

Université de Montréal

Droit d'auteur et jeu vidéo – Approche comparée droit canadien et droit japonais

*Par*

Jonathan Allouch

Faculté de droit de l'Université de Montréal

Mémoire présenté à la Faculté de droit de l'Université de Montréal en vue de l'obtention du  
grade LL.M.

Maîtrise en droit des technologies de l'information

Juin 2023

© Jonathan Allouch, 2023







## Résumé

Le jeu vidéo est une œuvre hybride difficilement qualifiable. À la frontière entre forme d'art et divertissement, il s'est imposé dans toutes les classes sociales et auprès d'individus de tous âges depuis les années 1980, et ce, partout dans le monde. Au Canada, l'industrie vidéoludique s'est installée dans les années 1990 et a pris une importance considérable depuis le début des années 2000. Or, la loi canadienne sur le droit d'auteur ne prévoit rien quant au jeu vidéo. Est-il protégé ? Si oui, comment le qualifier ? Est-ce un programme d'ordinateur ou une œuvre cinématographique ? Nous verrons que sa qualification n'est pas si aisée, notamment en raison des catégories d'œuvres prévues dans la loi canadienne sur le droit d'auteur. Aussi, il est intéressant de voir comment un pays comme le Japon, dont l'industrie vidéoludique est établie depuis le début des années 1980, conçoit le jeu vidéo selon sa loi sur le droit d'auteur et surtout le qualifie. Nous verrons d'ailleurs que la qualification proposée par la jurisprudence japonaise soulève également des questions.

De plus, le jeu vidéo, étant donné son aspect interactif, soulève également des enjeux en ce qui a trait à la titularité des droits d'auteur et voisins. Au Canada, les enjeux tournent davantage autour des contenus générés par les utilisateurs, à savoir les joueurs, dont les formes sont très variées. Au Japon, les enjeux de titularité sont davantage dus à l'ancienneté de l'industrie vidéoludique japonaise et à la difficulté d'en localiser les titulaires afin de développer des *remakes* et *remasters*. Nous verrons d'ailleurs que le gouvernement japonais a pris en considération ce problème et est en train de réformer la loi japonaise sur le droit d'auteur afin de répondre aux besoins de l'industrie vidéoludique.

**Mots-clés** : propriété intellectuelle, droit d'auteur, droits voisins, jeu vidéo, droit canadien, droit japonais, contenu généré par l'utilisateur, gameplay.



## Abstract

Video games are a hybrid work that is difficult to describe. Straddling the border between art form and entertainment, they have become popular with all social classes and individuals of all ages since the 1980s, all over the world. In Canada, the video game industry took root in the 1990s and has grown considerably since the early 2000s. However, Canadian copyright law is silent on video games. Are they protected? If so, how can they be qualified? Are they computer programs or cinematographic works? We will see that its qualification is not so easy, in particular because of the categories of works provided for in the Canadian copyright law. It is also interesting to see how a country like Japan, whose video game industry has been established since the early 1980s, conceives of video games under its copyright law and, above all, how it classifies them. We will see that the classification proposed by Japanese jurisprudence raises questions as well.

In addition, video games, given their interactive nature, also raise issues with respect to copyright and neighbouring rights ownership. In Canada, the issues revolve more around user-generated content which takes many different forms. In Japan, copyright ownership issues are more due to the long-standing nature of the Japanese video game industry and the difficulty of locating rights holders in order to develop remakes and remasters. We will see that the Japanese government has taken this problem into consideration and is in the process of reforming the Japanese copyright law in order to meet the needs of the video game industry.

**Keywords** : intellectual property, copyright, neighbouring rights, video game, Canadian law, Japanese law, user-generated content, gameplay.



# Table des matières

Résumé .....	5
Abstract.....	7
Table des matières.....	9
Remerciements.....	15
Introduction .....	17
I. La qualification du jeu vidéo en tant qu'œuvre .....	25
A) En droit canadien : une loi muette et une jurisprudence peu diserte .....	25
1) Le jeu vidéo en tant que programme d'ordinateur : la piste de l'œuvre littéraire .....	28
2) L'approche comparative : le jeu vidéo en tant qu'œuvre cinématographique.....	32
3) Le jeu vidéo en tant que compilation ou recueil de plusieurs œuvres et le paradoxe de l'article 2.1 (1) de la Loi canadienne .....	38
a) Le jeu vidéo en tant que compilation ou recueil de plusieurs œuvres .....	38
b) Le paradoxe de l'article 2.1 (1) de la Loi canadienne .....	43
4) Les catégories d'œuvres et l'absence de souplesse du droit d'auteur canadien .....	50
B) En droit japonais : une jurisprudence bien établie mais qui soulève des questions.....	54
1) Historique du droit d'auteur japonais et ses particularités .....	54
a) Les prémisses du droit d'auteur japonais .....	54
b) La Loi japonaise de 1899 .....	56
c) La Loi japonaise de 1970 .....	58
2) La jurisprudence japonaise : le jeu vidéo comme œuvre cinématographique, une qualification qui soulève des questions.....	63

a)	La jurisprudence japonaise des années 1980.....	63
b)	Le jugement de la Cour suprême du Japon sur la question de la qualification du jeu vidéo .....	64
c)	Les limites de la qualification du jeu vidéo comme une œuvre cinématographique .	65
II.	La titularité du droit d’auteur sur le jeu vidéo .....	71
A)	Titularité du droit d’auteur en droit canadien.....	71
1)	Les créateurs du jeu vidéo.....	74
a)	Les auteurs selon la catégorie d’œuvres retenue .....	74
b)	La jurisprudence relative à l’œuvre créée en collaboration.....	77
c)	L’employé qui crée une œuvre pour le compte de son employeur.....	82
2)	Les utilisateurs du jeu vidéo.....	83
a)	Le joueur-interprète.....	83
b)	Le joueur en réalisateur d’une œuvre cinématographique.....	90
c)	Le joueur créant du contenu pour le jeu .....	93
B)	Titularité du droit d’auteur en droit japonais.....	98
1)	Les créateurs du jeu vidéo en droit japonais .....	98
a)	L’auteur d’une œuvre cinématographique et le rôle du producteur .....	99
b)	L’œuvre créée par un employé d’une personne morale .....	102
c)	Le titulaire du droit d’auteur sur le jeu vidéo .....	103
2)	Le cas des créateurs inconnus ou introuvables.....	105
a)	Le système actuel d’attribution de licences en cas d’auteur inconnu ou introuvable	106
b)	La réforme en cours du système d’attribution de licences .....	108
c)	Un modèle étranger : la Commission du droit d’auteur .....	110
	Conclusion.....	115

Références bibliographiques ..... 125



*À Grisou*



## Remerciements

Il me paraît essentiel de commencer par remercier mes parents qui, par leur soutien sans faille et leur confiance en moi, m'auront permis de faire cette maîtrise en droit. Également, je remercie ma sœur, Alexandra Allouch, également avocate, pour nos échanges toujours riches en réflexion pour moi et pour avoir été le banc d'essai de toutes mes hypothèses de travail sur le jeu vidéo et le droit d'auteur.

Je tiens aussi à remercier ma directrice de mémoire, Me Ysolde Gendreau, d'abord et avant tout pour son ouverture d'esprit, acceptant de me soutenir sur un sujet aussi inusité et encore peu exploré des juristes. Nos échanges et les pistes de réflexion qu'elle m'aura proposées tout au long de mes recherches m'auront permis, à n'en pas douter, d'enrichir ce mémoire.

Je tiens également à remercier le professeur Tatsuhiro Ueno, de l'université Waseda, pour sa gentillesse et sa disponibilité, me permettant d'obtenir l'accès à des jugements japonais à peu près introuvables pour un Occidental.

Je n'oublie pas de remercier tous ces amis, Charles, Julien, Sarah, Anthony, Gregory, Mike et tant d'autres, qui auront su, par leur humour et leur présence, m'apporter réconfort et entrain lors des longues nuits de recherche et de rédaction.

Je remercie Me Gilles de Saint-Exupéry et Me Erwan Jonchères pour leurs conseils éclairés et leurs encouragements à entamer cette maîtrise en droit afin de gagner en connaissances sur la propriété intellectuelle.

Également, je remercie Me Cecilia Boije pour sa confiance et sa flexibilité, me permettant de travailler dans cette fantastique industrie vidéoludique tout en rédigeant mon mémoire. Je remercie également toute l'équipe d'Eidos Montréal ainsi que Me Valentine Cheviron, travailler à vos côtés est un bonheur quotidien.

Je ne peux conclure ces remerciements sans une mention spéciale à tous ces individus passionnés qui contribuent, par l'expression de leur talent et de leur jugement, à forger ces univers interactifs qui nous font tant rêver et voyager.



## Introduction

Malgré quelques remous, l'industrie du jeu vidéo n'a jamais cessé de croître depuis sa création. Alors qu'en 1995, elle générait environ 4,3 milliards de dollars américains de revenus, elle a généré près de 178 milliards de dollars américains de revenus en 2020<sup>1</sup>, ce montant passant à 196,8 milliards de dollars en 2022<sup>2</sup>. On prévoit qu'elle atteindra 200 milliards de dollars de revenus générés dès 2023<sup>3</sup>. À titre de comparaison, l'industrie cinématographique a connu la meilleure année de son histoire en 2019 avec 101 milliards de dollars américains de revenus générés dans le monde<sup>4</sup>. L'industrie vidéoludique a donc largement dépassé l'industrie du cinéma, pourtant très populaire dans toutes les classes sociales. Contrairement à ce qui est défini comme le joueur moyen dans l'imaginaire collectif, à savoir un adolescent de genre masculin, le jeu vidéo touche en réalité des strates de la société très variées. Ainsi, l'âge moyen du joueur n'est pas du tout dans les 14-18 ans, mais se situe plutôt aux alentours de 34 ans<sup>5</sup>. De plus, les femmes représentent 46% des joueurs, soit une quasi-parité avec les hommes. Dans certains pays comme le Japon, 2/3 des joueurs sont en fait des joueuses<sup>6</sup>, preuve que le jeu vidéo s'est démocratisé et est plus qu'un passe-temps fugace et futile visant les jeunes adolescents. On estime à environ 3,2 milliards le nombre total de joueurs et joueuses dans le monde<sup>7</sup>. De plus, les jeux vidéo deviennent des lieux de rencontre et de socialisation : ainsi, 12 millions de joueurs se sont retrouvés virtuellement dans le jeu *Fortnite* pour assister à un concert du chanteur Travis Scott en direct<sup>8</sup>. Par ailleurs, le jeu vidéo n'est pas une chasse gardée de l'Occident : ainsi, sur les 178 milliards de dollars de revenus générés en 2020 par l'industrie vidéoludique, 88,2 milliards de dollars proviennent de la région Asie-Pacifique, loin devant les 42,6 milliards de dollars des États-Unis et les 31,5 milliards de dollars de l'Europe<sup>9</sup>. Les

---

<sup>1</sup> David GREENSPAN et Gaetano DIMITA, *Mastering the Game: Business and Legal Issues for Video Game Developers – A Training Tool*, Genève, Organisation Mondiale de la Propriété Intellectuelle, 2022, p. 17.

<sup>2</sup> Newzoo, « 2022 Global Games Market Report », en ligne : <https://newzoo.com/products/reports/global-games-market-report>, p. 23 (PDF) (consulté le 9 août 2022).

<sup>3</sup> D. GREENSPAN et G. DIMITA, préc., note 1, p. 17.

<sup>4</sup> *Id.*, p. 20.

<sup>5</sup> *Id.*, p. 22.

<sup>6</sup> *Id.*

<sup>7</sup> Newzoo, préc., note 2, p. 21 (PDF).

<sup>8</sup> Anna PIECHÓWKA, « Quand les jeux vidéo rencontrent le droit de la propriété intellectuelle », (2021) 2 *OMPI Magazine* 8, 8.

<sup>9</sup> D. GREENSPAN et G. DIMITA, préc., note 1, p. 17.

consommateurs de jeux vidéo se regroupent autour de trois pôles géographiques à l'heure actuelle : les États-Unis, le Japon et l'Europe. Toutefois, le marché chinois est en pleine émergence et risque de rapidement s'imposer comme un quatrième pôle majeur en termes de consommateurs<sup>10</sup> : 49% des revenus générés par des consommateurs de jeux vidéo dans le monde provenaient des États-Unis et de la Chine en 2020<sup>11</sup>.

Le jeu vidéo est pourtant une forme d'art et de divertissement somme toute assez récente. Les jeux vidéo sont, à l'origine dans les années 1970, des créations d'ingénieurs informatiques souhaitant explorer ce qu'ils peuvent créer en codant<sup>12</sup>. On ne trouvait pas encore associés, dans la production d'un jeu vidéo, les designers graphiques, scénaristes et ingénieurs sonores désormais essentiels à la création d'une telle œuvre<sup>13</sup>. Le premier jeu à avoir été commercialisé est *Computer Space* en 1971, créé par l'ingénieur américain Nolan Bushnell et son associé Ted Dabney<sup>14</sup>. Un an plus tard, ces derniers fondent la société Atari, qui va développer et commercialiser le célèbre jeu *Pong* en 1972, qui reste encore de nos jours un jeu culte<sup>15</sup>.

Les États-Unis sont donc des pionniers en matière de jeux vidéo. Toutefois, le Japon devint très vite un autre grand producteur de jeux vidéo. Ainsi, la compagnie nipponne Nintendo, fondée en 1889 et qui produisait initialement des cartes à jouer<sup>16</sup>, commence à partir du milieu des années 1970 à produire des jeux vidéo, initialement sous forme de bornes d'arcades<sup>17</sup>. Puis, à partir des années 1980, Nintendo se met à produire des consoles de jeux vidéo, permettant à tous de jouer aux jeux vidéo dans le confort de leur foyer<sup>18</sup>. Les consoles Nintendo connaissent un succès fulgurant et les jeux produits par Nintendo deviennent des incontournables de la culture populaire. Qui n'a pas entendu parler du jeu *Mario*, où ce sympathique plombier italo-américain saute de plateforme en plateforme en évitant les pièges placés sur son chemin ? Dès 1989, Nintendo produit

---

<sup>10</sup> *Id.*, p. 23.

<sup>11</sup> Tom WIJMAN, « Global Games Revenues Up an Extra \$15 Billion This Year as Engagement Skyrockets », (2020) *Newzoo*, en ligne : <https://newzoo.com/insights/articles/game-engagement-during-covid-pandemic-adds-15-billion-to-global-games-market-revenue-forecast> (consulté le 9 août 2022).

<sup>12</sup> Andy RAMOS GIL DE LA HAZA, « Video Games: Computer Programs or Creative Works? », (2014) 4 *OMPI Magazine* 25, 26.

<sup>13</sup> *Id.*, p. 26.

<sup>14</sup> Jean-Philippe SAVOIE, « Droit d'auteur et jeux vidéo », (2016) 28 *CPI* 671, 673.

<sup>15</sup> *Id.*

<sup>16</sup> Nintendo, « Nintendo History », en ligne : <https://www.nintendo.co.uk/Hardware/Nintendo-History/Nintendo-History-625945.html> (consulté le 8 août 2022).

<sup>17</sup> *Id.*

<sup>18</sup> *Id.*

la *Game Boy*, première console portable dans le monde, qui connaîtra un succès planétaire<sup>19</sup>. Nintendo n'est d'ailleurs pas la seule compagnie japonaise à se lancer dans la production de jeux vidéo. La compagnie Sony, fondée en 1946, produisait à la base des produits électroniques aussi variés que des cuiseurs de riz et des radios à transistor<sup>20</sup>. Voyant le succès de Nintendo, Sony sort sa première console de jeux en 1994 : la *Playstation*<sup>21</sup> qui connut un succès fulgurant, portée par des jeux tels que *Tomb Raider* ou *Crash Bandicoot*. Sony continuera à produire des consoles de jeux vidéo : la dernière en date, la *Playstation 5*, s'est déjà écoulée à 20 millions d'exemplaires à peine un an et demi après sa sortie<sup>22</sup>, malgré une production fortement perturbée par la pénurie de micro-puces. Le Japon s'est donc durablement installé comme un des pôles majeurs de l'industrie vidéoludique dès le début des années 1980.

Le Canada, longtemps dans l'ombre de son voisin états-unien, commence à développer sa propre industrie vidéoludique dans le courant des années 1980 et surtout 1990. Plusieurs entreprises de l'Ouest canadien développent des jeux vidéo qui connaissent un certain succès<sup>23</sup> au point que l'éditeur américain Electronic Arts rachète en 1991 un studio de développement de Vancouver pour y produire des jeux, faisant de ce studio le plus ancien appartenant à Electronic Arts<sup>24</sup>. Au Québec, c'est grâce au Ministre d'État de l'Économie et des Finances Bernard Landry que l'industrie vidéoludique commence à ouvrir des studios de développement de jeux dans cette province<sup>25</sup>. Effectivement, par une habile politique de crédit d'impôt offert à l'industrie vidéoludique<sup>26</sup>, Bernard Landry parvient à convaincre le géant français Ubisoft de fonder un studio à Montréal en

---

<sup>19</sup> *Id.*

<sup>20</sup> « Sony », dans *Encyclopedia Britannica*, en ligne : <https://www.britannica.com/topic/Sony> (consulté le 9 août 2022).

<sup>21</sup> Sony Interactive Entertainment, « Our History », en ligne : <https://www.sie.com/en/corporate/history.html> (consulté le 9 août 2022).

<sup>22</sup> Christopher DRING, « PlayStation 5 Sales Reach 20 Million Worldwide », (2022) *GamesIndustry.biz*, en ligne : <https://www.gamesindustry.biz/playstation-5-sales-reach-20-million-worldwide> (consulté le 9 août 2022).

<sup>23</sup> Centennial College, « The History of Video Games in Canada », en ligne : <https://www.centennialcollege.ca/school-of-communications-media-arts-and-design-blog/2019/november/05/the-history-of-video-games-in-canada/> (consulté le 7 août 2022).

<sup>24</sup> *Id.*

<sup>25</sup> Julien ARSENAULT, « Les jeux vidéo, un legs de Bernard Landry », (2018) *La Presse*, en ligne : <https://www.lapresse.ca/techno/jeux-video/201811/06/01-5203207-les-jeux-video-un-legs-de-bernard-landry.php> (consulté le 11 août 2022).

<sup>26</sup> *Id.*

1997<sup>27</sup>. Ubisoft Montréal s'imposera très rapidement comme l'un des studios de développement les plus prospères et réputés de toute l'industrie vidéoludique, développant des jeux à succès tel qu'*Assassin's Creed* en 2007, qui sera adapté au cinéma en 2016 avec des acteurs prestigieux comme Michael Fassbender et Marion Cotillard. Ubisoft Montréal ne sera que le premier d'une longue liste de studios de développement de jeux vidéo à être ondés au Québec dont Eidos Montréal en 2007 qui produira notamment un jeu *Tomb Raider* ou *Deus Ex*, Warner Bros Montréal en 2010 qui sortira un jeu dans l'univers de *Batman* ou encore EA Motive en 2015 qui développera un jeu dans l'univers de *Star Wars*. Cette politique fiscale audacieuse fera en sorte que la ville de Montréal est devenue le cinquième pôle mondial de l'industrie vidéoludique, derrière Tokyo, Londres, San Francisco et Austin, au Texas<sup>28</sup> et que cette industrie emploie plus de 10 000 salariés au Québec<sup>29</sup>, répartis dans 291 entreprises<sup>30</sup>. Plus généralement au Canada, l'industrie vidéoludique employait directement plus de 27 700 salariés à temps plein en 2019<sup>31</sup> et plus de 32 300 salariés à temps plein en 2021<sup>32</sup>. L'industrie canadienne du jeu vidéo a généré environ 4,3 milliards de dollars de revenus en 2021<sup>33</sup> et a contribué à hauteur de 5,5 milliards de dollars au produit intérieur brut (PIB) canadien<sup>34</sup>. Comme on peut donc le voir, bien que l'industrie vidéoludique canadienne soit somme toute assez jeune comparée à celle du Japon ou des États-Unis, elle est déjà d'une importance économique considérable pour le Canada.

Or, développer un jeu vidéo implique l'investissement de revenus colossaux. Ainsi, le développement et le marketing du jeu *Red Dead Redemption 2*, sorti en 2018, auraient coûté entre 379 et 550 millions de dollars américains<sup>35</sup>. On comprend donc qu'il est primordial, pour les acteurs de l'industrie vidéoludique, d'avoir une protection efficace pour prévenir le piratage et les atteintes

---

<sup>27</sup> Stéphanie DUPUIS, « 25 ans de succès vidéoludiques pour Ubisoft Montréal », (2022) *Radio Canada*, en ligne : <https://ici.radio-canada.ca/nouvelle/1923318/25-ans-succes-jeu-video-ubisoft-christophe-derennes> (consulté le 1er avril 2023).

<sup>28</sup> J. ARSENAULT, préc., note 25.

<sup>29</sup> *Id.*

<sup>30</sup> Association canadienne du logiciel de divertissement, « L'industrie canadienne du jeu vidéo 2021 », en ligne : [https://theesa.ca/wp-content/uploads/2021/11/esac-2021-report\\_fr.pdf](https://theesa.ca/wp-content/uploads/2021/11/esac-2021-report_fr.pdf), p. 11 (PDF) (consulté le 7 août 2022).

<sup>31</sup> Association canadienne du logiciel de divertissement, « Le secteur canadien du jeu vidéo 2019 », en ligne : [https://theesa.ca/wp-content/uploads/2019/11/Secteurcanadiendujeuvideo2019\\_FR.pdf](https://theesa.ca/wp-content/uploads/2019/11/Secteurcanadiendujeuvideo2019_FR.pdf), p. 14 et 16 (PDF) (consulté le 7 août 2022).

<sup>32</sup> Association canadienne du logiciel de divertissement, préc., note 30, p. 4 (PDF).

<sup>33</sup> *Id.*, p. 29 (PDF).

<sup>34</sup> *Id.*, p. 37 (PDF).

<sup>35</sup> Jesse LENNOX, « The Most Expensive Games Ever Developed », (2021) *Digital Trends*, en ligne : <https://www.digitaltrends.com/gaming/the-most-expensive-games-ever-developed/> (consulté le 10 août 2022).

à leur propriété intellectuelle. On a mentionné le jeu *Pong* un peu plus tôt : ce dernier fut l'objet de nombreuses copies car la protection accordée à sa propriété intellectuelle était inexistante en 1972<sup>36</sup>. La propriété intellectuelle, et surtout le droit d'auteur, est donc un élément vital de l'industrie vidéoludique<sup>37</sup>. Toutefois, le jeu vidéo est une œuvre extrêmement complexe qui mélange de nombreux éléments : code informatique, contenu audiovisuel, images et œuvres graphiques, œuvres littéraires, voix hors champ, musique, interprétations ou exécutions artistiques<sup>38</sup>. Le jeu vidéo ne peut donc pas être aisément classé dans une catégorie précise du droit canadien de la propriété intellectuelle et sa protection est par le fait même mal définie<sup>39</sup>, d'où notre volonté de comparer la manière dont le droit d'auteur d'un jeu vidéo est protégé au Canada avec un pays où l'industrie vidéoludique est solidement ancrée, à savoir le Japon. Ainsi, on est en droit de se poser la question suivante : comment est qualifié le jeu vidéo et qui sont les titulaires du droit d'auteur sur le jeu vidéo selon le droit canadien et le droit japonais ? Pour y répondre, nous verrons, dans un premier chapitre, la question de la qualification du jeu vidéo. Puis, dans un second chapitre, nous verrons les enjeux concernant la titularité du droit d'auteur sur le jeu vidéo

Toutefois, avant d'entamer notre étude, il nous semble pertinent ici de procéder à quelques clarifications d'ordre terminologique afin que notre analyse soit compréhensible à tout individu n'ayant pas une connaissance poussée de l'industrie vidéoludique. Cette dernière fonctionne autour de l'interaction essentielle entre deux acteurs : le développeur et l'éditeur. Le développeur, comme son nom l'indique, est la personne physique ou l'entreprise qui développe un jeu vidéo, à savoir qui va effectuer le codage du jeu, les cinématiques, qui va concevoir l'histoire et les personnages qu'on retrouvera dans le jeu, etc. C'est le développeur, en général, qui va faire les choix artistiques et techniques nécessaires à la création du jeu vidéo (nous y reviendrons). Pour le désigner, on utilise habituellement les termes de développeur et studio de développement. Il est à noter que le terme développeur peut désigner à la fois la compagnie qui conçoit un jeu vidéo, mais aussi une personne physique qui participe au développement du jeu; nous ferons la distinction quand ce sera nécessaire. Le deuxième acteur essentiel à l'industrie vidéoludique est l'éditeur. Ce dernier, appelé en anglais *publisher*, est l'entreprise qui est chargée de publier et de distribuer des jeux vidéo<sup>40</sup>.

---

<sup>36</sup> J.-P. SAVOIE, préc., note 14, 673.

<sup>37</sup> *Id.*, 674.

<sup>38</sup> A. PIECHÓWKA, préc., note 8, 9.

<sup>39</sup> J.-P. SAVOIE, préc., note 14, 675 et 676.

<sup>40</sup> D. GREENSPAN et G. DIMITA, préc., note 1, p. 37.

L'éditeur sera en général chargé de financer le projet de développement du jeu vidéo, de gérer l'aspect marketing du jeu, de prévoir la communication auprès de la presse spécialisée et du grand public, de choisir la date de sortie du jeu pour lui éviter une trop grosse concurrence, etc. Il est très courant qu'un éditeur de jeux vidéo possède un ou plusieurs studios de développement. Prenons un exemple déjà cité : Ubisoft Montréal est un studio québécois de développement appartenant à l'éditeur français Ubisoft, ainsi tous les jeux développés par Ubisoft Montréal sont édités par Ubisoft. Par ailleurs, il arrive fréquemment qu'un éditeur fasse affaires avec des studios de développement qui ne lui appartiennent pas pour éditer leurs jeux. Deux situations peuvent se présenter : en reprenant l'exemple de l'éditeur Ubisoft, si ce dernier possède une propriété intellectuelle (un jeu vidéo donc) et souhaite en faire une suite, il pourrait contacter un studio de développement tiers et lui faire commande de cette suite, en lui laissant plus ou moins de liberté artistique. À l'inverse, un studio de développement pourrait développer un jeu et démarcher Ubisoft pour se charger de l'édition du jeu.

Un autre élément terminologique à préciser est la question des jeux AAA et des jeux indépendants. De la même manière qu'au cinéma, on trouve les productions hollywoodiennes qui ont souvent des budgets de production de plusieurs dizaines voire centaines de millions de dollars, on trouve dans l'industrie vidéoludique ce qu'on nomme des jeux AAA, à savoir des jeux très populaires et avec un budget de production très élevé ainsi que des centaines de développeurs travaillant sur le jeu. Notre exemple de *Red Dead Redemption 2* qui aurait coûté plus de 379 millions de dollars est l'illustration parfaite de ce qu'est un jeu AAA. À l'autre bout du spectre, on trouve les jeux indépendants, à savoir des jeux faits par une équipe de développement extrêmement réduite, souvent entre une et dix personnes, avec un budget restreint et un marketing quasiment inexistant.

Finalement, il s'agit pour nous de définir un terme extrêmement large et pourtant incontournable quand on traite de jeux vidéo : le *gameplay*. Ce terme de langue anglaise ne trouve pas véritablement d'équivalent en français et est couramment utilisé par la presse spécialisée francophone. Ajoutons que l'Office québécois de la langue française propose comme traduction le terme « jouabilité » mais ce dernier semble peu adapté car le *gameplay* a un sens plus large que la simple jouabilité. Effectivement, le *gameplay* peut désigner deux choses. D'abord et avant tout, le *gameplay* désigne la partie interactive du jeu vidéo, on entend par là le moment où le joueur, manette en main, a le contrôle du personnage à l'écran. Cela implique à la fois ce que le joueur voit

à l'écran, ressent par l'intermédiaire de la manette (qui vibre et réagit à ce qui peut se produire dans le jeu) et peut faire puisque chaque action du joueur a une conséquence dans le jeu. Chaque jeu a son propre gameplay, qui fait souvent son originalité voire sa renommée. Cette notion de gameplay est centrale puisqu'elle distingue le jeu vidéo de toute forme d'art ou de divertissement existante, nous y reviendrons.

Par ailleurs, le terme gameplay peut aussi désigner ce qu'un joueur X a fait dans tel jeu à tel moment : ainsi, un joueur pourra enregistrer son gameplay pour le partager ensuite avec ses amis ou avec le grand public. Chaque joueur a son style de jeu, tout comme chaque acteur a sa manière d'appréhender un rôle ou chaque musicien d'interpréter une partition musicale. Pour distinguer les deux, nous nommerons « session de jeu » la prestation d'un joueur dans un jeu vidéo.



## I. La qualification du jeu vidéo en tant qu'œuvre

La première étape de notre étude consiste à voir si le jeu vidéo fait partie des œuvres qui sont protégées par le droit d'auteur, ce qui permettra ensuite, le cas échéant, d'en identifier un ou des auteurs afin de leur permettre d'exercer les droits économiques et moraux qui s'y rattachent. Nous commencerons par le droit canadien puis nous verrons comment le Japon, dont les entreprises de jeux vidéo font partie des pionnières de l'industrie, qualifie le jeu vidéo aux termes de sa loi.

### A) En droit canadien : une loi muette et une jurisprudence peu disert

Le Canada ayant un héritage français et un héritage britannique, son droit d'auteur fait écho à cette double influence, empruntant le système de catégories, sur lequel nous reviendrons, à la loi britannique et la notion de droits moraux à la loi française, qui avait elle-même été influencée à ce sujet par l'Allemagne. La loi canadienne actuelle est entrée en vigueur en 1924, mais elle a fait l'objet de nombreuses modifications au fur et à mesure des avancées technologiques et des nouveaux enjeux soulevés par ces technologies<sup>41</sup>.

La *Loi sur le droit d'auteur*<sup>42</sup> (ci-après la « Loi canadienne ») vise à protéger non pas une idée, mais l'expression d'une idée. Prenons un exemple simple : l'idée d'un personnage caractérisé principalement par la forme de son nez ne serait pas protégée par la Loi canadienne car il ne s'agit que d'une idée. En revanche, l'expression de cette idée le serait : ainsi, *Cyrano de Bergerac* ou encore *Pinocchio* sont deux expressions bien distinctes de cette idée d'un personnage caractérisé par la forme de son nez et ces deux expressions d'une idée sont donc protégeables aux termes de la Loi canadienne.

La Loi canadienne prévoit que le droit d'auteur existe au Canada<sup>43</sup> sur un certain nombre d'œuvres définies à l'article 2, à savoir les œuvres littéraires, dramatiques, musicales et artistiques. Il existe

---

<sup>41</sup> Gouvernement du Canada, « Historique du droit d'auteur au Canada », en ligne : <https://www.canada.ca/fr/patrimoine-canadien/services/historique-droit-auteur-canada.html>

<sup>42</sup> L.R.C. 1985, c. C-42.

<sup>43</sup> *Id.*, art. 5(1).

donc un droit d'auteur sur ces œuvres dans le cas où son auteur était, au moment de leur création, citoyen ou résident habituel d'un pays signataire d'une des conventions relatives au droit d'auteur prévues dans la Loi canadienne<sup>44</sup>.

De plus, l'article 5(1) de la Loi canadienne prévoit également que l'œuvre en question doit être originale. La jurisprudence s'est longtemps posé la question de définir ce qu'était une œuvre originale puisque la loi reste muette sur ce sujet. En 2004, la Cour suprême du Canada, dans l'arrêt *CCH Canadienne Ltée c. Barreau du Haut-Canada*<sup>45</sup> (ci-après l'« Arrêt CCH »), a analysé cette question de l'originalité d'une œuvre. Comme nous l'avons déjà souligné, le droit d'auteur protège non pas l'idée mais l'expression de l'idée; aussi dans cette même logique, le critère de l'originalité s'applique à l'élément expressif de l'œuvre, et non à l'idée<sup>46</sup>. La Cour suprême souligne que la jurisprudence a souvent été assez contradictoire sur la question de l'originalité : ainsi, pour certains tribunaux, si l'œuvre émanait d'un auteur et était davantage qu'une simple copie d'une œuvre, cela suffisait à faire naître un droit d'auteur<sup>47</sup>. Cette analyse de l'originalité s'apparente, par certains aspects, au critère anglo-saxon du « *sweat of the brow* »<sup>48</sup>, ce qui se traduit par « sueur du front », soit la volonté de récompenser un auteur pour son labeur, même si l'œuvre créée n'est que très peu originale. C'est donc un critère trop peu strict qui ouvrirait la porte à une protection tous azimuts d'œuvres<sup>49</sup>. À l'autre bout du spectre, la Cour suprême du Canada remarque que, pour d'autres tribunaux, le critère d'originalité sera rempli si l'œuvre est créative, à savoir qu'elle est novatrice ou unique<sup>50</sup>. Cette analyse fondée sur la créativité est, de l'avis de la Cour suprême, beaucoup trop rigoureuse car cela impliquerait qu'une œuvre doit être nouvelle et non évidente afin d'être protégée par le droit d'auteur. Or, ces notions s'apparentent davantage aux brevets, et non au droit d'auteur<sup>51</sup>. L'interprétation du critère de l'originalité par la Cour suprême du Canada se place entre les deux extrêmes expliqués plus haut. Pour les juges de la Cour suprême, l'élément essentiel à la protection de l'expression d'une idée en droit canadien est l'exercice du talent et du jugement de

---

<sup>44</sup> *Id.*, art. 5(1) et art. 2 « pays signataire ».

<sup>45</sup> 2004 CSC 13.

<sup>46</sup> *Id.*, par. 14.

<sup>47</sup> *Id.*, par. 15.

<sup>48</sup> Mark PERRY et Thomas MARGONI, « From music tracks to Google Maps: Who owns computer generated works ? », (2010) 26 *Computer Law and Security Review* 621, en ligne : [https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract\\_id=1647584](https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1647584), p. 8 (PDF) (consulté le 23 juin 2022).

<sup>49</sup> Arrêt CCH, préc., note 45, par. 24.

<sup>50</sup> *Id.*, par. 15 et 16.

<sup>51</sup> *Id.*, par. 24.

l'auteur<sup>52</sup>. Le talent est défini comme le recours à des connaissances personnelles, à une aptitude acquise ou à une compétence issue de l'expérience afin de produire l'œuvre<sup>53</sup>. Le jugement, lui, est défini par la Cour suprême comme la faculté de discernement, la capacité de se faire une opinion ou de procéder à une évaluation en comparant différentes options de production de l'œuvre<sup>54</sup>. L'exercice du talent et du jugement de l'auteur implique nécessairement un effort intellectuel, et ce ne peut donc pas être un effort purement mécanique. Ainsi, pour résumer, une œuvre originale au sens de la Loi canadienne est une œuvre qui émane d'un auteur, qui n'est pas une copie d'une autre œuvre et qui doit être le produit de l'exercice du talent et du jugement de l'auteur<sup>55</sup>. Cette œuvre n'aura toutefois pas à être créative pour être protégée par le droit d'auteur.

Qu'en est-il du jeu vidéo ? La Loi canadienne est totalement muette à ce sujet : aucune référence n'est faite au jeu vidéo. La jurisprudence, elle, est également restée muette pendant très longtemps. Toutefois, en 2017, la Cour fédérale du Canada a rendu un jugement dans le dossier *Nintendo of America Inc. c. King*<sup>56</sup> où elle s'est prononcée sur l'existence d'un droit d'auteur pour les jeux vidéo :

« [25] La demanderesse détient également les droits d'auteur de 585 œuvres de jeux vidéo. Les droits d'auteur de 217 jeux Nintendo sont enregistrés au Canada. Ces œuvres de jeux vidéo incluent, par exemple, le *New Super Mario Bros.* et *Pokemon X* (Rhoads 1, dossier de la demanderesse, p. 98; Rhoads 2, dossier de la demanderesse, pages 920 et 921).

[26] Les droits d'auteur des 368 autres jeux Nintendo ne sont pas enregistrés au Canada, mais sont enregistrés aux États-Unis. En vertu de la *Convention de Berne pour la protection des œuvres littéraires et artistiques* (1886), 828 R.T.N.U. 221 et de l'article 5 de la Loi, ces œuvres protégées par un droit d'auteur sont aussi assujetties à une protection du droit d'auteur au Canada (Rhoads 1, dossier de la demanderesse, pages 98 et 359 à 363). »<sup>57</sup>

C'est bien peu, mais on devra s'en contenter : on a donc une reconnaissance, par la Cour fédérale, de l'existence d'un droit d'auteur sur des jeux vidéo dont certains sont enregistrés au Canada et d'autres aux États-Unis. Si les jeux vidéo sont protégés, c'est qu'ils appartiennent nécessairement à une des catégories d'œuvres protégées par droit d'auteur sous la Loi canadienne. Le jeu vidéo est

---

<sup>52</sup> *Id.*, par. 16.

<sup>53</sup> *Id.*

<sup>54</sup> *Id.*

<sup>55</sup> *Id.*, par. 25.

<sup>56</sup> 2017 CF 246.

<sup>57</sup> *Id.*, par. 25 et 26.

la seule forme d'expression artistique permettant à son auteur de délivrer un récit tout en laissant le joueur explorer et expérimenter au sein même de l'œuvre<sup>58</sup>. Il est intéressant de noter que les tribunaux du monde entier, lorsqu'ils ont eu à traiter la question du jeu vidéo, ont connu les mêmes trois phases d'analyse :

- Phase 1 : le jeu vidéo n'est pas protégé par droit d'auteur.
- Phase 2 : le jeu vidéo est, selon les pays, soit un programme d'ordinateur, soit une œuvre audiovisuelle.
- Phase 3 : le jeu vidéo est à la fois un programme d'ordinateur et une œuvre audiovisuelle<sup>59</sup>.

Qu'en est-il en droit canadien ? C'est ce que nous allons regarder maintenant.

## **1) Le jeu vidéo en tant que programme d'ordinateur : la piste de l'œuvre littéraire**

Nous l'avons dit en introduction, le jeu vidéo est, à l'origine, la création d'ingénieurs informatiques désirant créer des jeux avec du code informatique. Aussi nous semble-t-il logique de concevoir d'abord et avant tout le jeu comme un programme d'ordinateur. Dans la Loi canadienne, les programmes d'ordinateur sont définis de la façon suivante :

« Ensemble d'instructions ou d'énoncés destiné, quelle que soit la façon dont ils sont exprimés, fixés, incorporés ou emmagasinés, à être utilisé directement ou indirectement dans un ordinateur en vue d'un résultat particulier. »<sup>60</sup>

Les programmes d'ordinateur sont considérés, aux fins de la Loi canadienne, comme des œuvres littéraires<sup>61</sup> et on les trouve d'ailleurs dans la définition de l'œuvre littéraire de la Loi canadienne : « Y sont assimilés les tableaux, les programmes d'ordinateur et les compilations d'œuvres littéraires. »<sup>62</sup>. Ainsi, les codes source et objet d'un programme d'ordinateur sont analysés comme

---

<sup>58</sup> Catherine JEWELL, « Video Games: 21st Century Art », (2012) 4 *WIPO Magazine* 10, 13.

<sup>59</sup> Irina A. STAMATOUDI, *Copyright and Multimedia Products: A Comparative Analysis*, Cambridge, Cambridge University Press, 2002, p. 168.

<sup>60</sup> Loi canadienne, art. 2 « programme d'ordinateur ».

<sup>61</sup> Normand TAMARO, *The 2022 Annotated Copyright Act*, Toronto, Carswell, 2022, p.110.

<sup>62</sup> Loi canadienne, art. 2 « œuvre littéraire ».

un processus personnel et original valant protection aux termes de la Loi canadienne<sup>63</sup>. Dans la même logique, la jurisprudence a reconnu que les algorithmes présents dans un logiciel s'apparentent à une formule mathématique, soit une idée, et donc ce sont plutôt les codes source et objet qui sont protégeables en vertu de la Loi canadienne<sup>64</sup>.

