

# Journée de la Jeune Recherche en Propriété intellectuelle

4<sup>e</sup> édition

Candidature

## **FERENBACH Pierre**

Sujet de thèse : « Le régime juridique du jeu vidéo ».

Directeurs de thèse : Messieurs les Professeurs Xavier Daverat et François Pellegrini.

Université de Bordeaux.

Année de première inscription : 2018-2019.

## **Présentation du sujet de thèse**

Les industries créatives se trouvent bouleversées par l'apparition du jeu vidéo. Le jeu vidéo désigne un programme informatique dont la finalité serait ludique<sup>1</sup>. Cette création emprunte ainsi au monde de la programmation informatique son objet caractéristique : le logiciel. Mais, contrairement à ce dernier secteur, le programme informatique n'est pas une finalité en soi puisque le jeu vidéo s'attache à la délivrance d'une expérience ludique caractérisée par une forme d'expression communiquée, telle que des graphismes, des compositions musicales ou une œuvre littéraire, qui permettent souvent de rapprocher le jeu vidéo de l'œuvre audiovisuelle ou cinématographique. Il est ainsi une création au croisement du développement et de la création artistique. Le jeu vidéo est une industrie récente qui a connu des évolutions fulgurantes, passant de jeux « rudimentaires » dont la technique imposait l'intégration forte avec le matériel de jeu (console à usage unique, bornes arcades) à des programmes très évolués jouables indépendamment du matériel de jeu, détachant ainsi la création du support de jeu de la création du programme de jeu. L'arrivée d'internet a propulsé le jeu vidéo au rang de première industrie culturelle, faisant évoluer tant les modalités de consommation de la création – avec notamment l'apparition du jeu en ligne et du phénomène des microtransactions – que ses modalités d'exploitation – avec l'émergence des plateformes assurant une « distribution dématérialisée » des contenus vidéoludiques. La création vidéoludique n'échappe pas à l'application de la règle de droit. Comme toutes les industries culturelles, le jeu vidéo se voit appliquer la règle de droit, tant pour assurer la reconnaissance d'une protection juridique de la création que pour encadrer son exploitation commerciale. Notre travail de recherche tente ainsi de déterminer le régime juridique applicable à cette création numérique.

---

<sup>1</sup> Le caractère purement ludique du jeu vidéo est aujourd'hui contesté : de nombreux jeux vidéo dits « sérieux » sont créés. Les jeux sérieux (ou *serious games*) désignent principalement les jeux pédagogiques.

Nous écartons donc les questions relatives au matériel de jeu vidéo (console de jeu, smartphone, ordinateur, etc.) du champ de la recherche.

L'étude du régime juridique du jeu vidéo implique de revenir sur de nombreuses questions en lien avec la création et l'exploitation du jeu. Cette étude ne peut être réalisée qu'en présence d'une approche pluridisciplinaire, en partant de la propriété littéraire et artistique. Les règles s'appliquant au jeu vidéo s'attachent d'abord à la reconnaissance d'un monopole pour l'auteur du jeu vidéo. La première partie du travail de recherche nous conduit à revenir sur la définition de l'œuvre protégeable et notamment sur la distinction avec « l'idée ». Cette première distinction nous permet de constater l'absence de protection de différents éléments (œuvre non concrétisée, absence de protection des éléments appartenant au fonds commun, « expérience de jeu » ...). À l'inverse, c'est la concrétisation dans une forme d'expression qui sera protégée au titre du droit d'auteur. Cette forme se caractérise par son ambiguïté et son ambivalence : si le jeu vidéo est souvent mis en avant pour sa forme visuelle ou sonore (graphisme, musique...), il se manifeste également par une forme occulte. Ainsi, la forme communiquée à l'utilisateur coexiste avec une forme programmée, le logiciel. La protection du jeu vidéo ne fait aujourd'hui plus l'objet de débats. En revanche, les problématiques juridiques afférentes à la création vidéoludique se sont déplacées sur la qualification de la création au titre du droit d'auteur. Un premier constat technique empêche de soumettre le jeu vidéo à une qualification unitaire. C'est une qualification distributive qui doit être privilégiée, de sorte que le jeu vidéo ne pourrait ainsi être réduit à sa forme programmée ou à sa forme communiquée. Cependant, le choix d'une qualification distributive ne permet pas d'échapper à toutes les difficultés dans la mesure où certaines règles juridiques trouveront à déployer leurs effets sur l'ensemble du jeu vidéo. Dès lors, une approche renouvelée de la qualification du jeu vidéo semble indispensable pour déterminer l'application de la plus règle applicable à l'ensemble de l'œuvre. La qualification du jeu vidéo a pour premier effet d'encadrer l'exploitation de l'œuvre : l'exploitation du jeu vidéo est grandement impactée par sa nature complexe. Le choix d'une qualification distributive entraîne l'application de la règle qui convient à la forme d'expression originale identifiée. La qualité d'auteur de jeu vidéo revêt ainsi une réalité complexe. En effet, les participants à la création du jeu vidéo peuvent participer tant à la création de la forme programmée qu'à la création de la forme communiquée. Les producteurs de l'œuvre vidéoludique devront donc articuler des règles de titularité différentes en fonction de la contribution protégeable : dévolution des droits de l'auteur pour les contributeurs à la création logicielle, titularité initiale pour les contributions non logicielles alors que la contribution musicale impliquera généralement pour le producteur de traiter avec un organisme de gestion collective. La phase d'intégration de ces

