

MAÎTRISER LE JEU

**La maîtrise de l'environnement
commercial et juridique des jeux vidéo**

Industries créatives - No 8

David Greenspan

Avec les contributions de

**S. Gregory Boyd,
Jas Purewal y
Matthew Datum**

Crédits pour les Captures d'écran:

L'image (à gauche) une courtoisie de Stuart Miles / de FreeDigitalPhotos.net Un architecte de prisons (centre supérieur), © l'Introversion le Logiciel Ltd. Thralled (à droite), © Miguel Oliveira Imagen (au centre gauche / chaque page impaire) courtoisie de Stuart Miles / de FreeDigitalPhotos.net PAC-MAN (centre droite) TM et © NAMCO BANDAI Uncertain Games. La Lune (en bas à gauche), © Uncertain Freebird Games. Battlefield et SimCity (au centre inférieur droit), © EA



TABLE DES MATIERES

LISTE DES FIGURES	10
LISTE DES TABLEAUX	10
LISTE DES ENCADRÉS	10
À PROPOS DES AUTEURS	11
PRÓLOGO	13
RESUME	15
CHAPITRE 1	18
LA STRUCTURE MONDIALE DE L'INDUSTRIE DU JEU VIDEO	18
1.1 Le paysage actuel de l'industrie du jeu vidéo	18
1.1.1 Les fabricants de consoles	19
1.1.2 Les plateformes de distribution numérique	19
1.1.3 Les jeux pour format mobile	21
1.1.4 Les grandes entreprises	22
1.1.4.1 Les fabricants de consoles ("first party")	22
1.1.4.2 Les éditeurs de jeux pour consoles et pour ordinateurs	24
1.1.4.3 Les éditeurs de jeux pour format mobile	24
1.2 Une industrie du jeu vidéo en mutation	25
1.2.1 L'économie "fin de vie"	26
1.2.2 Les futures consoles	28
1.2.3 L'essor de la distribution numérique	29
1.2.4 L'essor des jeux pour format mobile	30
1.2.5 L'essor du <i>free-to-play</i> et des autres mécanismes de monétisation	31
1.2.6 Les difficultés juridiques posées par l'innovation	32
1.3 L'impact des mutations de l'industrie sur le développement de jeux	34
1.4 Le rôle de l'éditeur	35
1.4.1 Le financement	36
1.4.2 Assurance qualité (AQ) et soumission	36
1.4.3 La distribution au détail	38
1.4.4 Le marketing	38
1.4.5 Une portée mondiale	39

CHAPITRE 2	41
LES RELATIONS AVEC LES EDITEURS DE JEUX VIDEO	41
2.1 Le rôle de l'éditeur	41
2.1.1 Questions que se pose un développeur avant d'entrer en relation avec un éditeur	42
2.1.2 Questions que se pose un éditeur avant d'entrer en relation avec un développeur	42
2.2 Le contrat d'édition	43
2.2.1 Présentation du contrat détaillé	43
2.2.2 Questions de propriété	44
2.2.3 Droits octroyés	45
2.2.4 Questions additionnelles relatives aux droits: droits de première négociation et de dernier refus concernant les jeux futurs	46
2.2.5 Territoire	47
2.2.6 Durée	48
2.2.7 Services du développeur et calendrier d'exécution	49
2.2.8 Aspects financiers	51
2.2.9 Autres questions et paiements relatifs aux redevances	57
2.2.10 Comptabilité et relevés	57
2.2.11 Droits en matière d'audit	58
2.2.11.1 Principes pour la réalisation d'audits	59
2.2.11.2 Contester un relevé	59
2.2.11.3 Coûts d'audit	60
2.2.12 Engagements de l'éditeur	60
2.2.13 Déclarations et garanties	61
2.2.14 Indemnisation	64
2.2.15 Assurance	66
2.2.16 Mentions	67
2.2.17 Réparation en cas de résiliation pour motif valable et pour convenance	67
2.2.18 Droit applicable et juridiction compétente	70
2.2.19 Règlement des différends	71
2.2.20 Autres dispositions	72
2.2.21 Éditeur: un rôle en mutation	72
2.3 SCÉNARIO 1: Questions que doit se poser le développeur lorsque l'éditeur est titulaire des actifs de propriété intellectuelle concernant le jeu	73
2.4 SCÉNARIO 2: Questions concernant un accord de distribution seulement	75
2.5 SCÉNARIO 3: L'éditeur aide à financer un jeu fondé sur un concept du développeur	77

**CHAPITRE 3** **78****LA PROPRIÉTÉ INTELLECTUELLE DANS L'INDUSTRIE DU JEU VIDÉO** **78**

3.1	L'importance de la propriété intellectuelle	78
3.1.1	Droit d'auteur	80
3.1.1.1	Que peut-on protéger par le droit d'auteur?	81
3.1.1.2	Quels sont les droits conférés par le droit d'auteur?	82
3.1.1.3	Quelques exemples concernant le droit d'auteur	83
3.1.1.4	Enregistrement du droit d'auteur aux États-Unis d'Amérique	84
3.1.1.4.1	Procédure et coût	84
3.1.1.4.2	Durée de protection des droits	84
3.1.1.4.3	Protéger son droit d'auteur	85
3.1.1.4.4	Sanctions pour atteinte au droit d'auteur	86
3.1.1.5	Œuvres dérivées	87
3.1.1.6	Le domaine public	88
3.1.1.7	Doctrine de la "scène à faire"	90
3.1.1.8	Usage loyal	90
3.1.1.9	Questions fréquemment posées en matière de droit d'auteur	92
3.1.2	Secrets d'affaires	93
3.1.2.1	Par quoi un secret d'affaires peut-il être constitué?	93
3.1.2.2	Quels sont les droits liés aux secrets d'affaires?	94
3.1.2.3	Exemples de secrets d'affaires	95
3.1.2.4	Informations constituant des secrets d'affaires	96
3.1.2.4.1	Durée de la protection	96
3.1.2.4.2	Formalités et coût	96
3.1.2.4.3	Comment protéger les secrets d'affaires	96
3.1.2.4.4	Sanction des atteintes	97
3.1.2.5	Aux États-Unis d'Amérique, la protection des secrets commerciaux relève du droit des différents États	97
3.1.2.6	Questions courantes en matière de secret d'affaires	98
3.1.3	Marques	99
3.1.3.1	Que peut-on protéger en tant que marque?	99
3.1.3.2	Exemples de marques	100
3.1.3.3	Informations sur les marques	101
3.1.3.3.1	Durée de la protection	101
3.1.3.3.2	Procédure et coût aux États-Unis d'Amérique	101
3.1.3.3.3	Protéger les marques	102
3.1.3.3.4	Sanction de la contrefaçon	102
3.1.3.4	Bien choisir sa marque	102
3.1.3.5	Différences internationales notables	104
3.1.3.6	Questions courantes en matière de marques	104