D'aucuns pourraient y opposer l'argument que le code informatique présent dans un jeu vidéo n'est pas lisible ou même simplement visible à l'œil nu du joueur. Or, la jurisprudence, dès les années 1980, a établi clairement que le code informatique et ses reproductions n'avaient pas à être lisibles à l'œil nu pour être protégés par le droit d'auteur<sup>65</sup>. Ainsi, le code informatique présent dans un programme d'ordinateur est considéré comme l'expression d'une idée originale et il n'est pas nécessaire qu'il soit visible pour être protégé<sup>66</sup> : peu importe la forme de ce code informatique (exprimé, fixé, incorporé ou encore emmagasiné), il suffit de prouver son existence et d'établir qu'il est original pour qu'il soit protégé aux termes de la Loi canadienne<sup>67</sup>.

Maintenant qu'il est établi que le code informatique présent dans un jeu vidéo est protégeable par droit d'auteur, on peut toutefois légitimement se demander si la simple protection de ce code est suffisante pour protéger le jeu vidéo dans son ensemble. Ce dernier n'est-il qu'un simple code informatique ? Qu'en est-il de tous les éléments artistiques et dramatiques qui le composent également ? Considérer le jeu vidéo uniquement sous le prisme de son code est une analyse beaucoup trop simpliste et primaire, cela reviendrait à ne prendre en compte que la substance de base du jeu vidéo, son squelette en quelque sorte<sup>68</sup>. Protéger seulement le code informatique revient donc à négliger tout l'aspect audiovisuel du jeu vidéo<sup>69</sup>. La protection accordée au jeu vidéo au seul titre de son code serait d'ailleurs une protection bien bancal. Effectivement, de nos jours, il arrive fréquemment que plusieurs jeux vidéo soient fondés sur le même code sur lequel les développeurs n'opèrent que des modifications mineures<sup>70</sup>. À l'heure actuelle, la majorité des développeurs utilisent des intergiciels (en anglais *middleware*), à savoir des logiciels développés

---

<sup>63</sup> *F & I Retail Systems Ltd. v. Thermo-Guard Automotive Products Canada Ltd.*, (1984) 1 C.P.R. (3d) 297 (Ont. H.C.).

<sup>64</sup> *Dynabec Ltée c. Société d'informatique R.D.G. Inc.*, [1985] 6 C.I.P.R. 185, 190-192 (C.A.); *Biocad Médical inc. c. Panthera Dentaire inc.*, 2016 QCCS 3096, par. 523.

<sup>65</sup> *Apple Computer, Inc. c. Mackintosh Computers Ltd.*, [1988] 1 C.F. 673, 686 (C.A.), conf. par [1990] 2 R.C.S. 209.

<sup>66</sup> N. TAMARO, préc., note 61, p. 111.

<sup>67</sup> *Id.*, p. 113.

<sup>68</sup> J.P. SAVOIE, préc., note 14, 676.

<sup>69</sup> *Id.*, 677.

<sup>70</sup> *Id.*

par une compagnie tierce servant de base technique au jeu vidéo. Il y a donc très peu de code informatique véritablement écrit pour chaque jeu et *a fortiori* peu de code informatique véritablement original<sup>71</sup>.

Dans un jugement sud-africain de 1993<sup>72</sup>, on a exposé les phases de création d'un jeu vidéo :

- La phase 1 est la phase de création : les développeurs mettront en place le concept du jeu, créeront les personnages principaux, établiront le thème et l'histoire du jeu voire commenceront la conception des différentes séquences du jeu afin de voir si le jeu sera intéressant, amusant et en mettant suffisamment au défi le joueur<sup>73</sup>.
- La phase 2 est la phase de design et développement : les développeurs développeront les personnages (leur apparence physique dans le jeu, leur personnalité), les différents environnements traversés par les joueurs, les textes à l'écran, les musiques et effets sonores. Les développeurs concevront également les objets avec lesquels les joueurs vont interagir (armes, outils, artefacts, etc.). C'est aussi à cette phase de création que vont être établis les *storyboards* (sorte de version illustrée du scénario) afin de développer les cinématiques et le gameplay. On voit donc ici des éléments qui peuvent se classer dans la catégorie des œuvres littéraires, musicales et artistiques notamment<sup>74</sup>.
- La phase 3, finalement, est la phase de programmation : le but de cette phase est de permettre à un jeu vidéo contenant tous les éléments précédemment développés d'être lus par un ordinateur ou une console de jeux vidéo, permettant aux joueurs de voir et d'interagir avec tous ces éléments. Ces derniers sont donc convertis en données informatiques<sup>75</sup>.

Comme on le voit, la phase de programmation informatique arrive donc très tard dans le développement d'un jeu vidéo. Elle est certes primordiale à ce dernier mais envisager le jeu vidéo uniquement pour son code informatique serait une erreur d'analyse à notre avis. Comme l'a

---

<sup>71</sup> A. RAMOS GIL DE LA HAZA, préc., note 12, 26.

<sup>72</sup> *Nintendo Co. Ltd. v. Golden China TV Game Centre*, (1993) 28 I.P.R. 313.

<sup>73</sup> Barry B. SOOKMAN, Steven MASON et Carys CRAIG, *Copyright Cases and Commentary on the Canadian and International Law*, 2ème éd., Toronto, Carswell, 2013, p. 408 et 409.

<sup>74</sup> *Id.*

<sup>75</sup> *Id.*

souligné un auteur, si on utilise un programme d'ordinateur pour faire de la musique, l'œuvre créée sera classée comme une œuvre musicale, et non comme un programme d'ordinateur<sup>76</sup>. Comparaison n'est pas raison mais on retrouve l'idée que le programme d'ordinateur n'est qu'un outil permettant à l'auditeur d'entendre l'œuvre créée tout comme, dans notre cas, le programme d'ordinateur permet au joueur de voir et interagir avec le jeu vidéo et son histoire.

Concluons notre analyse du jeu vidéo comme un programme d'ordinateur en soulignant qu'aux États-Unis, et ce dès les années 1980, les compagnies de l'industrie vidéoludique ont protégé les jeux vidéo comme des œuvres audio-visuelles plutôt que comme des œuvres littéraires (des programmes d'ordinateur donc). Effectivement, leur analyse était qu'une simple variation du code informatique présent dans leur jeu aurait été suffisante pour faire des contrefaçons audiovisuelles du jeu vidéo. Prenons un exemple simple pour illustrer cela :  $2+2 = 4$  et  $7-3 = 4$ . On retrouve le même résultat, mais avec deux calculs distincts. Ces compagnies craignaient qu'une variation dans le code permette du plagiat. Les compagnies de l'industrie vidéoludique ont donc priorisé, aux États-Unis, une protection des éléments audiovisuels du jeu vidéo plutôt qu'une protection du code informatique qui était perçue comme insuffisante<sup>77</sup>, ce qui rejoint notre analyse.

Maintenant qu'il est établi que le jeu vidéo est protégeable comme une œuvre littéraire, à savoir comme un programme d'ordinateur, mais que cette protection est parcellaire et insuffisante, il s'agit de voir si les caractéristiques visuelles et sonores d'un jeu vidéo sont suffisamment originales pour être protégées par le droit d'auteur<sup>78</sup>.

---

<sup>76</sup> N. TAMARO, préc., note 61, p. 110 et 111.

<sup>77</sup> John J. BORKING, *Third Party Protection of Software and Firmware: Direct Protection of Zeros and Ones*, Amsterdam, North-Holland, 1985, p. 244.

<sup>78</sup> *Id.*, p. 245.

## 2) L'approche comparative : le jeu vidéo en tant qu'œuvre cinématographique

Une autre approche que nous pouvons utiliser dans notre recherche de la qualification du jeu vidéo est l'approche comparative. Nous l'avons d'ailleurs fait en introduction lorsque nous avons comparé les revenus de l'industrie vidéoludique avec ceux de l'industrie cinématographique, le cinéma est effectivement la comparaison la plus logique à effectuer. Les ressemblances sont frappantes : existence d'un scénario, montage vidéo, musique accompagnant des images mouvantes<sup>79</sup>. Le jeu vidéo a évolué depuis *Pong* et *Pac-Man* : ce sont désormais de véritables œuvres dramatiques audiovisuelles, avec des heures de récit<sup>80</sup>. Les jeux vidéo ont souvent une trame narrative complexe, avec des dialogues, un script, le tout porté par des doubleurs pour les voix mais aussi pour les gestes physiques (la *motion capture*<sup>81</sup>). Du fait de leurs graphismes, certains jeux d'aventure et d'action peuvent être considérés comme de véritables films interactifs<sup>82</sup>. Ainsi, classer le jeu vidéo comme une œuvre cinématographique est une piste de réflexion qui mérite d'être explorée.

L'œuvre cinématographique est définie comme suit dans la Loi canadienne : « Y est assimilée toute œuvre exprimée par un procédé analogue à la cinématographie, qu'elle soit accompagnée ou non d'une bande sonore »<sup>83</sup>. Bien que ce soit relativement vague, la jurisprudence britannique<sup>84</sup> a établi que la cinématographie se définit par trois caractéristiques : (1) des séquences ou successions d'images, (2) enregistrées sur un matériau et (3) pouvant être montées en images animées<sup>85</sup>.

Du point de vue historique, l'œuvre cinématographique a longtemps été considérée soit comme une œuvre artistique<sup>86</sup>, soit comme une œuvre dramatique. Dans le cas où sa mise en scène ne lui

---

<sup>79</sup> N. TAMARO, préc., note 61, p. 123.

<sup>80</sup> Karlyn Ruth MEYER, « Doctrine of the Dead: How Capcom v. MRK Exposes the Decreasing Fit between Modern Copyright Infringement Analysis and Modern Video Games », (2010) 9 *Chicago-Kent Journal of Intellectual Property*, 132, 134.

<sup>81</sup> Technologie permettant, à l'aide d'une combinaison recouvrant les acteurs, de capturer les mouvements d'êtres humains afin de renforcer le réalisme des mouvements et de l'interaction entre humains.

<sup>82</sup> J.-P. SAVOIE, préc., note 14, 678.

<sup>83</sup> Loi canadienne, art. 2 «œuvre cinématographique».

<sup>84</sup> *Spelling Goldberg Productions Inc. v. BPC Publishing Ltd*, [1981] R.P.C. 283 (EWCA).

<sup>85</sup> B.B. SOOKMAN, S. MASON et C. CRAIG, préc., note 73, p. 407.

<sup>86</sup> Ysolde GENDREAU, *La protection des photographies en droit d'auteur français, américain, britannique et canadien*, Paris, Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, 1994, p. 42.

donnait pas un caractère dramatique, on la rapprochait de la photographie, c'est-à-dire une œuvre artistique<sup>87</sup>. À l'inverse, lorsque la mise en scène lui donnait un caractère dramatique, on la considérait alors comme une œuvre dramatique<sup>88</sup>. Toutefois, on considère désormais l'œuvre cinématographique comme un type, une sous-catégorie de l'œuvre dramatique, qu'elle comporte ou non une mise en scène lui donnant un caractère dramatique<sup>89</sup>. Effectivement, l'œuvre dramatique est définie de la manière suivante dans la Loi canadienne :

« Y sont assimilées les pièces pouvant être récitées, les œuvres chorégraphiques ou les pantomimes dont l'arrangement scénique ou la mise en scène est fixé par écrit ou autrement, les œuvres cinématographiques et les compilations d'œuvres dramatiques. »<sup>90</sup>

Pour résumer simplement en ce qui a trait aux images : si l'image est statique, on sera devant une œuvre artistique; si l'image est mouvante, on sera alors face à une œuvre dramatique<sup>91</sup>. Ainsi, toute œuvre cinématographique est considérée comme une œuvre dramatique et est donc protégée par la Loi canadienne. Toutefois, la durée de protection va varier selon si le film contient une mise en scène et un jeu d'acteur donnant un film un caractère dramatique, ou pas<sup>92</sup>. Si le film a un caractère dramatique, la durée de protection sera celle que l'on retrouve habituellement dans la Loi canadienne, soit soixante-dix années après le décès de l'auteur de l'œuvre<sup>93</sup>. Si l'œuvre cinématographique n'a pas de caractère dramatique, alors l'article 11.1 de la Loi canadienne s'appliquera :

« Sauf dans le cas d'œuvres cinématographiques auxquelles les dispositifs de la mise en scène ou les combinaisons des incidents représentés donnent un caractère dramatique, le droit d'auteur sur une œuvre cinématographique ou une compilation d'œuvres cinématographiques expire à la fin de la soixante-dixième année suivant l'année de la création de l'œuvre ou de la compilation; toutefois, si l'œuvre ou la compilation est publiée avant l'expiration du droit d'auteur, celui-ci demeure jusqu'à la fin de la soixante-quinzième année suivant l'année de sa première publication ou, si elle lui est antérieure, la fin de la centième année suivant l'année de sa création. »<sup>94</sup>

---

<sup>87</sup> *Id.*, p. 35 et 36.

<sup>88</sup> N. TAMARO, préc., note 61, p. 76.

<sup>89</sup> *Id.*

<sup>90</sup> Loi canadienne, art. 2 « œuvre dramatique ».

<sup>91</sup> B.B. SOOKMAN, S. MASON et C. CRAIG, préc., note 73, p. 421 et 422.

<sup>92</sup> *Id.*, p. 297.

<sup>93</sup> Loi canadienne, art. 6.

<sup>94</sup> *Id.*, art. 11.1.

Ajoutons également que bien que cela paraisse simple en théorie, il n'est pas toujours évident de définir ce qui donne un « caractère dramatique » à une œuvre cinématographique, est-ce le fait que l'œuvre soit fictionnelle ? Un film racontant une histoire vraie sera-t-il considérée comme dramatique ? Une personne filmant un événement de nature dramatique, pensons à un accident ou à un crime, sera-t-il en train de créer un film dramatique ? Ou encore, ce caractère dramatique est-il plutôt là pour distinguer les films faits par des industries cinématographiques dans un but de divertissement et à opposer à des gens filmant ce qui peut se passer dans la vie de tous les jours ? Il semble que la jurisprudence n'ait pas tranché cette question de manière claire.

Considérant tout ce que nous avons mentionné, associer le jeu vidéo à une œuvre cinématographique présente plusieurs avantages. D'abord et avant tout, une telle qualification du jeu vidéo protégerait tout l'aspect visuel, comme les images mouvantes capturées numériquement ou encore les animations des personnages, et dramatique du jeu vidéo, tels que le scénario ou encore les dialogues<sup>95</sup>. De plus, comme nous l'avons déjà vu, la Loi canadienne prend en compte la possibilité qu'il existe des œuvres cinématographiques qui ne sont pas dramatiques : ainsi, des jeux dépourvus de scénario, de mise en scène et d'histoire tels que *Pong*, *Pac-Mac* ou encore *Tetris* seraient tout de même protégés par le droit d'auteur mais avec des durées de protection différentes de celle des jeux vidéo possédant un véritable caractère dramatique. Il n'y aurait donc pas de différence de traitement majeure où certains jeux n'auraient pas la protection audio-visuelle offerte par la qualification d'œuvre cinématographique sous prétexte qu'ils ne possèdent pas un caractère dramatique, la seule différence étant la durée de protection prévue à l'article 11.1 de la Loi canadienne.

Par ailleurs, un autre avantage de classer le jeu vidéo comme une œuvre cinématographique est le fait que la musique accompagnant l'œuvre, appelée bande sonore au cinéma (*soundtrack* en anglais), serait également protégée comme un élément à part entière de l'œuvre cinématographique<sup>96</sup>. Effectivement, dans l'arrêt de la Cour suprême du Canada *Ré:Sonne c. Fédération des associations de propriétaires de cinémas du Canada*<sup>97</sup>, il a été clairement établi

---

<sup>95</sup> A. RAMOS GIL DE LA HAZA, préc., note 12, 27.

<sup>96</sup> Andy RAMOS, Laura LÓPEZ, Anxo RODRÍGUEZ, Tim MENG et Stan ABRAMS, *The Legal Status of Video Games: Comparative Analysis in National Approaches*, Genève, Organisation mondiale de la propriété intellectuelle, 2013, p. 24.

<sup>97</sup> 2012 CSC 38.

que la bande sonore présente dans un film n'est pas une œuvre distincte du film permettant l'obtention de la rémunération pour l'artiste-interprète et le producteur d'enregistrements sonores prévue à l'article 19(1) de la Loi canadienne<sup>98</sup>. La Cour suprême du Canada confirma cela en 2013 à l'occasion de l'arrêt *Cinar Corporation c. Robinson*<sup>99</sup>. L'article 17(1) de la Loi canadienne prévoit d'ailleurs que l'artiste-interprète ayant autorisé l'incorporation de sa prestation dans une œuvre cinématographique ne peut plus exercer son droit d'auteur sur sa prestation ainsi incorporée. Il est à noter toutefois que si on extrait l'enregistrement de l'œuvre cinématographique afin de le diffuser seul, alors l'article 19(1) de la Loi canadienne trouvera application<sup>100</sup>. On imagine, *mutatis mutandis*, que cela serait la même chose dans un jeu vidéo<sup>101</sup>, notamment dans les cinématiques (sur lesquelles nous reviendrons), mais il n'y a aucune jurisprudence à ce sujet à l'heure actuellement. Ajouton finalement qu'en Australie, le jugement *Galaxy Electronics Pty Ltd v. Sega Enterprises Ltd*<sup>102</sup> a établi que le jeu vidéo devait être qualifié en tant qu'œuvre cinématographique selon la loi australienne sur le droit d'auteur<sup>103</sup>. La doctrine australienne a d'ailleurs salué cette jurisprudence<sup>104</sup> en notant que l'œuvre cinématographique est, en droit australien, une catégorie pouvant désormais accueillir les œuvres multimédias, à savoir des programmes d'ordinateur comportant des éléments audio, vidéo, des images fixes, des graphismes produits par ordinateur et du texte s'affichant à l'écran et permettant à l'utilisateur d'interagir avec cette œuvre<sup>105</sup>.

On serait tenté d'arrêter là notre recherche de la qualification du jeu vidéo tant l'approche comparative présente des avantages pour protéger le jeu vidéo et ses caractéristiques audiovisuelles. Ce serait toutefois fermer les yeux sur plusieurs limites sérieuses à cette approche comparative. D'abord et avant tout, un film a une durée constante contrairement à un jeu vidéo où sa durée de vie<sup>106</sup> dépend non seulement du talent du joueur, mais aussi de la volonté de ce dernier d'explorer les environnements présents dans le jeu ou de compléter les quêtes et objectifs

---

<sup>98</sup> *Id.*, par. 36 et 52.

<sup>99</sup> 2013 CSC 73, par. 80.

<sup>100</sup> *Ré:Sonne c. Fédération des associations de propriétaires de cinémas du Canada*, préc., note 97, par. 50.

<sup>101</sup> A. RAMOS, L. LÓPEZ et A. RODRÍGUEZ, préc., note 96, p. 24.

<sup>102</sup> (1997) 37 I.P.R. 462.

<sup>103</sup> Tanya APLIN, « Not in Our Galaxy: Why "Film" Won't Rescue Multimedia », (1999) 21 *European Intellectual Property Review* 633, 633.

<sup>104</sup> *Id.* Voir également Anne FITZGERALD et Cristina CIFUENTES, « Copyright Protection for Digital Multimedia Works », (1999) *Ent. L. R.* 23, 27 et 28.

<sup>105</sup> Robert D. SPRAGUE, « Multimedia: The Convergence of New Technologies and Traditional Copyright Issues », (1994) 71 *Denver Law Review* (nom à l'époque de publication : *Denver University Law Review*) 635, 637-640.

<sup>106</sup> On appelle durée de vie le temps que va prendre un joueur pour finir un jeu vidéo.

secondaires s'offrant à lui dans le jeu<sup>107</sup>. On retrouve ici l'élément essentiel du jeu vidéo : son interactivité, le fait que ce soit le joueur qui bâtit sa propre expérience avec le jeu au gré de ses envies, de sa curiosité et de ses capacités. Quel que soit le talent du spectateur, un film aura toujours la même durée pour le visionner du début à la fin et on y verra toujours les mêmes scènes au même moment et s'enchaînant toujours dans le même ordre. Ce n'est pas le cas pour le jeu vidéo. Par ailleurs, une quantité significative de jeux vidéo proposent plusieurs fins selon les choix et actions du joueur<sup>108</sup>. Ainsi, dans le jeu états-unien *Bioshock* sorti en 2007, selon la manière dont le joueur aura interagi avec des personnages appelés Petites Sœurs, le joueur aura accès à une bonne ou une mauvaise fin. Dans le jeu polonais *The Witcher 3 : Wild Hunt* sorti en 2015, la fin auquel aura accès le joueur dépendra de ses choix dans l'histoire principale, mais aussi de ses interactions avec différents personnages politiques (participation à un complot, aide à un roi exilé, etc.) et de la manière avec laquelle il aura bâti une relation avec l'un des personnages féminins ayant eu une attirance pour le protagoniste du jeu : *The Witcher 3 : Wild Hunt* est donc conçu pour proposer trente-six fins possibles au joueur selon ses actions dans le jeu<sup>109</sup>. Comme l'a souligné Karlyn Ruth Meyer, les jeux vidéo ne sont plus des films interactifs, mais de véritables mondes interactifs<sup>110</sup> permettant aux joueurs d'explorer à leur guise les univers proposés alors que le cinéma ne permet au spectateur de voir que ce que veut lui montrer le réalisateur. Peut-être pourrait-on dresser un parallèle avec le jugement de la Cour d'appel fédérale du Canada *FWS Joint Sports Claimants c. Canada (Commission du droit d'auteur)*<sup>111</sup> où il a été établi qu'un match de sport n'est pas protégeable par droit d'auteur. Effectivement, malgré un haut degré de préparation, un match de sport présente un aspect trop imprévisible dans son dénouement pour être qualifié d'œuvre dramatique<sup>112</sup>. De la même manière, certains jeux vidéo présentent un aspect imprévisible puisque les quêtes à suivre, voire la fin du jeu, dépendront uniquement des choix et actions du joueur, ce qui ferait que le jeu vidéo ne pourrait être protégé comme une œuvre cinématographique<sup>113</sup>.

---

<sup>107</sup> B.B. SOOKMAN, S. MASON et C. CRAIG, préc., note 73, p. 415.

<sup>108</sup> K. R. MEYER, préc., note 80, 134-135.

<sup>109</sup> IGN, « The Witcher 3 – Endings », en ligne : <https://www.ign.com/wikis/the-witcher-3-wild-hunt/Endings> (consulté le 13 novembre 2022).

<sup>110</sup> K. R. MEYER, préc., note 80, 137.

<sup>111</sup> [1992] 1 C.F. 487 (C.A.).

<sup>112</sup> *Id.*, 495 et 496. Voir également *Canadian Admiral Corporation Ltd. v. Rediffusion Inc.*, [1954] Ex. CR 382, 400 et 401.

<sup>113</sup> Ajoutons qu'au Brésil, la législation prévoit une protection pour la prestation d'un athlète durant un événement sportif. Ainsi, l'athlète a un droit exclusif d'autoriser ou d'interdire l'exploitation de son image dans le contexte d'un

Toutefois, de la même manière qu'on trouve dans le jeu vidéo un code informatique pouvant être protégé, s'il est original, comme une œuvre littéraire aux termes de la Loi canadienne, on peut trouver dans le jeu vidéo un élément qui peut être protégé en tant qu'œuvre cinématographique, à savoir les cinématiques. Une cinématique est un extrait vidéo se déclenchant à des moments prédéfinis d'un jeu pour faire avancer l'histoire, le joueur n'ayant alors plus le contrôle du jeu et n'étant plus qu'un spectateur. Prenons un exemple simple pour illustrer ce qu'est une cinématique : dans un jeu vidéo d'aventure où le protagoniste est à la recherche d'un trésor, le joueur va contrôler le protagoniste dans sa quête à travers des environnements variés<sup>114</sup> (jungles, villes, temples, musées, etc.) où il devra combattre des ennemis, pratiquer de l'escalade, explorer son environnement et chercher des indices. Toutefois, pour que l'histoire puisse avancer mais aussi pour faire des ellipses entre les différents chapitres, on présentera au joueur des cinématiques, soit des sortes de films d'animation aux graphismes analogues aux images de synthèse (*computer-generated imagery*, ou CGI) des films hollywoodiens. Ces cinématiques permettront, par exemple, de montrer aux joueurs ce qui était contenu dans l'objet qu'ils auront découvert dans le jeu ou encore de montrer le protagoniste se rendre d'un temple à Madagascar vers une île perdue au milieu du Pacifique où se trouverait le trésor par exemple. Le déplacement du protagoniste d'un environnement à l'autre n'aurait pas grand intérêt en termes de jouabilité, mais est essentiel au scénario du jeu. Ainsi, ces cinématiques sont donc de véritables œuvres cinématographiques<sup>115</sup> : elles auront toujours la même longueur et le même dénouement. La prestation des doubleurs et la musique contenue dans ces cinématiques seront donc protégées comme faisant partie de l'œuvre cinématographique.

Comme on a donc pu le voir, la qualification du jeu vidéo comme une œuvre cinématographique présente certains avantages tant les deux formes d'art sont proches en termes d'images mouvantes. Cette qualification permettrait de protéger l'aspect visuel mais aussi audio du jeu vidéo. Toutefois, le jeu vidéo, étant donné son interactivité, présente des différences qu'on ne peut négliger avec un

---

événement sportif, on appelle ce droit exclusif le « droit d'arène » (en anglais, *arena right*). Ce dernier a une nature hybride, se trouvant entre le droit voisin et le droit à l'image. Peut-être cela ouvrira-t-il la porte à une protection de l'événement sportif en lui-même ? Voir notamment la conférence donnée le 16 septembre 2022 par Alejo Barrenechea, à l'occasion du congrès 2022 de *The International Literary and Artistic Association (ALAI)*, dont le PowerPoint se trouve à cette adresse : <https://www.alai2022.com/c%C3%B3pia-questionnaire> (consulté le 22 avril 2023).

<sup>114</sup> On parle dans le monde du jeu vidéo de chapitre, de mission ou encore de niveau (de l'anglais *level*).

<sup>115</sup> Ajoutons que la technologie permettant de créer des cinématiques dans un jeu vidéo est désormais utilisée au cinéma pour créer des images de synthèse. Ainsi, on retrouve désormais des cinématiques dans les films.

film : une durée variable selon le niveau du joueur, une expérience de jeu différente selon les envies et curiosités du joueur, voire une histoire avec des dénouements différents selon les choix et actions du joueur. À l'inverse, un film aura toujours la même durée, on y trouvera toujours la même succession de scènes et l'histoire sera toujours identique. Toutefois, de la même manière que certains éléments du jeu vidéo peuvent être considérés comme des programmes d'ordinateurs et donc sont protégeables en tant qu'œuvre littéraire, nous sommes d'avis que les cinématiques que l'on retrouve dans sensiblement tous les jeux vidéo depuis maintenant une vingtaine d'années sont des œuvres cinématographiques à part entière et méritent la protection prévue à cet effet dans la Loi canadienne. Cependant, à notre avis, le jeu vidéo dans son ensemble présente trop de différences significatives avec le film pour pouvoir être classé comme une œuvre cinématographique. Il nous reste donc une troisième piste de réflexion à explorer.

### **3) Le jeu vidéo en tant que compilation ou recueil de plusieurs œuvres et le paradoxe de l'article 2.1 (1) de la Loi canadienne**

Notre troisième hypothèse pour qualifier le jeu vidéo est de le considérer comme un ensemble cohérent d'éléments hétérogènes, à savoir une compilation ou un recueil de plusieurs œuvres. La question est donc de savoir si cette qualification est cohérente avec la Loi canadienne et surtout si elle ne laisse pas de côté des éléments importants constituant le jeu vidéo.

#### **a) Le jeu vidéo en tant que compilation ou recueil de plusieurs œuvres**

Comme nous avons pu le voir, les pistes explorées pour qualifier le jeu vidéo se sont révélées insuffisantes car elles ne protégeaient que certains éléments du jeu vidéo, à savoir le code informatique et les cinématiques présentes dans le jeu vidéo. Or, ce dernier est composé de beaucoup plus d'éléments protégeables. Effectivement, le scénario du jeu vidéo est protégeable, tout comme ses dialogues<sup>116</sup>. Les éléments artistiques présents dans le jeu vidéo tels que les

---

<sup>116</sup> Susan H. ABRAMOVITCH et René BISSONNETTE, « Les règles du jeu (partie 1) : protection du droit d'auteur lié aux jeux vidéo », (2018) *Gowling WLG*, en ligne : <https://gowlingwlg.com/fr/insights-resources/articles/2018/rules-of-the-game-part-1/> (consulté le 25 juin 2022)

environnements ou la conception des niveaux traversés par les joueurs peuvent être également protégés par droit d'auteur<sup>117</sup>. De même, le design des personnages dans le jeu peut faire l'objet d'une protection. Dans l'arrêt de la Cour d'appel du Québec *Productions Avanti Ciné Vidéo c. Favreau*<sup>118</sup>, les juges ont établi que si le personnage est d'une importance notable dans l'intrigue, qu'il dépasse le stade de l'idée et est donc doté de caractéristiques originales et distinctives qui permettent au public de l'attribuer spécifiquement à une œuvre précise et à le reconnaître hors de son environnement original, alors ce personnage pourra être protégé par droit d'auteur<sup>119</sup>. À l'inverse, moins un personnage est développé, moins les tribunaux seront enclins à reconnaître un droit d'auteur à son créateur.

Nous avons mentionné la musique dans notre analyse de l'œuvre cinématographique : la musique est une partie essentielle dans un jeu vidéo, elle est constamment présente lorsque le joueur a la manette en main pour lui transmettre des émotions (joie, peur, sentiment d'urgence, etc.)<sup>120</sup>. Cette œuvre musicale est évidemment protégeable par droit d'auteur et elle a souvent une vie indépendante du jeu vidéo puisqu'il arrive fréquemment que des orchestres symphoniques fassent des concerts de musiques de jeu vidéo<sup>121</sup>. L'interface utilisateur présente dans le jeu vidéo pourrait également faire l'objet d'une protection aux termes de la Loi canadienne<sup>122</sup>. On peut donc le voir, le jeu vidéo est constitué d'une multitude d'éléments très disparates fonctionnant dans une symbiose parfaite et qui peuvent tous prétendre à une protection aux termes de la Loi canadienne. Il nous reste à identifier le véhicule juridique présent dans cette loi pour protéger tous ces éléments. Il en existe en fait deux, dont les définitions se chevauchent : la compilation<sup>123</sup> et le recueil.

La compilation est définie dans la Loi canadienne de la manière suivante : « Les œuvres résultant du choix ou de l'arrangement de tout ou partie d'œuvres littéraires, dramatiques, musicales ou artistiques ou de données. »<sup>124</sup>. Cette définition est apparue en 1994 à la suite de l'adoption de

---

<sup>117</sup> D. GREENSPAN et G. DIMITA, préc., note 1, p. 59.

<sup>118</sup> [1999] R.J.Q. 1939.

<sup>119</sup> Voir également *Cinar Corporation c. Robinson*, préc., note 99, par. 45 et 46.

<sup>120</sup> J.-P. SAVOIE, préc., note 14, 678 et 679.

<sup>121</sup> Par exemple : L'Orchestre de jeux vidéo, « Histoire », en ligne : <https://orchestre-ojv.ca/fr> (consulté le 21 novembre 2022).

<sup>122</sup> D. GREENSPAN et G. DIMITA, préc., note 1, p. 59.

<sup>123</sup> B.B. SOOKMAN, S. MASON et C. CRAIG, préc., note 73, p. 407

<sup>124</sup> Loi canadienne, art. 2 « compilation ».

l'Accord de libre-échange nord-américain (ALENA)<sup>125</sup>. Plus simplement, une compilation est une œuvre regroupant d'autres œuvres, en partie ou en intégralité. Un exemple simple serait une compilation des cent plus beaux poèmes de la littérature française. L'auteur de la compilation est celui qui va faire le choix et l'assemblage des œuvres composant la compilation<sup>126</sup>. Ainsi, dans l'Arrêt CCH, la Cour suprême explique qu'« une compilation consiste dans la présentation, sous une forme différente, d'éléments existants. Celui qui l'effectue n'a aucun droit d'auteur sur les composantes individuelles. Cependant, il peut détenir un droit d'auteur sur la forme que prend la compilation. »<sup>127</sup>. Effectivement, on considère que le choix des œuvres composant la compilation est en soi la preuve d'une originalité : pour reprendre notre exemple de la compilation des cent plus beaux poèmes de la littérature française, cela implique que l'auteur de la compilation a lu ces poèmes et les a sélectionnés pour faire partie d'un ensemble. En revanche, si la compilation n'est en fait que la liste complète des œuvres d'un auteur précis, alors l'exigence d'originalité ne sera pas atteinte et on ne pourra qualifier la compilation comme suffisamment originale pour être protégée. De plus, l'auteur de la compilation n'est pas forcément l'auteur de chaque œuvre composant la compilation<sup>128</sup>. De la compilation émane un droit d'auteur propre et distinct de celui sur les œuvres composant la compilation<sup>129</sup> : ainsi, la Loi canadienne prévoit que « l'incorporation d'une œuvre dans une compilation ne modifie pas la protection conférée par la présente loi à l'œuvre au titre du droit d'auteur ou des droits moraux »<sup>130</sup>. Dans cette logique, l'auteur d'une œuvre devra donner son autorisation pour que cette œuvre soit incluse dans une compilation. Il conserve donc son droit d'auteur sur son œuvre, mais n'aura aucun droit d'auteur sur la compilation ainsi obtenue<sup>131</sup>. Ainsi, on pourrait concevoir le jeu vidéo comme une compilation d'œuvres littéraires (le code informatique, les écrits trouvables dans le jeu vidéo), musicales (les musiques et effets sonores présents dans le jeu), artistiques (le design des personnages, les environnements et la conception des niveaux traversés par les joueurs<sup>132</sup>) et dramatiques (les cinématiques, le

---

<sup>125</sup> Benoît CLERMONT, « Les compilations et la Loi sur le droit d'auteur : leur protection et leur création », (2018) 18 *CPI* 219, 224 et 225.

<sup>126</sup> N. TAMARO, préc., note 61, p. 97.

<sup>127</sup> Arrêt CCH, par. 33.

<sup>128</sup> *Harmony Consulting Ltd. c. G.A. Foss Transport Ltd.*, 2011 CF 340, par. 150.

<sup>129</sup> *Construction Denis Desjardins inc. c. Jeanson*, 2010 QCCA 1287, par. 10.

<sup>130</sup> Loi canadienne, art. 2.1 (2)

<sup>131</sup> *Id.* ; N. TAMARO, préc., note 61, p. 103.

<sup>132</sup> On peut y voir une analogie avec la science du décor ou des costumes au cinéma.

doublage des voix et la *motion capture*, les dialogues et le scénario du jeu vidéo), formant un ensemble cohérent<sup>133</sup>.

Le recueil (*collective work* en anglais), quant à lui, est défini dans la Loi canadienne de la manière suivante :

- « a) Les encyclopédies, dictionnaires, annuaires ou œuvres analogues;
- b) les journaux, revues, magazines ou autres publications périodiques;
- c) toute œuvre composée, en parties distinctes, par différents auteurs ou dans laquelle sont incorporées des œuvres ou parties d'œuvres d'auteurs différents. »<sup>134</sup>

Dans le cas qui nous occupe, le sous-paragraphe c) est celui qui semble le mieux s'adapter au jeu vidéo. Le recueil est donc une œuvre composée par différents auteurs ou une œuvre dans laquelle on retrouve des œuvres, en partie ou en intégralité, d'auteurs différents. Tout comme pour la compilation, il existe un droit d'auteur pour le ou les auteurs du recueil en plus d'un droit d'auteur pour chaque œuvre composant la compilation<sup>135</sup> et il faut donc l'accord de chaque auteur pour reproduire leur œuvre dans le recueil<sup>136</sup>. La Loi canadienne va donc protéger ici également le travail de sélection, d'édition et d'arrangement des différentes œuvres mises ensemble dans le recueil si le résultat final est original. Au vu de la définition du recueil dans la Loi canadienne et notamment des deux premiers sous-paragraphe, on serait tenté de considérer le recueil comme ne concernant que les œuvres littéraires. D'ailleurs, la jurisprudence canadienne a surtout analysé le recueil dans le contexte littéraire et on ne sait donc pas si la notion de recueil pourrait s'appliquer au jeu vidéo<sup>137</sup>. Peut-être pourrait-on trouver la réponse en regardant le texte ayant inspiré de manière significative notre Loi canadienne, à savoir la *Convention de Berne pour la protection des œuvres littéraires et*

---

<sup>133</sup> Une compilation doit-elle être forcément statique, à savoir qu'elle aura toujours la même succession d'œuvres dans un sens précis ? Si l'on conçoit la compilation dans son sens matériel, pensons par exemple à une compilation de poèmes, alors forcément on y verra toujours la même succession de poèmes dans l'ordre choisi par le compilateur. Toutefois, une compilation peut aussi être une base de données si l'on se réfère à la définition de compilation donnée par la Loi canadienne. Or, selon les mots entrés dans la barre de recherches de la compilation, la succession d'œuvres proposées variera. Aussi, selon nous, une compilation n'a pas à présenter un ordre précis d'œuvres et donc le fait que le jeu vidéo présente une succession d'œuvres qui variera selon la session de jeu du joueur ne disqualifie pas la qualification du jeu vidéo en tant que compilation.

<sup>134</sup> Loi canadienne, art. 2. « recueil ».

<sup>135</sup> *ATV Music Publishing Canada Ltd. v. Rogers Radio Broadcasting Ltd. et al.*, (1982) 134 DLR (3d) 487, par. 11 et 15.

<sup>136</sup> N. TAMARO, préc., note 61, p. 83.

<sup>137</sup> A. RAMOS, L. LÓPEZ et A. RODRÍGUEZ, préc., note 96, p. 25.

*artistiques*<sup>138</sup> (ci-après la « Convention de Berne »), qui fut adoptée en 1886 puis modifiée à plusieurs reprises (la dernière version de la Convention de Berne date de 1971 et sa dernière modification de 1979). Dans cette dernière, le recueil est appelé en anglais *collection* plutôt que *collective work* pour éviter la confusion entre le recueil et le concept d'œuvre créée en collaboration<sup>139</sup>, ce qui est déjà arrivé dans la jurisprudence canadienne<sup>140</sup>. Le recueil peut réunir des œuvres de toutes les catégories (littéraires, dramatiques, musicales et artistiques)<sup>141</sup>. Il est à noter qu'en anglais, il y a une différence entre le terme *compilation* qui implique un travail intellectuel pour réunir toutes les œuvres dans un ensemble cohérent et réfléchi, et *collection* qui pourrait être plus machinale et n'être qu'un recueil de toutes les œuvres de Molière par exemple<sup>142</sup>. Toutefois, comme la Convention de Berne considère qu'une œuvre n'est protégée que comme l'expression du talent de son auteur, alors la différence entre compilation et recueil est inexistante<sup>143</sup>. Nous sommes d'avis que le sous-paragraphe c) de la définition du recueil de la Loi canadienne peut être interprété de manière large et libérale et permettre donc que le recueil réunisse des œuvres de toutes catégories, et pas uniquement des œuvres littéraires. Ainsi, on pourrait également qualifier le jeu vidéo de recueil d'œuvres musicales, artistiques, dramatiques et littéraires.

Le jeu vidéo est-il un recueil ou bien une compilation ? En vérité, ces deux types d'œuvres ont des caractéristiques très similaires<sup>144</sup> : les deux ont comme particularité de réunir en leur sein différentes œuvres, leur élaboration doit nécessiter un travail intellectuel pour qu'elles soient considérées comme originales et être protégées, les auteurs des œuvres composant la compilation et le recueil conservent leur droit sur l'œuvre incorporée mais ils n'auront pas de droit d'auteur sur la compilation et le recueil, et finalement l'auteur de la compilation ou du recueil aura un droit d'auteur distinct de celui des œuvres incluses dans la compilation ou le recueil. Il est d'ailleurs intéressant de noter qu'il est parfois arrivé que la jurisprudence canadienne ait interprété le recueil comme une compilation avant que la Loi canadienne ne définisse expressément la compilation en

---

<sup>138</sup> 9 septembre 1886, [1928] R.T. Can. n° 3.

