'auteur sur les contributions des différents intervenants.**

### C. Japon

En droit japonais, la Cour suprême a jugé en 2002 que les jeux vidéo relevaient de la catégorie des œuvres cinématographiques. Toutefois, le régime des œuvres cinématographiques fait l'objet de plusieurs adaptations concernant les jeux vidéo.

De plus, la composante logicielle d'un jeu vidéo peut être protégée en tant qu'œuvre littéraire. Cependant, cette protection se limite au code source du logiciel (à l'exclusion du langage de programmation et des algorithmes), sous réserve qu'il soit original.

En conséquence, **en droit japonais, le jeu vidéo peut faire l'objet d'une qualification distributive entre œuvre cinématographique et œuvre littéraire pour la partie logicielle**[208]**. La solution japonaise est donc proche de la solution française** dégagée par l'arrêt Cryo.

À l'instar des pays de copyright, le droit japonais considère que lorsque l'œuvre est créée par un salarié dans le cadre de ses fonctions, l'œuvre appartient à l'employeur si ce dernier publie l'œuvre sous son nom et que le contrat de travail ne contient pas de stipulations contraires.

208 Cf. note 206.

### D. Allemagne

En droit allemand, le jeu vidéo fait également l'objet d'une distribution entre sa composante logicielle et sa composante audiovisuelle.

La composante logicielle est considérée comme relevant de la catégorie des créations de la parole.

La composante audiovisuelle peut être protégée en tant que film mais cette protection nécessite qu'un certain degré de créativité et d'originalité soit reconnu à la création. Dans le cas contraire, la composante audiovisuelle du jeu vidéo sera protégée en tant qu'images animées.

Concernant les logiciels, le droit allemand prévoit que lorsque le logiciel est créé par un salarié dans le cadre de ses fonctions, les droits d'auteur appartiennent exclusivement à l'employeur, sauf si le contraire a expressément été convenu. La particularité du droit allemand est que cette règle est également appliquée en cas de contrat de commande (ce qui n'est pas le cas en droit français).

Cette règle extrêmement favorable aux studios de développement est toutefois limitée à la composante logicielle puisqu'en matière d'œuvres audiovisuelles, le droit allemand ne prévoit pas de transfert automatique des droits d'auteur au profit de l'employeur ou du commanditaire d'une œuvre.

Concernant la composante audiovisuelle, les studios doivent donc se prémunir de tout risque de blocage de l'exploitation des contributions des différents intervenants en contractant avec eux une cession de leurs droits d'auteur.

Le droit allemand n'est donc pas totalement exempt d'insécurité juridique pour les studios de développement et les éditeurs.

## V - QUEL POURRAIT ÊTRE LE DROIT FRANÇAIS DE DEMAIN CONCERNANT LES JEUX VIDÉO

Le rapport de Monsieur le député Patrice Martin-Lalande remis en 2011 ne contenait aucune proposition précise sur la question du régime juridique du jeu vidéo. Tout juste une proposition consistant à faire inscrire le jeu vidéo dans la liste des œuvres de l'article L 112-2 du Code de la propriété intellectuelle[209]. Le rapport remis par Monsieur Philippe Chantepie fin 2013, reprenait également cette proposition.

L'inscription du jeu vidéo dans la liste de l'article L 112-2 du Code de la propriété intellectuelle relève plus d'un acte symbolique de reconnaissance que de l'intérêt juridique *stricto sensu* (ce que relève d'ailleurs Patrice Martin-Lalande dans son rapport).

En tout premier lieu, la possibilité pour un jeu vidéo d'être protégé par le droit d'auteur n'a jamais réellement fait débat et est expressément reconnue par la jurisprudence depuis 1986[210]. Il faut

209 Cf. note 203.

210 Cf. note 192.

également rappeler que le jeu vidéo fait déjà l'objet d'une définition légale. Il s'agit d'une définition à finalité fiscale puisqu'elle figure à l'article 37 de la loi n°2007-309 du 5 mars 2007 qui est relatif au *« crédit d'impôt jeu vidéo »*.

Selon cet article, le jeu vidéo se définit comme *« tout logiciel de loisir mis à la disposition du public sur un support physique ou en ligne intégrant des éléments de création artistique et technologique, proposant à un ou plusieurs utilisateurs une série d'interactions s'appuyant sur une trame scénarisée ou des situations simulées et se traduisant sous forme d'images animées, sonorisées ou non. »* On pourrait avancer l'intérêt d'autonomiser le jeu vidéo par rapport aux autres catégories d'œuvres, notamment le logiciel, mais cela a déjà été réalisé par la Cour de cassation dans son arrêt Cryo[211].