3.1.4	Brevets	106
3.1.4.1	Que peut-on breveter?	106
3.1.4.2	Quels sont les droits conférés par les brevets?	107
3.1.4.3	Informations relatives aux brevets	107
3.1.4.3.1	Durée de la protection	107
3.1.4.3.2	Procédure et coût aux États-Unis d'Amérique	108
3.1.4.3.3	Protection des brevets	110
3.1.4.3.4	Contentieux en matière de brevets et sanction des atteintes	110
3.1.4.4	Notions de brevet en instance et de demande de brevet provisoire aux États-Unis d'Amérique	110
3.1.4.5	Validité des brevets	111
3.1.4.5.1	Anticipation et évidence	112
3.1.4.5.2	Choix du moment du dépôt	112
3.1.4.5.3	Pourquoi déposer un brevet	113
3.1.4.5.4	Questions fréquentes au sujet des brevets	114
3.1.5	Droit à l'image et droit moral	115
3.1.6	Stratégie de propriété intellectuelle: rudiments	117
3.1.6.1	Établir une relation avec un conseil spécialisé	118
3.1.6.2	Protéger ses droits le plus tôt possible	118
3.1.6.3	Protéger ses droits de propriété intellectuelle lors d'une présentation à un éditeur ou investisseur	118
3.1.6.4	Un processus complexe, mais des résultats réalisables	119
3.1.6.5	Stratégies pour les petites entreprises et les développeurs individuels	119
3.1.6.6	Stratégies pour les grandes entreprises de développement et d'édition	120
3.1.7	Trois précautions importantes	121

CHAPITRE 4 123

LA CONCESSION DE DROITS DE PROPRIÉTÉ INTELLECTUELLE DANS LE DOMAINE DES JEUX	123
4.1 Introducción	123
4.2 Le contrat de licence	126
4.3 Les principales questions à couvrir dans un contrat de licence	127
4.3.1 L'objet de la licence	127
4.3.2 Droits concédés	129
4.3.3 Plateformes	131



4.3.4	Territoire et durée	133
4.3.5	Coûts de licence	134
4.3.6	Questions de propriété	137
4.3.7	États financiers et audits	138
4.3.8	Déclarations et garanties	140
4.3.9	Dégagement de responsabilité	142
4.3.10	Approbations	143
4.3.11	Droit de résiliation	146
4.3.12	Expiration du contrat	149
4.3.13	Stipulations diverses	149
4.4	Concession de licences: retour vers le futur	150
CHAPITRE 5		151
LA MUSIQUE		151
5.1	Introduction	151
5.1.1	Engagement d'un compositeur	151
5.1.2	Accords de licence concernant la musique: droits sur l'enregistrement original et droits de synchronisation	152
5.1.3	Obtenir une licence d'utilisation d'une musique de réserve	154
5.1.4	Musique relevant du domaine public	155
5.1.5	Prévision des coûts	155
CHAPITRE 6		156
NÉGOCIATIONS AVEC LES CONSTRUCTEURS DE CONSOLES		156
6.1	Introduction	156
6.2	Approbation des éditeurs et des développeurs; accords de licence	156
6.3	Questions de développement et de production	160
6.3.1	Procédure de soumission et d'approbation	160
6.4	Questions commerciales	161
6.5	Questions juridiques	163
6.5.1	Engagements et garanties; indemnisations et limites de responsabilité	164
6.5.2	Confidentialité	165
6.5.3	Cession	166
6.5.4	Durée et fin de l'accord	166
6.5.5	Droit applicable et for juridique	167
6.6	Perspectives	168

CHAPITRE 7	169
DISTRIBUTION NUMÉRIQUE	169
7.1 Introduction à la distribution numérique pour PC	169
7.2 L'accord complet: introduction	170
7.2.1 Droits concédés	170
7.2.2 Livraison des éléments	170
7.2.3 Persistance des obligations	171
7.2.4 Durée de validité de l'accord	172
7.2.5 Questions de marketing	173
7.2.6 Partage des recettes et détermination des prix	174
7.2.7 Relevés de paiement et contrôles	176
7.2.8 Résiliation	176
7.2.9 Limites de responsabilité	178
7.2.10 Cession	178
7.2.11 Autres dispositions	179
CHAPITRE 8	181
LE MARCHÉ DU JEU SUR MOBILE	181
8.1 Introduction	181
8.2 Relations avec les distributeurs (plateformes de distribution)	182
8.3 La relation éditeur-développeur	183
8.4 Modèles de monétisation auprès de l'utilisateur final	186
8.5 Questions de réglementation	188
8.6 Fiscalité	189
8.7 Questions de propriété intellectuelle	190
8.8 Perspectives: un paysage en évolution constante	192
CHAPITRE 9	193
LA RÉGLEMENTATION DU SECTEUR DU JEU	193
9.1 Introduction	193
9.2 Respect des données sur la vie privée	193
9.3 Protection du consommateur	196
9.4 Publicité et marketing	198
9.5 Autres réglementations	199
9.6 Systèmes d'évaluation	200
9.6.1 Classement par tranche d'âge et descripteurs de contenu	200
9.6.2 Facteurs intervenant dans le classement d'un jeu	204
9.6.3 Soumission et examen	204
9.6.4 Évaluation des jeux en ligne	206
9.6.5 Évaluation des jeux destinés à des appareils mobiles	207