<sup>139</sup> Sam RICKETSON et Jane C. Ginsburg, *International Copyright and Neighbouring Rights: The Berne Convention and Beyond*, 3ème éd., Oxford, Oxford University Press, 2022, p. 487 et 488.

<sup>140</sup> *Lachance c. Productions Marie Eykel inc.*, 2014 QCCA 158, par. 17.

<sup>141</sup> S. RICKETSON et J.C. GINSBURG, préc., note 139, p. 486 et 488.

<sup>142</sup> *Id.*, p. 487.

<sup>143</sup> *Id.*, p. 487 et 488.

<sup>144</sup> N. TAMARO, préc., note 61, p. 97.

1993<sup>145</sup>, la Cour suprême notant même que le recueil et la compilation ont des définitions différentes mais qu'elles protègent sensiblement les mêmes œuvres<sup>146</sup>. Ainsi, si notre hypothèse était accueillie favorablement par la jurisprudence, on aurait un droit d'auteur sur le jeu vidéo dans son ensemble en tant que compilation ou recueil et un droit d'auteur sur chaque élément original et protégeable par la Loi canadienne composant le jeu vidéo<sup>147</sup>. Nous avons mentionné la jurisprudence australienne lorsque nous avons traité l'hypothèse du jeu vidéo comme œuvre cinématographique : on pourrait y voir un certain parallèle avec notre hypothèse du jeu vidéo comme une compilation ou un recueil. Effectivement, la doctrine australienne a souligné que l'œuvre cinématographique était désormais une catégorie « fourre-tout » pouvant accueillir les œuvres multimédias afin d'y protéger tout l'aspect audio-visuel<sup>148</sup> et que le jeu vidéo, en Australie, était donc protégé à la fois comme une œuvre cinématographique et comme un programme d'ordinateur<sup>149</sup>, protégeant donc chaque élément composant le jeu vidéo. Ainsi, au Canada, si on qualifiait le jeu vidéo de compilation ou de recueil de plusieurs catégories d'œuvres, on protégerait presque chaque élément composant le jeu vidéo.

#### b) Le paradoxe de l'article 2.1 (1) de la Loi canadienne

Mission accomplie pour la qualification du jeu vidéo en droit canadien ? Pas forcément. Effectivement, l'article 2.1(1) de la Loi canadienne nous met face à un paradoxe. Ce paragraphe se lit comme suit : « La compilation d'œuvres de catégories diverses est réputée constituer une compilation de la catégorie représentant la partie la plus importante. »<sup>150</sup>. On n'a aucune jurisprudence au Canada venant définir la question de savoir si la partie la plus importante est une question quantitative (longueur de l'œuvre, taille du fichier informatique) ou qualitative (l'œuvre qui se distingue des autres et en fait l'œuvre prépondérante dans la compilation). Or, dans le cas

---

<sup>145</sup> *Id.*, p. 86.

<sup>146</sup> *Robertson c. Thomson Corp.*, 2006 CSC 43, par. 31 et 37.

<sup>147</sup> Michael SHORTT, « *Seggie c. Roofdog Games Inc. : Qui est l'auteur d'un logiciel de jeu vidéo du point de vue du droit d'auteur* », (2016) *Fasken*, en ligne : <https://www.fasken.com/fr/knowledge/2016/05/intellectualpropertybulletin-20160519> (consulté le 24 juin 2022).

<sup>148</sup> T. APLIN, préc., note 103, 633.

<sup>149</sup> *Id.*, 635.

<sup>150</sup> Loi canadienne, art. 2.1 (1).

du jeu vidéo, cette question n'a pas d'importance. Effectivement, quel est l'élément représentant la partie la plus importante dans un jeu vidéo ? C'est le gameplay, soit le moment où le joueur a le contrôle du jeu. Le gameplay représente 80% voire plus du jeu vidéo en termes de durée, mais aussi en ce qui a trait à l'aspect qualitatif, puisque c'est l'élément central du jeu vidéo et ce qui en fait une forme d'art et de divertissement complètement à part. Comment définir cet objet vidéoludique non identifié ? Est-il protégeable par droit d'auteur ?

Nous avons défini, en introduction, le gameplay comme la partie interactive du jeu vidéo, le moment où le joueur, manette en main, a le contrôle du personnage à l'écran. Nous ne sommes pas ici entrain de prétendre qu'appuyer sur la barre espace du clavier ou tel bouton de la manette pour faire en sorte que le personnage à l'écran saute devrait être protégé par droit d'auteur. Le gameplay implique à la fois ce que le joueur voit à l'écran, mais aussi ce qu'il ressent et ce qu'il peut faire par l'intermédiaire de la manette puisque chaque action du joueur a une conséquence dans le jeu. Chaque jeu a son gameplay, qui sera plus ou moins original et unique. Prenons un exemple simple : le jeu vidéo *Batman : Arkham Asylum*, sorti en 2009, permettait au joueur de contrôler le personnage de Batman devant faire face à un complot du Joker visant à s'emparer de l'asile d'Arkham dans un but inconnu. Au-delà du scénario, ce qui a fait le succès de ce jeu est le fait que le gameplay impliquait que les joueurs se sentaient vraiment en contrôle du personnage de Batman : ce dernier pouvait se cacher dans les conduites d'aération ou sur des gargouilles afin de surprendre les ennemis présents dans les niveaux. Comme dans les films, le jeu permettait au joueur d'affronter plusieurs ennemis à la fois dans des combats violents et endiablés où Batman apparaissait lourd et puissant. De plus, le jeu n'oubliait pas que Batman est aussi un enquêteur et, dans plusieurs séquences, le joueur était amené à chercher des indices afin de comprendre ce qu'il s'était passé dans l'asile et de découvrir les projets du Joker. Tout ce gameplay s'inscrivait dans un univers sombre et inquiétant où le joueur se retrouvait seul à devoir affronter une horde d'adversaires dans un environnement gothique tout en en apprenant plus sur le passé de Batman, alias Bruce Wayne. À l'inverse, le jeu *Spider-Man*, sorti en 2018, permet aussi au joueur de prendre le contrôle d'un super-héros affrontant des ennemis et essayant de mettre fin à un complot criminel. Mais ici, le gameplay est totalement différent : Spider-Man est un adolescent vivant les tracas d'un jeune Occidental du XXIème siècle. L'action se passe dans les rues de New York et le jeu permet aux joueurs d'avancer à toute allure entre les immeubles à l'aide de ses toiles d'araignée. Le joueur n'incarne plus un enquêteur chevronné mais un jeune génie des sciences, enthousiaste et parfois

un brin naïf. Alors que les combats dans le jeu Batman étaient brutaux et violents, ceux de Spider-Man sont davantage fondés sur l'esquive et les acrobaties. On trouve donc deux jeux de super-héros où le joueur doit stopper un complot criminel, mais le gameplay est tellement différent qu'on ne pourrait jamais les confondre : c'est donc bien souvent le gameplay qui fait le jeu vidéo.

Le gameplay est tellement important qu'il a parfois mené à la création de genres entiers au sein de l'industrie vidéoludique. Ainsi, le jeu vidéo japonais *Resident Evil*, sorti en 1996, avait un gameplay tellement particulier que cela a mené à la création du genre vidéoludique nommé *survival horror*. Effectivement, les jeux vidéo d'horreur existaient depuis déjà un certain temps quand *Resident Evil* est sorti sur les consoles de salon. Toutefois, ce jeu avait comme particularité de mettre aux prises les joueurs face à des créatures plus terrifiantes les unes que les autres dont le fameux zombie<sup>151</sup> (dans le jeu, un humain contaminé par un virus le transformant en une créature cannibale et très résistante aux balles) avec des ressources extrêmement limitées : plus souvent qu'autrement, le joueur était obligé de fuir l'affrontement, chose totalement nouvelle dans le jeu vidéo, voire de tenter de lutter avec un simple couteau quand les munitions étaient vides, d'où le fameux aspect survie. De plus, *Resident Evil* proposait un gameplay où la caméra ne suivait pas le protagoniste à l'écran comme cela se voit traditionnellement dans un jeu vidéo, mais plutôt avec des angles de caméra fixes : ainsi, le joueur ne voyait jamais ce qui se trouvait au coin d'un mur ou au fond d'un couloir<sup>152</sup>, renforçant l'immersion et l'aspect horrifique en plus de forcer le joueur à tendre l'oreille pour espérer déceler le râle d'un zombie ou le bruit de pas d'une créature plus terrifiante encore. Ce gameplay si particulier et novateur a fait le succès du titre à travers le monde entier et a mené au genre vidéoludique désormais bien connu des joueurs qu'est le *survival horror*. On peut donc le voir, le gameplay n'est pas qu'une affaire de commandes sur lesquelles appuyer pour faire bouger le protagoniste à l'écran, le gameplay, c'est ce qui donne au jeu son aspect interactif et ludique mais aussi le distingue d'autres jeux par la connexion qu'il établit avec le joueur en le mettant à l'épreuve, en lui faisant peur mais aussi en lui donnant un sentiment de réussite voire de puissance quand il parvient à en maîtriser tous les aspects. Or, la question

---

<sup>151</sup> Martin PICARD, « Haunting Backgrounds: Transnationality and Intermediality in Japanese Survival Horror Video Games », dans Bernard PERRON (dir.), *Horror Video Games: Essays on the Fusion of Fear and Play*, Jefferson, McFarland, 2009, p. 95, à la page 115.

<sup>152</sup> Richard ROUSE III, « Match Made in Hell: The Inevitable Success of the Horror Genre in Video Games », dans Bernard PERRON (dir.), *Horror Video Games: Essays on the Fusion of Fear and Play*, Jefferson, McFarland, 2009, p. 15, à la page 23.

subsiste : le gameplay est-il protégeable ? Si non, le jeu vidéo pourrait être qualifié de compilation ou de recueil de plusieurs œuvres mais environ 80% du jeu vidéo se retrouverait non protégé aux termes de la Loi canadienne.

En venant protéger le gameplay, sommes-nous en train d'essayer de protéger une idée ou bien l'expression d'une idée ? Effectivement, rappelons qu'en droit canadien, le droit d'auteur ne vise pas à protéger une idée en tant que telle mais bien l'expression de cette idée dans une forme précise<sup>153</sup>. Or, notre but ici n'est pas de protéger l'idée que le gameplay de *Resident Evil*, pour reprendre notre exemple, fasse peur au joueur mais plutôt la manière dont ce gameplay s'exprime dans une forme matérielle afin d'obtenir un effet sur le joueur. On va donc protéger tout un ensemble d'éléments tels que la manière dont le joueur verra son environnement à l'écran par la prédisposition de caméras à des endroits précis, la manière dont le jeu va laisser au joueur la possibilité de pouvoir faire certaines actions ou au contraire de ne pas le laisser en faire d'autres afin de le mettre dans une situation de stress, le déclenchement d'événements à des moments précis du jeu. Ainsi, de la même manière qu'une nouvelle fantastique est protégée en tant qu'expression originale d'une histoire dont le but est de faire peur au lecteur, nous sommes d'avis que le gameplay est l'expression originale d'un ensemble d'éléments ayant pour but de faire voir et ressentir aux joueurs des émotions et des sensations. Effectivement, chaque développeur a sa manière de concevoir un gameplay qui sera l'expression de son talent et de son jugement et on trouve des jeux vidéo avec un gameplay franchement original et ayant une patte unique et reconnaissable pour chaque joueur dès que ce dernier a la manette en main.

Dans notre quête pour savoir si le gameplay est protégeable par droit d'auteur, peut-être pouvons-nous dresser un parallèle avec la doctrine du *look and feel* qui a émergé aux États-Unis notamment en ce qui a trait aux programmes d'ordinateur. Effectivement, dans les années 1980, la jurisprudence américaine a eu à se prononcer sur des demandes d'injonction dans le cas de contrefaçons de jeux vidéo<sup>154</sup>. Ainsi, les développeurs du fameux jeu *Pac-Man* avaient demandé des injonctions pour empêcher une autre compagnie de développement de jeu vidéo de commercialiser un jeu reprenant ce que la jurisprudence a appelé le *look and feel* du jeu *Pac-*

---

<sup>153</sup> Arrêt CCH, par. 8 et 14 ; *Ré:Sonne c. Fédération des associations de propriétaires de cinémas du Canada*, préc., note 97, par. 91 ; *Kraft Canada Inc. c. Euro Excellence Inc.*, 2004 CF 652, par. 31 et 54 ; *Lainco Inc. c. Commission scolaire des Bois-Francis*, 2017 CF 825, par. 43.

<sup>154</sup> Peter LEE et Madhavi SUNDER, « The Law of Look and Feel », (2017) 90 *Southern California Law Review* 529, 540.

*Man*<sup>155</sup>. On venait donc protéger ici l'ensemble de ce que le joueur voyait à l'écran : l'interface, les éléments qui la composent et les effets sonores de l'interaction avec les éléments à l'écran. On ne protège donc pas chaque élément individuellement, mais plutôt un ensemble : la jurisprudence a parfois parlé d'un « flow », de ce qui est vu et ressenti par le joueur en regardant l'écran<sup>156</sup>. À la suite de ces décisions, plusieurs compagnies travaillant dans le domaine informatique et notamment Apple ont poursuivi des concurrents au motif que l'aspect visuel de leur logiciel avait été repris par leurs concurrents, violant ainsi leur droit d'auteur<sup>157</sup>. Apple a notamment allégué que son succès provenait de son interface utilisateur facile d'accès et reconnaissable au premier regard par son design plaisant<sup>158</sup>. L'interface utilisateur est la partie du programme d'ordinateur avec laquelle l'utilisateur s'identifie le plus, celle qui est la plus visible et donc facilement copiable par les concurrents; elle est aussi la partie la plus comparable avec les œuvres protégeables par droit d'auteur<sup>159</sup>. Cette interface utilisateur est primordiale, car c'est par elle que se fait l'interaction entre le programme et l'humain<sup>160</sup>, exactement de la même manière que le gameplay dans le jeu vidéo. Une interface utilisateur réussie rendra un programme d'ordinateur facile d'accès et donc souvent expliquera sa popularité<sup>161</sup>, de la même manière qu'un gameplay fera qu'un jeu vidéo sera plaisant et donc populaire auprès des joueurs. L'importance accordée au *look and feel* d'un programme d'ordinateur est telle que l'industrie de la haute technologie engage désormais des designers pour développer spécifiquement l'apparence et l'interface utilisateur du logiciel<sup>162</sup>. Toutefois, il subsiste une certaine incertitude sur ce qui peut entrer dans la définition du *look and feel* : certains considèrent que ce n'est que l'interface utilisateur, d'autres qu'il inclut également les combinaisons de touches utilisées par les fonctions du programme d'ordinateur<sup>163</sup>. Cela mène donc à une imprévisibilité dans la décision d'un juge de voir une violation d'un droit d'auteur sur le *look and feel* d'un logiciel<sup>164</sup>. Plusieurs auteurs ont noté que protéger simplement les commandes ou les

---

<sup>155</sup> *Id.*

<sup>156</sup> *Id.*

<sup>157</sup> Anthony Lawrence CLAPES, *Software, Copyright and Competition: The "Look and Feel" of the Law*, New York, Quorum Books, 1989, p. 196 et 197.

<sup>158</sup> P. LEE et M. SUNDER, préc., note 154, 536.

<sup>159</sup> A.L. CLAPES, préc., note 157, p. 203.

<sup>160</sup> *Id.*, p. 202.

<sup>161</sup> *Id.*

<sup>162</sup> P. Lee et M. SUNDER, préc., note 154, 537.

<sup>163</sup> Lisa M. BYERLY, « Look and Feel Protection of Web Site User Interfaces: Copyright or Trade Dress? », (1998) 14 *Santa Clara High Technology Law Journal* 221, 222.

<sup>164</sup> P. Lee et M. SUNDER, préc., note 154, 541.

combinaisons de touches relèverait davantage de l'aspect fonctionnel, et donc non protégeable par le droit d'auteur, plutôt que de l'aspect découlant de l'originalité et la créativité<sup>165</sup>. De même, si les attentes du consommateur vont dans le sens d'un certain design d'interface utilisateur ou, dans notre cas, de gameplay, ce design sera moins aisément protégé par les juges pour éviter des phénomènes de monopoles abusifs : tout le monde s'attend à un système de fenêtres pour les logiciels par exemple<sup>166</sup>. Dans le cas qui nous occupe, la protection de l'interface graphique d'un jeu vidéo par droit d'auteur reste très imprévisible dans la jurisprudence, notamment américaine, et elle est donc plus ou moins protégée selon les juges<sup>167</sup>. On peut toutefois y voir une piste de réflexion intéressante car le *look and feel* d'une interface utilisateur d'un logiciel peut s'apparenter par certains aspects au gameplay d'un jeu vidéo. Effectivement, si l'on vient protéger l'interface utilisateur d'un logiciel pour son aspect visuel et la manière unique dont l'utilisateur du logiciel va interagir avec ce dernier par des combinaisons de touches, alors nous sommes d'avis que le gameplay pourrait également être protégé puisqu'on l'on viendrait couvrir à la fois la mise en scène et les événements se déclenchant à l'écran à des moments précis du jeu mais aussi les actions que pourront faire ou ne pourront pas faire les joueurs dans le jeu avec leur manette ou leur clavier. Cela pourrait ouvrir une porte à l'idée d'une protection de ce gameplay par droit d'auteur, et donc à la résolution du paradoxe de l'article 2.1(1) de la Loi canadienne où près de 80% de ce qui constitue le jeu vidéo n'est pour l'heure pas protégé.

Ajoutons finalement que le gameplay a déjà fait l'objet de réflexion dans le domaine de la propriété intellectuelle et certains auteurs ont proposé l'idée qu'un gameplay innovant pourrait être breveté<sup>168</sup> plutôt que protégeable par droit d'auteur. Dans cette logique, l'éditeur Warner Bros a breveté son système de gameplay *Nemesis* présent dans son jeu *Middle-Earth : Shadow of Mordor*<sup>169</sup>. Cette démarche a été très mal accueillie par l'industrie vidéoludique pour son caractère excessif et surtout discutable<sup>170</sup>. Effectivement, il arrive fréquemment dans l'industrie vidéoludique que des brevets soient déposés mais ils concernent, dans l'écrasante majorité des cas, des avancées technologiques importantes telles que des manettes captant le mouvement des joueurs (ces derniers balanceront

---

<sup>165</sup> *Id.*, 543.

<sup>166</sup> *Id.*, 545.

<sup>167</sup> L.M. BYERLY, préc., note 163, 238.

<sup>168</sup> David GREENSPAN, S. Gregory BOYD et Jas PUREWAL, « Video Games and IP: A global perspective », (2014) 2 *WIPO Magazine* 6, 9 et 11.

<sup>169</sup> D. GREENSPAN et G. DIMITA, préc., note 1, p. 59.

<sup>170</sup> *Id.*

ainsi le bras d'arrière en avant pour lancer une boule de bowling dans le jeu vidéo par exemple) ou encore des casques de réalité virtuelle. Ces technologies sont utilisées pour ajouter quelque chose au gameplay d'un jeu, mais elles relèvent avant tout du *hardware* (matériel informatique en français) plutôt que du logiciel, ce qui explique le recours au brevet car ces technologies peuvent et font très souvent l'objet d'utilisations en dehors de l'industrie vidéoludique. Lorsque nous avons parlé de gameplay, nous parlions avant tout de l'aspect sensoriel (le *look and feel* d'un gameplay) et de l'expérience qu'il procure au joueur. Le gameplay relève à nos yeux davantage de l'originalité que de l'innovation et de l'utilité; il est là pour créer des émotions et des sensations aux joueurs par l'intermédiaire d'éléments visuels, sonores, dramatiques et littéraires et permettre une véritable interaction entre une œuvre et son utilisateur, il relève donc à notre avis davantage du droit d'auteur que du brevet.

Pour conclure notre analyse de la qualification du jeu vidéo en droit canadien, nous avons donc pu voir que protéger le jeu vidéo comme un programme d'ordinateur ou une œuvre cinématographique ne suffisait pas à donner au jeu vidéo une protection adéquate, car cela revenait à ne protéger qu'un seul élément composant le jeu vidéo, soit respectivement le code informatique et les cinématiques présentes dans le jeu vidéo. Considérer ce dernier comme une compilation ou un recueil de plusieurs œuvres de catégories différentes semble être la solution retenue par la doctrine, car elle permet une meilleure protection du jeu vidéo dans son ensemble mais cette solution demeure peu pratique pour une industrie aussi importante et profitable<sup>171</sup> car on vient protéger le jeu comme un ensemble d'œuvres hétérogènes incarné dans un logiciel interactif plutôt que de protéger le jeu vidéo comme une œuvre à part entière. Par ailleurs, cette qualification du jeu vidéo revient à possiblement ignorer l'élément essentiel du jeu vidéo en termes qualitatif et quantitatif, à savoir le gameplay. Cette qualification n'est donc pas forcément la plus satisfaisante pour l'industrie vidéoludique. Il serait intéressant de comprendre pourquoi le jeu vidéo est si difficilement classable selon notre Loi canadienne.

---

<sup>171</sup> J.-P. SAVOIE, préc., note 14, 677.

#### 4) Les catégories d'œuvres et l'absence de souplesse du droit d'auteur canadien

Une explication à cette qualification compliquée du jeu vidéo selon la Loi canadienne peut se trouver dans l'influence britannique exercée sur le droit d'auteur canadien. Effectivement, plusieurs auteurs ont souligné les problèmes systémiques liés à la structure de la loi britannique sur le droit d'auteur<sup>172</sup> et son traitement des œuvres protégées par cette loi<sup>173</sup>. Ainsi, le traitement des photographies et des œuvres artistiques non conventionnelles pose de plus en plus de problèmes au Royaume-Uni, étant donné les changements dans les domaines de la technologie et de la culture<sup>174</sup>. Ces difficultés proviennent notamment de la liste fermée des catégories d'œuvres protégées par la loi britannique<sup>175</sup>, qui font en sorte que des œuvres ne rentrant pas dans une des catégories d'œuvres se retrouvent souvent sans protection.

Deux jugements britanniques illustrent parfaitement cette situation. Dans le jugement *Creation Records Ltd. v. News Group Newspaper Ltd.*<sup>176</sup>, le groupe de musique Oasis avait mis en scène un décor à prendre en photo pour une couverture d'album, en secret dans un hôtel<sup>177</sup>. Un photographe pigiste avait été engagé par le journal britannique *The Sun* pour prendre des photographies de ce décor sans autorisation du groupe de musique. Le journal avait publié ces photos et même vendu des affiches reprenant le décor et la mise en scène de la photo d'album d'Oasis<sup>178</sup>. La maison de disques d'Oasis a attaqué le journal *The Sun* pour violation du droit d'auteur en plaçant que la scène, à savoir le lieu, le décor avec les objets présents sur la photo ainsi que le placement et l'arrangement des membres du groupe de musique, était protégée par droit d'auteur en tant qu'œuvre dramatique (bien qu'étant un décor statique et sans narration) ou en tant qu'œuvre artistique (une sorte d'équivalent d'une sculpture)<sup>179</sup>. Toutefois, le tribunal n'a pas retenu ces arguments au motif que la mise en scène d'une photographie ne pouvait être considérée ni comme

---

<sup>172</sup> *Copyright, Designs and Patents Act*, loi britannique : 1988, c. 48.

<sup>173</sup> Richard ARNOLD, « The Need for a New Copyright Act: A Case Study in Law Reform », (2015) 5 *Queen Mary Journal of Intellectual Property* 110, 125.

<sup>174</sup> *Id.*

<sup>175</sup> *Id.*

<sup>176</sup> [1997] EWHC Ch. 370.

<sup>177</sup> *Id.*, par. 2.

<sup>178</sup> *Id.*, par. 3 et 4.

<sup>179</sup> *Id.*, par. 7.

une œuvre dramatique, ni comme une œuvre artistique puisqu'elle n'était pas une sculpture, une œuvre artisanale ou un collage<sup>180</sup>. Pour le tribunal, le créateur de la photographie diffusée et commercialisée par *The Sun* était le photographe pigiste engagé par le journal puisque c'est ce dernier qui a choisi les angles de la photographie et a pris cette dernière même si le décor n'avait pas été choisi par le photographe lui-même<sup>181</sup>. Toutefois, le tribunal conclut ce jugement en ordonnant une injonction afin de restreindre les publications futures de la photographie faite par *The Sun*, non pas au nom d'un droit d'auteur existant sur le décor de la photographie mais pour bris de confidentialité<sup>182</sup>. Comme on peut donc le voir, dès que l'objet à l'étude n'entre pas aisément dans une catégorie d'œuvres prévue dans les lois sur le droit d'auteur d'inspiration britannique, on se retrouve dans des situations absurdes où, comme l'a noté un auteur dans le cas de la photographie d'album d'Oasis, un dessin rapide de la mise en scène de la photographie d'album aurait été protégé en tant qu'œuvre artistique mais la mise en scène de la photographie d'album en elle-même n'est pas protégeable par droit d'auteur<sup>183</sup>.

Dans une autre décision britannique, on s'est demandé si les casques de *Stormtrooper* (sorte de soldats impériaux) dans les films *Star Wars* étaient protégés par le droit d'auteur<sup>184</sup>. Le titulaire des droits sur les films *Star Wars*, Lucasfilm, a prétendu que ces casques étaient des sculptures, donc des œuvres artistiques, protégées par le droit d'auteur britannique<sup>185</sup>. Mais comme dans le jugement *Creation Records Ltd. v. News Group Newspaper Ltd.*, la cour a plutôt déclaré que ce sont les films *Star Wars* qui sont des œuvres d'art protégées par le droit d'auteur, les casques de *Stormtrooper* n'étant qu'un élément dans le processus de production des films, et qu'il n'y avait donc pas de droit d'auteur sur les casques car ils n'étaient pas une sculpture<sup>186</sup>. Ainsi, la loi britannique exige que l'objet à l'étude soit original et qu'il tombe dans l'une des quatre catégories d'œuvres protégées, ce qu'on retrouve également en droit canadien. À l'inverse, en Europe continentale, seule la question de l'originalité compte pour décider si une œuvre est protégée par droit d'auteur, ce qui

---

<sup>180</sup> Andrew F. CHRISTIE, « A Proposal for Simplifying United Kingdom Copyright Law », (2001) 14 *The University of Melbourne Public Law and Legal Theory Working Paper* 68, 79.

<sup>181</sup> *Creation Records Ltd. v. News Group Newspaper Ltd.*, préc., note 176, par. 16 et 17.

<sup>182</sup> *Id.*, par. 35.

<sup>183</sup> A.F. CHRISTIE, préc., note 180, 80.

<sup>184</sup> Eleonora ROSATI, *Originality in EU Copyright. Full Harmonization through Case Law*, Cheltenham, Edward Elgar Publishing, 2013, p. 200 et 201.

<sup>185</sup> *Id.*, p. 201 et 202.

<sup>186</sup> *Lucasfilm Ltd and Others v. Ainsworth and another*, [2011] UKSC 39, par. 44.

aurait probablement permis de protéger les casques de *Stormtrooper*<sup>187</sup>. Comme l'a noté la doctrine, tenter de faire entrer une œuvre dans une des catégories préétablies dans les lois sur le droit d'auteur d'inspiration britannique implique d'entrer dans des interprétations téléologiques ambiguës, comme sur la question d'établir ce qu'est une sculpture d'après l'objet de la loi britannique afin de savoir si un casque de *Stormtrooper* est protégé<sup>188</sup>.

Ces catégories d'œuvres dans le droit d'auteur britannique ont fait l'objet de critiques pour plusieurs raisons<sup>189</sup>. La première raison est qu'une loi sur le droit d'auteur comprenant plusieurs catégories d'œuvres protégées avec des droits économiques différents complexifie le travail des avocats et du grand public<sup>190</sup>. Ainsi, le droit d'adaptation, par exemple, s'applique aux œuvres littéraires, dramatiques et musicales mais pas aux œuvres artistiques<sup>191</sup>. L'objectif du système des catégories d'œuvres est de produire une différence de traitement, ce qui est compréhensible quand les catégories d'œuvres sont différentes mais cela ajoute de la complexité à une loi sur le droit d'auteur, qu'elle soit britannique ou canadienne, déjà peu évidente pour le public<sup>192</sup>. De plus, on l'a vu avec deux exemples jurisprudentiels britanniques, ce système de catégories d'œuvres crée des lacunes importantes dans la loi pour les œuvres qui n'entrent pas aisément dans une des quatre catégories<sup>193</sup>. Ainsi, une œuvre multimédia dont la particularité est son interactivité, comme le jeu vidéo, ne serait pas protégée en tant que tel dans la loi britannique et seuls certaines de ses composantes le seraient<sup>194</sup>. Dans les pays de droit civil, les lois sur le droit d'auteur ne prévoient

---

<sup>187</sup> E. ROSATI, préc., note 184, p. 206.

<sup>188</sup> *Id.*, p. 207.

<sup>189</sup> Ajoutons toutefois qu'une auteure notamment ne va pas dans ce sens. Effectivement, le Dr Poorna Mysoor, professeure de droit à l'université de Cambridge, considère au contraire que la loi sur le droit d'auteur britannique n'a pas de liste fermée de catégories d'œuvres. Ainsi, Poorna Mysoor affirme que ce sont plutôt les juges qui font des catégories d'œuvres prévues dans la loi des catégories fermées sans aucune flexibilité. C'est donc davantage l'interprétation judiciaire qui est en cause et qui crée cette absence de flexibilité plutôt que la loi en elle-même, cette dernière pouvant être interprétée de manière large et libérale et les catégories d'œuvres n'étant pas exhaustives du fait même de leur définition. On pourrait donc faire rentrer un grand nombre d'œuvres difficilement classables dans les catégories existantes. Voir notamment Poorna MYSOOR, « Does UK really have a “closed” list of works protected by copyright? », (2019) 41 *European Intellectual Property Review* 474, en ligne: <https://deliverypdf.ssrn.com/delivery.php?ID=811029101084127110085104099017093027053076059068029030090099088099024084089116005075018124107061016122018112083103112004121087117071001040021126001125006066006081124055058043102127098122091066102004122004075127094124067102003124091065113091022028000119&EXT=pdf&INDEX=TRUE>, p. 5 et 6 (PDF) (consulté le 19 septembre 2022).

<sup>190</sup> A.F. CHRISTIE, préc., note 180, 74.

<sup>191</sup> *Id.*, 77.

<sup>192</sup> *Id.*

<sup>193</sup> *Id.*, 78.

<sup>194</sup> *Id.*, 83 et 84.

pas de catégories fermées d'œuvres, insistant plutôt sur le fait que les œuvres doivent provenir de l'esprit de l'auteur et préférant donner quelques exemples d'œuvres protégées à titre illustratif<sup>195</sup>.

Afin de résoudre ce problème posé par les catégories d'œuvres protégées, il a été proposé de refondre ce système avec la création de deux catégories très larges : les œuvres artistiques et littéraires d'une part, et les productions dérivées de ces œuvres artistiques et littéraires d'autre part<sup>196</sup>. Les œuvres artistiques et littéraires impliqueraient toute œuvre résultant d'un véritable effort intellectuel du créateur<sup>197</sup> et incluraient les programmes d'ordinateur, les films et les œuvres multimédia<sup>198</sup>. Ainsi, un calendrier-horaire (*timetable* en anglais) ne serait pas considéré comme une création, mais plutôt comme une production car l'effort intellectuel pour le créer est somme toute assez limité<sup>199</sup>. Cette catégorie très large d'œuvres artistiques et littéraires donnerait à son auteur des droits économiques et moraux<sup>200</sup>. Les productions dérivées de ces œuvres artistiques et littéraires, quant à elles, seraient le résultat du travail et des ressources de la personne chargée de sa production qui ne pourrait exercer que des droits de nature économique. Ces productions incluraient notamment les enregistrements sonores et les diffusions des œuvres artistiques et littéraires<sup>201</sup>.

Comme on peut donc le voir, notre difficulté à qualifier le jeu vidéo selon la Loi canadienne trouve sa source dans le droit d'auteur britannique et plus particulièrement dans les catégories fermées d'œuvres héritées du droit anglais. Ces dernières, par leur manque de flexibilité, font en sorte que toute œuvre ne rentrant pas aisément dans une des quatre catégories sera réduite à être mal, voire pas protégée par le droit d'auteur, ce qui crée parfois des situations irrationnelles. À défaut d'une réforme de notre Loi canadienne, nous en sommes donc réduits à proposer de protéger le jeu vidéo comme une compilation ou un recueil d'œuvres; mais la question de la protection de l'élément le plus important du jeu vidéo, soit le gameplay, reste un enjeu important pour une industrie pourtant très prolifique au Canada. Il serait intéressant de regarder comment un pays comme le Japon, dont

---

<sup>195</sup> *Id.*, 94.

<sup>196</sup> *Id.*, 94 et 95.

<sup>197</sup> *Id.*, 102.

<sup>198</sup> *Id.*, 104.

<sup>199</sup> *Id.*, 109.

<sup>200</sup> *Id.*, 100 et 101.

<sup>201</sup> *Id.*, 101 et 102.

l'industrie vidéoludique est solidement implantée depuis le début des années 1980, conçoit le jeu vidéo et le protège selon sa propre loi sur le droit d'auteur.

## **B) En droit japonais : une jurisprudence bien établie mais qui soulève des questions**

Nous l'avons dit en introduction, l'industrie vidéoludique japonaise est plus ancienne que celle du Canada puisqu'elle commence ses activités dès le milieu des années 1970 et surtout à partir des années 1980 et s'impose rapidement comme l'une des meilleures au monde. Aussi, il sera intéressant de voir comment fonctionne la loi japonaise sur le droit d'auteur et comment le Japon a qualifié le jeu vidéo en termes de droit d'auteur afin de lui donner une protection appropriée.

### **1) Historique du droit d'auteur japonais et ses particularités<sup>202</sup>**

Avant d'entamer notre analyse de la loi japonaise sur le droit d'auteur et de la qualification du jeu selon cette dernière, il serait pertinent de voir quelles ont été les influences de cette loi, ce qui nous permettra de mieux comprendre comment elle fonctionne et quelle est la logique derrière les décisions rendues par les tribunaux relativement au jeu vidéo.

#### **a) Les prémisses du droit d'auteur japonais**

Les premiers contacts entre l'Occident et le Japon remontent au 16<sup>ème</sup> siècle, alors que des marchands portugais, bientôt suivis par des missionnaires chrétiens, s'installent dans différents

---

<sup>202</sup> Étant donné que ce mémoire est rédigé en français au Canada, nous allons citer les lois japonaises dans leurs versions française ou anglaise (s'il en existe une traduction érudite). De même, nous traduirons les titres des lois par souci de compréhension. Dans la mesure du possible, nous essaierons également d'en donner le nom japonais (rédigé en alphabet latin).

ports japonais pour y faire du commerce. Les Occidentaux introduisent au Japon plusieurs nouveautés comme le pain ou encore l'horloge mécanique et ils y sont globalement bien accueillis bien que l'évangélisation entamée par les missionnaires chrétiens soit peu appréciée par le pouvoir en place. Dès 1600, à la suite de la bataille de Sekigahara, le Japon entame une période de stabilité et de progrès constant<sup>203</sup>. Toutefois, l'Occident, fort de progrès technologiques impressionnants, entame une politique de conquêtes et de colonisation qui va jusqu'à toucher la Chine. En 1853, la flotte américaine du commodore Perry arrive dans la rade d'Edo (l'actuel Tokyo)<sup>204</sup> et l'empereur du Japon comprend alors que son pays n'a plus le choix de se moderniser, au risque de subir la même colonisation que son voisin chinois. Les premières législations japonaises sur le droit d'auteur sont d'abord envisagées comme des instruments utiles afin de permettre l'innovation et la modernisation du Japon, et donc de promouvoir les développements économique, technologique et industriel<sup>205</sup>. La première loi japonaise sur le droit d'auteur fut adoptée en mai 1869. Appelée en japonais *Shuppan Jôrei* (*Publication Statute* en anglais), elle comprenait des articles portant sur la censure, mais aussi sur une protection des œuvres littéraires et artistiques pendant toute la durée de la vie de l'auteur et extensible à la demande des héritiers<sup>206</sup>. Il fallait obligatoirement un enregistrement afin de bénéficier de cette protection<sup>207</sup>. En 1875, la loi est réformée afin d'y inclure également les œuvres musicales. On note que cette loi est déjà influencée par le concept anglo-américain de *copyright*, mais on y trouve également des articles sur les droits moraux<sup>208</sup>. En 1876, le Japon adopte une loi visant à protéger les œuvres photographiques (*Statute on Copyright in Photographic Works*)<sup>209</sup>. Afin de clarifier le tout, l'Empire japonais adopte trois lois visant à régir la protection accordée aux œuvres imprimées (*Hanken Jôrei*), aux scripts dramatiques et aux partitions musicales (*Kyahukon Gakufu Jôrei*) et aux photographies (*Shashin Hanken Jôrei*)<sup>210</sup>. Ces trois lois n'abordent plus la question de la censure et traitent uniquement de la protection accordée

---

<sup>203</sup> Voir notamment l'excellent ouvrage à ce sujet de Julien PELTIER, *Sekigahara. La plus grande bataille de samourais*, Paris, Passés Composés, 2020.

<sup>204</sup> Jean-Claude BARREAU et Guillaume BIGOT, *Toute l'histoire du monde. De la préhistoire à nos jours*, Paris, Le Livre de Poche, 2007, p. 267.

<sup>205</sup> Peter GANEA, Christopher HEATH et Hiroshi SAITÔ, *Japanese Copyright Law: Writings in Honour of Gerhard Schricker*, La Haye, Kluwer Law International, 2005, p. 3.

<sup>206</sup> *Id.*

<sup>207</sup> *Id.*, p. 4.

<sup>208</sup> *Id.*

<sup>209</sup> *Id.*

<sup>210</sup> *Id.*, p. 5.

à ces œuvres au profit de leur auteur<sup>211</sup>. En 1893, ces trois lois sont réunies sans changements majeurs dans une loi unique (*Hanken Hô*)<sup>212</sup>. Plusieurs États occidentaux encouragent le Japon à entrer dans la Convention de Berne, en échange de l'annulation de certains traités peu équitables qui avaient été imposés au Japon<sup>213</sup>. Le gouvernement japonais envoie alors en Europe et aux États-Unis un haut fonctionnaire, Rentarô Mizuno, pour y étudier les différentes lois occidentales sur le droit d'auteur<sup>214</sup>. Le projet de loi rédigé par Rentarô Mizuno est très influencé par les concepts de droit d'auteur de l'Europe occidentale, notamment les lois allemande et belge<sup>215</sup>. Le 3 mars de la 32<sup>ème</sup> année Meiji (1899), la *Loi sur le droit d'auteur* (ci-après la « Loi japonaise de 1899 ») est adoptée et elle entre en vigueur le 15 juillet suivant. Dans la foulée, le Japon adhère à la Convention de Berne le 18 avril 1899 et cette dernière entre également en vigueur au Japon le 15 juillet 1899<sup>216</sup>.

#### b) La Loi japonaise de 1899<sup>217</sup>

La Loi japonaise de 1899 donne à l'auteur des « écrits, conférences, peintures et dessins, sculptures, ouvrages plastiques, photographies »<sup>218</sup> ainsi que « d'autres œuvres du domaine de la littérature, des sciences ou des arts »<sup>219</sup> notamment le droit exclusif de les reproduire. Dans le cas des œuvres littéraires et scientifiques, l'auteur possède également le droit exclusif de les traduire et, dans le cas des œuvres dramatiques et musicales, le droit de les exécuter ou de les représenter<sup>220</sup>. La protection accordée par la Loi japonaise de 1899 dure toute la vie de l'auteur ainsi que trente années après sa mort<sup>221</sup>. De manière assez surprenante, la Loi japonaise de 1899 prévoit à son article 13 :

« Le droit d'auteur sur une œuvre faite en collaboration par plusieurs auteurs appartient en commun à tous les collaborateurs.