contributions ne doit pas être ignorée puisque le processus créatif permettant d'aboutir à l'œuvre finale pourra revêtir une pluralité de qualifications (œuvre composite, œuvre de collaboration, œuvre collective). Un constat similaire peut être dressé pour le contrat de production de jeu vidéo, contrat innomé du droit d'auteur. Une qualification distributive du contrat doit nous conduire à identifier un contrat de commande et un contrat d'édition.

Le jeu vidéo est également un produit commercial dont la destinée est d'être utilisé par le public. La création du ludiciel précède ainsi sa mise à disposition auprès d'un public de consommateurs. C'est d'abord le jeu vidéo en tant que « contenu » qui impose certaines restrictions dans la mesure où les règles afférentes à communication audiovisuelle ou à l'exploitation cinématographique sont inapplicables à cette création particulière. Dans une logique de protection de la sensibilité des personnes et notamment des mineurs, c'est un système atypique et autorégulé qui est mis en place. C'est un système paneuropéen de classification des jeux, fondé sur l'information du consommateur final quant au contenu présent dans le jeu, qui prévaut. Également, la finalité économique impose l'encadrement strict du jeu vidéo en tant que support de jeu d'argent et de hasard en ligne. L'extension de ces règles strictes à certaines pratiques à la marge du jeu d'argent et de hasard semble également indispensable. La particularité du jeu vidéo s'illustre aussi par la mise à disposition de l'exemplaire auprès du public. La dématérialisation des supports et la nature « complexe » obligent à revenir sur la qualification de l'acte de mise à disposition et du contrat de mise à disposition de ce logiciel de loisir et des différents contenus « virtuels » qui y sont attachés. L'utilisation du jeu vidéo par le public doit également attirer l'attention. En effet, la place des exceptions en droit d'auteur tout comme les modalités contractuelles d'utilisation de l'œuvre par le public constituent une part importante de nos recherches. L'ambivalence de l'œuvre vidéoludique se caractérise ainsi par l'utilisation qui en est faite par le public et oblige à s'interroger sur l'éventualité de la mise en œuvre de certaines exceptions propre au programme d'ordinateur, dont la finalité industrielle n'est pas plus à démontrer. La finalité du jeu vidéo ne se limite pas à une utilisation conforme à sa destination. Au contraire, certaines pratiques, nouvelles, font du jeu vidéo un véritable support d'activités devant (?) être encadrées. Cette finalité, qu'elle soit créative ou compétitive, avec, notamment, l'avènement de l'e-sport, implique de revenir sur la licéité de ces pratiques et sur la qualification des acteurs en présence.

## Axes de recherche liés au sujet

### **La qualification juridique du jeu vidéo en droit d'auteur**

Comment qualifier le jeu vidéo en droit d'auteur ?