CHAPITRE 10	209
L'ACCORD DE CONFIDENTIALITÉ	209
10.1 But de l'accord de confidentialité	209
10.2 Points délicats d'un accord de confidentialité	210
10.3 Principales dispositions de l'accord de confidentialité	211
10.3.1 Préambule	211
10.3.2 Quelles informations sont-elles confidentielles? Exclusions et autorisation d'usage des informations confidentielles	212
10.3.3 Niveau de précautions et durée de la confidentialité	213
10.3.4 Violation de l'accord; mesure injonctive	214
10.3.5 Absence de tout accord de licence	215
10.3.6 Dispositions supplémentaires	215
10.4 Le mémorandum d'affaires: but et problèmes potentiels	216
CHAPITRE 11	218
CLAUSES COMMUNES DANS LES ACCORDS	218
11.1 Clauses communes dans les accords	218
11.1.1 Questions juridictionnelles	218
11.1.2 Renonciation	219
11.1.3 Absence de coentreprise	219
11.1.4 Divisibilité	219
11.1.5 Cession	220
11.1.6 Persistance des obligations	220
11.1.7 Notifications	221
11.1.8 Intégralité de l'accord; révisions	221
11.1.9 Droits réservés	222
11.1.10 Force majeure	222
ANNEXE	224
Exemple d'étapes dans le développement d'un jeu sur console	224
REMERCIEMENTS	226
BIBLIOGRAPHIE	229
Ouvrages juridiques et commerciaux	229
Ouvrages sur les jeux vidéo et leur secteur économique	230
Ressources en ligne	231
Sources d'informations supplémentaires relatives au chapitre 3	231
NOTES DE FIN DE DOCUMENT	232

LISTE DES FIGURES

Figure 1:	Les ventes de consoles (en pourcentage du nombre total de pièces vendues) 2013	20
Figure 2:	Les ventes totales de consoles (moyenne mobile sur 12 mois)	27
Figure 3:	Processus de développement des jeux sur console	51
Figure 4:	Répartition des recettes	54
Figure 5:	Consommation des applications pour mobiles	181
Figure 6:	Processus de développement d'un jeu sur mobile	185

LISTE DES TABLEAUX

Tableau 1 :	Les principaux éditeurs	24
Tableau 2 :	Exemples d'éditeurs de jeux pour format mobile	25
Tableau 3 :	Projet de jeu et droit de la propriété intellectuelle	80
Tableau 4 :	Le tableau Gasaway	88
Tableau 5 :	Les quatre critères d'appréciation de l'usage loyal	91
Tableau 6 :	Catégories et force des marques	103
Tableau 7 :	Les droits de propriété intellectuelle dans l'industrie du jeu vidéo	122
Tableau 8 :	Différentes manières de gagner de l'argent à différents stades du jeu	188
Tableau 9 :	Classement selon le système PEGI (<i>Pan European Game Information</i> ou informations sur les jeux à l'échelle paneuropéenne)	201
Tableau 10 :	Descripteurs de contenu du système PEGI	201
Tableau 11 :	Catégories de classement et descripteurs de contenu du Conseil d'évaluation de logiciels de divertissement (ESRB)	202

LISTE DES ENCADRÉS

Encadré 1 :	Les trois catégories de jeux vidéo	18
Encadré 2 :	Les Simpson: Springfield	32
Encadré 3 :	Licences cinématographiques	124
Encadré 4 :	Cas de licence fictif	128
Encadré 5 :	La filière classique de la vente en magasin	175
Encadré 6 :	Comment le système juridique de l'Union européenne fonctionne-t-il?	200



À PROPOS DES AUTEURS

David Greenspan travaille dans l'industrie du jeu vidéo depuis plus de 15 ans: il a été directeur des affaires juridiques et commerciales chez certains des plus grands éditeurs de jeux vidéo, dont Sony/989 Studios, une division de Sony Computer Entertainment America Inc., et THQ Inc. Il est actuellement directeur senior des affaires juridiques et commerciales chez Namco Bandai Games America, et enseigne également les aspects transactionnels du divertissement à la faculté de droit de l'université de Santa Clara. Il a travaillé sur les questions commerciales et juridiques posées quotidiennement par plus de 100 jeux vidéo et a été impliqué dans tous les aspects du développement, de l'édition, de la concession de licences, de la distribution et de la commercialisation de jeux vidéo. M. Greenspan a enseigné le droit du divertissement et la concession de licences de jeux vidéo, notamment les aspects transactionnels, à la faculté de droit de l'université de Santa Clara, à la faculté de droit de l'Université de Pepperdine et à la faculté de droit de Hastings. Il a enseigné les aspects juridiques et commerciaux de l'industrie du jeu vidéo à l'institut UCLA Extension de 1996 à 2000, faisant ainsi figure de proe en la matière. Les jeux ne sont pas son fort, mais une fois il a réussi à battre l'avocat d'un donneur de licence à un jeu vidéo sportif, ce qui lui a permis de négocier un taux de redevance favorable.

S. Gregory Boyd est associé chez Frankfurt Kurnit Klein & Selz et président de la société Interactive Entertainment Group. M. Boyd possède une vaste expérience de la négociation et de la rédaction de contrats de développement de jeux pour consoles, de jeux pour ordinateurs, de jeux au format mobile, de jeux communautaires, de jeux en ligne et de MMO. Il négocie, structure et rédige les contrats de cession de droits de propriété intellectuelle sous licence, les contrats de développement et les contrats de travail pour le compte de plusieurs éditeurs et développeurs de jeux et de médias de haute technologie. M. Boyd est coauteur et directeur de l'ouvrage *Business and Legal Primer for Game Development* (éd. Charles River Media) et enseigne également à la faculté de droit de New York. Il est fréquemment cité dans Gamasutra, Edge-Online, CNN, Fortune, Forbes ainsi que dans le New York Law Journal. M. Boyd est titulaire d'un doctorat en droit et d'un doctorat en médecine de l'université de la Caroline du Nord (*Chancellor's Scholar*, mention honorable, 2004). Il est également titulaire d'un MBA de l'école de commerce Leonard N. Stern de l'Université de New York (2009) et diplômé de l'université de la Caroline de l'Est (master obtenu en 1998, licence obtenue avec mention très honorable en 1996). Habilé à exercer la profession d'avocat à New York, il est avocat spécialisé en droit des brevets agréé par l'USPTO.