---

<sup>211</sup> *Id.*

<sup>212</sup> *Id.*

<sup>213</sup> *Id.*, p. 5 et 6.

<sup>214</sup> *Id.*, p. 6.

<sup>215</sup> *Id.*

<sup>216</sup> *Id.*

<sup>217</sup> Étant donné qu'il existe une traduction française de cette loi, nous référerons à cette traduction en cas de citation.

<sup>218</sup> Loi japonaise de 1899, art. 1.

<sup>219</sup> *Id.*

<sup>220</sup> *Id.*

<sup>221</sup> *Id.*, art. 3.

Dans le cas où, les parts des collaborateurs dans une œuvre n'étant pas distinctes, l'un d'eux s'opposerait à la publication ou à la représentation ou exécution de cette œuvre, les autres pourraient acquérir, moyennant une indemnité, la part de l'opposant, à moins de convention contraire.

Si, au contraire, la part de chacun étant distincte, l'un des collaborateurs s'opposait à la publication ou à la représentation ou exécution de leur œuvre commune, les autres pourraient en détacher chacun sa part et de la publier ou de la représenter ou de l'exécuter séparément, sauf convention contraire.

Dans le cas de l'alinéa 2 du présent article, le nom du co-auteur opposant ne pourra pas être, outre sa volonté, porté sur l'œuvre dont il s'agit. »<sup>222</sup>

Comme on peut le voir, la Loi japonaise de 1899 est donc extrêmement flexible sur les œuvres faites en collaboration afin de permettre la cession du droit d'auteur sur une part de l'œuvre qu'on ne peut distinguer du reste en cas de mésentente entre les co-auteurs<sup>223</sup>. Elle prévoit également le cas où l'œuvre faite en collaboration par plusieurs auteurs peut avoir des parts distinctes permettant d'identifier qui en est l'auteur. Elle accorde alors à ce dernier le droit de publier ou d'exécuter sa part distincte sans l'assentiment des autres co-auteurs en cas de mésentente<sup>224</sup>. Dans le cas de la compilation, la Loi japonaise de 1899 prévoit que le compilateur détient un droit d'auteur sur la compilation, mais chaque auteur conserve son droit d'auteur sur les œuvres distinctes composant la compilation<sup>225</sup>. Cette loi prévoit également qu'il faut enregistrer le droit d'auteur de l'œuvre publiée, représentée ou exécutée afin de pouvoir ensuite poursuivre devant un tribunal civil en cas de contrefaçon<sup>226</sup>. Notons finalement que la durée de la protection pour les photographies n'est que de dix années suivant leur publication<sup>227</sup>. Les œuvres obtenues par un procédé analogue à la photographie sont également protégées pendant dix années suivant leur publication<sup>228</sup>.

---

<sup>222</sup> *Id.*, art. 13.

<sup>223</sup> *Id.*, art. 13 alinéa 2.

<sup>224</sup> *Id.*, art. 13 alinéa 3.

<sup>225</sup> *Id.*, art. 14.

<sup>226</sup> *Id.*, art. 15.

<sup>227</sup> *Id.*, art. 23.

<sup>228</sup> *Id.*, art. 26.

### c) La Loi japonaise de 1970

Bien qu'elle fut modifiée à plusieurs reprises, la Loi japonaise de 1899 était devenue obsolète à cause des énormes avancées technologiques survenues durant le 20<sup>ème</sup> siècle. Ainsi, le Japon adopte un nouveau *Copyright Act*<sup>229</sup> (ci-après la « Loi japonaise de 1970 ») le 6 mai 1970 qui entre en vigueur le 1<sup>er</sup> janvier 1971<sup>230</sup>. Notons que la Loi japonaise de 1970 n'a qu'une seule version officielle en japonais, toutefois le Ministère de la Justice japonais propose une version traduite en anglais sur Internet<sup>231</sup>. Bien que cette traduction ne soit pas une version officielle de la loi, on peut estimer qu'elle est suffisamment proche de la version originale pour que nous puissions nous en servir. Cette traduction est d'ailleurs reprise par plusieurs organismes reconnus par le gouvernement japonais dont le *Copyright Research and Information Center*, qui existe depuis 1959<sup>232</sup>. Il est à noter que la Loi japonaise de 1970 reste influencée par la conception européenne du droit d'auteur : ainsi, l'œuvre doit être l'expression d'une idée, d'un avis ou d'un sentiment de l'auteur. Un simple énoncé de faits ne sera donc pas protégé<sup>233</sup>. L'œuvre doit être créative dans le sens où elle émane d'un auteur et n'est pas la copie du travail d'un autre<sup>234</sup>. Il n'y a donc pas de critère d'originalité telle qu'on l'entend en droit canadien dans la Loi japonaise de 1970, à savoir que l'œuvre doit être l'expression du talent et du jugement de son auteur. On trouve plutôt un critère s'apparentant au « sweat of the brow » qui va récompenser les efforts et le labeur d'un auteur pour créer une œuvre même si cette dernière n'est pas spécialement originale<sup>235</sup>. Une inscription du droit d'auteur au registre n'est pas nécessaire pour qu'il existe mais cette inscription permet de

---

<sup>229</sup> Act No. 48 of May 6, 1970

<sup>230</sup> P. GANEA, C. HEATH et H. SAITÔ, préc., note 205, p. 11.

<sup>231</sup> Gouvernement du Japon, « Copyright Act (Partially enforced) », en ligne : <https://www.japaneselawtranslation.go.jp/en/laws/view/4001>

<sup>232</sup> Copyright Reseach and Information Center, « Copyright Law of Japan », en ligne : <https://www.cric.or.jp/english/clj/cl1.html>

<sup>233</sup> J.J. BORKING, préc., note 77, p. 325.

<sup>234</sup> *Id.*, p. 326.

<sup>235</sup> Ce critère, très inspiré des théories du philosophe britannique John Locke notamment, a pour but de récompenser chaque auteur pour son effort, quel que soit le degré d'originalité de l'œuvre en tant que telle. Ainsi, on vient récompenser davantage l'effort physique de créer une œuvre matérielle, la « sueur du front », que l'effort qu'on pourrait qualifier d'intellectuel. Il est à noter qu'aux États-Unis, ce critère était appliqué par certaines cours de justice jusqu'à ce que la Cour suprême des États-Unis, dans l'arrêt *Feist Publications, Inc. v. Rural Telephone Service Co.*, 499 U.S. 340 (1991), a tranché en déterminant que l'originalité est la pierre angulaire de l'analyse à effectuer pour déterminer si une œuvre est protégée plutôt que de savoir si cette dernière est simplement le fruit d'un effort intellectuel. Comme nous l'avons déjà vu, ce critère de « sweat of the brow » a également été rejeté au Canada dans l'Arrêt CCH (voir notamment les paragraphes 15, 16, 21 et 22 de cet arrêt).

clarifier le nom de l'auteur tant pour les autorités publiques que pour le grand public<sup>236</sup>. Un concept, toutefois, s'écarte de manière marquante<sup>237</sup> de la conception anglo-saxonne du droit d'auteur, soit la reconnaissance qu'une personne morale est l'auteure (et non uniquement la titulaire) des œuvres créées par ses employés sous sa supervision<sup>238</sup>.

La Loi japonaise de 1970 présente une différence majeure avec la Loi canadienne. Effectivement, alors qu'il est nécessaire, en droit canadien, qu'une œuvre appartienne à l'une des quatre catégories d'œuvres pour être protégée par droit d'auteur, la Loi japonaise de 1970 n'a aucune catégorie d'œuvres. Cette loi définit l'œuvre de la façon suivante : « "work" means a creatively produced expression of thoughts or sentiments that falls within the literary, academic, artistic, or musical domain »<sup>239</sup>. Ainsi, la Loi japonaise de 1970 prévoit que les œuvres peuvent être issues de domaines au sens large telles que le domaine académique ou artistique, mais il n'y a pas de catégories d'œuvres fermées en tant que tel comme en droit canadien ou en droit britannique et l'œuvre n'a pas à appartenir à une catégorie prédéfinie pour être protégée. Ainsi, à son article 10, la Loi japonaise de 1970 ne fait que donner des exemples de ce qui peut être une œuvre protégée aux termes de cette loi :

« (1) The following gives an illustrative example of what is meant, on the whole, by the term "works" as it is used in this Act:

- (i) novels, scenarios, articles, lectures, and other literary works;
- (ii) musical works;
- (iii) works of choreography and pantomime;
- (iv) paintings, woodblock prints, sculptures, and other works of fine art;
- (v) works of architecture;
- (vi) maps and other diagrammatic works of an academic nature, such as plans, charts, and models;
- (vii) cinematographic works;
- (viii) photographic works;

---

<sup>236</sup> J.J. BORKING, préc., note 77, p. 326.

<sup>237</sup> P. GANEA, C. HEATH et H. SAITÔ, préc., note 205, p. 12.

<sup>238</sup> Loi japonaise de 1970, art. 15.

<sup>239</sup> *Id.*, art. 2(1)(i).

(ix) works of computer programming.

(2) News reports on current events and miscellaneous news articles that communicate nothing further than the facts do not fall within the scope of works provided for in item (i) of the preceding paragraph.

(3) Protection under this Act for a work set forth in paragraph (1), item (ix) does not extend to the programming language, coding conventions, or algorithms used to create the work. In this case, the meanings of these terms are as prescribed in the following items:

(i) "programming language" means letters and other symbols used as a means of expressing a computer program and the systems for their use;

(ii) "coding conventions" means special stipulations for the use of a programming language provided for in the preceding item in a specific computer program;

(iii) "algorithm" means a procedure in a computer program, which consists of a set of instructions for the computer. »<sup>240</sup>

Comme on peut le voir, la Loi japonaise de 1970 ne donne que des exemples d'œuvres en dressant une liste non exhaustive. Une œuvre n'a donc pas besoin de s'inscrire dans une catégorie prédéfinie pour être protégée. Ainsi, bien que le jeu vidéo ne soit pas nommé dans cette liste, cela permettrait théoriquement de le voir être protégé comme une œuvre à part et distincte du programme d'ordinateur ou de l'œuvre cinématographique par exemple. De manière notable, alors que la Loi japonaise de 1899 prévoyait le cas d'une œuvre créée en collaboration où l'on pouvait distinguer la part de chaque co-auteur, la Loi japonaise de 1970 ne prévoit plus un tel cas et définit désormais l'œuvre créée en collaboration comme : « "joint work" means a work created by two or more persons whose contributions to the work cannot be separated so as to allow each part of the work to be used independently »<sup>241</sup>. On retrouve donc l'idée qui existe déjà en droit canadien que l'œuvre créée en collaboration est composée de contributions de plusieurs personnes et qu'on ne peut distinguer la part de chaque co-auteur. Les compilations sont toujours protégées et chaque artiste garde son droit d'auteur sur son œuvre incluse dans la compilation<sup>242</sup>. Comme nous l'avons déjà mentionné, la Loi japonaise de 1970 se distingue également de la Loi canadienne par le fait qu'elle prévoit, à son article 15, que l'œuvre créée par l'employé d'une entreprise dans le cadre de

---

<sup>240</sup> *Id.*, art. 10.

<sup>241</sup> *Id.*, art. 2(1) (xii).

<sup>242</sup> *Id.*, art. 12.

son emploi et à l'initiative de son employeur aura comme auteure l'entreprise en question. En droit canadien, dans la même situation, l'employeur sera considéré comme le premier titulaire du droit d'auteur, mais il n'aura pas la qualité d'auteur<sup>243</sup> comme en droit japonais. Effectivement, le droit canadien considère qu'un auteur doit nécessairement être une personne physique (nous y reviendrons).

Alors que la Loi japonaise de 1899 prévoyait une durée de protection durant toute la vie de l'auteur et trente années après sa mort, la Loi japonaise de 1970 prévoyait initialement une protection durant la vie de l'auteur et cinquante années après la mort de ce dernier. Toutefois, depuis 2018, la protection accordée par la loi s'étend durant toute la vie de l'auteur et soixante-dix années après sa mort<sup>244</sup>. Il est à noter que, pour les œuvres étant entrées dans le domaine public avant le 29 décembre 2018, ce changement législatif n'a pas eu d'effet rétroactif et ces dernières ne bénéficient pas des vingt années supplémentaires de protection<sup>245</sup>. Dans le cas d'œuvres anonymes ou sous pseudonyme, la durée de protection est de soixante-dix années après que l'œuvre ait été rendue publique<sup>246</sup>. Dans le cas où l'auteur de l'œuvre est une corporation, la durée de protection sera de soixante-dix années après que l'œuvre ait été rendue publique ou, à défaut, de soixante-dix années après la création de l'œuvre<sup>247</sup>. Dans le cas d'une œuvre cinématographique, la durée de protection est également de soixante-dix années après la publication de l'œuvre ou, à défaut, soixante-dix années après sa création<sup>248</sup>. La durée de protection d'une prestation est également de soixante-dix années après l'année où elle a eu lieu<sup>249</sup>.

Ajoutons finalement que dans le cas des œuvres créées en collaboration, la Loi japonaise de 1970 prévoit que, pour l'exercice des droits moraux, il faut l'accord de tous les co-auteurs<sup>250</sup>, mais que ces derniers peuvent nommer un représentant parmi eux pour son exercice<sup>251</sup>. Dans la même

---

<sup>243</sup> Loi canadienne, art. 13(3).

<sup>244</sup> Loi japonaise de 1970, art. 51.

<sup>245</sup> Gouvernement du Japon, Agency for Cultural Affairs, « Questions et réponses sur la prolongation de la durée de protection des œuvres protégées par le droit d'auteur », en ligne : [https://www.bunka.go.jp/seisaku/chosakuken/hokaisei/kantaiheiyo\\_chosakuken/1411890.html](https://www.bunka.go.jp/seisaku/chosakuken/hokaisei/kantaiheiyo_chosakuken/1411890.html) (consulté le 9 août 2022).

<sup>246</sup> Loi japonaise de 1970, art. 52.

<sup>247</sup> *Id.*, art. 53.

<sup>248</sup> *Id.*, art. 54.

<sup>249</sup> *Id.*, art. 101.

<sup>250</sup> *Id.*, art. 64(1).

<sup>251</sup> *Id.*, art. 64(3).

logique, un co-auteur ne pourra transférer ou donner sa part de droit d'auteur dans une œuvre faite en collaboration sans l'accord des autres co-auteurs<sup>252</sup> et le droit d'auteur sur l'œuvre créée en collaboration ne peut s'exercer sans l'accord unanime des co-auteurs<sup>253</sup>.

Comme on a donc pu le voir, le droit d'auteur japonais s'est grandement développé à la suite de l'industrialisation du pays sous l'ère Meiji et des contacts commerciaux avec l'Occident, ce dernier ayant servi d'influence pour l'élaboration de la Loi japonaise de 1899, ce qui a permis le développement économique, culturel et industriel du Japon. Ce droit d'auteur japonais a été très influencé par les conceptions du droit d'auteur de l'Europe continentale et cela se voit notamment par l'absence totale d'un système de catégories fermées d'œuvres. Ainsi, chaque œuvre créative sera susceptible d'être protégée au Japon sans qu'elle ait à justifier d'une appartenance à une catégorie précise d'œuvres protégées. Alors que nous en étions réduits à chercher à inscrire le jeu vidéo dans une des catégories d'œuvres prévues sous la Loi canadienne, le jeu vidéo peut théoriquement être protégé en tant qu'œuvre distincte sous la Loi japonaise de 1970. Toutefois, avant que nous puissions conclure ainsi quant à la qualification du jeu vidéo selon la loi japonaise, il s'agit de voir quelle a été la réponse jurisprudentielle apportée à cette question de la qualification.

---

<sup>252</sup> *Id.*, art. 65(1).

<sup>253</sup> *Id.*, art. 65(2).

## 2) La jurisprudence japonaise : le jeu vidéo comme œuvre cinématographique, une qualification qui soulève des questions

Alors qu'au Canada, il y a très peu de décisions touchant de près ou de loin au jeu vidéo sous l'angle du droit d'auteur, il n'en est pas de même au Japon où il existe plusieurs jugements depuis les années 1980, culminant en un jugement de la Cour suprême du Japon au début des années 2000 qui est venu trancher définitivement la question de la qualification du jeu vidéo selon la Loi japonaise de 1970.

### a) La jurisprudence japonaise des années 1980

La Loi japonaise de 1970 est totalement muette quant aux jeux vidéo<sup>254</sup>, aussi la jurisprudence japonaise s'est penchée sur la question de leur protection par la Loi japonaise de 1970 dès les années 1980<sup>255</sup>. Très rapidement, le courant majoritaire dans la jurisprudence a identifié le jeu vidéo comme une œuvre cinématographique selon cette loi<sup>256</sup>. Cette dernière définit l'œuvre cinématographique de la manière suivante : « As used in this Act, a "cinematographic work" includes a work rendered in a manner that produces a visual or audiovisual effect analogous to that of cinematography, and that is fixed into a physical object. »<sup>257</sup>. L'œuvre cinématographique est également présente dans la liste d'œuvres protégées à l'article 10 de la Loi japonaise de 1970. La jurisprudence japonaise a donc jugé cette définition suffisamment large pour y inclure d'autres œuvres audiovisuelles comme le jeu vidéo<sup>258</sup>.

---

<sup>254</sup> A. RAMOS, L. LÓPEZ et A. RODRÍGUEZ, préc., note 96, p. 53.

<sup>255</sup> *Id.*, p. 54.

<sup>256</sup> *Id.*

<sup>257</sup> Loi japonaise de 1970, art. 2(3).

<sup>258</sup> P. GANEA, C. HEATH et H. SAITÔ, préc., note 205, p. 24.

b) Le jugement de la Cour suprême du Japon sur la question de la qualification du jeu vidéo

À la fin des années 1990, les cours de justice de Tokyo et Osaka sont saisies de dossiers où elles doivent se prononcer sur la question de la légalité de la revente de jeux vidéo d'occasion<sup>259</sup>. Effectivement, aux termes de l'article 26(1) de la Loi japonaise de 1970, seul l'auteur d'une œuvre cinématographique a le droit de distribuer des copies de son œuvre : « The author of a cinematographic work has the exclusive right to distribute copies of that cinematographic work. »<sup>260</sup>. Si on considère le jeu vidéo comme une œuvre cinématographique, ce paragraphe viendrait alors empêcher la libre circulation des exemplaires de jeux vidéo après leur première vente<sup>261</sup>. Dans un jugement daté du 27 mai 1999, la Cour de district de Tokyo a tranché en disant qu'une œuvre cinématographique présente une séquence inaltérable d'images mouvantes alors qu'au contraire, le jeu vidéo présente des séquences d'images qui dépendent des actions du joueur<sup>262</sup>, et donc que le jeu vidéo ne peut être qualifié d'œuvre cinématographique. Par conséquent, l'article 26(1) de la Loi japonaise de 1970 ne trouve pas application et les jeux vidéo d'occasion peuvent circuler sans contrôle par les auteurs de jeux vidéo.

À l'inverse, la Cour de district d'Osaka, dans un jugement daté du 7 octobre 1999, s'est ralliée à l'opinion majoritaire de la jurisprudence japonaise des années 1980 et 1990 et a qualifié le jeu vidéo d'œuvre cinématographique<sup>263</sup>. Dans cette même logique, l'article 26(1) de la Loi japonaise de 1970 trouve alors application et les possesseurs de copies de jeux vidéo ne peuvent les revendre sans autorisation des auteurs de jeux vidéo, interdisant de fait le marché d'occasion pour les jeux vidéo au Japon. La Haute Cour d'Osaka, en deuxième instance, viendra confirmer cette décision le 29 mars 2001<sup>264</sup>.

Étant donné les jugements contradictoires rendus par les cours de justice de Tokyo et d'Osaka, la Cour suprême du Japon se saisit en 2002 de la question en appel de la décision rendue par la Haute

---

<sup>259</sup> *Id.*

<sup>260</sup> Loi japonaise de 1970, art. 26(1).

<sup>261</sup> P. GANEA, C. HEATH et H. SAITÔ, préc., note 205, p. 24.

<sup>262</sup> *Id.*, p. 74.

<sup>263</sup> *Id.*

<sup>264</sup> *Id.*, p. 25.

Cour d'Osaka. La Cour suprême du Japon, dans un jugement rendu le 25 avril 2002, tranche la question définitivement en expliquant que le jeu vidéo est un logiciel qui est exprimé avec des effets visuels ou des effets audiovisuels similaires aux œuvres cinématographiques et constate que le jeu vidéo est fixé matériellement<sup>265</sup>. La Cour suprême note que cela correspond parfaitement à la définition de l'œuvre cinématographique faite par la Loi japonaise de 1970 à l'article 2(3) et donc que le jeu vidéo est bien une œuvre cinématographique<sup>266</sup>. Toutefois, sur la question de l'application de l'article 26(1) aux jeux vidéo, la Cour suprême remarque que ce paragraphe avait été mis en place pour permettre aux créateurs de films de contrôler la distribution de leur œuvre dans les cinémas afin de rentabiliser leur investissement dispendieux<sup>267</sup>. Étant donné que le jeu vidéo n'implique pas le même type de « consommation » que le film, ce dernier étant d'abord représenté dans des salles de cinéma avant d'être mis sur cassettes ou disques, ce qui n'est pas le cas pour le jeu vidéo, la Cour suprême du Japon a jugé que, dans le cas de distribution de jeu vidéo au grand public, le droit exclusif de distribution accordé par l'article 26(1) de la Loi japonaise de 1970 était épuisé après la première vente<sup>268</sup>. Cela permet donc la revente de jeux vidéo d'occasion sans contrôle par les titulaires du droit d'auteur sur ces jeux. Ainsi, la Cour suprême du Japon est venue harmoniser les décisions contradictoires de la fin des années 1990 en confirmant la tendance majoritaire de la jurisprudence japonaise qui qualifiait le jeu vidéo d'œuvre cinématographique mais en établissant que le droit de distribution exclusif prévu à l'article 26(1) de la Loi japonaise de 1970 est épuisé après la première vente de la copie du jeu vidéo au consommateur.

### c) Les limites de la qualification du jeu vidéo comme une œuvre cinématographique

Étant donné ce qui précède, que se passe-t-il si les images présentes dans un jeu vidéo sont trop statiques et pas assez animées pour se rapprocher du cinéma traditionnel ? Peut-on toujours qualifier ce jeu vidéo d'œuvre cinématographique ?<sup>269</sup> C'est la question qu'a dû trancher la Haute

---

<sup>265</sup> Cour suprême du Japon, jugement No. H13-ju-952, par 3.

<sup>266</sup> *Id.*

<sup>267</sup> *Id.*, par. 4.

<sup>268</sup> P. GANEA, C. HEATH et H. SAITÔ, préc., note 205, p. 73. Ajoutons que rien dans la Loi japonaise de 1970 ne prévoit cela, c'est la Cour suprême du Japon qui a interprété cet article en décidant qu'il y aurait un épuisement du droit exclusif de distribution prévu à cet article après la première vente dans le cas des jeux vidéo.

<sup>269</sup> A. RAMOS, L. LÓPEZ et A. RODRÍGUEZ, préc., note 96, p. 54

Cour de Tokyo dans un jugement de la fin des années 1990<sup>270</sup>. Dans le cas en l'espèce, le jeu vidéo qui occupe le tribunal est un jeu de stratégie de guerre conçu de manière à ce que le joueur puisse se concentrer sur des images fixes afin d'élaborer des stratégies pour le déplacement de ses troupes<sup>271</sup>. Le jeu présente donc très peu d'images mouvantes qui rappellent les films d'animation ou le cinéma et, par conséquent, le tribunal considère que ce jeu vidéo ne peut pas être considéré comme une œuvre cinématographique car il ne produit pas d'effets visuels ou audiovisuels similaires à ceux d'un film<sup>272</sup>. Il a été plaidé que ce jeu vidéo était une œuvre vidéoludique, qui serait similaire à l'œuvre cinématographique en termes de droits accordés par la loi, et que cette œuvre serait incluse dans la définition très large d'« œuvre » de l'article 2(1)(i) de la Loi japonaise de 1970<sup>273</sup>. La Haute Cour de Tokyo a toutefois rejeté cet argument en notant qu'il n'existe pas de définition d'œuvre vidéoludique dans l'article 2 de Loi japonaise de 1970<sup>274</sup>.

Cette décision n'a jamais été contredite et elle soulève donc un sérieux problème pour les créateurs de jeux vidéo : s'il n'a pas suffisamment d'images mouvantes, alors leur jeu vidéo ne sera pas protégé comme une œuvre cinématographique. La Loi japonaise de 1970 ne protégera alors que son code source<sup>275</sup>. Effectivement, les programmes d'ordinateur sont protégés en droit d'auteur japonais comme une œuvre à part depuis 1986<sup>276</sup> et ils sont définis de la façon suivante : « "computer program" means something expressed as a set of instructions written for a computer, which makes the computer function so that a specific result can be obtained »<sup>277</sup>. Ainsi, la combinaison d'instructions données à un ordinateur pour résoudre un problème est protégée selon la Loi japonaise de 1970. La jurisprudence japonaise a d'ailleurs considéré les programmes d'ordinateur comme une œuvre de science<sup>278</sup>. Toutefois, la Loi japonaise de 1970, à l'article 10(3), vient limiter considérablement ce qui peut être protégé dans le programme d'ordinateur :

---

<sup>270</sup> Haute Cour de Tokyo, jugement No. H7-ne-3344.

<sup>271</sup> *Id.*, p. 9.

<sup>272</sup> *Id.*

<sup>273</sup> *Id.*

<sup>274</sup> On peut trouver cette réponse discutable étant donné que l'article 10 de la Loi japonaise de 1970 ne mentionne qu'une liste non exhaustive d'exemples d'œuvres, ce qui ouvrirait la porte à reconnaître le jeu vidéo dans une catégorie à part. La Haute Cour de Tokyo, en se rattachant aux définitions de l'article 2, est venue fermer la possibilité d'avoir une loi qui s'adapte aux nouveaux types d'œuvres, dont font partie les jeux vidéo.

<sup>275</sup> A. RAMOS, L. LÓPEZ et A. RODRÍGUEZ, préc., note 96, p. 54.

<sup>276</sup> P. GANEA, C. HEATH et H. SAITÔ, préc., note 205, p. 26.

<sup>277</sup> Loi japonaise de 1970, art. 2(1) (x)-2.

<sup>278</sup> J.J. BORKING, préc., note 77, p. 329.

« Protection under this Act for a work set forth in paragraph (1), item (ix) does not extend to the programming language, coding conventions, or algorithms used to create the work. In this case, the meanings of these terms are as prescribed in the following items:

(i) "programming language" means letters and other symbols used as a means of expressing a computer program and the systems for their use;

(ii) "coding conventions" means special stipulations for the use of a programming language provided for in the preceding item in a specific computer program;

(iii) "algorithm" means a procedure in a computer program, which consists of a set of instructions for the computer. »

Ainsi, la Loi japonaise de 1970 ne vient protéger que le code source d'un programme d'ordinateur, et exclut son langage de programmation, ses règles et ses algorithmes de cette protection<sup>279</sup>. Le code source sera protégé uniquement s'il est créatif et reflète le talent de son auteur<sup>280</sup>. Comme en droit canadien, c'est donc une protection assez limitée, à plus forte raison étant donné que le code source est rarement original et créatif de nos jours dans l'industrie vidéoludique, comme nous l'avons déjà expliqué plus haut. Étant donné que la Loi japonaise de 1970 permet qu'une œuvre ait une protection à la fois en tant qu'œuvre cinématographique et en tant que programme d'ordinateur si ses caractéristiques le permettent<sup>281</sup>, ce qui est le cas pour un jeu vidéo classique, alors d'après cette décision de la Haute Cour de Tokyo, un jeu vidéo présentant des images fixes ne verra que son code source être protégé, si tant est qu'il soit créatif. Tout l'aspect artistique et dramatique du jeu vidéo comme le design de ses personnages, son histoire, ses dialogues, les éléments littéraires présents dans l'œuvre ne seront pas protégés.

Or, il existe de nombreux genres de jeux vidéo qui ne présentent pas d'images mouvantes. Les jeux de stratégie tels que le jeu suédois *Hearts of Iron IV*, sorti en 2016, présentent des cartes géographiques fixes du monde où le joueur, contrôlant un pays de son choix dans les années 1930, choisira l'emplacement de ses usines de production, améliorera les capacités de ses ports, développera des technologies, le tout afin de rivaliser avec les pays voisins. Ce jeu vidéo présente donc des images essentiellement fixes où le joueur interagira avec des tableaux de production

---

<sup>279</sup> A. RAMOS, L. LÓPEZ et A. RODRÍGUEZ, préc., note 96, p. 54.

<sup>280</sup> J.J. BORKING, préc., note 77, p. 327.

<sup>281</sup> A. RAMOS, L. LÓPEZ et A. RODRÍGUEZ, préc., note 96, p. 54.

d'armement, de gestion de la main-d'œuvre et des cartes de bataille où le mouvement de ses troupes sera représenté par des flèches. Or, un tel jeu vidéo, selon l'interprétation effectuée par la Haute Cour de Tokyo de la Loi japonaise de 1970, ne pourra donc pas obtenir la protection offerte par la qualification d'œuvre cinématographique. De même, le genre du *point and click* où le joueur est confronté à des images fixes d'environnements avec lesquelles il devra interagir pour trouver des objets et des indices cachés dans le décor afin de résoudre des énigmes et progresser dans l'histoire du jeu ne pourra obtenir de protection en tant qu'œuvre cinématographique selon la Loi japonaise de 1970 si l'on suit la logique du jugement de la Haute Cour de Tokyo à ce sujet. À l'inverse maintenant, le genre du jeu vidéo que l'on appelle communément « film interactif » où le joueur a très peu d'interactions proposées par le jeu, ne serait-ce que de cliquer de temps en temps sur le bon bouton pour choisir une ligne de dialogue ou faire progresser l'histoire, pourra prétendre à la qualification d'œuvre cinématographique car il présente des images mouvantes malgré une interactivité très limitée. Ainsi, dans la logique du jugement de la Haute Cour de Tokyo, des genres entiers de jeux vidéo ayant un caractère ludique poussé ne sont pas protégés adéquatement car ils ne présentent pas suffisamment d'images mouvantes; et à l'inverse, des jeux vidéo avec une interactivité, qui est l'élément essentiel dans un jeu vidéo rappelons-le, assez pauvre se verront offrir une protection en tant qu'œuvre cinématographique.

Ainsi, comme on peut le voir, la qualification du jeu vidéo comme une œuvre cinématographique selon la Loi japonaise de 1970 soulève de sérieuses questions car elle vient priver des genres entiers de jeux vidéo d'une protection suffisante pour tous leurs éléments littéraires, artistiques et dramatiques. Effectivement, étant donné que la Loi japonaise de 1970 ne comporte pas de catégories fermées d'œuvres protégées, l'œuvre cinématographique n'est pas analysée par la jurisprudence japonaise sous l'angle de son aspect dramatique comme en droit canadien (étant donné qu'elle est une sous-catégorie de l'œuvre dramatique selon la Loi canadienne<sup>282</sup>), mais plutôt pour ses aspects visuels ou audiovisuels, plus précisément ses images mouvantes. Ainsi, l'argument selon lequel les images mouvantes d'un jeu seront présentées dans un ordre dépendant du bon vouloir du joueur ou encore le fait que l'histoire du jeu vidéo, et notamment sa fin, variera selon les actions du joueur ne sont pas des objections suffisantes pour empêcher cette qualification du jeu vidéo comme œuvre cinématographique selon le raisonnement de la Cour suprême du Japon,

---

<sup>282</sup> Loi canadienne, art. 2 « œuvre dramatique ».

qui n'a retenu que l'aspect visuel ou audiovisuel dans son analyse. La jurisprudence japonaise, en ayant voulu accommoder un type d'œuvre moderne, le jeu vidéo, dans une catégorie existante, celle de l'œuvre cinématographique<sup>283</sup>, a donc privé un grand nombre de jeux vidéo d'une protection adéquate. Comme l'ont noté certains auteurs, un nouveau régime légal serait nécessaire au Japon afin de prendre en compte les spécificités du jeu vidéo telles que son interactivité, sa complexité et le nombre potentiellement important d'auteurs concernés<sup>284</sup>.

Pour conclure cette première partie, on a donc pu voir que ni la loi canadienne ni la loi japonaise n'ont prévu une protection personnalisée pour le jeu vidéo, bien que les jurisprudences des deux pays aient confirmé que le jeu vidéo était protégé par droit d'auteur. La Loi canadienne et la jurisprudence canadienne étant totalement muettes sur la question de la qualification du jeu vidéo, nous en avons été réduits à des hypothèses qui devaient prendre en compte une donnée fondamentale : le jeu vidéo doit s'inscrire absolument dans l'une des quatre catégories d'œuvres protégées par le droit d'auteur canadien, héritées du droit d'auteur britannique. Ayant rejeté la qualification du jeu vidéo comme un programme d'ordinateur car elle offrait une protection insuffisante étant donné les techniques de développement modernes de jeux vidéo, nous avons également rejeté la qualification du jeu vidéo comme œuvre cinématographique car cette dernière est analysée en droit d'auteur canadien essentiellement dans sa dimension dramatique. Or, le jeu vidéo dans son ensemble, étant donné son interactivité, présente trop de différences avec un film pour en partager la qualification. Nous avons donc proposé que le jeu vidéo soit qualifié comme une compilation, ou un recueil, d'œuvres musicales, artistiques, dramatiques et littéraires. Toutefois, cette qualification présente le paradoxe d'ignorer ce qui représente près de 80% de ce qu'est le jeu vidéo, à savoir son gameplay. C'est une qualification nous semble donc bancal et peu adaptée au jeu vidéo. À l'inverse, nous avons vu que la Loi japonaise de 1970 est beaucoup plus flexible en n'imposant pas de catégories fermées d'œuvres et en ne proposant qu'une liste non exhaustive d'œuvres protégées<sup>285</sup> par le droit d'auteur japonais, ce qui permet potentiellement de protéger le jeu vidéo comme une œuvre à part entière. Toutefois, la jurisprudence japonaise n'a pas retenu cet argument et a préféré au contraire qualifier le jeu vidéo d'œuvre cinématographique en

---

<sup>283</sup> A. RAMOS, L. LÓPEZ et A. RODRÍGUEZ, préc., note 96, p. 56.

<sup>284</sup> *Id.*

<sup>285</sup> *Id.*, p. 54.

notant les similitudes entre les films et les jeux vidéo sur l'aspect visuel et audiovisuel, à savoir les images mouvantes. Une jurisprudence de la Haute Cour de Tokyo a confirmé ce que pouvait laisser craindre une telle qualification : les jeux vidéo présentant peu d'images mouvantes, tels que les jeux de stratégie ou les *point and click* se voient exclus de cette catégorie et ne sont donc protégés que comme des programmes d'ordinateur : seul leur code source est protégé, si tant est qu'il soit créatif. Ainsi, de manière paradoxale, alors que la Loi japonaise de 1970 permettait une plus grande flexibilité et une meilleure protection potentielle pour le jeu vidéo que la Loi canadienne puisqu'elle aurait pu protéger le jeu vidéo en tant qu'œuvre vidéoludique et donc protéger le jeu vidéo dans sa globalité, ce qui aurait permis de prendre en compte le gameplay par exemple, la jurisprudence japonaise est venue fermer la porte à une protection plus adaptée aux spécificités du jeu vidéo. Si notre hypothèse relativement à la qualification du jeu vidéo en droit canadien est retenue par la jurisprudence dans les années à venir, le jeu vidéo sera donc potentiellement mieux protégé au Canada qu'il ne l'est au Japon à l'heure actuelle. Toutefois, que ce soit en droit canadien ou en droit japonais, on ne peut que constater que les deux lois actuelles ne sont pas adaptées pour prendre en compte le jeu vidéo dans toute sa complexité et notamment sur la question du gameplay, soit l'élément majeur d'un jeu vidéo, pour lequel nous sommes sans réponses législative ou jurisprudentielle claires à l'heure actuelle.

Il nous reste maintenant à nous tourner, dans un deuxième chapitre, vers les différentes questions soulevées par la titularité du droit d'auteur sur le jeu vidéo où l'on verra que le Canada et le Japon sont confrontés à des enjeux très différents quant à la titularité des droits.

## II. La titularité du droit d’auteur sur le jeu vidéo

À la difficulté à qualifier le jeu vidéo sous le prisme du droit d’auteur s’ajoute également la difficulté à en identifier les auteurs. Effectivement, qui est l’auteur d’une œuvre mêlant à la fois programme d’ordinateur, œuvre cinématographique, œuvre artistique, œuvre musicale et une interactivité unique dans les œuvres protégeables par droit d’auteur ? Y’a-t-il un auteur unique ou des co-auteurs d’une œuvre créée en collaboration ? Nous allons également voir que les industries vidéoludiques canadienne et japonaise font chacune face à des enjeux bien particuliers en ce qui a trait à la titularité du droit d’auteur sur le jeu vidéo.

### A) Titularité du droit d’auteur en droit canadien

La création d’une œuvre originale implique nécessairement un auteur aux termes de la Loi canadienne. Or, il est étonnant de constater que cette même loi ne définit pas ce qu’est un auteur<sup>286</sup>. On peut toutefois affirmer sans se tromper que l’auteur est celui qui exprimera une idée de manière originale, en exerçant son talent et son jugement<sup>287</sup>. Connaître l’identité de l’auteur permet de lui attribuer les droits économiques prévus à l’article 3(1) de la Loi canadienne notamment ainsi que les droits moraux prévus aux articles 14.1 et 14.2 de cette même loi. Ces droits moraux sont le droit à l’intégrité de l’œuvre de l’auteur, le droit de revendiquer la paternité, même sous pseudonyme, de sa création ainsi que le droit à l’anonymat<sup>288</sup>. Notons que les droits moraux, contrairement aux droits économiques du droit d’auteur, ne peuvent être cédés, mais l’auteur peut y renoncer, en tout ou en partie<sup>289</sup>. Connaître l’identité de l’auteur est également crucial afin de déterminer la durée de la protection accordée par la Loi canadienne : la règle générale veut que le droit d’auteur subsiste pendant la durée de la vie de l’auteur ainsi que les soixante-dix années qui suivent son décès<sup>290</sup>.

---

<sup>286</sup> Alexandra STEELE, « Federal Court rules on Canadian test for joint authorship », (2009) *World Intellectual Property Report*, en ligne : [https://www.robic.ca/en/publications/federal-court-rules-on-canadian-test-for-joint-authorship/#:~:text=\(a\)%20joint%20authorship%20is%20established,may%20be%20qualitatively%20and%20quantitatively](https://www.robic.ca/en/publications/federal-court-rules-on-canadian-test-for-joint-authorship/#:~:text=(a)%20joint%20authorship%20is%20established,may%20be%20qualitatively%20and%20quantitatively), p. 2 (PDF) (consulté le 23 juin 2022).

<sup>287</sup> Arrêt CCH, par. 16.

<sup>288</sup> Loi canadienne, art. 14.1 (1).

<sup>289</sup> *Id.*, art. 14.1 (2) et (3).

<sup>290</sup> *Id.*, art. 6.

Dans le cas d'une œuvre créée en collaboration, le droit d'auteur subsistera pendant la vie du dernier survivant des co-auteurs puis jusqu'à la fin de la soixante-dixième année de son décès<sup>291</sup>. Dans le cas où l'identité de l'auteur n'est pas connue, le droit d'auteur subsistera jusqu'à la fin de la soixante-quinzième année suivant la création de l'œuvre. Toutefois, si l'œuvre anonyme ou sous pseudonyme est publiée avant l'expiration de ce délai, le droit d'auteur subsistera jusqu'à la première des deux dates suivantes : soit la fin de la soixante-quinzième année suivant la date de la publication de l'œuvre, soit à la fin de la centième année suivant celle de la création de l'œuvre<sup>292</sup>. On le voit bien, connaître l'identité de l'auteur est essentiel afin de déterminer quand l'œuvre entrera dans le domaine public et à qui s'adresser si on souhaite reproduire ou diffuser l'œuvre en question.