Dans son rapport, Monsieur Chantepie constatait qu'un consensus entre les différents acteurs du secteur n'était pas possible tant leurs positions respectives étaient *« irréconciliables »*. Il était également relevé que la mise en place d'un régime juridique propre au jeu vidéo n'était finalement plus souhaitée par les acteurs du secteur[212].

**La solution jurisprudentielle consistant à faire application distributive en fonction des différentes composantes du jeu vidéo est réellement trop complexe.**

Cette solution crée une insécurité juridique en ce qu'elle rend particulièrement délicate pour les professionnels du secteur la question de la détermination de la dévolution des droits d'auteur en la matière.

Cette complexité implique pour les acteurs du secteur la nécessité d'une gestion juridique du problème, ce que de nombreux acteurs ne peuvent financièrement supporter compte tenu de leur taille réduite et de l'impératif d'impliquer toujours plus de moyens financiers dans la production et le développement, afin de suivre l'évolution technologique du secteur et rester au contact d'un marché extrêmement mouvant et délicat à appréhender.

Les principaux pays producteurs de jeux vidéo (États-Unis, Canada et Japon) connaissent les mêmes difficultés et hésitations que le droit français quant à la qualification du jeu vidéo et la catégorie d'œuvre à laquelle le rattacher, mais dans ces droits étrangers, cette difficulté n'a pas de répercussion sur la question de l'attribution des droits d'auteur.

La raison en est simple. Ces droits disposent tous d'un ensemble de règles prévoyant que les droits d'auteur d'une œuvre créée par un salarié dans le cadre de ses fonctions ou par un freelance dans le cadre d'un contrat de commande appartiennent à l'employeur ou au commanditaire.

**Le droit américain, canadien et japonais font en sorte de doter le preneur de risques (c'est-à-dire le studio ou l'éditeur) des droits d'auteur, ce qui limite fortement le risque de blocage et pérennise l'exploitation commerciale du jeu vidéo.**

**La protection de l'investisseur n'a jamais été la réelle priorité du droit d'auteur français qui (sur)protège les auteurs.**

211 Cf. note 198.

212 Cf. note 204.

Peut-être est-il temps pour le droit d'auteur français de prendre conscience que la création d'œuvre a désormais, au moins pour certains secteurs comme celui du jeu vidéo, une finalité plus commerciale qu'artistique. Peut-être est-il tout simplement temps pour le droit d'auteur français d'entrer dans le XXIe siècle.

**Concernant le jeu vidéo, le droit d'auteur français pourrait se rapprocher d'un état plus sécurisant pour les investisseurs, comme il l'a déjà fait en matière de logiciel**. La même règle que celle prévue par l'article L 113-9 du Code de la propriété intellectuelle en matière de logiciel pourrait être envisagée, c'est-à-dire considérer qu'en matière de jeu vidéo, les droits d'auteur appartiennent à l'employeur toutes les fois que la création a été réalisée par le salarié dans le cadre de ses fonctions.

Compte tenu de son caractère particulier, la musique non composée spécialement pour le jeu vidéo semble devoir être traitée à part selon les règles spécifiques relatives à ce type d'œuvre. C'est d'ailleurs déjà le cas en matière d'œuvre audiovisuelle, et rien ne semble impliquer qu'il faille traiter le jeu vidéo différemment de l'œuvre audiovisuelle sur ce point.

Ces légers aménagements ne suffiront pas à rendre les acteurs français plus attractifs et compétitifs sur le marché international. Cependant, ils pourront contribuer à sécuriser les investisseurs sur une question primordiale touchant à l'exploitation de l'objet de leurs investissements.

Cette sécurisation ne pourra pas faire de mal à ce secteur économique dans lequel la France, malgré ses belles réussites, à encore tout à gagner et ce d'autant plus qu'apparaissent de nouvelles problématiques concernant le secteur.