Jas Purewal est avocat spécialisé en droit du divertissement interactif chez Osborne Clarke à Londres. Il conseille un large éventail d'entreprises de divertissement interactif, depuis les éditeurs mondiaux jusqu'aux studios de développement

innovants, sur tous les aspects juridiques et commerciaux du développement, de l'édition et du financement des jeux et autres types de divertissement interactif en Europe. M. Purewal écrit et anime des conférences sur les mutations de l'industrie du jeu vidéo, un sujet sur lequel il est abondamment cité. Il est l'auteur de *Gamer/Law* (www.gamerlaw.co.uk), l'un des principaux blogs sur le droit du divertissement interactif. Il enseigne également les aspects juridiques et commerciaux du divertissement interactif dans plusieurs universités et à la *National Film and TV School* du Royaume-Uni. M. Purewal a fait ses études à l'université de Nottingham; il est autorisé à exercer la profession d'avocat en Angleterre et au Pays de Galles. Il est passionné de jeux vidéo et de technologie depuis l'âge de huit ans, lorsque son père lui a acheté son premier ordinateur.

Matthew Datum est avocat associé chez Namco Bandai Games America. Il est titulaire d'un doctorat en droit (obtenu avec mention honorable) de la faculté de droit de l'université de Santa Clara et d'un MBA de l'école de commerce *Leavey* de l'université de Santa Clara. Joueur invétéré, M. Datum parle couramment le japonais et possède une vaste collection de jeux de rôle japonais.



PRÓLOGO

Aujourd’hui, l’industrie du jeu vidéo rivalise avec l’industrie cinématographique et surpassé l’industrie musicale en matière de chiffre d’affaires global. Contrairement à l’industrie cinématographique, qui a vu le jour à la fin des années 1880 et a donc plus d’un siècle, l’industrie du jeu vidéo est peut-être devenue le secteur de l’industrie du divertissement qui affiche la croissance la plus rapide et ce, en relativement peu de temps.

Actuellement, l’industrie du jeu vidéo emploie plus de 120 000 personnes rien qu’aux États-Unis d’Amérique, avec un salaire annuel moyen de 90 000 dollars É.-U. Son impact est planétaire, avec des joueurs de tous âges, qui peuvent accéder instantanément à des jeux vidéo sur des appareils allant de la console au smartphone. Pour beaucoup de personnes, un joueur de jeux vidéo est un adolescent jouant seul chez lui et tirant sur les méchants sur un écran de télévision, mais les temps ont changé. Aujourd’hui, le joueur type a le choix parmi un large éventail de jeux: jeux d’action, jeux d’aventure, jeux de rôle, jeux ayant trait au sport; c’est un trentenaire qui joue sur un téléphone, une tablette, une console ou un ordinateur, et qui peut-être connecté avec des joueurs du monde entier¹. Si les données démographiques sur les joueurs ont évolué de façon spectaculaire au cours des 10 dernières années, les jeux aussi; ainsi, les budgets de développement et de marketing de nombreux jeux se chiffrent à des dizaines de millions de dollars É.-U. voire plus, avec des graphismes incroyablement réalistes, des voix off, des reproductions fidèles des mouvements de personnages réalisées grâce à la capture de mouvement, des musiques qui ressemblent à des musiques de films et des scénarios originaux.

La prise de conscience de la nécessité d’une publication sur l’environnement commercial et juridique des jeux vidéo destinée aux développeurs de jeux vidéo découle du dynamisme de l’industrie et reflète également les échanges qui ont eu lieu avec les parties prenantes à l’occasion d’une série d’activités sur le droit d’auteur et les industries créatives menées par l’OMPI. De l’avis général, il est nécessaire d’intégrer davantage les questions de propriété intellectuelle, en l’occurrence le droit d’auteur, et de traiter ces questions en fonction des besoins spécifiques des industries créatives, à savoir la musique, le cinéma, l’édition ainsi que les logiciels de divertissement interactif, à savoir les jeux vidéo. Cela est d’autant plus important que les petites et moyennes entreprises des industries créatives sont rarement exposées aux implications commerciales et juridiques d’une stratégie proactive visant à protéger leurs droits de propriété intellectuelle en matière de création, de distribution et de visualisation de contenu créatif et d’interaction avec le contenu créatif. Les développeurs de jeux vidéo ont généralement des lacunes en matière de propriété intellectuelle, et doivent donc mieux comprendre le fonctionnement du droit d’auteur et réaliser l’importance de la négociation de contrats, qui détermine la titularité du droit d’auteur.

S'il est vrai qu'une poignée de distributeurs dominent le marché, il n'en demeure pas moins que les développeurs de jeux vidéo doivent mieux exploiter le contenu de leurs jeux vidéo grâce aux multiples canaux et plateformes de distribution existants et aux canaux émergents tels que le mobile. L'objectif de la présente publication est donc d'exposer les caractéristiques de l'environnement commercial et juridique en vue de l'amélioration de la promotion et de la protection des œuvres des développeurs de jeux qui sont protégées par le droit d'auteur. Les logiciels de divertissement interactif conjuguent créations avant-gardistes et technologies de pointe. Sachant que le divertissement interactif figure parmi les secteurs qui affichent la croissance la plus rapide au monde, une publication de l'OMPI à l'intention des développeurs de jeux semble à propos et légitime.

Pour stimuler la croissance économique, l'industrie du jeu vidéo va au-delà de la sphère du divertissement et s'oriente vers des applications dans les secteurs de l'aérospatiale et de la santé, lesquelles existent déjà dans l'industrie automobile. La vitesse accélérée à laquelle les jeux vidéo évoluent permet ce type de spéculations. Au-delà de sa valeur artistique et ludique, l'industrie du jeu vidéo ouvre des perspectives aux pays disposant d'un vaste vivier de créateurs et d'ingénieurs talentueux dans tous les secteurs.

Cette publication inédite met en lumière les principales problématiques identifiées par M. David Greenspan, avocat expérimenté, ainsi que par ses confrères Greg Boyd, Jas Purewal et Matthew Datum. L'OMPI espère que le lecteur pourra tirer parti de l'expérience, des connaissances et de la sagesse des auteurs. Dans le contexte de l'éventail unique de services proposés par l'OMPI dans le domaine de la propriété intellectuelle, la présente publication vise à élargir le débat sur le statut juridique des jeux vidéo par une approche commerciale et juridique très pragmatique.