La Loi canadienne prévoit une présomption voulant que l'auteur d'une œuvre est le premier titulaire du droit d'auteur sur cette œuvre<sup>293</sup>. Toutefois, ce n'est pas toujours le cas : ainsi, dans le cas où la personne qui crée l'œuvre est employée par une autre personne et que cette œuvre est exécutée dans l'exercice de cet emploi, alors l'employeur sera le premier titulaire du droit d'auteur mais il ne sera pas considéré comme l'auteur de l'œuvre<sup>294</sup>.

Ajoutons également que le développement rapide de l'intelligence artificielle commence à intéresser sérieusement l'industrie vidéoludique. Effectivement, cette dernière y voit un moyen d'assister les développeurs dans leurs tâches en les aidant à écrire le code source du jeu vidéo ou encore en leur permettant de concevoir plus rapidement des œuvres artistiques afin d'établir la direction artistique à donner au jeu vidéo. L'intelligence artificielle peut-elle être considérée comme une titulaire possible du droit d'auteur ? Il s'avère qu'en droit canadien mais aussi dans le droit anglo-saxon de la propriété intellectuelle, l'auteur d'une œuvre protégée par droit d'auteur ne peut être qu'un être humain. Ainsi, dans la décision américaine *Naruto, et al. v. Slater, et al.*<sup>295</sup>, on s'est posé la question de savoir si un singe qui s'était pris en photo (ce qu'on appelle communément un *selfie*) avait le droit d'auteur sur cette œuvre. Or, le juge avait tranché la question de manière claire : « Nonetheless, we conclude that this monkey – and all animals, since they are not human,

---

<sup>291</sup> *Id.*, art. 9 (1).

<sup>292</sup> *Id.*, art. 6.1.

<sup>293</sup> *Id.*, art. 13 (1).

<sup>294</sup> *Id.*, art. 13 (3).

<sup>295</sup> 888 F.3d 418 (9th Cir. 2018), p. 4.

lacks statutory standing under the Copyright Act »<sup>296</sup>. Nous sommes d'avis que cette décision, bien qu'issue des États-Unis, aurait eu la même conclusion en droit canadien. Effectivement, dans la décision albertaine *Geophysical Service Incorporated v. Encana Corporation*<sup>297</sup>, le tribunal s'est également intéressé à la question de la nécessité que l'auteur d'une œuvre originale soit un humain pour qu'elle puisse être protégée par le droit d'auteur et a conclu ceci : « Clearly a human author is required to create an original work for copyright purposes »<sup>298</sup>. Il nous semble donc clair que l'auteur d'une œuvre ne peut être un animal ni une machine et doit être un humain pour que sa création puisse être protégée par le droit d'auteur. Même si l'on devait essayer d'interpréter de manière très large et libérale la notion d'auteur en notant que l'intelligence artificielle, étant donné ses capacités de reconnaissance d'objets pour ensuite être capable de les reproduire ainsi que son aptitude à apprendre à partir de l'analyse d'œuvres produites par des humains, s'apparente à une intelligence quasi humaine, cela ne serait pas suffisant. Effectivement, dans la décision britannique de 1927 *Cummins v. Bond*<sup>299</sup>, la Cour a dit qu'un esprit (qui s'apparente presque à une intelligence humaine donc) ne pouvait être l'auteur d'un texte aux termes de la loi britannique sur le droit d'auteur, ajoutant avec humour qu'elle n'avait pas juridiction sur l'au-delà. Le juge trancha alors en identifiant l'auteur comme étant la personne qui avait retranscrit le texte par écrit. Ainsi, même dans le cas où il était affirmé que l'œuvre était issue de ce qui peut s'apparenter le plus à une intelligence humaine, si tant est que les esprits existent, la justice a tranché clairement en cherchant à donner la paternité de l'œuvre à un être humain vivant<sup>300</sup>. Nous sommes donc d'avis qu'une intelligence artificielle ne peut pas être considérée comme une auteure d'œuvres protégées incluses dans un jeu vidéo, du moins en l'état actuel du droit d'auteur canadien. Étant donné ce qui précède, qui est le créateur d'un jeu vidéo ?

---

<sup>296</sup> *Id.*

<sup>297</sup> 2016 ABQB 230.

<sup>298</sup> *Id.*, par. 88.

<sup>299</sup> [1927] 1 Ch. 167.

<sup>300</sup> Notons qu'on peut donner la paternité d'une œuvre à un être humain décédé (on parlera d'œuvre posthume) mais on conviendra que l'œuvre aura tout de même été créée du vivant de cet auteur.

## 1) Les créateurs du jeu vidéo

Dans notre première partie, nous avons retenu trois hypothèses possibles pour qualifier le jeu vidéo : un programme d'ordinateur, une œuvre cinématographique, ou finalement une compilation ou un recueil. Bien que nous ayons souligné que la troisième hypothèse nous semblait la plus logique et pertinente, bien qu'imparfaite, pour qualifier le jeu vidéo, il s'agit maintenant d'établir qui pourront être considérés comme les auteurs selon l'hypothèse retenue.

### a) Les auteurs selon la catégorie d'œuvres retenue

Dans le cas où l'on considère le jeu vidéo comme un programme d'ordinateur, qui est considéré selon la Loi canadienne comme une œuvre littéraire, les auteurs seront ceux qui auront contribué à la rédaction et à l'arrangement du code informatique<sup>301</sup>. Si l'on applique cela dans l'industrie vidéoludique, les auteurs seront donc les programmeurs, soit ceux chargés de la création et de la mise en place du code informatique pour faire en sorte que le jeu puisse fonctionner sur les ordinateurs et les consoles des joueurs.

Dans le cas où l'on qualifie le jeu vidéo comme une œuvre cinématographique, qui est une sous-catégorie de l'œuvre dramatique selon la Loi canadienne, le ou les auteurs seront ceux qui auront fait les arrangements nécessaires pour créer cette œuvre<sup>302</sup>. Comment identifier qui est cette personne : l'auteur est-il celui qui a écrit l'histoire du film (ce qu'on appelle communément le scénariste), le réalisateur ou bien le producteur du film<sup>303</sup> ? La Loi canadienne est muette sur la question de l'identité de l'auteur d'une œuvre cinématographique<sup>304</sup>. La jurisprudence semble toutefois considérer que l'auteur d'une œuvre cinématographique est soit son réalisateur, soit son scénariste<sup>305</sup>, en l'absence de contrat venant céder les droits d'auteur au producteur bien sûr. Encore

---

<sup>301</sup> A. RAMOS, L. LÓPEZ et A. RODRÍGUEZ, préc., note 96, p. 24.

<sup>302</sup> *Id.*

<sup>303</sup> N. TAMARO, préc., note 61, p. 76 et 77.

<sup>304</sup> *Films Rachel Inc. c. Druker et Associés Inc.*, [1995] 500-11-001622-931 (C.S.), par. 30.

<sup>305</sup> *Id.*, par. 36.

récemment, dans une décision de la Cour supérieure du Québec<sup>306</sup>, cette dernière a confirmé que c'est celui qui filme et monte le film, à savoir le réalisateur, qui est l'auteur du film car il exerce son talent et son jugement dans la création de l'œuvre cinématographique<sup>307</sup>. Bien sûr, chaque cas est un cas d'espèce et il peut arriver que le réalisateur ne soit là que pour remplir une commande précise effectuée par une société de production avec peu voire pas de liberté artistique, auquel cas on le considèrera au mieux comme un co-auteur de l'œuvre, si tant est qu'il n'avait pas de contrat de travail avec la société de production (nous y reviendrons). Étant donné ce qui précède, qui est l'équivalent du réalisateur dans l'industrie vidéoludique ? Deux postes bien distincts émergent comme des équivalents possibles du réalisateur : le directeur créatif (en anglais, *creative director*) et le producteur (en anglais, *producer*). Le directeur créatif est une figure que l'on retrouve énormément aux États-Unis et au Japon : comme son nom l'indique, il s'agit de la personne qui est chargée de toute la direction artistique et dramatique du jeu vidéo. Très souvent, il a aussi participé voire dirigé la phase de rédaction de l'histoire du jeu vidéo. C'est donc cette personne qui a le dernier mot sur tous les aspects artistiques du jeu vidéo et qui a souvent la vision de ce que le jeu devrait être à sa sortie, ce qui peut mener parfois à des développements compliqués<sup>308</sup>. Ainsi, des directeurs créatifs tels que Ken Levine, qui a réalisé le jeu *Bioshock* dont nous avons déjà parlé, ou Shinji Mikami, directeur créatif du jeu japonais *Resident Evil* dont nous avons également parlé, peuvent être considérés comme les auteurs de leur jeu vidéo. Il est à noter que le directeur créatif a rarement le contrôle de tout l'aspect financier et logistique du jeu vidéo, il ne gère que l'aspect artistique et dramatique, et souvent le gameplay du jeu vidéo. Il est donc le responsable du jeu dans sa version telle qu'elle sera jouable. Le producteur, pour sa part, est la personne qui est chargée de gérer tout l'aspect matériel et logistique du jeu vidéo : établissement et gestion du budget, négociation de contrats de licences avec des tiers, liaison entre les équipes de développement et les dirigeants du studio de développement ainsi qu'avec l'éditeur, établissement d'un calendrier afin d'évaluer les différentes étapes du développement, mise en place des différentes équipes de développement (programmeurs, équipe artistique, concepteurs du design des niveaux du jeu, etc.). Ajoutons toutefois qu'après avoir échangé avec plusieurs acteurs de l'industrie vidéoludique

---

<sup>306</sup> *Glasz c. Choko*, 2018 QCCS 5020.

<sup>307</sup> *Id.*, par. 51 et 52.

<sup>308</sup> Jason SCHREIER, « A Look Inside Bioshock Infinite's Troubled Development », (2021) *Polygon*, en ligne : <https://www.polygon.com/2021/5/10/22424321/a-look-inside-bioshock-infinites-troubled-development> (consulté le 28 août 2022).

canadienne, il semblerait que le producteur ait parfois également le dernier mot sur les décisions artistiques du jeu vidéo : c'est lui qui tranche et décide de la direction artistique du jeu. Il arrive fréquemment d'ailleurs que les rôles de producteur et de directeur artistique échoient à la même personne : on pense notamment à Hideo Kojima qui a eu les deux rôles dans le développement de son jeu *Death Stranding*. Chaque cas est donc un cas d'espèce : si un jeu vidéo est développé selon la vision et la direction d'un directeur créatif qui gère tout l'aspect artistique et dramatique, alors ce dernier sera considéré comme l'auteur du jeu vidéo selon nous. À l'inverse, s'il s'avère que c'est plutôt le producteur qui a le dernier mot sur tous les aspects du jeu vidéo, incluant sa direction artistique, alors nous sommes d'avis que c'est le producteur qui sera considéré comme l'auteur du jeu vidéo qualifié comme une œuvre cinématographique. Il semblerait que dans l'industrie vidéoludique canadienne, le producteur a souvent ce rôle très large qui inclut la gestion de la direction artistique.

Finalement, si l'on qualifie le jeu vidéo comme une compilation ou un recueil, nous avons souligné précédemment qu'il existera alors plusieurs droits d'auteur en même temps : celui de la personne chargée de la compilation, et celui pour chaque œuvre protégée faisant partie de la compilation. Ainsi, les auteurs des œuvres musicales présentes dans le jeu vidéo, les auteurs des dessins et illustrations apparaissant dans le jeu, les auteurs du code informatique que nous avons déjà identifiés ainsi que l'auteur des cinématiques dont nous avons déjà traité ont un droit d'auteur sur leurs œuvres<sup>309</sup>, tout comme les doubleurs qui ont des droits sur leur prestation<sup>310</sup>. Une question demeure : qui est l'auteur de la compilation ou du recueil ? Encore une fois, nous sommes d'avis que ce dernier est soit le directeur créatif, si ce dernier a le dernier mot sur tous les choix artistiques et dramatiques du jeu, soit le producteur si l'on se trouve dans la configuration où c'est ce dernier qui est chargé la direction artistique et dramatique du jeu vidéo. Effectivement, que ce soit le directeur créatif ou le producteur selon les cas, ces derniers agissent comme de véritables compilateurs : c'est eux qui décident quoi intégrer dans le jeu vidéo et quoi rejeter. Ainsi, il arrive parfois que des développeurs aient travaillé pendant des mois sur certains éléments qui ne se retrouveront finalement pas dans le jeu à sa sortie, le producteur ou le directeur créatif ayant décidé de les écarter par souci de cohérence avec l'ensemble de l'œuvre. Il y a donc un véritable travail intellectuel, faisant appel au talent et au jugement, afin de déterminer quels éléments s'emboîteront

---

<sup>309</sup> S.H. ABRAMOVITCH et R. BISSONNETTE, préc., note 116.

<sup>310</sup> A. RAMOS, L. LÓPEZ et A. RODRÍGUEZ, préc., note 96, p. 24.

afin de créer un jeu vidéo correspondant à la vision établie lors de la phase de pré-production, avant le début du développement. Ce travail de compilateur est donc le fait du directeur créatif ou du producteur selon les charges qu'ils remplissent et les responsabilités qui leur échoient.

Nous l'avons dit dans notre introduction, les premiers jeux vidéo sont apparus dans les années 1970. Depuis ce temps, ils n'ont fait que gagner en complexité et il est quasiment impossible aujourd'hui de développer un jeu vidéo seul. Bien souvent, que ce soit pour les jeux AAA ou les jeux indépendants, on retrouve des équipes mettant leur talent en commun afin de développer un jeu vidéo. Il nous faut donc nous pencher sur le concept de l'œuvre créée en collaboration.

#### b) La jurisprudence relative à l'œuvre créée en collaboration

La notion d'œuvre créée en collaboration peut potentiellement s'appliquer au développement des jeux AAA où plusieurs équipes travaillent sur les différents éléments du jeu<sup>311</sup>, mais aussi au développement des jeux indépendants où il est désormais très rare de voir une seule et unique personne physique assurer tout le développement du jeu vidéo. La Loi canadienne définit l'œuvre créée en collaboration (en anglais *work of joint authorship*, à ne pas confondre avec le concept de *collective work* qui se nomme en français « recueil ») de la façon suivante : « Œuvre exécutée par la collaboration de deux ou plusieurs auteurs, et dans laquelle la part créée par l'un n'est pas distincte de celle créée par l'autre ou les autres. »<sup>312</sup>. On trouve dans cette définition plusieurs éléments : le fait que l'œuvre soit créée par plusieurs auteurs, ce qui sous-entend que chaque auteur doit avoir contribué avec une expression originale<sup>313</sup>, qu'il y a eu un travail en commun ou un travail visant une finalité bien identifiée<sup>314</sup> mais aussi qu'on ne doit être pas être en mesure de distinguer chaque contribution des auteurs<sup>315</sup>.

---

<sup>311</sup> *Id.*, p. 25.

<sup>312</sup> Loi canadienne, art. 2 « œuvre créée en collaboration ».

<sup>313</sup> B.B. SOOKMAN, S. MASON et C. CRAIG, préc., note 73, p. 454 et 455.

<sup>314</sup> *Id.*

<sup>315</sup> *Id.*

La jurisprudence s'est intéressée à ce concept à de nombreuses reprises. Ainsi, dans la décision *Neugebauer c. Labieniec*<sup>316</sup>, Madame Labieniec avait aidé Monsieur Neugebauer, rescapé de l'Holocauste, à écrire un livre sur son expérience des camps de concentration. Par la suite, il y eut un différend sur la question de savoir si Madame Labieniec était une co-auteure de ce livre aux côtés de Monsieur Neugebauer. La Cour fédérale, dans son analyse, insiste bien sur le fait que la contribution de chaque co-auteur doit être l'expression de son talent et jugement, un simple travail de scribe couchant par écrit les propos de Monsieur Neugebauer n'aurait pas donné le statut de co-auteure à Madame Labieniec<sup>317</sup>. Dans le cas en l'espèce, Madame Labieniec avait effectué des recherches historiques afin d'ajouter du contexte au témoignage de Monsieur Neugebauer. La Cour fédérale insiste sur le fait que l'existence d'une œuvre créée en collaboration s'établit en fonction des faits et du droit, et qu'il n'y a pas à étudier l'intention des parties pour arriver à une telle conclusion<sup>318</sup>, contrairement à ce qu'avaient pu faire certains juges de première instance au Canada<sup>319</sup>. De plus, la contribution de chaque partie n'a pas à être égale mais elle doit être importante, une contribution minime ne pourra donner à son auteur le statut de co-auteur de l'œuvre créée en collaboration<sup>320</sup>. Finalement, il doit y avoir un travail accompli de concert pour la réalisation d'un projet commun, à savoir l'œuvre créée en collaboration<sup>321</sup>.

De plus, nous l'avons vu dans la définition prévue dans la Loi canadienne, la part de chaque co-auteur dans l'œuvre créée en collaboration ne doit pas être distincte de celle des autres co-auteurs. Dans la décision *Drapeau c. François Girard*<sup>322</sup>, la Cour d'appel du Québec a dû examiner si l'auteur d'une musique composée afin d'accompagner un spectacle théâtral pouvait être considéré comme un co-auteur du spectacle théâtral en question. La Cour d'appel a tranché clairement en disant que si l'on interprète de manière restrictive la définition de l'œuvre créée en collaboration, il est clair qu'une musique peut totalement se distinguer d'une pièce de théâtre et donc la part de chaque auteur est distinct. Il n'y a donc pas d'œuvre créée en collaboration<sup>323</sup>. La Cour d'appel souligne également que si l'on interprète la définition donnée par la Loi canadienne de manière

---

<sup>316</sup> 2009 CF 666.

<sup>317</sup> *Id.*, par. 36.

<sup>318</sup> *Id.*, par. 45.

<sup>319</sup> *Id.*, par. 51.

<sup>320</sup> *Id.*, par. 45.

<sup>321</sup> *Id.*

<sup>322</sup> [2003] R.J.Q. 2539.

<sup>323</sup> *Id.*, par. 5.

large, afin de regarder non pas l'aspect matériel et factuel de chaque œuvre mais plutôt l'aspect intellectuel d'une collaboration, à savoir une volonté commune de concevoir une œuvre unique malgré la pluralité des apports respectifs, il s'agit alors d'une question de fait et chaque cas est un cas d'espèce<sup>324</sup>.

Avant d'appliquer ces éléments jurisprudentiels au jeu vidéo, nous devons toutefois nous arrêter sur un jugement de la Cour supérieure du Québec qui, chose rare, porte précisément sur le développement de jeu vidéo et où le tribunal a eu à se prononcer sur la notion d'œuvre créée en collaboration appliquée au jeu vidéo et sur l'attribution de la paternité d'un jeu vidéo<sup>325</sup>. Cette décision, *Seggie c. Roofdog Games Inc.*<sup>326</sup> (ci-après l'« Affaire Seggie »), a une trame factuelle relativement simple : M. Germain est un développeur de jeux vidéo qui décide de créer sa propre entreprise, Roofdog Games Inc., afin de développer un jeu vidéo de manière indépendante. Ce dernier est un jeu où le joueur contrôle une voiture faisant des acrobaties automobiles. M. Seggie, qui travaille également dans l'industrie du jeu vidéo en tant qu'illustrateur, est un ancien collègue et ami de M. Germain et il lui propose de l'aider bénévolement en lui dessinant six voitures, un arrière-plan pour l'un des chapitres du jeu ainsi que quelques accessoires (arbres, rochers, bidons d'essence)<sup>327</sup>. M. Germain précise qu'il n'a pas l'argent pour l'employer ni pour le rémunérer mais lui offre une tablette en échange, M. Seggie insiste sur le fait qu'il ne souhaite pas être embauché ni rémunéré, ayant déjà un bon emploi dans l'industrie vidéoludique. De plus, M. Seggie fournit la suggestion pour le titre du jeu<sup>328</sup> et ce dernier sort sur le *Apple Store* début août 2011. Les dessins effectués par M. Seggie sont présents dans le jeu pendant deux mois et demi avant d'être remplacés par d'autres dessins<sup>329</sup>. Très rapidement, le jeu est un grand succès et devient très populaire, M. Germain fait donc évoluer son jeu en y ajoutant plus de contenu : de nouveaux niveaux, de nouvelles voitures, etc. M. Seggie ne participe plus de près ou de loin au développement du jeu. À la suite du succès du jeu, M. Seggie demande à recevoir 25% des profits puisqu'il déclare avoir participé au développement du jeu et en être un co-auteur<sup>330</sup>. Malgré des tentatives de négociation,

---

<sup>324</sup> *Id.*, par. 6.

<sup>325</sup> M. SHORTT, préc., note 147.

<sup>326</sup> 2015 QCCS 6462.

<sup>327</sup> *Id.*, par. 28.

<sup>328</sup> *Id.*, par. 29.

<sup>329</sup> *Id.*, par. 52.

<sup>330</sup> *Id.*, par. 38.

les deux individus ne parviennent pas à trouver un terrain d'entente et M. Seggie intente des poursuites.

La juge chargée de l'Affaire Seggie note tout d'abord que les deux parties sont d'avis que le jeu vidéo est protégé par le droit d'auteur et qu'il faut interpréter de manière large et libérale les définitions de compilation, d'œuvre littéraire, d'œuvre cinématographique et d'œuvre musicale prévues dans la Loi canadienne<sup>331</sup>. Étant donné que M. Seggie prétend être un co-auteur d'une œuvre créée en collaboration, à savoir le jeu vidéo, la juge va regarder quels sont les principes jurisprudentiels afin de déterminer si une œuvre a bien été créée en collaboration.

« La jurisprudence élabore certains principes pour décider si une œuvre est créée en collaboration :

- une œuvre conjointe est ainsi qualifiée à la lumière de la loi et des faits;
- l'apport des coauteurs n'a pas besoin d'être équivalent, mais l'apport de chacun doit être substantiel;
- une certaine collaboration doit s'établir entre les coauteurs dans la poursuite d'un dessein commun;
- il faut prouver plus que des idées et des suggestions;
- une certaine jurisprudence considère également pertinente l'intention commune des parties de créer ou non une œuvre en collaboration. »<sup>332</sup>

En appliquant ces principes aux faits en l'espèce, la juge constate que sans la contribution de M. Germain, il n'y aurait jamais eu de jeu vidéo, car c'est lui qui a conçu et programmé le jeu vidéo et c'est lui qui a mis en place les mécanismes de monétisation dans le jeu (achat de voitures par les joueurs par exemple). À l'inverse, sans les dessins de M. Seggie, le jeu vidéo aurait pu exister<sup>333</sup>. Par ailleurs, il n'y a jamais eu de volonté commune de créer une œuvre en collaboration : M. Seggie a toujours expliqué vouloir donner un coup de main au projet de M. Germain, mais il était clair pour les parties que c'était le projet de M. Germain uniquement<sup>334</sup>. Finalement, la juge constate que la part créée par M. Seggie, à savoir les dessins, est bien distincte de celle créée par M. Germain

---

<sup>331</sup> *Id.*, par. 57.

<sup>332</sup> *Id.*, par. 59.

<sup>333</sup> *Id.*, par. 65.

<sup>334</sup> *Id.*, par. 67 et 68.

et donc, on ne peut parler d'une œuvre créée en collaboration<sup>335</sup>. Ajoutons que la juge a tout de même considéré que M. Seggie était demeuré titulaire du droit d'auteur sur les dessins et a donc ordonné un dédommagement de 10 000\$ pour l'utilisation temporaire de ces dessins<sup>336</sup>.

On peut noter plusieurs éléments de cette décision : tout d'abord, un non-employé dont la contribution au jeu vidéo est minime ne peut prétendre être un co-auteur du jeu vidéo, surtout s'il n'y a pas d'intention commune et que les apports sont bien distincts<sup>337</sup>. De plus, le droit d'auteur doit être considéré du point de vue du jeu vidéo dans son ensemble, mais également de tous les éléments constitutifs de ce jeu vidéo qui sont protégeables (dessins, musique, textes écrits, etc.)<sup>338</sup>, ce qui va dans le sens de notre qualification du jeu vidéo comme une compilation ou un recueil. Si l'on applique tous ces éléments au développement global d'un jeu vidéo, nous sommes d'avis que l'on peut trouver plusieurs œuvres en collaboration. Effectivement, si l'on considère le jeu vidéo comme un programme d'ordinateur, il est clair que tous les programmeurs informatiques travaillant ensemble pour écrire le code source du jeu pourront être considérés, si tous les critères jurisprudentiels étudiés sont remplis, comme des co-auteurs de l'œuvre créée en collaboration que représente le code informatique. De même, si l'on considère le jeu vidéo comme une compilation ou un recueil, chaque équipe d'individus travaillant sur un aspect du jeu (rédaction de textes, composition de la musique, conception des décors, etc.) pourra être considérée comme une équipe de co-auteurs travaillant sur une œuvre créée en collaboration. Toutefois, nous sommes d'avis que le jeu vidéo dans sa globalité ne pourra être considéré comme une œuvre créée en collaboration, car on pourra aisément distinguer la part de chaque équipe : la musique composée par une équipe de musiciens est bien distincte du code informatique rédigé par une équipe de programmeurs ou encore des dialogues rédigés par les scénaristes du jeu vidéo. Ainsi, chaque élément constitutif du jeu vidéo pourra potentiellement être considéré comme une œuvre créée en collaboration mais le jeu vidéo dans sa globalité ne correspond pas à la définition de l'œuvre créée en collaboration, sauf dans le cas hypothétique où on parle d'un petit jeu indépendant où une équipe très réduite de développeurs auront à la fois programmé le code informatique, composé la musique et écrit le

---

<sup>335</sup> *Id.*, par. 70.

<sup>336</sup> M. SHORTT, préc., note 147.

<sup>337</sup> Isabelle JOMPHE et Gonzalo LAVIN, « Studios et concepteurs, êtes-vous sûr de détenir la propriété intellectuelle sur vos jeux vidéo ? », (2021) *Lavery*, en ligne : <https://www.lavery.ca/fr/publications/nos-publications/3250-studios-concepteurs-etes-vous-sur-de-detenir-la-proprieté-intellectuelle-pi-droit-d-auteur-sur-vos-jeux-video.html> (consulté le 23 juin 2022).

<sup>338</sup> M. SHORTT, préc., note 147.

scénario du jeu par exemple. Ajoutons finalement que le travail d'unification effectué par le compilateur (que l'on a identifié comme le producteur ou le directeur créatif du jeu) est fait sans l'aide des auteurs de chaque élément composant la compilation ou le recueil, ce qui fait que ce dernier ne peut pas être considéré dans sa globalité comme une œuvre créée en collaboration<sup>339</sup>.

c) L'employé qui crée une œuvre pour le compte de son employeur

Notre analyse ne serait toutefois pas complète si nous ne traitons pas la question de l'article 13(3) de la Loi canadienne. Effectivement, de nos jours, il est très rare que les jeux vidéo ne soient développés que par des personnes physiques, la très grande majorité des jeux sont désormais conçus par des entreprises de plusieurs centaines d'employés tant le développement est complexe et surtout dispendieux. Nous l'avons évoqué rapidement en expliquant les notions de base de ce qu'est un auteur dans la Loi canadienne : au Canada, une entreprise ne peut être considérée comme un auteur, seul un être humain peut l'être<sup>340</sup>. Toutefois, dans le cas où l'auteur crée une œuvre pour le compte de son employeur dans le cadre de son emploi, alors l'employeur sera considéré comme le premier titulaire du droit d'auteur sur cette œuvre d'après l'article 13(3) de la Loi canadienne, à moins d'une stipulation contraire. Ainsi, si l'employeur est une personne morale, cette dernière ne sera pas l'auteur de l'œuvre, mais elle sera la titulaire des droits d'auteur, à savoir les droits de nature économiques prévus notamment à l'article 3 de la Loi canadienne. Ainsi, si l'on applique cette disposition à notre analyse de la titularité des droits et étant donné les investissements importants requis pour développer un jeu, on constatera alors que, dans la très grande majorité des cas et notamment pour les jeux AAA, les droits d'auteur sur les jeux vidéo appartiennent en fait à des personnes morales, que ce soient des studios de développement ou des éditeurs selon les accords passés entre eux. Ces derniers seront donc les titulaires du droit d'auteur sur le jeu<sup>341</sup>.

Étant donné que nous avons retenu la qualification du jeu vidéo comme une compilation (ou un recueil) comme étant la meilleure solution en l'état actuel du droit d'auteur canadien, le créateur du jeu vidéo serait donc son directeur créatif ou son producteur; et si cette personne est employée

---

<sup>339</sup> N. TAMARO, préc., note 61, p. 84.

<sup>340</sup> A. RAMOS, L. LÓPEZ et A. RODRÍGUEZ, préc., note 96, p. 26.

<sup>341</sup> *Id.*, p. 27.

d'une entreprise, cette dernière sera le premier titulaire du droit d'auteur sur le jeu. Chaque auteur des œuvres incluses dans le jeu vidéo, ou l'entreprise qui les emploie, conserve son droit d'auteur sur leur œuvre. Maintenant que nous avons établi qui sont les titulaires du droit d'auteur sur le jeu vidéo selon chaque hypothèse retenue aux termes de la Loi canadienne, nous devons maintenant examiner les différents enjeux relatifs à la création de contenu pour le jeu par les utilisateurs de ce dernier, à savoir les joueurs. C'est ce qu'on appelle les contenus générés par les utilisateurs et ces derniers, nous le verrons, sont de nature très variée.

## 2) Les utilisateurs du jeu vidéo

À la différence d'autres œuvres où les spectateurs ne sont que passifs dans leur écoute ou leur admiration de l'œuvre, le jeu vidéo implique une interaction entre l'œuvre et son utilisateur. Or, cette interaction est, en soi, créatrice de contenu. De plus, la communauté des joueurs est bien connue pour sa volonté de créer du contenu lié à ses jeux vidéo préférés. Or, ces contenus soulèvent de sérieux enjeux pour les titulaires du droit d'auteur.

### a) Le joueur-interprète

Nous avons abondamment traité de la question du droit d'auteur dans notre étude mais il existe un autre type de droits directement lié au droit d'auteur, à savoir les droits voisins. Effectivement, un certain nombre d'œuvres, pensons aux pièces de théâtre ou à la musique, sont faites pour être présentées à un public. En 1961, la *Convention de Rome sur la protection des artistes interprètes ou exécutants, des producteurs de phonogrammes et des organismes de radiodiffusion*<sup>342</sup> (ci-après, la « Convention de Rome ») a établi les droits voisins pour trois catégories de personnes : les artistes-interprètes, les producteurs d'enregistrements sonores et les organisations de radiodiffusion<sup>343</sup>. Ainsi, une partition de musique a une protection prévue par la loi et son auteur a

---

<sup>342</sup> 26 octobre 1961, [1998] R.T. Can. n° 21.

<sup>343</sup> B.B. SOOKMAN, S. MASON et C. CRAIG, préc., note 73, p. 337 et 338.

donc un certain nombre de droits exclusifs, mais il est évident que cette partition de musique a pour but d'être exécutée, à savoir jouée par un interprète, qui aura donc des droits sur sa prestation.

De plus, la Loi canadienne donne un certain nombre de droits aux artistes-interprètes car leur créativité est nécessaire pour donner vie à l'œuvre, qu'elle soit musicale, dramatique, chorégraphique ou cinématographique par exemple<sup>344</sup>. Ils ont donc le droit exclusif de communiquer leur prestation au public par télécommunication, de l'exécuter en public ou encore de la fixer sur un support matériel<sup>345</sup>. Ils peuvent donc empêcher l'enregistrement de leur prestation voire empêcher la reproduction de cet enregistrement<sup>346</sup>. De plus, afin de se conformer aux dispositions de la Convention de Rome, la Loi canadienne prévoit, à son article 19, que les artistes-interprètes et les producteurs d'enregistrements sonores ont le droit à une rémunération pour l'exécution en public ou la communication au public par télécommunication de l'enregistrement sonore publié<sup>347</sup>. La Loi canadienne, aux articles 17.1 et 17.2, prévoit même des droits moraux sur leur prestation pour les artistes-interprètes<sup>348</sup>.

Étant donné que le jeu vidéo est considéré comme une œuvre protégée par le droit d'auteur d'après la jurisprudence canadienne, peut-on envisager qu'il existe des artistes-interprètes de jeux vidéo ? De fait, ces « joueurs-interprètes » n'ont pas attendu notre étude pour exister et surtout diffuser leur prestation au public. Effectivement, dès le début des années 2000, avec le développement d'Internet et des technologies de capture vidéo, des milliers de joueurs ont enregistré leurs sessions de jeu afin de les diffuser sur Internet. Ainsi, le premier Youtuber<sup>349</sup> francophone à atteindre un million d'abonnés était un Suisse nommé Benoît Moreillon<sup>350</sup> (de son pseudonyme Diablox9) qui s'était fait connaître en diffusant ses sessions de jeu avec ses amis sur Internet, ouvrant la voie à des milliers de personnes vivant désormais grâce aux revenus publicitaires obtenus par la diffusion de

---

<sup>344</sup> B.B. SOOKMAN, S. MASON et C. CRAIG, préc., note 73, p. 337.

<sup>345</sup> Loi canadienne, art. 15(1)a).

<sup>346</sup> B.B. SOOKMAN, S. MASON et C. CRAIG, préc., note 73, p. 338.

<sup>347</sup> Ré : *Sonne c. Fédération des associations de propriétaires de cinémas du Canada*, préc., note 97, par. 28.

<sup>348</sup> Ajoutons à ce propos que le Canada est signataire du *Traité de l'OMPI sur les interprétations et exécutions et les phonogrammes*, 20 décembre 1996, [2014] R.T. Can. n°21, qui prévoit à son article 5 que les artistes-interprètes possèdent des droits moraux incessibles, et ce même si les artistes-interprètes ont cédé leurs droits patrimoniaux sur leur prestation.

<sup>349</sup> Individu postant des vidéos sur la plateforme de partage de vidéos YouTube.

<sup>350</sup> Bruno LUS, « Diablox9, le « premier survivant » de YouTube », (2019) *Le Monde*, en ligne : [https://www.lemonde.fr/pixels/article/2019/08/04/diablox9-le-premier-survivant-de-youtube\\_5496449\\_4408996.html](https://www.lemonde.fr/pixels/article/2019/08/04/diablox9-le-premier-survivant-de-youtube_5496449_4408996.html) (consulté le 19 août 2022).

leurs sessions de jeu. Ces sessions de jeu diffusées sur Internet sont de natures extrêmement diverses : certaines ont pour but de montrer à d'autres joueurs comment vaincre tel ennemi du jeu ou comment être meilleur dans des parties multi-joueurs, d'autres que l'on appelle *speedruns* ont pour objectif d'atteindre la fin d'un jeu le plus rapidement possible, certaines que l'on nomme *walkthroughs* ou *let's play* sont tout simplement l'enregistrement par un joueur de sa session de jeu alors qu'il fait le jeu du début à la fin, à son rythme et souvent en partageant ses impressions sur le jeu. Finalement, on a désormais l'*e-sport*, à savoir les tournois de jeux vidéo où des joueurs du monde entier s'affrontent sur des jeux, avec de fortes récompenses monétaires à la clé<sup>351</sup>. Ces tournois sont d'ailleurs également diffusés à la télévision<sup>352</sup>. Ajoutons que ces prestations des « joueurs-interprètes » ne sont pas forcément que sous le format de vidéos publiées sur des plateformes telles que YouTube : ainsi en ce qui a trait à l'*e-sport*, des spectateurs se rendent dans des salles gigantesques pour assister en personne aux prestations des joueurs. On trouve également le *streaming*, soit le fait de diffuser en direct sa session de jeu sur Internet. On estime qu'environ 1,2 milliards de spectateurs regardent des *streams* de jeux vidéo chaque année<sup>353</sup>. Ces sessions de jeu partagées sur Internet ont parfois des effets extrêmement positifs sur les ventes d'un jeu, créant des phénomènes d'engouement permettant de faire connaître un jeu et de le rendre populaire auprès de joueurs du monde entier<sup>354</sup>. Ces sessions de jeu diffusées permettent aussi de créer de véritables communautés autour d'un jeu, permettant aux joueurs de partager leur passion pour un jeu mais aussi aux développeurs de ce dernier de mieux comprendre les attentes de leur public<sup>355</sup>.

Peut-on qualifier ces sessions de jeu de prestation et donc les joueurs créant une prestation d'artiste-interprète aux termes de la Loi canadienne ? On définit l'artiste-interprète comme suit : « Tout artiste-interprète ou exécutant »<sup>356</sup>. La prestation (en anglais, *performer's performance*), quant à elle, est définie dans la Loi canadienne comme suit :

---

<sup>351</sup> D. GREENSPAN et G. DIMITA, préc., note 1, p. 43.

<sup>352</sup> Scott M. KELLY et Kirk A. SIGMON, « The Key to Key Presses: eSports Game Input Streaming and Copyright Protection », (2018) 1 *Interactive Entertainment Law Review* 2, 3.

<sup>353</sup> D. GREENSPAN et G. DIMITA, préc., note 1, p. 43.

<sup>354</sup> Isabelle JOMPHE et Gonzalo LAVIN, « Studios et concepteurs, comment protéger la propriété intellectuelle de vos jeux ? », (2021) *Lavery*, en ligne : <https://www.lavery.ca/fr/publications/nos-publications/3256-studios-concepteurs-comment-protoger-la-propriete-intellectuelle-pi-marques-de-commerce-droits-d-auteur-brevets-de-vos-jeux-video.html?page=1&MotCle=jeux%20vid%C3%A9o&EnvoiFormRechercheProfessionel> (consulté le 24 juin 2022).

<sup>355</sup> A. PIECHÓWKA, préc., note 8, 13.

<sup>356</sup> Loi canadienne, art. 2 « artiste-interprète ».

« Selon le cas, que l'œuvre soit encore protégée ou non et qu'elle soit déjà fixée sous une forme matérielle quelconque ou non :

**a)** l'exécution ou la représentation d'une œuvre artistique, dramatique ou musicale par un artiste-interprète;

**b)** la récitation ou la lecture d'une œuvre littéraire par celui-ci;

**c)** une improvisation dramatique, musicale ou littéraire par celui-ci, inspirée ou non d'une œuvre préexistante. »<sup>357</sup>

Ainsi, si l'on considère le jeu vidéo comme une œuvre dramatique<sup>358</sup>, qu'elle soit cinématographique ou une compilation d'œuvres dont la majorité est dramatique, alors l'exécution de cette œuvre par un joueur sera considérée comme une prestation. Est-ce que le fait de jouer à un jeu vidéo est une exécution de cette œuvre ? La jurisprudence canadienne semble aller dans ce sens en expliquant que la définition de représentation et exécution de l'article 2 de la Loi canadienne doit s'interpréter de manière large et libérale<sup>359</sup>. Aussi, cette définition est suffisamment large pour englober les nouvelles technologies, dont la représentation digitale (par Internet) d'une œuvre<sup>360</sup>. Comme nous l'expliquions en introduction, chaque jeu possède son gameplay propre, qui en fait un jeu unique, mais chaque session de jeu est également unique car chaque joueur a sa propre manière de jouer et on ne peut nier une certaine créativité dans chaque session de jeu<sup>361</sup>. De la même manière que chaque comédien mettra son talent et sa créativité afin de donner vie à ses répliques dans une pièce de théâtre, chaque joueur met son talent et sa créativité à profit afin de vivre une expérience unique dans sa session de jeu. Cette dernière présente deux éléments : le jeu vidéo en lui-même et ce qu'y fait le joueur-interprète avec sa manette ou son clavier. Les spectateurs sont d'ailleurs davantage intéressés ici par ce que fait le joueur plutôt que par le jeu vidéo en lui-même, auquel ils jouent peut-être également eux-mêmes<sup>362</sup>. La session de jeu est donc l'expression créative d'un joueur utilisant le jeu vidéo, et non celle du développeur, de la même

---

<sup>357</sup> *Id.*, art. 2 « prestation ».