## VI - LA PROBLÉMATIQUE DES CONTRIBUTIONS DES JOUEURS-CRÉATEURS

**Avec le développement des technologies et l'amélioration des moyens de connexion à Internet, le statut du joueur de jeu vidéo a évolué. Le joueur ne se contente plus simplement de jouer devant son téléviseur de salon.**

Désormais, le joueur partage en ligne et en direct ses exploits et ses résultats, communique avec les autres joueurs avec qui il forme des communautés et peut également devenir lui-même créateur de contenus, ce qui impacte les questions de droit d'auteur.

Deux hypothèses doivent être distinguées selon que la contribution créatrice des joueurs est totalement extérieure à la volonté de l'éditeur du jeu vidéo ou si, au contraire, elle a été voulue par ce dernier et qu'en conséquence le jeu vidéo intègre les outils permettant au joueur de créer du contenu supplémentaire.

Dans les deux cas, un droit d'auteur ne pourra être reconnu au profit du joueur-créateur que dans le cas où sa contribution remplit les conditions de protection, notamment la condition d'originalité.

La seconde hypothèse est un phénomène en fort développement, les éditeurs de jeux vidéo ayant pris conscience de l'attractivité que cette possibilité de contribution représente pour le public actuel.

**L'intérêt pour les éditeurs est également économique car ils ont juridiquement la possibilité de s'approprier les différentes contributions et créations issues de cette source.**

Il convient de rappeler que pour pouvoir utiliser le jeu vidéo, l'utilisateur ne conclut pas un contrat de vente avec l'éditeur mais se fait uniquement concéder par ce dernier une licence d'utilisation, et ce même dans le cas où le jeu serait fixé sur un support physique.

En pratique, ce contrat de licence se forme au moment où l'utilisateur voit apparaître la fenêtre *« conditions d'utilisation »,* ne la lit pas (comme toute personne raisonnable se trouvant face à un nouveau jeu vidéo à découvrir) et clique sur le fameux bouton *« j'accepte »*.

**Afin d'obtenir les éventuels droits d'auteur qui pourraient trouver à s'appliquer aux contributions des joueurs, il suffit à l'éditeur d'introduire dans les conditions de licence d'utilisation un transfert des droits en question à son profit.**

En droit américain, la situation est similaire à celle du droit français sur cette question relativement nouvelle. Les contrats de licence prévoient quasiment systématiquement le transfert des droits relatifs à la contribution d'un joueur au profit de l'éditeur du jeu vidéo.

À la différence du droit français, il serait même possible au regard du droit américain de considérer que le transfert des droits d'auteur pourrait intervenir au profit de l'éditeur sans clause écrite en ce sens dans les conditions de licence.

Il s'agirait alors d'une licence implicitement consentie par le joueur-créateur au profit de l'éditeur sur sa contribution. Cette licence se déduirait de la volonté manifeste du joueur d'augmenter le contenu du jeu en réalisant sa contribution à partir des outils mis à sa disposition[213].

Malgré cette possibilité, il est tout de même préférable pour l'éditeur de prévoir expressément un transfert des droits à son profit dans les conditions d'utilisation de la licence qu'il consent à l'utilisateur.

Les éditeurs américains le prévoient d'ailleurs très souvent dans leurs conditions de licence. Les acteurs français le font également. Le droit français n'appréhende pour l'instant pas spécifiquement ce phénomène, ce qui n'a rien de gênant d'un point de vue économique et semble même souhaitable, son appréhension par le jeu des conditions de licence étant parfaitement suffisante.

213 Cf. note 206.

# LA PROPRIÉTÉ INTELLECTUELLE
# & la transformation numérique de l'économie

**Regards d'experts**

Le numérique révolutionne l'innovation dans tous les secteurs d'activité, de l'industrie traditionnelle aux activités de service.

Dans le cadre de sa mission d'accompagnement des entreprises, l'INPI a lancé un appel à contributions pour recueillir le point de vue d'experts autour des problématiques liées à la propriété intellectuelle dans le numérique telles que les objets connectés, le Big Data, la protection des algorithmes, les bases de données, l'impression 3D et d'une manière générale, de la création dans un contexte numérique.

Les dix-huit articles sélectionnés dans cet ouvrage vont contribuer à nourrir le débat national. Au-delà du cercle des experts de la propriété intellectuelle, il est essentiel que cet ouvrage alimente la discussion avec les entreprises afin de les accompagner dans cette mutation de l'économie et de leur permettre d'améliorer leur compétitivité.

**www.inpi.fr**

ISBN
978-2-7323-0009-2 (broché)
978-2-7323-0010-8 (PDF)