Décembre 2013



RESUME

La présente publication est avant tout un guide à l'intention des développeurs et des professionnels du droit; elle vise à les aider à répondre aux nombreuses questions commerciales et juridiques qu'ils peuvent se poser en ce qui concerne le développement et la distribution finale d'un jeu vidéo sur de nombreuses plateformes, depuis les questions de propriété intellectuelle et les questions réglementaires relatives au développement de jeux jusqu'à l'établissement de relations avec les éditeurs, les fabricants de plateformes, les distributeurs et les propriétaires de contenu. Dans chacune de ces relations, le développeur devra posséder une bonne connaissance des aspects commerciaux spécifiques et des clauses contractuelles particulières afin de pouvoir négocier efficacement et d'être en mesure d'identifier les risques, évitant ainsi de commettre des erreurs qui pourraient lui être fatales.

Si cette publication ne peut pas remplacer l'expertise des avocats et autres acteurs privilégiés de l'industrie du jeu vidéo s'agissant de la négociation de contrats, il est à espérer qu'elle serve de guide et qu'elle explique les raisons pour lesquelles les différentes parties prennent certaines décisions au cours des négociations. Faute de place, tous les sujets ne sont pas traités; une grande partie du commentaire juridique est essentiellement le reflet de la pratique aux États-Unis d'Amérique, bien que bon nombre des principes commerciaux et juridiques examinés soient applicables dans d'autres pays. En outre, les États-Unis d'Amérique constituent un vaste marché pour les jeux vidéo et, sachant qu'il est facile de distribuer un jeu dans le monde entier, il est important que les développeurs aient une connaissance de base de certaines des problématiques auxquelles ils peuvent être confrontés lorsqu'ils traitent avec divers éditeurs, distributeurs, fabricants de plateformes et donneurs de licence.

Enfin, à la lecture de cette publication, il importe de garder à l'esprit que les lois évoluent, que chaque situation est différente et que les négociations varient en fonction des circonstances, du pouvoir de négociation des parties, voire des accords passés. Certains commentaires sont repris plusieurs fois dans différents chapitres afin de souligner l'importance de certaines clauses commerciales et juridiques.

Le chapitre introductif donne un aperçu de l'industrie du jeu vidéo et fait un tour d'horizon des principaux acteurs, à savoir les fabricants de plateformes, les distributeurs et les éditeurs. Il fait également le point sur les dernières tendances économiques et sur certaines des principales difficultés juridiques et financières auxquelles sont confrontés les développeurs.

Le chapitre 2 porte sur la relation entre les développeurs et les éditeurs, notamment sur les questions commerciales et contractuelles, que l'éditeur finance, commercialise et distribue un jeu ou qu'il en assure simplement la distribution. Il analyse l'importance de certaines clauses et explique les raisons pour lesquelles les parties

peuvent négocier les clauses en question, y compris les questions relatives aux droits, à la titularité, au développement et à la livraison, les modalités de paiement ainsi que les responsabilités et obligations légales. La fin du chapitre comprend un ensemble de questions que le développeur doit se poser lorsqu'il se demande s'il doit ou non signer un contrat avec un éditeur.

Les chapitres 3 à 5 portent sur les principales questions commerciales et juridiques afférentes au développement de jeux vidéo, depuis les questions de propriété intellectuelle touchant au droit d'auteur, aux marques et aux brevets jusqu'à la concession de licences d'exploitation de contenu et de musique pour un jeu. Compte tenu des progrès technologiques, les questions de propriété intellectuelle ont pris une place grandissante tant en ce qui concerne les outils utilisés pour développer les jeux que le contenu intégré dans les jeux. Ainsi, un développeur ne disposant pas des connaissances de base en matière de propriété intellectuelle pourrait se retrouver dans l'incapacité de distribuer son jeu parce que les droits n'ont pas été obtenus correctement.

Le chapitre 3 traite les principales questions de propriété intellectuelle qui touchent au développement de jeux. Il porte sur la protection historique et la couverture actuelle des brevets, des marques, des secrets commerciaux ainsi que sur le droit de publicité. Certains cas existants sont étudiés, et certains aspects de la réglementation en vigueur aux États-Unis d'Amérique et dans d'autres pays ainsi que certaines questions juridiques fondamentales sont examinés. Les auteurs traitent également la question de l'équilibre entre les besoins juridiques des sociétés de jeux vidéo en matière de protection de la propriété intellectuelle et la promotion de l'innovation et du développement communautaire.

Le chapitre 4 traite les principales questions commerciales et juridiques qui touchent aux accords de licence permettant aux développeurs d'intégrer les droits de propriété intellectuelle dans leurs jeux. Dans certaines situations, le jeu peut-être basé sur une propriété telle qu'un film, tandis que dans d'autres situations, du contenu est intégré au jeu pour plus de réalisme. Certains droits étant exigés dans les deux cas, ce chapitre examine les étapes que les développeurs doivent respecter et les facteurs dont ils doivent tenir compte avant d'exploiter sous licence une propriété; les clauses d'un contrat de licence type sont également examinées.

Le chapitre 5 est un exposé introductif sur la musique et sur les options qui existent pour acquérir de la musique, qu'il s'agisse d'embaucher un compositeur, d'exploiter sous licence de la musique ou d'utiliser de la musique appartenant au domaine public; il traite également les droits dont un développeur aurait besoin pour les jeux et la commercialisation.

Le chapitre 6 traite les questions commerciales et juridiques qui touchent aux principaux fabricants de consoles ainsi que les étapes à respecter pour développer



des produits emballés destinés à la vente au détail et des produits numériques et pour les publier sur les plateformes respectives.

Le chapitre 7 porte sur l'importance croissante de la distribution dématérialisée sur ordinateurs comme moyen pour les développeurs d'atteindre les consommateurs, ainsi que sur la difficulté de distinguer un jeu d'un autre sur un marché de plus en plus congestionné. Ce chapitre examine également quelques-unes des principales clauses contractuelles qui régissent la relation entre un développeur et un distributeur, y compris les droits accordés, la livraison du matériel, le partage des recettes, les obligations et les questions de commercialisation.