<sup>358</sup> Ajoutons que si l'on considère le jeu vidéo comme un programme d'ordinateur, et donc en retenant la qualification d'œuvre littéraire, la prestation du jeu vidéo serait sa récitation ou sa lecture. On imagine difficilement la récitation d'un programme d'ordinateur. On voit bien que l'exemple du jeu vidéo met en lumière les limites de la Loi canadienne et de son système de qualification.

<sup>359</sup> *Association canadienne de télévision par câble c. Canada (Commission du droit d'auteur)*, [1993] 2 C.F. 138 (C.A.).

<sup>360</sup> B.B. SOOKMAN, S. MASON et C. CRAIG, préc., note 73, p. 828 et 829.

<sup>361</sup> S.M. KELLY et K.A. SIGMON, préc., note 352, 10.

<sup>362</sup> *Id.*, 11.

manière que la composition d'un rouleau de piano pneumatique est l'expression créative d'un compositeur plutôt que celle du fabricant du piano mécanique<sup>363</sup>. Et donc, le streaming ou la vidéo capture l'expression créative d'une session de jeu et cette expression appartient au joueur et non au créateur du jeu en lui-même, c'est donc le joueur qui aura le contrôle sur son contenu créé sans porter atteinte au droit d'auteur sur le jeu en lui-même<sup>364</sup>. Chaque joueur est donc l'auteur de sa session de jeu et il a donc un certain contrôle sur sa prestation ainsi que des droits voisins sur cette dernière. Ajoutons par ailleurs que certains y voient même une œuvre indépendante où le jeu vidéo ne serait plus qu'un outil, par exemple un pinceau, permettant au joueur de créer sa propre œuvre protégée par droit d'auteur : sa session de jeu<sup>365</sup>. À nos yeux, cette interprétation va peut-être un peu trop loin et nous sommes plutôt d'avis que la session de jeu représente davantage une représentation ou une exécution d'une œuvre protégée par droit d'auteur plutôt qu'une œuvre distincte et indépendante du jeu vidéo : effectivement, on ne peut nier que la session de jeu du joueur, aussi unique et originale soit-elle, est avant tout la prestation d'un joueur. Or, une prestation implique forcément une œuvre qui est exécutée par un interprète. Aussi, la prestation ne peut pas elle-même être une œuvre en soi : ainsi, lorsqu'un joueur diffuse sa prestation, il diffuse en même temps le jeu vidéo, il n'y a donc pas création d'une œuvre en soi mais uniquement exécution du jeu vidéo par un joueur, de la même manière qu'un chanteur chantant une chanson.

Toutefois, le fait de considérer la session de jeu du joueur-interprète comme une prestation donnant des droits voisins au joueur s'oppose au fait que l'article 3 de la Loi canadienne prévoit que c'est l'auteur de l'œuvre qui a le droit exclusif d'exécuter la totalité ou une partie importante de son œuvre en public. Ainsi, le fait de diffuser en *streaming* ou de poster une vidéo de sa session de jeu pourrait constituer une violation du droit de l'auteur d'une œuvre à la communiquer au public par télécommunication<sup>366</sup>. De même, les compétitions d'*e-sport* courent le risque de porter atteinte au droit d'exécution et de représentation en public des titulaires de droits sur les jeux vidéo<sup>367</sup>. Effectivement, c'est le développeur ou l'éditeur du jeu vidéo qui détient les droits sur le jeu et qui peut donc en contrôler son exploitation, le joueur acceptant les termes et conditions d'utilisation

---

<sup>363</sup> *Id.*, 12.

<sup>364</sup> *Id.*, 14 et 15.

<sup>365</sup> J.-P. SAVOIE, préc., note 14, 685.

<sup>366</sup> S.H. ABRAMOVITCH et R. BISSONNETTE, préc., note 116.

<sup>367</sup> J.-P. SAVOIE, préc., note 14, 687.

du jeu dès qu'il le lance<sup>368</sup>. De plus, les joueurs de jeux vidéo achètent le droit d'installer et d'utiliser le jeu vidéo mais ils n'achètent pas le logiciel en tant que tel, ce qui ouvre la porte à un contrôle étendu par les titulaires des droits d'auteur sur le jeu vidéo<sup>369</sup>.

Les tribunaux canadiens ne se sont jamais penchés sur cette question<sup>370</sup>, mais certains pensent que les titulaires des droits d'auteur sur les jeux vidéo devraient obtenir une compensation sur la session de jeu diffusée par télécommunication<sup>371</sup>. Comment concilier le droit exclusif de représentation du jeu et les droits voisins sur la prestation du joueur-interprète ? C'est par le biais des licences que ces droits qui semblent opposés parviennent à s'harmoniser. Effectivement, on l'a dit, ces exécutions du jeu vidéo représentent souvent une publicité gratuite très précieuse pour les titulaires des droits sur les jeux vidéo. Aussi, les développeurs et éditeurs de jeux octroient fréquemment des licences d'utilisation permettant aux joueurs d'enregistrer leur session de jeu et de la diffuser sur Internet<sup>372</sup> et d'en retirer des bénéfices de nature pécuniaire. Bien sûr, ces licences sont souvent révocables pour éviter que le joueur agisse à l'encontre des termes et conditions en utilisant la session de jeu comme prétexte à propager des messages haineux ou de la pornographie<sup>373</sup>. En outre, plusieurs entreprises de jeux vidéo ont donné des licences pour permettre l'organisation de compétitions d'*e-sport* et, de plus en plus, organisent elles-mêmes des tournois<sup>374</sup>. Par ailleurs, ces licences sont aussi avantageuses pour les titulaires des droits sur les jeux, car il arrive fréquemment que les conditions d'utilisation des jeux prévoient que le joueur diffusant des vidéos ou des *streams* de ces jeux octroie également aux titulaires des droits d'auteurs sur le jeu une licence mondiale sans redevances sur le contenu que le joueur publie sur Internet, permettant aux développeurs du jeu vidéo de potentiellement pouvoir utiliser sa session de jeu et les commentaires qu'il fait en jouant à des fins publicitaires par exemple<sup>375</sup>. Ainsi, on le voit, bien qu'il soit évident que la session de jeu diffusé par un joueur sur Internet implique l'utilisation et l'affichage du jeu en lui-même et de ce qui fait son originalité (personnages, environnements, histoires, musiques, gameplay, etc.), il est peu dans l'intérêt des développeurs de jeux vidéo d'empêcher la diffusion de ces sessions de

---

<sup>368</sup> D. GREENSPAN et G. DIMITA, préc., note 1, p. 45.

<sup>369</sup> J.-P. SAVOIE, préc., note 14, 689.

<sup>370</sup> I. JOMPHE et G. LAVIN, préc., note 354.

<sup>371</sup> *Id.*

<sup>372</sup> D. GREENSPAN et G. DIMITA, préc., note 1, p. 45.

<sup>373</sup> *Id.*

<sup>374</sup> J.-P. SAVOIE, préc., note 14, 688.

<sup>375</sup> D. GREENSPAN et G. DIMITA, préc., note 1, p. 46.

jeu tant elles peuvent leur être également profitables<sup>376</sup>. Aussi, il semble y avoir une reconnaissance de la part de la très grande majorité des acteurs du jeu vidéo du fait que le joueur puisse diffuser voire exploiter financièrement sa session de jeu puisque les titulaires du droit d'auteur sur les jeux vidéo octroient désormais des licences pour leur permettre d'agir ainsi, tout en se gardant la possibilité de contrôler ce contenu généré par l'utilisateur s'il est utilisé à des fins criminelles. Finalement, ajoutons que cette reconnaissance provient également du fait que la priorité des acteurs de l'industrie vidéoludique est d'abord et avant tout d'empêcher les téléchargements illégaux de jeux vidéo<sup>377</sup> et donc que la diffusion de sessions de jeu au public sur Internet apparaît comme un enjeu somme toute très secondaire car les conséquences négatives de ces diffusions sont quasiment nulles et elles ont, au contraire, un impact plutôt positif en offrant au jeu une publicité gratuite en quelque sorte.

Pour mémoire, notons qu'au Japon, bien que la diffusion de sessions de jeu sur Internet ne soit pas aussi populaire qu'en Occident, considérer la session de jeu du joueur comme une prestation semble également conforme aux termes de la Loi japonaise de 1970. Effectivement, la doctrine a noté que la définition donnée à la prestation dans la loi japonaise<sup>378</sup> est très large et on l'a donc appliquée à des éléments extrêmement variés tels que le folklore, les acrobaties effectuées par des animaux à la suite d'un dressage, voire même à des événements sportifs tels que les tournois de sumos<sup>379</sup>. Ainsi, on peut tout à fait envisager le fait qu'une session de jeu puisse être considérée par les tribunaux japonais comme une prestation aux termes de la Loi japonaise de 1970 et donc attribuer aux joueurs-interprètes des droits voisins. Ajoutons finalement que dans le cadre d'une réforme annoncée en juillet 2021, le gouvernement japonais a fait savoir sa volonté de promouvoir l'*e-sport* afin d'en accélérer son développement et qu'il est prévu d'effectuer des délibérations au sein du gouvernement afin d'ajouter l'*e-sport* dans la législation japonaise<sup>380</sup>. Bien qu'il n'y ait pas eu davantage de détails à ce sujet depuis lors, on peut envisager l'hypothèse que cette réforme

---

<sup>376</sup> S.M. KELLY et K.A. SIGMON, préc., note 352, 14.

<sup>377</sup> I. JOMPHE et G. LAVIN, préc., note 354.

<sup>378</sup> Loi japonaise de 1970, art. 2(1)(iii).

<sup>379</sup> P. GANEA, C. HEATH et H. SAITÔ, préc., note 205, p. 94.

<sup>380</sup> Gouvernement du Japon, Intellectual Property Strategic Headquarters, « Intellectual Property Strategic Program 2021 », 13 juillet 2021, en ligne : [https://www.kantei.go.jp/jp/singi/titeki2/kettei/chizaikeikaku20210713\\_e.pdf](https://www.kantei.go.jp/jp/singi/titeki2/kettei/chizaikeikaku20210713_e.pdf), p. 70 (PDF).

viendra établir clairement que la prestation des joueurs-interprètes est protégée par des droits voisins.

b) Le joueur en réalisateur d'une œuvre cinématographique

Un autre type de contenu généré par les utilisateurs de jeux vidéo soulève quelques questions pour l'industrie vidéoludique. Effectivement, alors que de nombreux joueurs ont commencé à partager en ligne leurs sessions de jeu à partir du milieu des années 2000, d'autres joueurs (mais pas que) ont commencé à créer et à partager des *machinimas*, et ce dès les années 1990. Contraction des mots « machine » et « cinéma », les *machinimas* sont des films d'animation créés à partir d'un moteur graphique d'un jeu vidéo<sup>381</sup>. Il y a donc appropriation de la technologie du jeu vidéo pour en faire une œuvre narrative cinématographique<sup>382</sup>. Les *machinimas* se trouvent donc entre l'œuvre cinématographique et le jeu vidéo puisque les outils techniques utilisés pour produire ces œuvres cinématographiques proviennent des jeux vidéo, tout comme les thématiques, les personnages et les univers narratifs utilisés<sup>383</sup>. Il y a donc utilisation de l'attirail visuel d'un jeu vidéo, notamment les personnages du jeu utilisés comme des marionnettes, pour raconter une histoire qui peut ou non avoir un rapport avec le jeu de base<sup>384</sup>. Ajoutons que nous avons considéré les *machinimas* comme du contenu généré par les utilisateurs, car la création de ce contenu est le fait presque exclusif de joueurs de jeux vidéo<sup>385</sup>, mais il n'empêche que leur création ne résulte pas de l'utilisation du jeu vidéo en tant que tel, à savoir son exécution<sup>386</sup>, mais de l'utilisation de la technologie sous-jacente au jeu vidéo et des éléments narratifs qui le constituent pour créer une histoire sous une forme cinématographique.

Les *machinimas* soulèvent de véritables enjeux pour les titulaires du droit d'auteur sur les jeux vidéo, car ils constituent une atteinte claire à leur droit exclusif d'adapter le jeu vidéo en œuvre

---

<sup>381</sup> Martin PICARD, « Machinima: Video Game as an Art Form », (2007) 1 *Loading ... The Journal of the Canadian Game Studies Association*, en ligne : <https://journals.sfu.ca/loading/index.php/loading/article/view/17/20>, p. 1 (PDF) (consulté le 7 septembre 2022).

<sup>382</sup> *Id.*

<sup>383</sup> *Id.*, p. 2.

<sup>384</sup> J.-P. SAVOIE, préc., note 14, 683.

<sup>385</sup> M. PICARD, préc., note 381, p. 2 (PDF).

<sup>386</sup> Le fait de jouer au jeu.

cinématographique. Effectivement, l'article 3(1)e) de la Loi canadienne prévoit que le droit d'auteur comporte le droit exclusif « s'il s'agit d'une œuvre littéraire, dramatique, musicale ou artistique, de reproduire, d'adapter et de présenter publiquement l'œuvre en tant qu'œuvre cinématographique »<sup>387</sup>. Ainsi, on le voit, quelle que soit l'hypothèse retenue sur la qualification du jeu vidéo en tant qu'œuvre, le fait de l'adapter en une œuvre cinématographique sans l'autorisation du titulaire du droit d'auteur sur le jeu représente une violation du droit d'auteur. Par ailleurs, même si le *machinima* créé avec l'aide d'un jeu n'est pas une adaptation en tant que telle du jeu en question mais ne fait qu'utiliser son attirail visuel et son moteur graphique pour raconter une tout autre histoire, on ne peut nier que ce *machinima* entrera tout de même en conflit avec les droits exclusifs de reproduction, de représentation voire de distribution détenus par le titulaire du droit d'auteur sur le jeu<sup>388</sup> puisque les éléments visuels originaux de ce jeu seront utilisés. Par ailleurs, cette atteinte au droit d'auteur nous semble d'autant plus difficilement justifiable que ce n'est pas le but du jeu vidéo de servir d'outil afin de créer des *machinimas*. Comme nous l'expliquions dans le cas du joueur-interprète, c'est la finalité même du jeu vidéo d'être joué par des utilisateurs. Ces derniers, en jouant au jeu, créent naturellement une prestation qu'ils sont libres d'exploiter et qui, bien qu'elle utilise fort logiquement l'œuvre de base, a également des avantages pour les titulaires des droits sur le jeu vidéo puisque la prestation sert indirectement de publicité pour le jeu, en y montrant ce que son histoire et son gameplay ont d'unique et d'attrayant.

À l'inverse, les *machinimas* peuvent servir à raconter une histoire qui pourra être jugée peu intéressante voire dévalorisante pour le jeu puisque les auteurs de ce dernier n'ont aucun contrôle sur le contenu des *machinimas*. Plusieurs *machinimas* sont d'ailleurs des parodies du jeu vidéo dont ils utilisent le moteur graphique, l'univers et les personnages afin d'en moquer l'histoire ou d'en souligner les incohérences. Certains auteurs ont envisagé le fait que les *machinimas* pourraient relever de l'exception prévue par la Loi canadienne pour l'utilisation équitable<sup>389</sup>. Effectivement, la Loi canadienne prévoit que « [l]'utilisation équitable d'une œuvre ou de tout autre objet du droit d'auteur aux fins d'étude privée, de recherche, d'éducation, de parodie ou de satire ne constitue pas une violation du droit d'auteur »<sup>390</sup>. Étant donné que la question de l'utilisation équitable n'est

---

<sup>387</sup> Loi canadienne, art. 3(1)e).

<sup>388</sup> J.-P. SAVOIE, préc., note 14, 683.

<sup>389</sup> *Id.*, 683 et 684.

<sup>390</sup> Loi canadienne, art. 29.

pas l'objet de notre travail, nous n'entrerons pas dans le détail de la doctrine et de la jurisprudence, notamment de la Cour suprême du Canada, qui sont abondantes à ce sujet, mais on pourrait envisager le fait que les *machinimas* faits dans un but de parodie puissent entrer dans l'exception prévue dans la Loi canadienne pour l'utilisation équitable, ce qui laisse quand même tous les autres *machinimas* dans une situation de violation, selon nous, du droit d'auteur détenu par les titulaires.

La réponse de l'industrie vidéoludique à ce phénomène a été très différente selon les titulaires. Ainsi, plusieurs entreprises, comme Microsoft par exemple, ont donné une licence afin de permettre la création de *machinimas* et d'autres vidéos à partir de leurs jeux vidéo, à la condition que ces vidéos ne soient pas faites dans un but commercial<sup>391</sup> ni pour diffuser du contenu pornographique ou choquant. D'autres éditeurs tels qu'Electronic Arts ont encouragé ces créations, mais sans donner pour autant une licence aux créateurs de ce type de contenus<sup>392</sup>. Certains développeurs et éditeurs, comme id Software, Valve ou encore Epic Games, ont décidé de rendre public le code source de leur moteur de jeu et même d'inclure des outils de modifications dans leur jeu afin de permettre aux joueurs de faire des modifications et de créer des *machinimas* et d'autres contenus analogues<sup>393</sup>. La communauté des joueurs est de toute façon tellement décentralisée et récalcitrante à un tel contrôle par les titulaires de droit d'auteur sur les jeux vidéo<sup>394</sup> qu'il semblait difficile pour l'industrie de tenter d'instaurer une censure draconienne de ce type de contenus. Précisons toutefois que l'âge d'or des *machinimas* semble désormais passé et que la popularité de ce type de contenus a largement décliné depuis le début des années 2010.

Concluons notre analyse des *machinimas* en mentionnant que les éditeurs et développeurs japonais n'ont pas vraiment eu à se prononcer sur la question car le phénomène des *machinimas* est essentiellement occidental et n'a que peu touché l'archipel nippon.

---

<sup>391</sup> J.-P. SAVOIE, préc., note 14, 685 et 686.

<sup>392</sup> *Id.*, 686.

<sup>393</sup> M. PICARD, préc., note 381, p. 4 (PDF).

<sup>394</sup> J.-P. SAVOIE, préc., note 14, 686.

### c) Le joueur créant du contenu pour le jeu

Un dernier type de contenu généré par l'utilisateur pouvant soulever un certain nombre d'enjeux pour l'industrie vidéoludique a lieu lorsque les joueurs s'improvisent soudainement développeurs afin d'ajouter du contenu dans leurs jeux favoris. Un *mod* (de l'anglais *modification*) est une extension à un jeu, le plus souvent créée par des joueurs, afin d'ajouter de nouveaux lieux à explorer (on parle de *maps* en anglais), de nouvelles armes ou des véhicules supplémentaires pour le jeu, des personnages inédits au jeu<sup>395</sup> voire des scénarios afin de rallonger la durée de vie d'un jeu<sup>396</sup>. Le but est donc d'ajouter du contenu à un jeu vidéo et de partager ce contenu additionnel avec d'autres joueurs. Il arrive parfois qu'un *mod* n'ait quasiment plus rien à voir avec le jeu original, sauf peut-être quelques composants logiciels<sup>397</sup>. Les *mods* sont apparus dès les années 1980 dans la communauté des joueurs jouant sur ordinateur et ce mouvement peut s'apparenter à celui des logiciels *open-source*, car ils avaient pour but d'ajouter du contenu de manière gratuite pour la communauté. Certains *moddeurs* particulièrement doués ont d'ailleurs été ensuite engagés dans des studios de développement afin de travailler sur des jeux de manière plus « officielle ». Par ailleurs, cette créativité débridée de la communauté des joueurs a permis à l'industrie vidéoludique de créer de véritables « jeux-mods » à savoir des jeux offrant des outils permettant aux joueurs de créer des cartes de jeux et des expériences vidéoludiques pouvant être partagés avec les autres utilisateurs de ces jeux-mods<sup>398</sup>. On pense notamment au jeu *Dreams* de Sony, sorti en 2020, ou encore à la série de jeux *Super Mario Maker* de Nintendo qui permet aux joueurs de créer leurs propres niveaux adaptés du jeu Super Mario.

Bien sûr, les *mods* soulèvent des enjeux en termes de droit d'auteur. Il est évident que les *mods* utilisent la propriété intellectuelle du jeu vidéo, reprenant ses outils informatiques, ses personnages, ses objets et ses environnements pour les modifier<sup>399</sup>. On retrouve sensiblement les mêmes enjeux que dans le cas des *fanfictions*, soit les œuvres littéraires de fiction écrites par des fans afin de créer des suites ou des histoires parallèles à celle de leur roman préféré. Quoi que plusieurs décisions

---

<sup>395</sup> *Id.*, 680.

<sup>396</sup> A. PIECHÓWKA, préc., note 8, 12.

<sup>397</sup> J.-P. SAVOIE, préc., note 14, 681.

<sup>398</sup> A. PIECHÓWKA, préc., note 8, 12.

<sup>399</sup> *Id.*, 13.

américaines aient donné raison aux studios de développement de jeux vidéo en considérant que les *mods* représentaient une violation du droit d'auteur sur le jeu vidéo<sup>400</sup>, ces derniers n'ont pas disparu du paysage vidéoludique malgré tout. Par ailleurs, les législateurs nationaux n'ont jamais eu à traiter ces questions<sup>401</sup>. Certains auteurs ont proposé l'idée que ces *mods* et autres contenus créés par les joueurs et proposés en ligne pourraient être considérés comme une des œuvres composant le recueil ou la compilation que serait le jeu vidéo puisque c'est la créativité indépendante de chaque joueur-créateur qui s'exprimerait<sup>402</sup>. Ainsi, la création de *mods* et contenus par des joueurs pourrait donner à ces derniers un droit d'auteur sur leur création mais n'empêcherait pas le titulaire des droits d'auteur sur le jeu de les utiliser à sa guise car ces contenus feraient partie de l'environnement continu du jeu (« continuing landscape of the game »<sup>403</sup>). Ainsi, ce dernier formerait une compilation incluant le jeu vidéo et l'ensemble de ses *mods*<sup>404</sup>. On peut également envisager le fait que l'article 29.21 de la Loi canadienne, déjà mentionné plus haut, pourrait s'appliquer à ces *mods* puisqu'ils représentent du contenu non commercial<sup>405</sup> généré par les utilisateurs. Mais encore une fois, ni le législateur ni les tribunaux canadiens ne se sont jamais penchés sur cette question.

Toutefois, tout comme pour les sessions de jeu diffusées par les joueurs et les *machinimas*, l'industrie vidéoludique, à travers les conditions d'utilisation des jeux vidéo, a plutôt pris le parti d'adopter des règlements relatifs à l'utilisation de sa propriété intellectuelle afin d'encadrer cette utilisation et d'en fixer les limites<sup>406</sup> plutôt que de rentrer dans une bataille judiciaire stérile avec ses propres clients, à savoir les joueurs. Nous l'avons d'ailleurs déjà mentionné, la communauté des joueurs est de toute façon tellement décentralisée et réticente à tout contrôle qu'une réponse judiciaire aux *mods* aurait ruiné l'industrie vidéoludique. Ainsi, l'industrie vidéoludique a plutôt

---

<sup>400</sup> J.-P. SAVOIE, préc., note 14, 680.

<sup>401</sup> A. PIECHÓWKA, préc., note 8, 13.

<sup>402</sup> A. RAMOS, L. LÓPEZ et A. RODRÍGUEZ, préc., note 96, p. 25.

<sup>403</sup> *Id.*, p. 26.

<sup>404</sup> Ajoutons que nous trouvons cette idée discutable : techniquement, chaque *mod* constitue une violation du droit d'auteur sur le jeu vidéo. On a donc du mal à imaginer une compilation contenant l'œuvre de base et des violations du droit d'auteur sur cette œuvre, même si ces dernières sont tolérées par l'industrie vidéoludique.

<sup>405</sup> Du point de vue de l'utilisateur, ce contenu est non commercial car le créateur du *mod* ne vend pas ce dernier mais le propose gratuitement sur les plateformes vendant le jeu vidéo. Toutefois, du point de vue des créateurs du jeu vidéo, les *mods* représentent du contenu commercial puisqu'il s'ajoute à un jeu dont le but est d'être commercialisé. Nous sommes d'avis que l'article 29.21 de la Loi canadienne doit être analysé du point de l'utilisateur créant le contenu.

<sup>406</sup> A. PIECHÓWKA, préc., note 8, 13.

proposé des licences, ce qui fait en sorte que les *mods* posent aujourd'hui peu de problèmes, car la grande majorité des titulaires des droits d'auteur accordent des licences à leurs utilisateurs pour leur permettre de créer ces *mods*<sup>407</sup>. La portée de ces licences est souvent très vague et leur contenu varie d'une entreprise à l'autre. En clair, les *mods* sont permis jusqu'à ce qu'un titulaire de droit d'auteur juge que cela va trop loin et que ces *mods* nuisent à leurs profits, notamment s'il y a commercialisation<sup>408</sup>. Ce parti pris d'autoriser les *mods* est somme toute logique : les *mods* permettent aux développeurs d'offrir à leurs clients, les joueurs, du contenu additionnel venant augmenter la durée de vie de leur jeu, à renforcer sa popularité si les *mods* sont de qualité voire à créer un effet de communauté autour de leur jeu. Effectivement, si un jeu devient réputé car il propose des *mods* de qualité provenant de sa communauté, cela pourra également augmenter les ventes du jeu car il faudra tout de même acheter le jeu afin de pouvoir ensuite télécharger les *mods* venant ajouter du contenu au jeu. Les *moddeurs* viennent donc faire en quelque sorte du travail de développeurs, et ce gratuitement pour les titulaires du droit d'auteur sur le jeu. Il est à noter que plusieurs entreprises vidéoludiques titulaires de droit d'auteur ont même appuyé la mise en place d'une plateforme de commercialisation de *mods* sur la plateforme d'achat digital de jeux vidéo *Steam*<sup>409</sup>, venant donc faire sauter le verrou symbolique de la gratuité des *mods* en offrant la possibilité aux *moddeurs* de vendre légalement leurs créations aux autres joueurs, avec l'accord de certains titulaires de droit d'auteur. Il est à noter que cette initiative n'a pas été appréciée par la communauté des joueurs, habitués à ce que les *mods* soient gratuits, dans une logique analogue aux logiciels *open-source*<sup>410</sup>.

Ces licences offertes par l'industrie vidéoludique sont aussi accompagnées d'un corolaire pour les développeurs. Effectivement, à partir du moment où ces derniers permettent la création et le partage de *mods* pour leurs jeux, ils doivent également assurer une modération de ces contenus. C'est ainsi que l'éditeur Sony a dû supprimer de son jeu *Dreams*, dont nous avons déjà parlé, du contenu généré par les joueurs mettant en scène le fameux personnage vidéoludique Mario appartenant à

---

<sup>407</sup> J.-P. SAVOIE, préc., note 14, 681.

<sup>408</sup> *Id.*

<sup>409</sup> Steam, « Introducing New Ways to Support Workshop Creators », en ligne : <https://steamcommunity.com/workshop/aboutpaidcontent> (consulté le 17 août 2022).

<sup>410</sup> Nathan GRAYSON, « Steam's Most Popular Skyrim Mod is a Protest against Paid Mods », (2015) *Kotaku*, en ligne : <https://kotaku.com/steams-most-popular-skyrim-mod-is-a-protest-against-pai-1700486550> (consulté le 17 août 2022).

un autre éditeur, à savoir Nintendo<sup>411</sup>. Ainsi, les développeurs doivent assurer une certaine veille afin d'éviter que les *moddeurs* ajoutent de la propriété intellectuelle provenant de tiers dans les *mods*. Finalement, les développeurs, en offrant ces licences, doivent également effectuer une modération pour éviter le partage de contenu illégal car raciste, antisémite, pornographique ou encore choquant<sup>412</sup>.

Concluons cette analyse sur les *mods* en mentionnant que ces derniers semblent être d'abord et avant tout un phénomène nord-américain et européen (l'Europe de l'Est étant particulièrement créative dans ce secteur). Les joueurs japonais semblent moins intéressés à créer des *mods*<sup>413</sup> et les *mods* n'ayant pas la même popularité au Japon, cela explique peut-être pourquoi la doctrine et la jurisprudence japonaise n'ont pas eu à se prononcer à ce sujet.

Pour conclure notre analyse de la titularité du droit d'auteur sur le jeu vidéo au Canada, nous avons donc pu voir qu'il est tout à fait possible d'identifier le ou les auteurs du jeu vidéo, et ce quelle que soit la catégorie d'œuvre retenue pour le jeu. Par ailleurs, nous avons noté que plusieurs œuvres composant un jeu vidéo (musique, conception des décors, rédactions des textes, du code source et du scénario) peuvent être considérées comme des œuvres créées en collaboration si l'on s'appuie sur les critères jurisprudentiels de la Cour supérieure du Québec ; mais il semble plus discutable d'affirmer qu'un jeu vidéo dans son ensemble puisse être considéré comme une œuvre créée en collaboration tant ses éléments constitutifs sont distincts les uns des autres. Puis, nous avons vu qu'il existait une grande diversité de contenus générés par les utilisateurs de jeux vidéo, à savoir les sessions de jeu, les *machinimas* et les *mods* notamment. Comme nous l'avons expliqué, les sessions de jeu peuvent tout à fait être considérées comme des prestations aux termes de la Loi canadienne, donnant donc aux joueurs-interprètes un certain nombre de droits voisins et leur permettant de commercialiser ces prestations, ce qui est d'ailleurs déjà le cas via les plateformes de *streaming* et de partage de vidéos depuis le milieu des années 2000. Les *machinimas* sont davantage problématiques car ils représentent une violation claire du droit exclusif d'adapter le jeu vidéo en une œuvre cinématographique. Nous avons toutefois noté que l'exception pour

---

<sup>411</sup> A. PIECHÓWKA, préc., note 8, 13.

<sup>412</sup> Une rumeur persistante a affirmé qu'un des tireurs de la fusillade de Columbine aurait créé dans plusieurs jeux de tir des *mods* contenant des cartes de l'école Columbine, mais ces *mods* n'ont jamais été trouvés.

<sup>413</sup> Ou peut-être sont-ils plus respectueux de la propriété intellectuelle des auteurs de jeux vidéo ?

l'utilisation équitable (*fair dealing* en anglais) peut s'appliquer dans le cas des *machinimas* parodiques tout comme l'exception pour le contenu non commercial généré par l'utilisateur pour tous les *machinimas*. Finalement, les *mods* soulèvent également un certain nombre d'enjeux pour les titulaires de droit d'auteur sur les jeux vidéo, car il y a clairement utilisation de la propriété intellectuelle des jeux pour y ajouter du contenu qui n'est pas contrôlé par les titulaires.

Dans les trois cas de contenus générés par les utilisateurs, l'industrie vidéoludique, plutôt que rentrer dans des batailles judiciaires inutiles, non pas au niveau purement légal mais plutôt sur le champ des relations publiques, tant la communauté des joueurs est décentralisée et rétive à tout contrôle, a préféré mettre en place un système de licences par le biais des conditions d'utilisation du jeu afin de permettre aux joueurs de créer du contenu qui a souvent un effet bénéfique pour les jeux tout en encadrant ce contenu pour éviter qu'il soit de nature choquante ou raciste. Dans certains cas, il est même permis de commercialiser ces contenus bien que ce soit davantage une exception que la règle. La nature de ces licences et leur portée sont souvent très disparates selon les titulaires et il faut noter qu'il subsiste un certain flou, étant donné que la jurisprudence canadienne n'a jamais eu à se prononcer sur la question de ces contenus générés par les joueurs de jeux vidéo.

Finalement, nous avons noté qu'en droit japonais, on peut tout à fait considérer les sessions de jeu comme des prestations pouvant donner aux joueurs des droits voisins. Toutefois, ni les *machinimas* ni les *mods* ne sont vraiment populaires au Japon, ce qui fait que ni la jurisprudence japonaise ni l'industrie vidéoludique japonaise n'ont eu à se prononcer sur ces questions pour les joueurs japonais. Il serait maintenant intéressant de voir quels sont les enjeux relativement à la titularité des droits sur le jeu vidéo au Japon, en prenant en compte le fait que le jeu vidéo est classé comme une œuvre cinématographique aux termes de la Loi japonaise de 1970.

## **B) Titularité du droit d'auteur en droit japonais**

Comme nous l'avons vu, il est tout à fait possible d'identifier qui sont les créateurs du jeu vidéo selon la Loi canadienne, et ce quelle que soit l'hypothèse retenue quant à la qualification du jeu vidéo. La jurisprudence japonaise ayant définitivement tranché cette question au début des années 2000 en décidant que le jeu vidéo est une œuvre cinématographique, il serait intéressant de voir comment appliquer les dispositions sur l'auteur d'un film dans le contexte du jeu vidéo. Également, nous verrons que le Japon est actuellement en train d'effectuer une réforme de la Loi japonaise de 1970, notamment à la demande de son industrie vidéoludique.

### **1) Les créateurs du jeu vidéo en droit japonais**

Comme nous l'expliquions plus haut, la Loi canadienne ne propose pas de définition à la personne centrale au concept de droit d'auteur, à savoir l'auteur. La Loi japonaise de 1970 propose, elle, une définition de ce qu'est un auteur : « "author" means a person who creates a work »<sup>414</sup>. L'auteur est donc la personne qui crée une œuvre. Rappelons qu'en droit japonais, une œuvre est définie comme l'expression créative de pensées ou de sentiments rentrant dans les domaines de la littérature, de la musique, de l'art ou encore du domaine académique. Par ailleurs, la Loi japonaise de 1970 prévoit une présomption afin de déterminer qui est l'auteur d'une œuvre à son article 14 :

« The person whose name or appellation (hereinafter referred to as "true name"), or whose pen name, abbreviated name, or other substitute for the person's true name by which that person is commonly known (hereinafter referred to as a "pseudonym") is indicated as the name of the author in the customary manner on the original work or at the time that the work is made available or presented to the public is presumed to be the author of that work. »<sup>415</sup>

---

<sup>414</sup> Loi japonaise de 1970, art. 2(1)(ii).

<sup>415</sup> *Id.*, art. 14.

Ainsi, la personne dont le nom, le nom de plume, le nom abrégé ou le pseudonyme apparaît sur l'œuvre afin de l'identifier comme l'auteur sera présumé être l'auteur de cette œuvre<sup>416</sup>. C'est donc une logique analogue à l'article 34.1 de la Loi canadienne. Or, comment appliquer cela au jeu vidéo quand on retrouve sur la boîte de ce dernier non seulement le nom du studio de développement du jeu mais aussi le nom de l'éditeur du jeu vidéo ? De plus, étant donné que le jeu vidéo est qualifié par la jurisprudence japonaise d'œuvre cinématographique car il possède des images mouvantes, qui en est l'auteur ? Finalement, qu'en est-il pour les jeux vidéo n'ayant pas d'images mouvantes ?

a) L'auteur d'une œuvre cinématographique et le rôle du producteur

Effectivement, rappelons que la jurisprudence japonaise a tranché au début des années 2000 en identifiant le jeu vidéo comme une œuvre cinématographique. Ainsi, pour déterminer l'auteur et donc par extension le titulaire du droit d'auteur sur le jeu vidéo, il faut d'abord voir ce que dit la loi sur l'auteur d'une œuvre cinématographique. L'article 16 de cette loi prévoit ce qui suit :

« The author of a cinematographic work is the person that makes a creative contribution to the overall shaping of the work through responsibility for its production, direction, staging, filming, art direction, etc., other than the author of a novel, scenario, music, or other work that is adapted into or reproduced in the cinematographic work; provided, however, that this does not apply if the provisions of the preceding Article<sup>417</sup> apply. »<sup>418</sup>

Ainsi, la Loi japonaise de 1970 prévoit que l'auteur d'une œuvre cinématographique est la personne qui contribue à la création de l'œuvre dans son ensemble et à sa mise en forme, notamment en exerçant des responsabilités dans sa direction artistique, sa production ou encore sa réalisation<sup>419</sup>. Ajoutons que si elles ont contribué à la création de l'œuvre dans son ensemble, plusieurs personnes peuvent toutes être qualifiées comme auteures de cette œuvre cinématographique<sup>420</sup>. En revanche

---

<sup>416</sup> A. RAMOS, L. LÓPEZ et A. RODRÍGUEZ, préc., note 96, p. 54 et 55.

<sup>417</sup> Cela fait référence à l'article 15 venant traiter le cas de l'employé créant une œuvre dans le cadre de son emploi, sur lequel nous reviendrons.

<sup>418</sup> Loi japonaise de 1970, art. 16.

<sup>419</sup> P. GANEA, C. HEATH et H. SAITÔ, préc., note 205, p. 38 et 39.

<sup>420</sup> A. RAMOS, L. LÓPEZ et A. RODRÍGUEZ, préc., note 96, p. 55.

l'auteur du roman, du scénario, de la musique ou de toute autre œuvre adaptée ou reproduite dans l'œuvre cinématographique n'est pas considéré comme l'auteur de l'œuvre cinématographique<sup>421</sup>. On le voit ici, cette définition est somme toute assez large : cela signifie que le réalisateur d'un film peut être considéré comme un auteur, tout comme le directeur de la photographie mais aussi le producteur, notamment dans le cas de films où le producteur exerce une grande influence sur l'œuvre en tant que tel et ne sert pas qu'à apporter une contribution monétaire. Effectivement, la Loi japonaise de 1970 définit le producteur comme : « "producer of a cinematographic work" means the person that does the conceptualizing and has the responsibility in the production of a cinematographic work »<sup>422</sup>. Face à cette situation potentiellement difficile où chaque film serait une œuvre en collaboration, la Loi japonaise de 1970 vient donc préciser davantage qui peut être considéré comme l'auteur d'une œuvre cinématographique avec l'article 29(1) :

« If the author of a cinematographic work (excluding a cinematographic work to which the provisions of Article 15, paragraph (1), the following paragraph, or paragraph (3) of this Article apply) has promised the producer of the cinematographic work that the author will participate in its production, the copyright to that cinematographic work belongs to the producer of the cinematographic work. »<sup>423</sup>

Ce paragraphe prévoit donc que si l'auteur (ou les auteurs) d'une œuvre cinématographique s'est entendu avec le producteur de l'œuvre et lui a promis qu'il participerait à la production du film, alors le producteur du film sera le titulaire du droit d'auteur sur l'œuvre cinématographique<sup>424</sup>. Ajoutons que l'auteur gardera ses droits moraux sur son œuvre<sup>425</sup> à l'exception du droit moral de décider de publier le film auprès du public qui appartient désormais au producteur du film<sup>426</sup>. L'article 29(1) paraît illogique : ainsi, l'auteur d'une œuvre cinématographique, soit la personne qui a une responsabilité dans la création de l'œuvre dans son ensemble à travers des responsabilités cruciales comme la direction artistique ou la réalisation de l'œuvre, qui s'engage à participer également au travail de production voit son droit d'auteur être transféré d'office par l'effet de la loi au producteur du film. En vérité, comme nous l'avons noté, la définition de l'auteur d'une œuvre

---

<sup>421</sup> P. GANEA, C. HEATH et H. SAITÔ, préc., note 205, p. 38 et 39.

<sup>422</sup> Loi japonaise de 1970, article 2(1)(x).

<sup>423</sup> *Id.*, art. 29(1).

<sup>424</sup> P. GANEA, C. HEATH et H. SAITÔ, préc., note 205, p. 39.