Le jeu vidéo est une œuvre de l'esprit protégeable au titre du droit d'auteur en raison de l'existence d'une concrétisation de l'idée de ses auteurs dans une forme d'expression. Néanmoins, la question se pose désormais de la qualification de ces formes d'expression au regard des catégories existantes en droit d'auteur. La pluralité des formes d'expression et la nature ambivalente de la création ne facilitent pas l'étape de qualification. Alors que la jurisprudence a longtemps privilégié une qualification unitaire du jeu vidéo en programme d'ordinateur et qu'elle a rejeté le rattachement du jeu vidéo à la catégorie de l'œuvre audiovisuelle, les décisions françaises et de la Cour de justice de l'Union européenne font désormais état d'une qualification distributive de principe, faisant obstacle à la réduction du jeu vidéo à l'une de ses composantes. Un tel choix, justifié, ne permet pas de résoudre l'ensemble des difficultés. Notamment, certaines règles auront vocation à s'appliquer à l'ensemble et donc à étendre leurs effets à toutes les composantes du jeu vidéo. Loin d'être anodine, cette perspective oblige à renouveler l'étape de qualification et à compléter cette première approche matérielle par une seconde appréciation de la création, pour, notamment, déterminer avec précision le régime juridique applicable.

### **La qualité d'auteur du jeu vidéo**

Le *game designer* participant à la création d'un jeu vidéo est-il un auteur ?

Le jeu vidéo est une création interactive destinée à être utilisée par un public de joueurs. Dans le cadre du processus créatif de l'œuvre vidéoludique, le *game designer* intervient ainsi pour imaginer les interactions possibles entre le joueur et le jeu vidéo. La personne chargée du *game design* a donc pour tâche d'imaginer l'expérience de jeu. La qualité d'auteur découlant de l'existence d'une œuvre de l'esprit, l'imagination d'une expérience de jeu (le *gameplay*), de fonctionnalités, de thèmes ou encore de règles du jeu ne permet pas de qualifier cet intervenant d'auteur. Il convient cependant de se demander si le rôle central du *game designer* dans l'imagination et la conception du jeu permettrait d'y voir une activité créative et une marque de sa personnalité au regard de l'importance de son intervention dans l'harmonisation et l'aboutissement de la création dans son ensemble.

### **La qualification de l'acte de mise à disposition en ligne du jeu vidéo en droit d'auteur**

Quelle qualification retenir de l'acte de mise à disposition en ligne du jeu vidéo ?

Comment qualifier l'acte de mise à disposition en ligne du jeu vidéo ? Un premier élément de complexité résulte de la disparité des solutions légales et jurisprudentielles. En effet, le droit commun du d'auteur et le droit spécial du logiciel s'opposent en ce que ce dernier est marqué par une interprétation jurisprudentielle du droit de distribution, conduisant à une application de l'épuisement pour toute « communication » d'un programme d'ordinateur accompagné d'un contrat de licence d'utilisation. Le jeu vidéo, caractérisé par sa forme programmée, pourrait éventuellement se voir appliquer de telles dispositions. Néanmoins, dans la mesure où le jeu vidéo ne se réduit pas à programme d'ordinateur, la question se pose de la règle à appliquer, notamment en soulignant que le droit commun est nettement plus protecteur des intérêts de l'auteur

### **La mise en œuvre des exceptions aux droits de l'auteur sur le jeu vidéo : l'exemple de l'exception de décompilation**

Le caractère « complexe » de l'œuvre vidéoludique permet-elle de mettre en œuvre l'exception de décompilation ?

Comme pour toute œuvre de l'esprit, l'auteur du jeu vidéo se verra opposer certaines exceptions à l'exercice de ses droits patrimoniaux. Néanmoins, la particularité et l'ambiguïté de la création font que les exceptions traditionnelles cohabiteront avec des exceptions spéciales au programme d'ordinateur. Dès lors, l'exception de décompilation, dont les finalités industrielle et concurrentielle ne sont plus à démontrer, pourrait-elle s'appliquer au jeu vidéo ? Une réponse purement théorique ne semble pas s'y opposer au regard de la forme programmée du jeu vidéo. Cependant, une réponse pratique s'y oppose en raison de l'existence de mesures techniques de protection protégeant l'ensemble de la création. L'exception de décompilation ne pourrait ainsi s'appliquer au jeu vidéo, protégé dans son ensemble par les mesures techniques de protection issues du droit commun et plus protectrice de l'auteur, car le public, contrairement à la règle spéciale, ne pourrait contourner de telles mesures sur le seul fondement de la mise en œuvre de l'exception de décompilation.