Le chapitre 8 décrit la croissance fulgurante de l'industrie des jeux au format mobile, la plateforme mobile étant sans doute le type de plateforme de distribution le plus accessible pour les développeurs de jeux. Dans ce contexte, il traite les principaux aspects juridiques et commerciaux dont doivent avoir connaissance les développeurs, y compris les clauses qui figurent dans les différents contrats qu'un développeur peut signer avec un distributeur (une boutique d'applications, par exemple) ou un éditeur. Bien que la plupart des contrats signés avec le distributeur ne soient pas négociables, il importe de comprendre les obligations et les risques potentiels afférents à ces contrats, dont il sera question dans ce chapitre.

Le chapitre 9 vise à faire le point sur les principaux aspects réglementaires que les développeurs et les éditeurs doivent connaître lorsqu'ils conçoivent un jeu, notamment la protection des données personnelles, la protection des consommateurs ainsi que la publicité et la commercialisation. En outre, ce chapitre donne un aperçu de la notation des jeux et insiste sur l'importance de comprendre comment les jeux sont évalués et d'avoir conscience de l'impact de la notation sur le développement.

Le chapitre 10 porte sur les accords de confidentialité et les mémorandums d'affaires, deux accords importants qui constituent souvent la base de toute relation commerciale. L'accord de confidentialité est généralement le premier accord envisagé par un développeur lors de l'établissement d'une relation avec une autre partie, qu'il s'agisse d'un éditeur intéressé par le financement d'un jeu ou d'un fabricant de plateformes. Ce chapitre vise à examiner les principales clauses d'un accord de confidentialité. En outre, ce chapitre traite l'importance des memorandums d'affaires, leur nécessité et les problèmes qu'ils posent, ainsi que les points généralement soulevés dans ce type de document.

Le chapitre 11 vise à expliquer la signification des clauses qui figurent communément dans presque tous les accords touchant aux aspects quels qu'ils soient de l'industrie du jeu vidéo, depuis les contrats d'édition jusqu'aux contrats de licence.

CHAPITRE 1

LA STRUCTURE MONDIALE DE L'INDUSTRIE DU JEU VIDEO

1.1 Le paysage actuel de l'industrie du jeu vidéo

L'industrie du jeu vidéo représente 63 milliards de dollars É.-U. à l'échelle mondiale, et rivalise ainsi avec l'industrie cinématographique, qui s'établit à 87 milliards de dollars É.-U.² Les budgets des jeux vidéo qui dominent le marché sont souvent comparables à ceux des films hollywoodiens, et un jeu peut faire la réputation d'un studio ou nuire à sa notoriété selon qu'il se solde par un succès ou par un échec. De même que l'industrie cinématographique, l'industrie du jeu vidéo peut avoir une structure assez complexe, et elle nécessite quelques explications pour être bien comprise. La présente section donne un aperçu de l'industrie du jeu vidéo en décrivant les plateformes, les canaux de distribution et les principaux éditeurs.

Les jeux vidéo peuvent être classés en trois catégories: les jeux pour consoles, les jeux pour ordinateurs et les jeux pour format mobile. Les jeux pour consoles fonctionnent sur du matériel dédié qui est connecté à un téléviseur (Xbox One de Microsoft, par exemple); les jeux portables (Nintendo 3DS, par exemple) entrent également dans la catégorie des jeux pour consoles. Les jeux pour ordinateurs fonctionnent quant à eux sur des ordinateurs polyvalents; la plupart des jeux pour ordinateurs sont compatibles avec Windows, mais certains sont également compatibles avec Mac et Linux. Enfin, les jeux pour format mobile fonctionnent sur une large gamme d'appareils mobiles, dont les smartphones et les tablettes. Les jeux communautaires ou occasionnels en ligne se situent à mi-chemin entre les jeux pour ordinateurs et les jeux pour format mobile. En effet, ils s'exécutent depuis des navigateurs pour ordinateur, mais ont un design et des clients cibles similaires à ceux des jeux pour format mobile, et sont donc généralement considérés comme plus proches des jeux pour format mobile que des jeux pour ordinateurs.

Encadré 1 : Les trois catégories de jeux vidéo

Jeux pour consoles	Jeux pour ordinateurs	Jeux pour format mobile/ occasionnels
<ul style="list-style-type: none"> Exécution sur du matériel dédié Coût de développement élevé Grande variété de genres Système contrôlé par les titulaires de droits de propriété intellectuelle Produits disponibles en version boîte et numérique, mais vendus essentiellement en version boîte 	<ul style="list-style-type: none"> Compatibles avec Windows, Mac ou Linux Coût très variable, grande variété de genres Pas de voie d'accès unique à la plateforme Vendus essentiellement en version numérique 	<ul style="list-style-type: none"> Fonctionnement sur tablettes et téléphones Coût de développement le plus faible Jeux communautaires et occasionnels Le plus grand nombre de joueurs potentiels



Il existe également une grande variété de genres vidéoludiques. Les histoires et les décors peuvent être aussi variés que ceux des films: science-fiction, western, comédie, historique ou romantique. La jouabilité varie également d'un jeu à l'autre. Exemples: les "jeux de tir en vue subjective", où le joueur voit l'action à travers les yeux du personnage qu'il dirige; les jeux de rôle, où la victoire contre des monstres permet de gagner des points d'expérience; les jeux "occasionnels" ou "communautaires", où le but est d'interagir avec des amis en construisant quelque chose; les jeux ayant trait au sport, où l'utilisateur final contrôle les athlètes. Les seules limites en matière de design sont celles de l'imagination du développeur.

1.1.1 Les fabricants de consoles

Le marché "traditionnel" des jeux vidéo, à savoir les jeux pour consoles et les jeux pour ordinateurs, continue de se tailler la part du lion, représentant environ 80% du chiffre d'affaires de l'industrie.³ Les consoles en sont actuellement à leur septième génération. Les fabricants de consoles qui dominent actuellement le marché sont Nintendo, Microsoft et Sony, mais les nouveaux concurrents sont nombreux (OUYA, Nvidia et Valve).