<sup>425</sup> *Id.*

<sup>426</sup> Loi japonaise de 1970, article 18(2)(iii).

cinématographique est extrêmement large et, appliquée au cinéma, elle donne potentiellement des droits d'auteur au réalisateur de l'œuvre, au directeur de la photographie, aux producteurs si ces derniers sont très impliqués dans la phase de création, voire à certains acteurs si ces derniers sont également impliqués dans la direction artistique à donner au film. Ainsi, l'article 29(1) a été fait pour éviter que cette pluralité d'auteurs vienne bloquer la distribution du film au grand public<sup>427</sup>. Par ailleurs, la création d'un film implique l'investissement de grandes quantités d'argent par le producteur<sup>428</sup>. Ainsi, la Loi japonaise de 1970 vient donc transférer ici le droit d'auteur vers le producteur afin de permettre une exploitation plus aisée du film. Comme nous l'expliquions plus haut<sup>429</sup>, le producteur est défini comme la personne qui prend l'initiative et la responsabilité de produire une œuvre cinématographique; on comprend donc qu'il est la personne ayant des obligations relativement à la production du film et qu'il sera donc la personne sujette à des dépenses pour le film, il est donc logique qu'il soit aussi le récepteur des revenus générés par le film et qu'il ait donc le droit exclusif d'assurer une exploitation adéquate de l'œuvre<sup>430</sup>. Ajoutons par ailleurs qu'un jugement de la Cour du District d'Osaka de 1993 a précisé que si une personne prévoit de produire le film mais qu'elle demande à une autre personne de s'en occuper, alors le producteur du film sera non pas la personne qui a confié à l'autre la tâche de s'occuper de la production du film, mais plutôt la personne qui s'est vu confier cette tâche et a donc produit le film à ses frais<sup>431</sup>. Le producteur est donc la personne jouant vraiment un rôle actif dans la production du film. L'industrie cinématographique japonaise semble avoir trouvé ce paragraphe fort pertinent car il est désormais courant dans les contrats entre producteur et auteur du film de prévoir que le producteur sera le titulaire des droits d'auteur sur le film, dont son exploitation<sup>432</sup>, et ce même si l'auteur n'a pas participé à la production du film.

---

<sup>427</sup> P. GANEA, C. HEATH et H. SAITÔ, préc., note 205, p. 39.

<sup>428</sup> *Id.*

<sup>429</sup> Loi japonaise de 1970, article 2(1)(x).

<sup>430</sup> P. GANEA, C. HEATH et H. SAITÔ, préc., note 205, p. 40.

<sup>431</sup> *Id.*

<sup>432</sup> *Id.*, p. 39.

b) L'œuvre créée par un employé d'une personne morale

Avant d'appliquer toutes ces dispositions au jeu vidéo, nous devons prendre en compte le fait qu'il est désormais rare dans l'industrie vidéoludique, et notamment au Japon, de voir des personnes physiques développer des jeux vidéo sans être des employés d'une entreprise. Effectivement, seuls les jeux indépendants sont faits par une ou plusieurs personnes physiques travaillant ensemble sur le jeu, le reste de l'industrie étant plutôt composé de personnes morales développant des jeux. Rappelons qu'en droit canadien, seule une personne physique peut être auteure d'une œuvre. Ainsi, pour concilier cela avec la réalité du marché du travail, la Loi canadienne prévoit qu'un employé créant une œuvre protégée par droit d'auteur dans le cadre de son emploi sera l'auteur de cette dernière, mais que ce sera son employeur, en général une personne morale, qui sera le titulaire des droits d'auteur sur cette œuvre.

Le droit japonais n'est pas aussi restrictif quant à la qualité d'auteur d'une œuvre : une personne morale peut tout à fait être l'auteure d'une œuvre protégée par droit d'auteur. Effectivement, l'article 15(1) de la Loi japonaise de 1970 prévoit que :

« For a work (except a work of computer programming) that an employee of a corporation or other employers (hereinafter in this Article such a corporation or other employers are referred to as a "corporation, etc.") makes in the course of duty at the initiative of the corporation, etc., and that the corporation, etc. makes public as a work of its own authorship, the author is the corporation, etc., so long as it is not stipulated otherwise in a contract, in employment rules, or elsewhere at the time the work is made. »<sup>433</sup>

Cela fait en sorte que si un employé d'une entreprise crée un jeu vidéo dans le cadre de son emploi, alors le droit d'auteur sera attribué dès l'origine à son employeur si ce dernier rend public cette œuvre en s'en déclarant l'auteur<sup>434</sup>. Il n'y a donc pas de transfert de droits de son créateur vers l'employeur par l'effet de la loi comme en droit canadien : l'employeur a dès l'origine le statut d'auteur et il n'a pas à verser de compensation additionnelle à son employé autre que son salaire<sup>435</sup>.

---

<sup>433</sup> Loi japonaise de 1970, art. 15(1).

<sup>434</sup> A. RAMOS, L. LÓPEZ et A. RODRÍGUEZ, préc., note 96, p. 55.

<sup>435</sup> *Id.*

Un employé pourrait toutefois maintenir des droits d'auteur sur l'œuvre dans les cas suivants : si l'œuvre n'est pas créée à l'initiative de l'employeur, si l'œuvre n'est pas créée dans le cadre des tâches de l'employé, si l'œuvre n'est pas rendue publique sous le nom de l'employeur ou encore si le contrat de travail stipule expressément que l'employeur ne sera pas l'auteur de la création de l'employé<sup>436</sup>.

Maintenant que nous avons expliqué les grandes lignes de ce qu'est un auteur en droit japonais, et notamment qui peut être considéré comme l'auteur d'une œuvre cinématographique, il s'agit de déterminer qui est l'auteur d'un jeu vidéo.

### c) Le titulaire du droit d'auteur sur le jeu vidéo

Comment appliquer ces différentes dispositions au jeu vidéo ? Il est clair que, par application de l'article 16 et de l'article 15(1) de la Loi japonaise de 1970, l'auteur du jeu vidéo en tant qu'œuvre cinématographique est le développeur du jeu vidéo. Effectivement, c'est le studio de développement, par l'entremise de ses employés et notamment son directeur créatif ou son producteur<sup>437</sup>, qui apportera la contribution créative nécessaire à l'élaboration générale du jeu vidéo. Ainsi, c'est le studio de développement qui est, en général, celui qui gère la direction artistique et l'aspect général du jeu vidéo et c'est donc lui qui est l'auteur de l'œuvre cinématographique qu'est le jeu vidéo.

Existe-t-il dans l'industrie vidéoludique un acteur correspondant au producteur tel qu'il est défini aux articles 2(1)(x) et 29(1) de la Loi japonaise de 1970 ? Nous l'avons dit en introduction, l'industrie vidéoludique fonctionne autour du tandem développeur-éditeur. Le développeur, comme son nom l'indique, développe le jeu en tant que tel et l'éditeur (*publisher* en anglais) va se charger de publier le jeu et d'en faire la publicité. Très souvent, le studio de développement appartient à l'éditeur, mais il arrive parfois qu'un studio de développement travaille sans appartenir à un éditeur et démarchera un éditeur pour financer son jeu et le publier, souvent en échange de

---

<sup>436</sup> *Id.*

<sup>437</sup> On parle ici du producteur en tant qu'employé du studio de développement et non du producteur de l'œuvre cinématographique tel que défini dans la Loi japonaise de 1970.

l'acquisition du droit d'auteur sur le jeu. Finalement, il arrive parfois qu'un éditeur passe commande auprès d'un studio de développement afin qu'il développe un jeu dont la propriété intellectuelle appartient alors à l'éditeur. Ainsi, on le voit clairement, l'éditeur est l'équivalent du producteur défini dans la Loi japonaise de 1970 et on peut donc tout à fait envisager le fait que si les conditions de l'article 29(1) sont réunies, le titulaire des droits sur le jeu vidéo sera l'éditeur.

Concluons cette analyse de la question de la titularité du droit d'auteur sur le jeu vidéo qualifié d'œuvre cinématographique en mentionnant que la durée de protection pour cette œuvre est de soixante-dix années après que l'œuvre ait été rendue publique, ou soixante-dix années après sa création si l'œuvre n'a jamais été rendue publique dans les soixante-dix années suivant sa création<sup>438</sup>.

Comme nous le soulignons plus tôt, dans le cas où le jeu vidéo n'a pas d'images mouvantes, la jurisprudence japonaise de la Haute Cour de Tokyo a considéré que le jeu vidéo ne pouvait être qualifié d'œuvre cinématographique et donc seul son code source sera protégé en tant que programme d'ordinateur. Dans ce cas, les auteurs de ce jeu vidéo n'ayant pas d'images mouvantes seront les personnes ayant écrit le code source du jeu, à savoir les développeurs. Il est à noter que la Loi japonaise de 1970 prévoit, dans la même logique que pour l'article 15(1), à l'article 15(2) que si la personne qui a écrit le code source d'un programme informatique l'a fait dans le cadre de son emploi, alors l'auteur de ce code source sera l'entreprise qui l'emploie :

« For a work of computer programming that an employee of a corporation, etc. makes at the initiative of the corporation, etc. in the course of duty, the author is the corporation, etc., so long as it is not stipulated otherwise in a contract, in employment rules, or elsewhere at the time the work is made. »<sup>439</sup>

Ainsi, l'auteur du jeu vidéo n'ayant pas d'images mouvantes sera plus souvent qu'autrement le studio de développement employant les développeurs du code source du jeu par application de l'article 15(2) de la Loi japonaise de 1970 et la durée de protection sera de soixante-dix années après le décès de l'auteur du code source<sup>440</sup> ou, si l'auteur est une entreprise, la durée de protection

---

<sup>438</sup> Loi japonaise de 1970, art. 54(1).

<sup>439</sup> *Id.*, art. 15(2).

<sup>440</sup> *Id.*, art 51.

sera de soixante-dix années suivant la publication de l'œuvre ou soixante-dix années après sa création si l'œuvre n'a pas été publiée<sup>441</sup>

## 2) Le cas des créateurs inconnus ou introuvables

Comme nous l'expliquions en introduction de notre étude, le jeu vidéo est apparu il y a environ cinquante ans. Pendant cette période, des jeux ont marqué les esprits des joueurs par leur gameplay innovant, leur histoire passionnante ou surprenante, ou encore les innovations technologiques qu'ils proposaient. Ces jeux dits « cultes » sont un peu l'équivalent des *King Kong* ou *Dracula* au cinéma, des œuvres désormais intemporelles et que tout joueur le moindrement informé connaît. Or, ces jeux-cultes sont en général sortis dans les années 1980 et 1990 sur des consoles de jeux qui sont soit difficiles à se procurer, soit impossibles à connecter à nos écrans modernes. Dès la fin des années 2000 mais surtout à partir du début des années 2010, avec l'arrivée de la huitième génération de consoles de jeux vidéo<sup>442</sup>, l'industrie vidéoludique comprend qu'il y a une manne financière considérable à tirer avec ces jeux-cultes. Effectivement, les plus jeunes joueurs rêvent de jouer à ces jeux désormais mythiques dont ils entendent parler par le biais de leurs aînés, mais aussi via Internet, et les plus vieux souhaitent rejouer à ces jeux qui ont marqué leur enfance ou leur adolescence.

On retrouve alors deux manières distinctes de proposer ces jeux-cultes à la vente. Les *remasters* sont davantage des améliorations graphiques : pour faire en sorte que ces jeux puissent être joués sur nos écrans modernes, le développeur va retravailler l'aspect graphique pour que les textures puissent s'afficher sur des écrans haute définition sans que cela ne se transforme en une bouillie de pixels. Il y a donc un travail sur l'aspect visuel du jeu vidéo mais pas de changements notables sur son histoire, son gameplay ou les environnements proposés aux joueurs. Les *remakes*, eux, sont plus ambitieux. En plus d'un travail sur les graphismes du jeu vidéo, les *remakes* ont pour principe de reprendre un jeu-culte pour retravailler son gameplay, afin de le rendre plus plaisant selon les

---

<sup>441</sup> *Id.*, art. 53.

<sup>442</sup> On date en général cette génération de 2013 avec la sortie de la Playstation 4, du constructeur Sony, et de la Xbox One, de Microsoft.

standards actuels de l'industrie. Les *remakes* ont souvent aussi des environnements retravaillés afin de les étendre, d'y ajouter des détails voire d'ajouter des environnements qui ne se trouvaient pas dans le jeu de base. Ainsi, à l'inverse du *remaster*, le *remake* est une véritable réinterprétation du jeu original : il reprend son nom, les grandes lignes de son histoire et ses personnages, mais propose une expérience plus moderne et donc différente de celle du matériau de base. Or, que ce soit pour le *remaster* ou le *remake*, il est évident que le studio de développement souhaitant s'atteler à cette tâche se doit d'en obtenir l'autorisation auprès des titulaires du droit d'auteur sur ces jeux puisqu'aucun jeu vidéo japonais n'est actuellement entré dans le domaine public à notre connaissance. Cela pose un certain nombre de problèmes : effectivement, la nature volatile de l'industrie implique que les droits d'auteur sur un jeu peuvent changer de titulaires plusieurs fois quand les entreprises sont rachetées, fusionnées, séparées voire fermées. Cela rend les titulaires de droits d'auteur sur un jeu intraquables selon les circonstances<sup>443</sup>. Par ailleurs, ces jeux dits cultes ont souvent été créés dans les années 1980 et 1990 et leurs créateurs, près de quarante ans après la publication de leurs jeux, quittent souvent l'industrie en raison de leur âge, ce qui complique la réédition de ces jeux sous forme de *remakes* ou de *remasters*<sup>444</sup>. Face à cette incertitude sur l'identité des titulaires du droit d'auteur et donc sur la possibilité d'en acheter les droits, les joueurs ont parlé d'« abandonware video game »<sup>445</sup>, ce qu'on nomme en termes légaux des œuvres orphelines. Face à cette réalité, le droit japonais propose une solution : l'article 67 de la Loi japonaise de 1970.

a) Le système actuel d'attribution de licences en cas d'auteur inconnu ou introuvable

La Loi japonaise de 1970 prévoit la situation où l'auteur ou le titulaire du droit d'auteur sur une œuvre est inconnu ou si cette personne est introuvable et donc impossible à contacter afin d'obtenir de sa part une licence pour exploiter cette œuvre<sup>446</sup>. L'article 67 prévoit qu'il est alors possible d'obtenir, par décision arbitrale gouvernementale, une licence pour la personne qui souhaite

---

<sup>443</sup> Yin Harn LEE, « Making Videogame History: Videogame Preservation and Copyright Law », (2018) 1 *Interactive Entertainment Law Review* 103, 106.

<sup>444</sup> Article de *Gamespark* du 13 juillet 2021 : <https://www.gamespark.jp/article/2021/07/13/110320.html>

<sup>445</sup> A. RAMOS, L. LÓPEZ et A. RODRÍGUEZ, préc., note 96, p. 55.

<sup>446</sup> *Id.*

exploiter une œuvre à partir du moment où cette œuvre a déjà été divulguée ou offerte au public depuis un certain temps et que cette personne n'a pas réussi à contacter le titulaire du droit d'auteur afin de négocier un contrat de licence<sup>447</sup>. L'article 67(1) prévoit qu'il faudra alors s'adresser au Commissaire de l'Agence des Affaires Culturelles afin d'obtenir une licence d'exploitation de cette œuvre et verser une rémunération fixée par décision arbitrale par le Commissaire, équivalant aux redevances évaluées par ce dernier comme étant le tarif normal pour obtenir une licence d'exploitation<sup>448</sup>. Cette licence ne peut être obtenue que si les conditions suivantes sont remplies :

- L'œuvre a été rendue publique ou disponible au public depuis un temps considérable ;
- Après diligence raisonnable, le titulaire du droit d'auteur sur cette œuvre ne peut être trouvé ;
- Le demandeur, à savoir la personne qui veut exploiter cette œuvre, doit soumettre au Commissaire de l'Agence des Affaires Culturelles une demande détaillant la manière dont le demandeur veut exploiter l'œuvre ainsi que les preuves montrant que le titulaire du droit d'auteur ne peut être contacté<sup>449</sup> ;
- Le demandeur a versé à l'Agence des Affaires Culturelles la compensation fixée par le Commissaire afin que cette dernière puisse être remise au titulaire du droit d'auteur si ce dernier venait à se manifester ultérieurement<sup>450</sup>.

Finalement, l'article 67(4) prévoit que la personne ayant obtenu la licence doit apposer sur chaque exemplaire de l'œuvre reproduite une mention indiquant que l'exploitation de cette œuvre a été effectuée en vertu d'une licence obtenue conformément à l'article 67(1) ainsi que la date de la décision rendue par le Commissaire de l'Agence des Affaires Culturelles.

On pourrait donc penser que cet article 67 répond aux problèmes de l'industrie vidéoludique japonaise relativement à leur production de *remakes* et de *remasters* de jeux sortis dans les années 1980 et 1990 et dont les titulaires de droit d'auteur sont inconnus<sup>451</sup> ou injoignables. Or, il

---

<sup>447</sup> Teruo DOÏ, « Chronique du Japon – Limitations et exceptions au droit d'auteur et aux droits voisins : droit et pratique dans le cadre de la loi japonaise sur le droit d'auteur à l'heure des technologies numériques et de télécommunication », (2006) 208 *Revue internationale du droit d'auteur* 106, 156.

<sup>448</sup> *Id.*

<sup>449</sup> Loi japonaise de 1970, art. 67(3).

<sup>450</sup> A. RAMOS, L. LÓPEZ et A. RODRÍGUEZ, préc., note 96, p. 55.

<sup>451</sup> Ce qui peut être possible car il arrivait fréquemment dans ces années-là que les développeurs utilisaient des pseudonymes plutôt que leur vrai nom.

semblerait que ce ne soit pas le cas, au point où Yoshihide Suga, Premier ministre du Japon de septembre 2020 à octobre 2021, a proposé un plan de réforme de plusieurs lois japonaises relatives à la propriété intellectuelle et notamment du système de licences prévu à l'article 67 de la Loi japonaise de 1970.

b) La réforme en cours du système d'attribution de licences

Le 13 juillet 2021, un groupe de parlementaires incluant Yoshihide Suga, qui était alors le Premier ministre du Japon, a annoncé l'*Intellectual Property Promotion Plan 2021* (aussi nommé *Intellectual Property Strategic Program 2021*), à savoir un ensemble de réformes visant la propriété intellectuelle au Japon. Ce plan de réformes prévoit notamment une refonte du système d'attribution de licences dans le cas où l'auteur est inconnu ou introuvable. Effectivement, à l'heure actuelle, c'était un commissaire au sein de l'Agence des Affaires Culturelles qui devait traiter cette question, mais il n'y avait pas d'organisme spécialisé en droit d'auteur qui gérait de manière spécifique les œuvres orphelines ou anciennes et dont les auteurs sont introuvables ainsi que les contenus générés par l'utilisateur<sup>452</sup>. Cette réforme vise donc à mettre en place un organisme spécialisé sur ces questions ainsi qu'un processus permettant d'obtenir des décisions rapides et raisonnables<sup>453</sup> quant à la rémunération à verser pour l'obtention d'une licence en cas d'auteurs injoignables<sup>454</sup>. Le quotidien japonais *Yomiuri Shimbun*<sup>455</sup> a précisé les contours de cette réforme en expliquant que l'objectif était donc de mettre en place une sorte de société de gestion collective gouvernementale à laquelle la personne ou l'entreprise voulant utiliser une œuvre orpheline ou dont le titulaire de droit d'auteur est introuvable versera un montant défini de frais d'utilisation afin d'obtenir une licence<sup>456</sup>. Le changement notable avec le système prévu dans l'actuel article 67 de la Loi japonaise de 1970 est que cette société de gestion sera véritablement spécialisée en propriété intellectuelle et pourra prévoir un système de redevances équitables, notamment dans le cas

---

<sup>452</sup> Gouvernement du Japon, Intellectual Property Strategic Headquarters, préc., note 380, p. 67 (PDF).

<sup>453</sup> En se basant sur les prix pratiqués dans les contrats de licence dans l'industrie spécifique à l'œuvre orpheline.

<sup>454</sup> Gouvernement du Japon, Intellectual Property Strategic Headquarters, préc., note 380, p. 65 (PDF).

<sup>455</sup> Le *Yomiuri Shimbun* est l'un des cinq journaux majeurs du Japon, avec un tirage quotidien estimé à 7,7 millions d'exemplaires.

<sup>456</sup> Article du *Yomiuri Shimbun* du 13 juillet 2021 : <https://www.yomiuri.co.jp/economy/20210712-OYT1T50269/>

d'œuvres complexes comprenant des vidéos, de la musique et du doublage avec des voix d'acteurs par exemple<sup>457</sup>. Effectivement, dans le système actuel d'attribution de licences, dans le cas d'œuvres complexes impliquant de la musique, des vidéos et du doublage audio, il fallait demander et obtenir auprès du Commissaire de l'Agence des Affaires Culturelles une autorisation pour chaque contenu protégé par droit d'auteur<sup>458</sup>, ce qui peut être extrêmement long et compliqué à obtenir. Ainsi, cette nouvelle organisation centralisée aurait une véritable spécialisation dans le cas des vieux films, de vieilles séries télévisées ou des jeux vidéo datant des années 1980 et 1990<sup>459</sup>. Comme l'ont expliqué les membres du gouvernement japonais, le but était de remédier à la situation actuelle où de nombreux jeux vidéo rétro ne pouvaient être réédités en *remakes* ou *remasters* à cause du système trop complexe de l'article 67 de la Loi japonaise de 1970, qui menait souvent à des refus pour les demandes présentées pour les jeux rétro. Le gouvernement japonais a expliqué en juillet 2021 qu'il y aurait une consultation avec toutes les parties intéressées, à savoir les titulaires de droits d'auteur sur ce genre d'œuvres multimédia, les entreprises travaillant dans ces industries du divertissement et d'autres opérateurs économiques afin d'établir des montants préétablis, appropriés et justes pour l'attribution de licences en cas d'auteurs inconnus ou introuvables. Après cette phase de consultation, il est prévu de modifier les lois touchant à ces sujets, ce qui inclut de faire une réforme de la Loi japonaise de 1970<sup>460</sup> afin de changer l'article 67 notamment.

Ajoutons que malgré le fait que Yoshihide Suga ne soit plus Premier ministre du Japon depuis le 4 octobre 2021<sup>461</sup>, le gouvernement japonais a réitéré son souhait de poursuivre cette réforme en adoptant, le 3 juin 2022, l'*Intellectual Property Promotion Plan 2022* qui inclut l'objectif de centralisation du point de contact pour l'utilisation d'œuvres protégées par droit d'auteur et dont le titulaire de ce droit est introuvable ou inconnu<sup>462</sup>. Cet *Intellectual Property Promotion Plan 2022* est venu préciser que cette société de gestion collective centralisée établira également des bases de données accessibles en ligne permettant d'identifier plus facilement les titulaires de droit

---

<sup>457</sup> *Id.*

<sup>458</sup> Brian ASHCRAFT, « Retro Game Releases Could Get Needed Copyright Help in Japan », (2021) *Kotaku*, en ligne : <https://kotaku.com/retro-game-releases-could-get-much-needed-help-in-japan-1847297027> (consulté le 19 août 2022).

<sup>459</sup> *Id.*

<sup>460</sup> Article du *Yomiuri Shimbun* du 13 juillet 2021, préc., note 456.

<sup>461</sup> Sa gestion de la pandémie du COVID-19 a entraîné son remplacement à la tête du Parti libéral-démocrate et donc à la tête de du gouvernement japonais par l'actuel Premier ministre du Japon Fumio Kishida.

<sup>462</sup> Article de *Jiji Press* du 3 juin 2022 : <https://www.jiji.com/jc/article?k=2022060301026&g=eco>

d'auteur<sup>463</sup>. Cet organisme centralisé sera en mesure de traiter des demandes ayant trait aux œuvres orphelines, aux œuvres générées par les utilisateurs ainsi qu'à des œuvres qui ne sont pas gérées, à l'heure actuelle, par des organismes de gestion de droit d'auteur déjà existants<sup>464</sup>. Il était prévu d'établir les procédures pour la création de cet organisme à la fin de l'année 2022 et de mettre en place le système de regroupement de plusieurs bases de données relativement aux titulaires de droit d'auteur pour la fin de l'année 2023<sup>465</sup>. On peut donc espérer que cette réforme, quand elle sera achevée, permettra de régler plus facilement la question des *remakes* et des *remasters* de jeux vidéo japonais.

### c) Un modèle étranger : la Commission du droit d'auteur

Qu'en est-il au Canada ? Est-ce qu'une personne souhaitant obtenir les droits d'auteur sur un jeu afin de faire un *remake* ou un *remaster* et ne pouvant contacter le titulaire de ces droits peut s'adresser à un organisme gouvernemental pour obtenir une licence ? C'est l'article 77 de la Loi canadienne qui prévoit cette éventualité. Effectivement, il est prévu à l'article 77(1) ce qui suit :

« La Commission peut, à la demande de tout intéressé, délivrer une licence autorisant l'accomplissement de tout acte mentionné à l'article 3 à l'égard d'une œuvre publiée ou aux articles 15, 18 ou 21 à l'égard, respectivement, d'une fixation d'une prestation, d'un enregistrement sonore publié ou d'une fixation d'un signal de communication si elle estime que le titulaire du droit d'auteur est introuvable et que l'intéressé a fait son possible, dans les circonstances, pour le retrouver. »<sup>466</sup>

Ce paragraphe prévoit donc que la Commission du droit d'auteur, un tribunal administratif composé de commissaires<sup>467</sup>, peut délivrer une licence permettant l'accomplissement d'un acte

---

<sup>463</sup> Gouvernement du Japon, Intellectual Property Strategic Headquarters, « Intellectual Property Promotion Plan 2022 » (3 juin 2022), en ligne : <https://www.kantei.go.jp/jp/singi/titeki2/220603/gijisidai.html>, p. 70 (PDF).

<sup>464</sup> *Id.*, p. 71 (PDF).

<sup>465</sup> *Id.*, p. 72 (PDF).

<sup>466</sup> Loi canadienne, art. 77(1).

<sup>467</sup> *Id.*, art. 66.

mentionné à l'article 3 de la Loi canadienne. Il y a trois conditions à remplir<sup>468</sup> afin d'obtenir une telle licence en vertu de l'article 77(1) :

- 1<sup>ère</sup> condition : l'œuvre que le demandeur souhaite exploiter doit avoir été publiée<sup>469</sup>. Si la publication de l'œuvre a été faite sans l'autorisation du titulaire du droit d'auteur sur cette œuvre, alors la Commission du droit d'auteur ne pourra délivrer une licence. Dans le cas où le demandeur souhaite obtenir une licence pour exploiter une prestation, cette dernière doit avoir été fixée.
- 2<sup>ème</sup> condition : l'œuvre doit évidemment être protégée par le droit d'auteur au moment de la demande. Dans le cas contraire, elle sera déjà dans le domaine public et il n'y aura donc pas besoin d'obtenir une licence auprès de la Commission.
- 3<sup>ème</sup> condition : le demandeur devra avoir fait des efforts raisonnables afin de trouver le titulaire du droit d'auteur sur l'œuvre. Cela implique normalement des recherches auprès des sociétés de gestion collective, sur des moteurs de recherche, dans les bibliothèques et archives diverses, dans les universités, musées voire dans les ministères de l'éducation. Dans le cas où l'auteur est décédé, il faudra avoir tenté de savoir qui sont ses héritiers ou qui a administré la succession.

Il existe deux différences majeures entre le système canadien d'attribution de licences et celui en place au Japon en vertu de l'article 67 de la Loi japonaise de 1970. D'abord et avant tout, la Commission du droit d'auteur n'accorde des licences qu'en cas de titulaires du droit d'auteur introuvables, ce qui signifie qu'un titulaire identifié mais qui n'est pas joignable ne sera pas considéré comme introuvable. Cela réduit énormément les possibilités dans le cas du jeu vidéo : effectivement, il arrive fréquemment que les noms des développeurs ayant travaillé sur un jeu vidéo

---

<sup>468</sup> Gouvernement du Canada, Commission du droit d'auteur du Canada, « Titulaires introuvables : Information générale », en ligne : <https://cb-cda.gc.ca/fr/titulaires-introuvables/information-generale>

<sup>469</sup> On définit la publication à l'article 2.2 de la Loi canadienne. Dans le cas du jeu vidéo, la publication de ce dernier signifie la mise à disposition du public d'exemplaires du jeu.

dans les années 1980 et 1990<sup>470</sup> soient connus, mais que ces derniers se soient totalement retirés de l'industrie depuis. Ainsi, les titulaires seraient identifiés mais très difficilement joignables voire injoignables, auquel cas la personne souhaitant exploiter ce jeu vidéo pour en faire un *remake* ou un *remaster* ne pourra s'adresser à la Commission du droit d'auteur pour obtenir une licence et devra donc abandonner son projet. Par ailleurs, à la différence du système japonais où un commissaire rattaché à l'Agence des Affaires Culturelles traitait les demandes de licence, le Canada a mis en place un organisme centralisé et spécialisé dans le droit d'auteur, la Commission du droit d'auteur, qui a le pouvoir de délivrer de telles licences non exclusives dans un délai relativement court, soit environ 45 jours<sup>471</sup>. Il est à noter que c'est également la Commission du droit d'auteur qui fixera la durée de la licence et les redevances à verser au titulaire du droit d'auteur si ce dernier se fait connaître après la décision de la Commission<sup>472</sup>. On peut imaginer que la réforme japonaise visant notamment le système d'attribution de licences mettra en place un organisme similaire à la Commission du droit d'auteur.

Si l'on revient au jeu vidéo, il n'existe pas, à l'heure où nous écrivons ces lignes, une société de gestion collective pour le jeu vidéo au Canada<sup>473</sup>. Cela est probablement dû au fait que l'industrie vidéoludique canadienne est relativement récente mais aussi au fait que la Loi canadienne ne parle pas du jeu vidéo dans ses dispositions. Par ailleurs, aucune décision de la Commission sur le droit d'auteur n'a été rendue relativement à un jeu vidéo, et ce depuis 1990<sup>474</sup>. Comment expliquer une telle situation ? Les conditions d'attribution de licences au Canada sont-elles trop restrictives pour l'industrie vidéoludique ? L'industrie vidéoludique canadienne, contrairement à celle du Japon, n'est-elle tout simplement pas intéressée à l'idée de produire des *remakes* ou des *remasters* ? Nous sommes d'avis que l'explication se trouve ailleurs.

Effectivement, l'industrie vidéoludique canadienne est beaucoup plus jeune que celle du Japon ou des États-Unis, prenant véritablement son essor à partir de la fin des années 1990 et surtout des

---

<sup>470</sup> Les jeux vidéo rétro étant souvent le produit de quelques personnes ayant travaillé en commun sur le jeu, les chances que les droits appartiennent à une personne morale ayant employé ces personnes sont plus réduites que dans le marché actuel du jeu vidéo.

<sup>471</sup> Gouvernement du Canada, Commission du droit d'auteur du Canada, préc., note 468.

<sup>472</sup> Loi canadienne, art. 77(3).

<sup>473</sup> Gouvernement du Canada, Commission du droit d'auteur du Canada, « Sociétés de gestion collective », en ligne : <https://cb-cda.gc.ca/fr/information-sur-le-droit-dauteur/societes-de-gestion-collective>

<sup>474</sup> Gouvernement du Canada, Commission du droit d'auteur du Canada, « Titulaires de droits d'auteur introuvables », en ligne : [https://decisions.cb-cda.gc.ca/cb-cda/refusees-other-autre/fr/nav\\_date.do](https://decisions.cb-cda.gc.ca/cb-cda/refusees-other-autre/fr/nav_date.do)

années 2000. Il y a donc moins cet effet de nostalgie vis-à-vis des jeux ayant pu être produits au Canada, ces derniers étant plus récents. Par ailleurs, alors que dans les années 1970 et 1980, les jeux vidéo produits étaient davantage le fait de quelques ingénieurs informatiques s'essayant au codage, l'industrie vidéoludique s'est professionnalisée à partir du début des années 2000, ce qui fait en sorte qu'il est plus aisé de trouver les titulaires de droit d'auteur, qui sont en général des entreprises, sur des jeux produits il y a une vingtaine d'années plutôt que de retrouver la trace d'obscurs ingénieurs informatiques, qui utilisaient souvent des pseudonymes, ayant quitté l'industrie vidéoludique il y a près de quarante ans. Finalement, du fait que l'industrie vidéoludique se soit professionnalisée, les éditeurs ont tendance à conserver les droits d'auteur sur leurs jeux et à décider eux-mêmes d'en faire un *remake* ou un *remaster*. Il n'y a donc pas le besoin d'obtenir une licence auprès de la Commission sur le droit d'auteur.

Comme on a donc pu le voir, les enjeux de titularité du droit d'auteur sur les jeux vidéo ne sont pas les mêmes au Canada et au Japon. Ainsi, au Canada, comme c'est le cas à peu près partout en Occident, l'industrie vidéoludique est confrontée avant tout à des enjeux ayant trait au contenu généré par les utilisateurs. Effectivement, ce contenu, par sa nature extrêmement variable, peut causer des dommages d'ordre réputationnel au titulaire du droit d'auteur sur le jeu vidéo voire d'ordre judiciaire s'il s'avère que le contenu inclura la propriété intellectuelle de tiers sans autorisation. L'industrie vidéoludique canadienne a donc pris le parti de mettre en place des licences d'utilisation accordant aux joueurs une certaine liberté pour la création de ces contenus, mais en les encadrant afin de garder un droit de regard et surtout de modération sur ces contenus. Au Japon, les enjeux de titularité du droit d'auteur sur les jeux vidéo résident principalement dans le cadre législatif mis en place. Effectivement, le système d'attribution de licences en cas d'auteurs inconnus ou introuvables n'est pas adapté à des contenus multimédias tels que le jeu vidéo, ce qui fait en sorte que l'industrie perd un certain nombre de possibilités commerciales de développer des *remakes* et des *remasters* de jeux rétro demandés par le grand public. Cette situation était si alarmante pour l'industrie vidéoludique que le gouvernement japonais a décidé, en 2021, de réformer le système d'attribution de licences afin de mettre en place un organisme spécialisé pouvant traiter ces demandes d'attribution de licences et de faciliter la tâche des entreprises de jeux vidéo souhaitant développer des *remakes* et des *remasters* de jeux rétro. Finalement, il est à noter

que le droit japonais n'a pas les mêmes critères quant à l'identité de l'auteur d'une œuvre que le droit canadien, reconnaissant l'idée qu'une personne morale puisse être considérée comme auteure d'une œuvre quand son employé l'a créée dans le cadre de son emploi. Ainsi, alors que le droit canadien considère qu'un auteur ne peut être qu'un être humain, le droit japonais n'a pas la même conception d'un auteur. Est-il envisageable que, dans le futur, une intelligence artificielle concevant seule un jeu vidéo puisse en être considérée comme son auteure au Japon ? À l'heure actuelle, rien ne semble s'y opposer.

## Conclusion

On a donc pu voir que classer le jeu vidéo dans une des catégories d'œuvres prévues dans la Loi canadienne se révèle un exercice difficile et malaisé pour plusieurs raisons. D'abord, du fait de la nature même du jeu vidéo, qui se trouve à la frontière entre le programme d'ordinateur et le film, combinant des éléments qui relèvent de l'informatique et des éléments qui relèvent davantage de l'art. De plus, le fait que notre Loi canadienne soit fortement inspirée de son équivalente britannique et donc qu'elle a hérité de son système de catégories fermées fait en sorte que nous sommes condamnés à tenter de faire entrer une œuvre très particulière et très différente des autres œuvres protégées par le droit d'auteur dans des catégories peu adaptées. Par ailleurs, la Loi canadienne est totalement muette relativement au jeu vidéo et la jurisprudence s'est contentée d'affirmer que le jeu vidéo est protégé par la Loi canadienne, mais sans en préciser sous quelle catégorie<sup>475</sup>. Malgré ces difficultés, nous avons pu identifier trois hypothèses pour la qualification du jeu vidéo selon la Loi canadienne.

La première est de considérer le jeu vidéo comme un programme d'ordinateur. Effectivement, le jeu vidéo est, à l'origine, la création d'ingénieurs informatiques voulant utiliser du code informatique pour créer des jeux. Aussi, le jeu vidéo est évidemment composé d'un code source, et ce dernier est protégé par la Loi canadienne en tant qu'œuvre littéraire. Toutefois, réduire le jeu vidéo à son code source reviendrait à négliger totalement les aspects audio-visuel et artistique qui sont des parts essentielles du jeu vidéo. Nous rejetons donc l'hypothèse de qualifier le jeu vidéo en tant que programme d'ordinateur car cette dernière est insuffisante.

La deuxième hypothèse est d'essayer de comparer le jeu vidéo avec d'autres œuvres existantes : la comparaison qui tombe immédiatement sous le sens est avec l'œuvre cinématographique. Effectivement, cette dernière contient également des images mouvantes et une bande-sonore; de plus, la Loi canadienne prend en compte les situations où un film puisse avoir une mise en scène ayant un caractère dramatique et où un film n'a pas de caractère dramatique<sup>476</sup>. Aussi, qualifier le jeu vidéo comme une œuvre cinématographique permettrait de protéger tout l'aspect audio-visuel et l'aspect artistique qui composent le jeu tout en prenant en compte le fait que certains jeux

---

<sup>475</sup> *Nintendo of America Inc. c. King*, préc., note 56, par. 25 et 26.

<sup>476</sup> Loi canadienne, art. 11.1.

puissent ne pas avoir d'aspect dramatique, on pense par exemple aux jeux de sports. Toutefois, cette comparaison présente des limites qu'on ne peut mettre de côté : contrairement aux films, le jeu vidéo a la particularité d'être interactif, c'est le joueur, son interprète, qui influe directement sur ce qu'on voit à l'écran. Plus important encore, c'est le joueur qui, par ses actions, déterminera l'évolution scénaristique du jeu vidéo voire la fin du jeu, situation totalement inenvisageable au cinéma où chaque film aura toujours la même succession de scènes et la même fin. Malgré ces limites, il est intéressant de noter que c'est pourtant la qualification qui a été adoptée par la jurisprudence japonaise. Effectivement, alors que la Loi japonaise de 1970 ne comportait pas ce système de catégories fermées que l'on retrouve dans les lois anglo-saxonnes, ce qui permettait donc théoriquement de protéger le jeu vidéo en tant que tel, la jurisprudence japonaise a pris le contre-pied de cet état de fait. Dès les années 1980, la majorité de la jurisprudence japonaise a qualifié le jeu vidéo d'œuvre cinématographique. Ce courant jurisprudentiel fut confirmé par la Cour suprême du Japon en 2002, précisant toutefois que la disposition relativement au droit exclusif de distribution de l'œuvre cinématographique ne s'appliquait pas au jeu vidéo. Cette qualification pose toutefois un problème supplémentaire : étant donné qu'elle se fonde sur le fait que le jeu vidéo a en général des images mouvantes, tout comme les films, tout jeu vidéo qui ne posséderait pas d'images mouvantes perdrait cette qualification d'œuvre cinématographique, et donc ne verrait protéger que son code informatique selon la Loi japonaise de 1970. Cela exclut donc plusieurs genres au sein du jeu vidéo tels que les jeux de stratégie ou les *point 'n click*. Cette situation pour le moins absurde, surtout dans un pays où le jeu vidéo est ancré depuis le début des années 1980, s'est vu confirmer par un jugement de la Haute Cour de Tokyo. Ainsi, de manière paradoxale, le silence de la Loi canadienne et de la jurisprudence au Canada fait en sorte qu'à l'heure actuelle, le jeu vidéo est mieux protégé au Canada qu'il ne l'est au Japon relativement au droit d'auteur puisque la jurisprudence japonaise vient distinguer entre les jeux vidéo selon si ces derniers incluent des images mouvantes, ce qui prive plusieurs types de jeux vidéo d'une protection de leur aspect audio-visuel.