La Wii de Nintendo a été la console de septième génération la plus vendue, avec plus de 98 millions de pièces vendues dans le monde et 44 millions de pièces vendues aux États-Unis d'Amérique.⁴ Le chiffre d'affaires de la Wii, qui est sortie en novembre 2006, a culminé en 2008, puis a chuté de façon spectaculaire, la Wii se vendant moins que la PS3 et la Xbox 360 depuis le milieu de l'année 2010.⁵

Microsoft a lancé sa console de septième génération, la Xbox 360, le 16 novembre 2005. Depuis, Microsoft en a vendu plus de 70 millions dans le monde. La PlayStation 3 de Sony arrive en troisième position avec 72 millions de pièces vendues dans le monde, ce qui en fait la plateforme PlayStation la moins vendue sachant qu'elle représente moins de la moitié du volume de ventes de la PlayStation 2.

La popularité de chaque console est très variable selon le marché géographique. Comme le montre le graphique 1, la Wii est la console la plus vendue, mais les pourcentages de ventes de la Xbox 360 et de la PS3 sont très différents aux États-Unis d'Amérique, en Europe et au Japon. En effet, la Xbox 360 ne se vend pratiquement pas au Japon, et la PlayStation 3 se vend mieux en Europe qu'aux États-Unis d'Amérique.

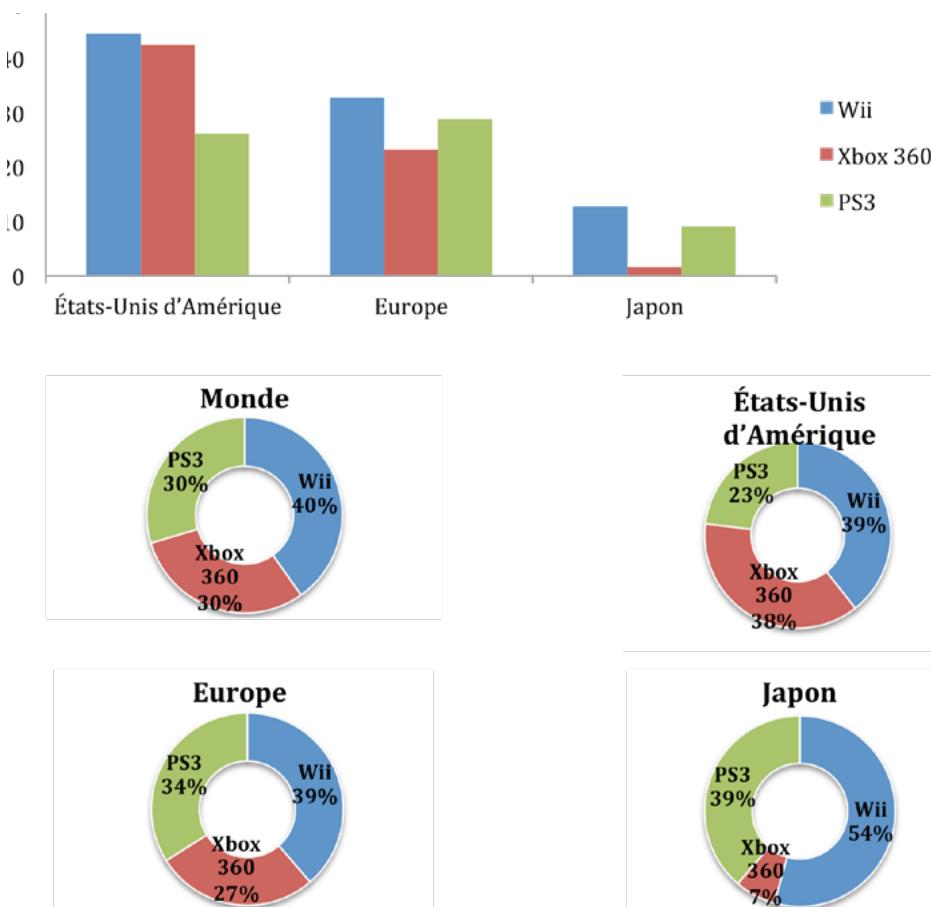
1.1.2 Les plateformes de distribution numérique

La vente au détail de jeux pour ordinateurs est de plus en plus dépassée. Ainsi, le chiffre d'affaires généré par les jeux en ligne, toutes plateformes confondues, a augmenté de 30%, passant de 18 milliards de dollars É.-U. en 2011 à 24 milliards de dollars É.-U. en 2012. Les ventes de jeux pour ordinateurs en version boîte ne

représentent généralement qu'une petite fraction de la version console d'un jeu; toutefois, les jeux pour ordinateurs en version boîte se vendent généralement mieux en Europe qu'en Amérique du Nord.

En 2012, la plateforme Steam de Valve était de loin le leader de la distribution numérique pour ordinateurs. Avec plus de 50 millions d'utilisateurs et environ 5 millions d'utilisateurs connectés simultanément⁶, Steam est la plateforme de distribution numérique disposant de la plus grande base d'utilisateurs. Le catalogue de Steam compte plus de 1800 jeux; de plus, Steam est compatible avec Windows, Mac et Linux. Bien que Steam ne distribue pas de jeux pour format mobile, l'application Steam Mobile donne aux utilisateurs d'appareils mobiles la possibilité d'acheter des jeux et d'utiliser les fonctionnalités de la communauté Steam.

Figure 1: Les ventes de consoles (en pourcentage du nombre total de pièces vendues) 2013



La plateforme Origin d'Electronic Arts arrive en seconde position derrière Steam. Bien qu'elle n'existe que depuis 2010, cette plateforme a connu une croissance fulgurante, atteignant 30 millions d'utilisateurs (dont 13 millions d'utilisateurs d'appareils mobiles) en seulement deux ans.⁷ Cependant, cette croissance rapide s'explique en partie par



le fait qu'il est nécessaire de s'enregistrer sur la plateforme Origin pour accéder aux jeux d'Electronic Arts. Le nombre d'utilisateurs ayant acheté du contenu par le biais d'Origin devrait plutôt avoisiner les 4,4 millions.