Finalement, notre troisième hypothèse pour la qualification du jeu vidéo en droit canadien est de le considérer comme une compilation ou un recueil d'œuvres différentes. Étant donné la très grande variété d'éléments composant le jeu vidéo, cette qualification en compilation ou en recueil permet de protéger tous ses éléments individuellement et aussi d'assurer une protection d'ensemble pour le jeu vidéo au sens large. Cette qualification présente toutefois des limites. Effectivement, les

définitions de compilation et de recueil dans la Loi canadienne semblent davantage protéger des œuvres plus traditionnelles telles que les compilations d'œuvres littéraires ou artistiques et sont donc peu adaptées à une œuvre hybride comme le jeu vidéo, qui compilera à la fois du code source, des œuvres artistiques, des œuvres musicales, des œuvres littéraires et des œuvres dramatiques, ainsi que des prestations qui relèvent du droit voisin. De plus, cette qualification du jeu vidéo en une compilation ou un recueil laisserait potentiellement de côté un élément crucial du jeu vidéo : le gameplay. Or, ce dernier représente près de 80% du jeu vidéo, à la fois en termes quantitatifs puisque le gameplay représente au moins 80% de la durée de vie d'un jeu mais aussi en termes qualitatifs puisque c'est le gameplay qui fait le jeu vidéo, étant à la fois l'aspect interactif du jeu et un vecteur narratif majeur. Aussi, à l'heure actuelle, qualifier le jeu vidéo de compilation semble l'idée la plus répandue afin de protéger chaque œuvre composant le jeu<sup>477</sup>, mais cela voudrait dire que 80% du jeu vidéo serait potentiellement laissé de côté.

Peut-on se contenter de cette qualification bancaire pour une industrie aussi importante et profitable ? À notre avis, il existe une autre solution à la question de la qualification du jeu vidéo. De la même manière que le film fut d'abord classé comme une œuvre artistique pour sa ressemblance technique avec la photographie, à savoir la capture par un appareil d'images qui s'impriment sur une pellicule, cette qualification montra ses limites et le film vit sa qualification changer, passant de l'œuvre artistique à l'œuvre dramatique. Plus important encore, l'œuvre cinématographique devint une sorte de sous-catégorie au sein de l'œuvre dramatique, avec notamment des durées de protection qui dépendent des particularités de sa mise en scène. Ne pourrait-on pas envisager de créer une autre sous-catégorie au sein de l'œuvre dramatique pour y accueillir le jeu vidéo ?<sup>478</sup> Cela permettrait de classer ce dernier comme une œuvre vidéoludique et donc de le protéger comme un ensemble cohérent sans avoir à décortiquer chaque élément le composant. Cette qualification aurait également l'avantage d'éviter un débat autour de la notion de gameplay puisque ce dernier s'inscrirait comme une part intégrante de l'ensemble de l'œuvre et un des éléments majeurs permettant de déterminer si l'œuvre vidéoludique est originale. Finalement, créer cette sous-

---

<sup>477</sup> J.-P. SAVOIE, préc., note 14, 677.

<sup>478</sup> La création d'une nouvelle catégorie pour le jeu vidéo a également été proposée dans le contexte européen dans un mémoire écrit en 2010 : Jędrzej RACZYŃSKI, *The Classification of Computer Games in European Copyright Law*, Tilburg, Faculté de droit, Université de Tilburg, 2010, p. 36-38.

catégorie d'œuvre vidéoludique permettrait également d'assurer avec certitude une protection pour les joueurs venant exécuter, ou encore interpréter, cette œuvre au titre du droit voisin.

De plus, nous avons vu que le jeu vidéo soulève également des interrogations en ce qui a trait à la titularité du droit d'auteur sur le jeu. Effectivement, étant donné la complexité de cette œuvre qui mêle à la fois de la technologie informatique, des techniques narratives proches du cinéma et du roman ainsi que des éléments artistiques, il n'est pas aisé d'identifier qui sont les auteurs d'un jeu vidéo. En droit canadien, notre analyse dépend évidemment de la qualification du jeu vidéo. Ainsi, si le jeu vidéo est analysé uniquement sous le prisme d'un programme d'ordinateur, ses auteurs seront les développeurs informatiques ayant écrit son code source. Si le jeu vidéo est plutôt qualifié d'œuvre cinématographique, la jurisprudence canadienne a considéré que le réalisateur<sup>479</sup> ou parfois le scénariste peuvent être des auteurs potentiels selon leur apport à l'œuvre. Appliqué dans le domaine du jeu vidéo au Canada, cela peut nous amener vers deux figures : le directeur créatif et le producteur. Le directeur créatif est véritablement l'équivalent du réalisateur au cinéma : c'est celui qui dirigera tout l'aspect artistique et dramatique de l'œuvre, voire souvent le gameplay. Il est donc le responsable du jeu vidéo puisque ce dernier est le fruit de la vision de son directeur créatif. La figure du directeur créatif est très présente dans les industries vidéoludiques américaine et japonaise notamment. Toutefois, le producteur d'un jeu vidéo est également une figure à ne pas négliger, notamment au Canada. Alors qu'on peut penser que le producteur n'est chargé que de la gestion financière et de la logistique, à savoir le matériel informatique, le matériel pour l'enregistrement des voix ou des mouvements voire les embauches des développeurs selon leurs spécialisations, il est très fréquent dans l'industrie vidéoludique canadienne que le producteur soit également celui qui aura le dernier mot pour toutes les décisions artistiques, tranchant pour décider de conserver ou de supprimer un élément artistique voire scénaristique du jeu vidéo, et donc par le fait même influençant l'œuvre dans sa version publiée. Ainsi, l'auteur du jeu vidéo qualifié comme une œuvre cinématographique peut être soit le directeur créatif, soit le producteur selon les responsabilités endossées par ces acteurs essentiels de l'industrie. Finalement, si l'on considère le jeu vidéo comme une compilation ou un recueil, chaque œuvre composant la compilation, que ce soient le code source, la conception des décors, la conception des personnages, la rédaction du scénario, la composition de la musique verra son auteur respectif exercer son droit d'auteur sur

---

<sup>479</sup> *Glasz c. Choko*, préc., note 306, par. 51 et 52.

cette œuvre, mais il s'ajoute à cela un droit d'auteur sur la compilation ou le recueil dans son ensemble. Ce compilateur, ou cet auteur de recueil, par le fait qu'il est la personne qui décidera de conserver tel élément et d'écarter tel autre, ne peut être encore une fois que le directeur créatif ou le producteur s'il est celui qui a le pouvoir de faire de tels choix artistiques. Ainsi, on retrouve encore une fois les figures du directeur créatif et du producteur comme de potentiels candidats au titre d'auteur du jeu vidéo selon la Loi canadienne.

Au Japon, où la jurisprudence a plutôt tranché pour qualifier le jeu vidéo d'œuvre cinématographique, l'auteur du jeu vidéo est plus aisé à identifier puisque l'article 29(1) de la Loi japonaise de 1970 vient faciliter quelque peu le travail. Effectivement, pour éviter un débat visant à identifier qui peut véritablement être le titulaire d'une œuvre cinématographique<sup>480</sup>, cette disposition vient établir que dans le cas où l'auteur du film s'est entendu pour participer à la production du film, alors ce sera le producteur qui sera le titulaire du droit d'auteur sur le film. Ainsi, il y a une cession du droit d'auteur vers le producteur par le fait même de la loi. Ce paragraphe en apparence illogique puisqu'on vient priver l'auteur de son droit d'auteur sous le prétexte qu'il va également participer à la production du film vise en fait à éviter que des débats sur l'identité de l'auteur de l'œuvre cinématographique viennent à en empêcher l'exploitation : aussi la Loi japonaise de 1970 accorde le droit d'auteur au producteur puisque c'est ce dernier qui prend les risques financiers pour permettre la création et l'exploitation du film. À l'inverse, dans le cas où l'auteur n'aura pas participé à la production du film, l'article 29(1) de la Loi japonaise de 1970 ne trouvera pas application et donc l'auteur de l'œuvre cinématographique sera plus souvent qu'autrement le réalisateur. Appliquées dans le domaine du jeu vidéo, l'article 29(1) de la Loi japonaise de 1970 ainsi que la définition de ce qu'est un producteur d'œuvre cinématographique semblent plutôt nous indiquer que le titulaire du droit d'auteur sur le jeu vidéo est l'éditeur. Effectivement, cet acteur essentiel de l'industrie vidéoludique est celui qui finance le développement du jeu vidéo, en assure sa distribution et sa communication voire passe commande d'un jeu vidéo avec des exigences bien spécifiques. Or, l'éditeur d'un jeu vidéo est toujours une personne morale. Alors qu'en droit canadien, un auteur est forcément une personne physique<sup>481</sup>, il

---

<sup>480</sup> Selon les circonstances, on pourrait identifier l'auteur comme étant le réalisateur, le producteur, le directeur de la photographie, le monteur du film voire même un acteur ayant eu une influence essentielle sur l'œuvre.

<sup>481</sup> Ajoutons qu'en mars 2023, l'*United States Copyright Office* a publié un *statement policy* venant préciser que, tout comme en droit canadien, seul un être humain peut être l'auteur d'une œuvre protégée par droit d'auteur et donc une intelligence artificielle ne peut pas être un auteur. Voir ici : Gouvernement des États-Unis, United States

n'en est pas de même selon la Loi japonaise de 1970 et une entreprise peut tout à fait être l'auteure de l'œuvre créée par ses employés dans le cadre de leur emploi<sup>482</sup>. Ainsi, en droit japonais, l'auteur du jeu vidéo sera plus souvent qu'autrement son éditeur. On peut s'interroger sur le fait qu'une personne morale puisse être l'auteure d'une œuvre en droit d'auteur japonais : cela ouvrira-t-il la porte à l'idée de reconnaître une intelligence artificielle comme l'auteure d'une œuvre ?<sup>483</sup>

Finalement, nous avons vu que la notion d'œuvre créée en collaboration de la Loi canadienne était difficilement applicable au jeu vidéo sauf dans des cas très précis. Effectivement, la définition donnée par la loi à l'œuvre créée en collaboration<sup>484</sup> ainsi que les critères jurisprudentiels énoncés dans l'Affaire Seggie<sup>485</sup> semblent difficilement se concilier avec le jeu vidéo. Ainsi, on pourrait voir une œuvre créée en collaboration au sein de chaque « sous-œuvre » composant le jeu vidéo, tels que les développeurs travaillant en commun sur le code source ou les artistes travaillant ensemble sur la conception des environnements du jeu; mais il est évident que si l'on ramène tous ces éléments hétérogènes ensemble dans le jeu vidéo, la part de chacun sera distincte de celle des autres et donc le jeu vidéo dans son ensemble ne pourra pas être considéré comme une œuvre créée en collaboration. De plus, le travail du compilateur, que ce soit le directeur créatif ou le producteur, est fait sans l'aide de chaque auteur des « sous-œuvres » composant le jeu vidéo, ce qui renforce notre conclusion relativement à l'œuvre créée en collaboration. Ajoutons toutefois que dans le cadre d'un jeu indépendant, où il arrive fréquemment que les individus travaillant sur le jeu effectuent plusieurs tâches parfois très diverses et sans spécialisation, on aurait alors plus de mal à

---

Copyright Office, « Copyright Registration Guidance: Works Containing Material Generated by Artificial Intelligence » (16 mars 2023), en ligne : <https://www.federalregister.gov/documents/2023/03/16/2023-05321/copyright-registration-guidance-works-containing-material-generated-by-artificial-intelligence> (consulté le 23 mars 2023).

<sup>482</sup> En droit d'auteur canadien, l'entreprise dont les employés auront créé une œuvre dans le cadre de leur emploi ne sera pas l'auteure de l'œuvre mais elle en sera le titulaire du droit d'auteur sur l'œuvre par l'effet de la Loi canadienne.

<sup>483</sup> Il y a d'ailleurs eu des développements récents à ce sujet au Japon. Fin avril 2023, le gouvernement japonais a rencontré un groupe d'artistes. Effectivement, la Loi japonaise de 1970 ne protège pas adéquatement les œuvres quand ces dernières servent à entraîner une intelligence artificielle, la législation japonaise ne faisant même pas la distinction entre utilisation commerciale et utilisation non-commerciale. De plus, il est possible pour les concepteurs d'intelligence artificielle d'utiliser des œuvres protégées par droit d'auteur pour entraîner leur intelligence artificielle même si les œuvres ont été acquises illégalement. Il est donc fortement probable que la Loi japonaise de 1970 sera réformée afin de prendre en compte la nouvelle réalité de l'intelligence artificielle. Voir notamment à ce sujet : Kasumi KANETAKA, « Legal Protection from Generative AI in Japan », (2023) *Lexology*, en ligne : <https://www.lexology.com/library/detail.aspx?g=d8b4ba7d-a764-4acd-adca-1b72a2f1aaa0> (consulté le 15 mai 2023).

<sup>484</sup> Loi canadienne, art. 2 « œuvre créée en collaboration ».

<sup>485</sup> Affaire Seggie, par. 59.

distinguer la part de chacun et il sera donc plus aisé de qualifier ce jeu indépendant d'œuvre créée en collaboration.

Par ailleurs, nous avons vu que l'avènement d'Internet a amené un enjeu supplémentaire pour les titulaires canadiens de droit d'auteur sur des jeux vidéo : les contenus générés par les utilisateurs. Effectivement, à la différence du cinéma, des peintures ou encore des statues où les spectateurs ne sont là que pour regarder et admirer les œuvres produites, le jeu vidéo implique comme son nom l'indique de jouer et donc d'interagir constamment avec cette œuvre. De cette interaction mais aussi du fait de la créativité de la communauté des joueurs résultent des contenus générés par les utilisateurs de natures très variées. Nous en avons identifié trois : la prestation du joueur, les *machinimas* et les *mods*. Nous avons avancé l'idée que la prestation du joueur-interprète, que nous avons appelé la session de jeu, s'intègre parfaitement dans la Loi canadienne. Aussi, un utilisateur jouant à un jeu vidéo effectue une prestation de laquelle découle un certain nombre de droits voisins sur cette prestation, incluant le droit d'enregistrer et de diffuser cette dernière. C'est en fait ce qui est déjà fait par des millions de joueurs depuis le milieu des années 2000, certains en faisant même un métier. Ajoutons que rien dans la Loi japonaise de 1970 ne s'oppose à l'idée qu'un joueur jouant à un jeu vidéo crée une prestation. Nous sommes d'avis que créer une sous-catégorie d'œuvre vidéoludique viendrait définitivement confirmer le fait que les joueurs effectuent des prestations lorsqu'ils jouent à des jeux vidéo sans avoir besoin de lire entre les lignes de la Loi canadienne ou d'attendre un jugement à ce sujet. Les *machinimas* soulèvent davantage d'inquiétude pour l'industrie vidéoludique car les utilisateurs viennent utiliser des éléments d'un jeu pour créer une œuvre cinématographique, ce qui représente une violation du droit d'auteur sur le jeu, notamment le droit d'adaptation de cette œuvre en film<sup>486</sup>. De même, les *mods*, en venant ajouter du contenu au jeu vidéo, viennent également porter atteinte au droit d'auteur des titulaires. On peut imaginer que ces contenus, étant en général de nature non commerciale, pourraient rentrer dans l'exception prévue par la Loi canadienne pour les contenus non commerciaux générés par l'utilisateur. D'ailleurs, l'industrie vidéoludique canadienne, et plus généralement occidentale, a préféré éviter la judiciarisation à outrance pour brider la création de ces contenus. Effectivement, la communauté des joueurs étant extrêmement décentralisée et rétive à tout contrôle, l'industrie a préféré accorder

---

<sup>486</sup> Loi canadienne, art. 3(1)e).

des licences pour permettre la création de ce genre de contenus plutôt que de les empêcher<sup>487</sup>. Toutefois, pour éviter que ces contenus ne portent atteinte au droit d'auteur de tiers ou qu'ils soient indécents, ces licences prévoient que les titulaires auront un droit de modération et donc pourront supprimer les contenus jugés problématiques, au besoin.

Au Japon, les contenus générés par les utilisateurs sont moins problématiques car ils sont beaucoup plus rares qu'en Amérique du Nord et en Europe, aussi l'industrie vidéoludique japonaise ne s'est pas prononcée sur ces contenus. L'enjeu majeur touchant le jeu vidéo au Japon vient avant tout du système de licence accordée en cas d'auteurs inconnus ou introuvables prévu dans la Loi japonaise de 1970. Effectivement, l'industrie vidéoludique japonaise ayant un certain âge, de nombreux jeux sont entrés dans la culture populaire et ont atteint le statut de « jeux-cultes ». Toutefois, ces derniers sont souvent injouables de nos jours, car les consoles sur lesquels y jouer sont vieilles et rares. Aussi, l'industrie vidéoludique a développé des *remakes* et des *remasters* de ces jeux. Or, pour développer de tels *remakes* et *remasters*, il faut obtenir une licence sur le jeu original, ce qui peut être problématique plus de trente années après la sortie du jeu, surtout si les développeurs ont quitté l'industrie vidéoludique ou ont utilisé des pseudonymes pour s'identifier à l'époque. La Loi japonaise de 1970 prévoit un système d'attribution de licence auprès d'un commissaire attaché à l'Agence des Affaires Culturelles dans un tel cas. Or, ce système actuel ne semble pas adapté dans le cas d'œuvres complexes tels que les vieux films, séries télévisées ou jeux vidéo. Aussi, notamment pour répondre à cette demande de leur industrie vidéoludique, le gouvernement japonais a annoncé en juin 2021 la mise en place d'un organisme centralisé et spécialisé pour l'attribution de licences de droit d'auteur en cas d'auteurs inconnus ou introuvables. Cette réforme inclut également la mise en place de bases de données permettant de trouver plus facilement les titulaires de droits d'auteur. Il est donc espéré au Japon que cette réforme permettra à l'avenir à ceux qui le désirent d'obtenir les licences nécessaires pour développer des *remakes* et *remasters* de jeux rétro, tout en permettant aux titulaires des droits sur ces jeux d'obtenir une juste rémunération.

---

<sup>487</sup> Qu'en est-il du droit moral sur ces contenus générés par les joueurs ? Comme nous l'avons expliqué, les *machinimas* et les *mods* représentent techniquement des violations du droit d'auteur sur le jeu vidéo dont ils sont inspirés. Il peut donc apparaître paradoxal de reconnaître des droits moraux sur une œuvre en violation avec le droit d'auteur d'une autre œuvre. L'octroi de licences par l'industrie vidéoludique vient toutefois reconnaître le fait qu'ils sont des œuvres à part entière et donc permettre leur création. Il est à noter que ces licences prévoient très souvent pour ne pas dire tout le temps une renonciation aux droits moraux. Cependant, les plateformes rendant disponibles ces contenus générés par les joueurs respectent le droit à la paternité de l'œuvre et l'utilisation d'un pseudonyme par le créateur du contenu rendu disponible pour les autres joueurs.

Pour conclure, on peut donc voir que le jeu vidéo est une œuvre extrêmement complexe et assez méconnue des politiciens et des juristes. Aussi, les lois sur le droit d'auteur, souvent établies il y a plus de cinquante ans, ne sont absolument pas adaptées à une œuvre contenant des éléments très hétérogènes. Nous sommes d'avis qu'une reconnaissance de l'aspect proprement unique de cette œuvre avec la création d'une sous-catégorie d'œuvre vidéoludique dans la Loi canadienne permettra de mettre en place une protection couvrant l'intégralité des éléments uniques du jeu vidéo, et notamment le gameplay, ainsi que la prestation des utilisateurs jouant au jeu vidéo. Il est à espérer que l'importance économique considérable de cette industrie invitera des pays tels que le Canada ou le Japon à réformer leur loi afin de mieux protéger cette œuvre si prometteuse et si inclusive.



# Références bibliographiques

## Table de la législation

### Législation canadienne

*Loi sur le droit d'auteur*, L.R.C. 1985, c. C-42

### Législation japonaise

*Loi sur le droit d'auteur*, 3 mars de la 32<sup>ème</sup> année Meiji

*Copyright Act*, Act No. 48 of May 6, 1970

### Législation britannique

*Copyright, Designs and Patents Act*, 1988, c. 48

### Conventions et traités internationaux

*Convention de Berne pour la protection des œuvres littéraires et artistiques*, 9 septembre 1886,  
[1928] R.T. Can. n° 3

*Convention de Rome sur la protection des artistes interprètes ou exécutants, des producteurs de phonogrammes et des organismes de radiodiffusion*, 26 octobre 1961, [1998] R.T. Can. n° 21

*Traité de l'OMPI sur les interprétations et exécutions et les phonogrammes*, 20 décembre 1996,  
[2014] R.T. Can. n°21

## Table de la jurisprudence

### Jurisprudence canadienne

*Apple Computer, Inc. c. Mackintosh Computers Ltd.*, [1988] 1 C.F. 673 (C.A.)

*Apple Computer, Inc. c. Mackintosh Computers Ltd.*, [1990] 2 R.C.S. 209

*Association canadienne de télévision par câble c. Canada (Commission du droit d'auteur)*, [1993] 2 C.F. 138 (C.A.)

*ATV Music Publishing Canada Ltd. v. Rogers Radio Broadcasting Ltd. et al.*, (1982) 134 DLR (3d) 487

*Biocad Médical inc. c. Panthera Dentaire inc.*, 2016 QCCS 3096

*Canadian Admiral Corporation Ltd. v. Rediffusion Inc.*, [1954] Ex. CR 382

*CCH Canadienne Ltée c. Barreau du Haut-Canada*, 2004 CSC 13

*Cinar Corporation c. Robinson*, 2013 CSC 73

*Construction Denis Desjardins inc. c. Jeanson*, 2010 QCCA 1287

*Drapeau c. François Girard*, [2003] R.J.Q. 2539

*Dynabec Ltée c. Société d'informatique R.D.G. Inc.*, [1985] 6 C.I.P.R. 185

*F & I Retail Systems Ltd. v. Thermo-Guard Automotive Products Canada Ltd.*, (1984) 1 C.P.R. (3d) 297 (Ont. H.C.)

*Films Rachel Inc. c. Druker et Associés Inc.*, [1995] 500-11-001622-931 (C.S.)

*FWS Joint Sports Claimants c. Canada (Commission du droit d'auteur)*, [1992] 1 C.F. 487 (C.A.)

*Geophysical Service Incorporated v. Encana Corporation*, 2016 ABQB 230

*Glasz c. Choko*, 2018 QCCS 5020

*Harmony Consulting Ltd. c. G.A. Foss Transport Ltd.*, 2011 CF 340

*Kraft Canada Inc. c. Euro Excellence Inc.*, 2004 CF 652

*Lachance c. Productions Marie Eykel inc.*, 2014 QCCA 158

*Lainco Inc. c. Commission scolaire des Bois-Francs*, 2017 CF 825

*Neugebauer c. Labieniec*, 2009 CF 666

*Nintendo of America Inc. c. King*, 2017 CF 246

*Productions Avanti Ciné Vidéo c. Favreau*, [1999] R.J.Q. 1939

*Ré:Sonne c. Fédération des associations de propriétaires de cinémas du Canada*, 2012 CSC 38

*Robertson c. Thomson Corp.*, 2006 CSC 43

*Seggie c. Roofdog Games Inc.*, 2015 QCCS 6462

#### Jurisprudence japonaise

Cour suprême du Japon, jugement No. H13-ju-952

Haute Cour de Tokyo, jugement No. H7-ne-3344

#### Jurisprudence britannique

*Creation Records Ltd. v. News Group Newspaper Ltd.*, [1997] EWHC Ch. 370

*Cummins v. Bond*, [1927] 1 Ch. 167

*Lucasfilm Ltd and Others v. Ainsworth and another*, [2011] UKSC 39

*Spelling Goldberg Productions Inc. v. BPC Publishing Ltd*, [1981] R.P.C. 283 (EWCA)

#### Jurisprudence américaine

*Feist Publications, Inc. v. Rural Telephone Service Co.*, 499 U.S. 340 (1991)

*Naruto, et al. v. Slater, et al.*, 888 F.3d 418 (9th Cir. 2018)

Jurisprudence australienne

*Galaxy Electronics Pty Ltd v. Sega Enterprises Ltd*, (1997) 37 I.P.R. 462

Jurisprudence sud-africaine

*Nintendo Co. Ltd. v. Golden China TV Game Centre*, (1993) 28 I.P.R. 313

## **Bibliographie**

### Monographies et ouvrages collectifs

BARREAU, J.-C. et G. BIGOT, *Toute l'histoire du monde. De la préhistoire à nos jours*, Paris, Le Livre de Poche, 2007

BORKING, J.J., *Third Party Protection of Software and Firmware: Direct Protection of Zeros and Ones*, Amsterdam, North-Holland, 1985

CLAPES, A.L., *Software, Copyright and Competition: The "Look and Feel" of the Law*, New York, Quorum Books, 1989

GANEVA, P., C. HEATH et H. SAITÔ, *Japanese Copyright Law: Writings in Honour of Gerhard Schricker*, La Haye, Kluwer Law International, 2005

GENDREAU, Y., *La protection des photographies en droit d'auteur français, américain, britannique et canadien*, Paris, Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, 1994

GREENSPAN, D. et G. DIMITA, *Mastering the Game: Business and Legal Issues for Video Game Developers – A Training Tool*, Genève, Organisation Mondiale de la Propriété Intellectuelle, 2022

PELTIER, J., *Sekigahara. La plus grande bataille de samourais*, Paris, Passés Composés, 2020

PERRON, B. (dir.), *Horror Video Games: Essays on the Fusion of Fear and Play*, Jefferson, McFarland, 2009

RAMOS, A., L. LÓPEZ, A. RODRÍGUEZ, T. MENG et S. ABRAMS, *The Legal Status of Video Games: Comparative Analysis in National Approaches*, Genève, Organisation mondiale de la propriété intellectuelle, 2013

RICKETSON, S. et J.C. Ginsburg, *International Copyright and Neighbouring Rights: The Berne Convention and Beyond*, 3ème éd., Oxford, Oxford University Press, 2022

ROSATI, E., *Originality in EU Copyright. Full Harmonization through Case Law*, Cheltenham, Edward Elgar Publishing, 2013

Articles de revue, articles de bureaux d'avocats et études d'ouvrages collectifs

ABRAMOVITCH, S.H., et R. BISSONNETTE, « Les règles du jeu (partie 1) : protection du droit d'auteur lié aux jeux vidéo », (2018) *Gowling WLG*, en ligne : <https://gowlingwlg.com/fr/insights-resources/articles/2018/rules-of-the-game-part-1/>

APLIN, T., « Not in Our Galaxy: Why “Film” Won’t Rescue Multimedia », (1999) 21 *European Intellectual Property Review* 633

ARNOLD, R., « The Need for a New Copyright Act: A Case Study in Law Reform », (2015) 5 *Queen Mary Journal of Intellectual Property* 110

BYERLY, L.M., « Look and Feel Protection of Web Site User Interfaces: Copyright or Trade Dress? », (1998) 14 *Santa Clara High Technology Law Journal* 221

CLERMONT, B., « Les compilations et la Loi sur le droit d’auteur : leur protection et leur création », (2018) 18 *CPI* 219

CHRISTIE, A.F., « A Proposal for Simplifying United Kingdom Copyright Law », (2001) 14 *The University of Melbourne Public Law and Legal Theory Working Paper* 68

DOÏ, T., « Chronique du Japon – Limitations et exceptions au droit d’auteur et aux droits voisins : droit et pratique dans le cadre de la loi japonaise sur le droit d’auteur à l’heure des technologies numériques et de télécommunication », (2006) 208 *Revue internationale du droit d’auteur* 106

FITZGERALD, A. et C. CIFUENTES, « Copyright Protection for Digital Multimedia Works », (1999) *Ent. L. R.* 23

GREENSPAN, D., S.G. BOYD et J. PUREWAL, « Video Games and IP: A global perspective », (2014) 2 *WIPO Magazine* 6

JEWELL, C., « Video Games: 21st Century Art », (2012) 4 *WIPO Magazine* 10

JOMPHE, I., et G. LAVIN, « Studios et concepteurs, êtes-vous sûr de détenir la propriété intellectuelle sur vos jeux vidéo ? », (2021) *Lavery*, en ligne : <https://www.lavery.ca/fr/publications/nos-publications/3250-studios-concepteurs-etes-vous-sur-de-detenir-la-propriete-intellectuelle-pi-droit-d-auteur-sur-vos-jeux-video.html>

JOMPHE, I. et G. LAVIN, « Studios et concepteurs, comment protéger la propriété intellectuelle de vos jeux ? », (2021) *Lavery*, en ligne : <https://www.lavery.ca/fr/publications/nos-publications/3256-studios-concepteurs-comment-protoger-la-propriete-intellectuelle-pi-marques->

[de-commerce-droits-d-auteur-brevets-de-vos-jeux-video.html?page=1&MotCle=jeux%20vid%C3%A9o&EnvoiFormRechercheProfessionnel](https://www.lexology.com/library/detail.aspx?g=d8b4ba7d-a764-4acd-adca-1b72a2f1aaa0)

KANETAKA, K., « Legal Protection from Generative AI in Japan », (2023) *Lexology*, en ligne : <https://www.lexology.com/library/detail.aspx?g=d8b4ba7d-a764-4acd-adca-1b72a2f1aaa0>

KELLY, S.M., et K.A. SIGMON, « The Key to Key Presses: eSports Game Input Streaming and Copyright Protection », (2018) 1 *Interactive Entertainment Law Review* 2

LEE, P., et M. SUNDER, « The Law of Look and Feel », (2017) 90 *Southern California Law Review* 529

LEE, Y.H., « Making Videogame History: Videogame Preservation and Copyright Law », (2018) 1 *Interactive Entertainment Law Review* 103

MEYER, K.R., « Doctrine of the Dead: How Capcom v. MRK Exposes the Decreasing Fit between Modern Copyright Infringement Analysis and Modern Video Games », (2010) 9 *Chicago-Kent Journal of Intellectual Property*, 132

MYSOOR, P., « Does UK really have a “closed” list of works protected by copyright? », (2019) 41 *European Intellectual Property Review* 474, en ligne: <https://deliverypdf.ssrn.com/delivery.php?ID=811029101084127110085104099017093027053076059068029030090099088099024084089116005075018124107061016122018112083103112004121087117071001040021126001125006066006081124055058043102127098122091066102004122004075127094124067102003124091065113091022028000119&EXT=pdf&INDEX=TRUE>

PERRY, M. et T. MARGONI, « From music tracks to Google Maps: Who owns computer generated works ? », (2010) 26 *Computer Law and Security Review* 621, en ligne : [https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract\\_id=1647584](https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1647584)

PICARD, M., « Haunting Backgrounds: Transnationality and Intermediality in Japanese Survival Horror Video Games », dans Bernard PERRON (dir.), *Horror Video Games: Essays on the Fusion of Fear and Play*, Jefferson, McFarland, 2009, p. 95

PICARD, M., « Machinima: Video Game as an Art Form », (2007) 1 *Loading ... The Journal of the Canadian Game Studies Association*, en ligne : <https://journals.sfu.ca/loading/index.php/loading/article/view/17/20>

PIECHÓWKA, A., « Quand les jeux vidéo rencontrent le droit de la propriété intellectuelle », (2021) 2 *OMPI Magazine* 8

RAMOS GIL DE LA HAZA, A., « Video Games: Computer Programs or Creative Works? », (2014) 4 *OMPI Magazine* 25

ROUSE III, R., « Match Made in Hell: The Inevitable Success of the Horror Genre in Video Games », dans Bernard PERRON (dir.), *Horror Video Games: Essays on the Fusion of Fear and Play*, Jefferson, McFarland, 2009, p. 15

SAVOIE, J.-P., « Droit d'auteur et jeux vidéo », (2016) 28 *CPI* 671

SHORTT, M., « Seggie c. Roofdog Games Inc. : Qui est l’auteur d’un logiciel de jeu vidéo du point de vue du droit d’auteur », (2016) *Fasken*, en ligne : <https://www.fasken.com/fr/knowledge/2016/05/intellectualpropertybulletin-20160519>

SPRAGUE, R.D., « Multimedia: The Convergence of New Technologies and Traditional Copyright Issues », (1994) 71 *Denver Law Review* (nom à l’époque de publication : *Denver University Law Review*) 635

STEELE, A., « Federal Court rules on Canadian test for joint authorship », (2009) *World Intellectual Property Report*, en ligne : [https://www.robic.ca/en/publications/federal-court-rules-on-canadian-test-for-joint-authorship/#:~:text=\(a\)%20joint%20authorship%20is%20established,may%20be%20qualitatively%20and%20quantitatively](https://www.robic.ca/en/publications/federal-court-rules-on-canadian-test-for-joint-authorship/#:~:text=(a)%20joint%20authorship%20is%20established,may%20be%20qualitatively%20and%20quantitatively)

#### Articles de journaux et de presse spécialisée

ARSENAULT, J., « Les jeux vidéo, un legs de Bernard Landry », (2018) *La Presse*, en ligne : <https://www.lapresse.ca/techno/jeux-video/201811/06/01-5203207-les-jeux-video-un-legs-de-bernard-landry.php>

ASHCRAFT, B., « Retro Game Releases Could Get Needed Copyright Help in Japan », (2021) *Kotaku*, en ligne : <https://kotaku.com/retro-game-releases-could-get-much-needed-help-in-japan-1847297027>

Association canadienne du logiciel de divertissement, « L’industrie canadienne du jeu vidéo 2021 », en ligne : [https://theesa.ca/wp-content/uploads/2021/11/esac-2021-report\\_fr.pdf](https://theesa.ca/wp-content/uploads/2021/11/esac-2021-report_fr.pdf)

Association canadienne du logiciel de divertissement, « Le secteur canadien du jeu vidéo 2019 », en ligne : [https://theesa.ca/wp-content/uploads/2019/11/Secteurcanadiendujeuvideo2019\\_FR.pdf](https://theesa.ca/wp-content/uploads/2019/11/Secteurcanadiendujeuvideo2019_FR.pdf)

DUPUIS, S., « 25 ans de succès vidéoludiques pour Ubisoft Montréal », (2022) *Radio Canada*, en ligne : <https://ici.radio-canada.ca/nouvelle/1923318/25-ans-succes-jeu-video-ubisoft-christophe-derennes>

DRING, C., « PlayStation 5 Sales Reach 20 Million Worldwide », (2022) *GamesIndustry.biz*, en ligne : <https://www.gamesindustry.biz/playstation-5-sales-reach-20-million-worldwide>

Gamespark, article du 13 juillet 2021, en ligne : <https://www.gamespark.jp/article/2021/07/13/110320.html>

GRAYSON, N., « Steam's Most Popular Skyrim Mod is a Protest against Paid Mods », (2015) *Kotaku*, en ligne : <https://kotaku.com/steams-most-popular-skyrim-mod-is-a-protest-against-paid-1700486550>

Jiji Press, article du 3 juin 2022, en ligne : <https://www.jiji.com/jc/article?k=2022060301026&g=eco>

LENNOX, J., « The Most Expensive Games Ever Developed », (2021) *Digital Trends*, en ligne : <https://www.digitaltrends.com/gaming/the-most-expensive-games-ever-developed/>

LUS, B., « Diablox9, le « premier survivant » de YouTube », (2019) *Le Monde*, en ligne : [https://www.lemonde.fr/pixels/article/2019/08/04/diablox9-le-premier-survivant-de-youtube\\_5496449\\_4408996.html](https://www.lemonde.fr/pixels/article/2019/08/04/diablox9-le-premier-survivant-de-youtube_5496449_4408996.html)

Newzoo, « 2022 Global Games Market Report », en ligne : <https://newzoo.com/products/reports/global-games-market-report>

SCHREIER, J., « A Look Inside Bioshock Infinite's Troubled Development », (2021) *Polygon*, en ligne : <https://www.polygon.com/2021/5/10/22424321/a-look-inside-bioshock-infinite-troubled-development>

WIJMAN, T., « Global Games Revenues Up an Extra \$15 Billion This Year as Engagement Skyrockets », (2020) *Newzoo*, en ligne : <https://newzoo.com/insights/articles/game-engagement-during-covid-pandemic-adds-15-billion-to-global-games-market-revenue-forecast>

Yomiuri Shimbun, article du 13 juillet 2023, en ligne : <https://www.yomiuri.co.jp/economy/20210712-OYT1T50269/>

#### Sites et documents gouvernementaux et d'organismes reconnus par le gouvernement

Copyright Research and Information Center, « Copyright Law of Japan », en ligne : <https://www.cric.or.jp/english/clj/cl1.html>

Gouvernement du Canada, Commission du droit d'auteur du Canada, « Sociétés de gestion collective », en ligne : <https://cb-cda.gc.ca/fr/information-sur-le-droit-dauteur/societes-de-gestion-collective>

Gouvernement du Canada, Commission du droit d'auteur du Canada, « Titulaires de droits d'auteur introuvables », en ligne : [https://decisions.cb-cda.gc.ca/cb-cda/refusees-other-autre/fr/nav\\_date.do](https://decisions.cb-cda.gc.ca/cb-cda/refusees-other-autre/fr/nav_date.do)

Gouvernement du Canada, Commission du droit d'auteur du Canada, « Titulaires introuvables : Information générale », en ligne : <https://cb-cda.gc.ca/fr/titulaires-introuvables/information-generale>

Gouvernement du Canada, « Historique du droit d'auteur au Canada », en ligne : <https://www.canada.ca/fr/patrimoine-canadien/services/historique-droit-auteur-canada.html>

Gouvernement des États-Unis, United States Copyright Office, « Copyright Registration Guidance: Works Containing Material Generated by Artificial Intelligence » (16 mars 2023), en ligne : <https://www.federalregister.gov/documents/2023/03/16/2023-05321/copyright-registration-guidance-works-containing-material-generated-by-artificial-intelligence>

Gouvernement du Japon, Agency for Cultural Affairs, « Questions et réponses sur la prolongation de la durée de protection des œuvres protégées par le droit d'auteur », en ligne : [https://www.bunka.go.jp/seisaku/chosakuken/hokaisei/kantaiheiyo\\_chosakuken/1411890.html](https://www.bunka.go.jp/seisaku/chosakuken/hokaisei/kantaiheiyo_chosakuken/1411890.html)

Gouvernement du Japon, « Copyright Act (Partially enforced) », en ligne : <https://www.japaneselawtranslation.go.jp/en/laws/view/4001>

Gouvernement du Japon, Intellectual Property Strategic Headquarters, « Intellectual Property Strategic Program 2021 » (13 juillet 2021), en ligne : [https://www.kantei.go.jp/jp/singi/titeki2/kettei/chizaikeikaku20210713\\_e.pdf](https://www.kantei.go.jp/jp/singi/titeki2/kettei/chizaikeikaku20210713_e.pdf)

Gouvernement du Japon, Intellectual Property Strategic Headquarters, « Intellectual Property Promotion Plan 2022 » (3 juin 2022), en ligne : <https://www.kantei.go.jp/jp/singi/titeki2/220603/gijisidai.htm>

### Dictionnaires et encyclopédies

« Sony », dans *Encyclopedia Britannica*, en ligne : <https://www.britannica.com/topic/Sony>

### Conférences

BARRENECHEA, A., « Arena Right – The Experience of South America », *The International Literary and Artistic Association (ALAI)*, Estoril, 2022, PowerPoint en ligne : <https://www.alai2022.com/c%C3%B3pia-questionnaire>

### Mémoires de maîtrise

RACZYŃSKI, J., *The Classification of Computer Games in European Copyright Law*, Tilburg, Faculté de droit, Université de Tilburg, 2010

### Sites Internet

Centennial College, « The History of Video Games in Canada », en ligne : <https://www.centennialcollege.ca/school-of-communications-media-arts-and-design-blog/2019/november/05/the-history-of-video-games-in-canada/>

IGN, « The Witcher 3 – Endings », en ligne : <https://www.ign.com/wikis/the-witcher-3-wild-hunt/Endings>

Nintendo, « Nintendo History », en ligne : <https://www.nintendo.co.uk/Hardware/Nintendo-History/Nintendo-History-625945.html>

L'Orchestre de jeux vidéo, « Histoire », en ligne : <https://orchestre-ojv.ca/fr>

Sony Interactive Entertainment, « Our History », en ligne : <https://www.sie.com/en/corporate/history.html>

Steam, « Introducing New Ways to Support Workshop Creators », en ligne : <https://steamcommunity.com/workshop/aboutpaidcontent>