Amazon et GameStop sont deux autres acteurs majeurs de la distribution numérique. Amazon arrivant en tête des sites marchands, il constitue un choix naturel pour de nombreux consommateurs. La plateforme Impulse, rachetée à Stardock par GameStop, devrait rester performante puisqu'elle bénéficie du soutien du plus grand détaillant de jeux vidéo des États-Unis d'Amérique. Il existe également un certain nombre de petits distributeurs qui se concentrent sur certaines fonctionnalités de niche; ainsi, GOG.com publie des jeux sans gestion des droits numériques (DRM), et Humble Bundle est spécialisé dans les jeux conçus par des développeurs indépendants.

S'agissant des jeux pour consoles, la distribution numérique est assurée par les fabricants. Sony et Microsoft proposent la distribution de jeux directement via la console. La Wii de Nintendo propose l'achat de certains jeux, mais le catalogue est assez limité. La Wii-U propose un contenu numérique téléchargeable beaucoup plus riche que la Wii, tout comme Sony et Microsoft.

1.1.3 Les jeux pour format mobile

Avec l'avènement des smartphones, les jeux pour format mobile sont devenus une plateforme de jeu légitime. Le marché des jeux pour format mobile a généré un chiffre d'affaires de l'ordre de 8 à 12 milliards de dollars É.-U. en 2012, sachant que les estimations sont extrêmement variables.⁸ Depuis maintenant plusieurs années, c'est le même refrain, à savoir que les appareils mobiles sont l'avenir du jeu: l'iPhone d'Apple ayant été vendu à 125 millions de pièces en 2012 (contre 40 millions deux ans auparavant) mais ne représentant que 18% du marché des smartphones, on comprend pourquoi il y a tant d'enthousiasme.⁹

Le marché des appareils mobiles est divisé en deux catégories. D'une part, l'iPhone et l'iPad exploitent l'iOS d'Apple. D'autre part, divers téléphones et tablettes produits par divers fabricants, dont notamment Samsung, exploitent le système d'exploitation Android de Google. Derrière ces deux géants on trouve le BlackBerry de Research In Motion Limited (RIM) et le Windows Phone de Microsoft, les deux sociétés s'efforçant d'être performantes dans une industrie de plus en plus dominée par Apple et Google.

1.1.4 Les grandes entreprises

1.1.4.1 Les fabricants de consoles ("first party")

Le terme "*first party*" est utilisé pour désigner les fabricants de consoles de jeux vidéo. L'activité économique des fabricants de consoles ne se limite pas au matériel: ils développent et éditent également des logiciels. Certains développeurs, connus sous le nom de "développeurs *first party*", sont des filiales d'un fabricant de consoles, et développent des jeux exclusivement destinés à la plateforme du fabricant de consoles.¹⁰

Microsoft

Si Windows, le géant des systèmes d'exploitation basé à Redmond (Washington), a toujours été performant en matière de jeux pour ordinateurs, les jeux ne représentaient pas une part prépondérante de son activité jusqu'à ce qu'il plonge dans l'univers du jeu vidéo avec la sortie de la Xbox en 2001. Après la Xbox, Microsoft a sorti la Xbox 360 puis la Xbox One.

La société Microsoft Studios détenue par Microsoft comprend un certain nombre de franchises et de studios de développement implantés dans le monde entier, dont 343 Industries, qui gère la franchise *Halo*, et Lionhead Studios, qui développe essentiellement des jeux d'aventure et des jeux de rôle.

Microsoft

2012	Chiffre d'affaires net:	9 593 millions de dollars É.-U.
2012	Bénéfice net:	364 millions de dollars É.-U. ¹¹

Nintendo

Nintendo est un pilier de l'industrie du jeu vidéo depuis près de 40 ans. Basé à Kyoto (Japon), Nintendo a lancé le Nintendo Entertainment System (également connu sous le nom de Family Computer ou Famicom) en 1983; depuis lors, il a lancé un certain nombre de plateformes de jeux pour consoles et de jeux portables. Nintendo est connu pour un certain nombre de franchises emblématiques telles que Mario, Donkey Kong et Zelda.

Nintendo dispose d'un très puissant portefeuille de studios de développement *first party* qui développent de nombreux jeux Nintendo franchisés. La plupart des développements *first party* sont réalisés par la division Nintendo Entertainment Analysis and Development, mais Nintendo dispose également d'autres studios de développement *first party*, tels que Monolith Soft. Contrairement à Microsoft, les activités de développement *first party* de Nintendo sont implantées essentiellement au Japon.



Nintendo

2013 Chiffre d'affaires net: 6 759 millions de dollars É.-U.¹²

2013 Bénéfice net: 75 millions de dollars É.-U.

Sony

Le géant technologique japonais est entré sur la scène du jeu vidéo en 1994 avec la sortie de sa PlayStation, à laquelle la PlayStation 2 a succédé en 2000. Les deux systèmes ont connu un énorme succès, se vendant à plus de 100 millions de pièces.

Le succès de Sony tient en partie à sa capacité de proposer un certain nombre de jeux en exclusivité, sachant qu'il dispose d'un puissant portefeuille de studios de développement *first party* et qu'il a signé des partenariats exclusifs avec un certain nombre de développeurs.

Sony

2012 Chiffre d'affaires net: 1 558 milliards de yens¹³

Valve

Bien qu'elle ne soit pas nécessairement considérée comme un fabricant *first party*, étant donné que les jeux pour ordinateurs n'ont pas d'éditeurs *first party* au même titre que les jeux pour consoles, la société Valve peut-être considérée comme appartenant à la même catégorie que les trois sociétés mentionnées précédemment. Valve est acteur majeur des jeux pour ordinateurs, et avec la Steam Box, un émulateur de console de jeux vidéo sur ordinateur annoncé en mars 2013, il n'est pas exagéré de considérer que Valve est un éditeur *first party*.

Basée à Washington, comme Microsoft et Nintendo of America, la société Valve a débuté comme studio de développement. Elle est surtout connue pour sa série de jeux *Half-Life*. Steam a démarré en 2002 en tant que plateforme de distribution de correctifs et de mises à jour pour les jeux pour ordinateurs vendus au détail. Depuis lors, Steam est devenue la plus grande plateforme de distribution de jeux pour ordinateurs, mais elle sert également d'outil pour la gestion des droits numériques (DRM), les serveurs de jeux en ligne et les fonctionnalités communautaires. Valve utilise son interface de programmation d'applications (API) Steamworks pour permettre aux développeurs d'implémenter toutes les fonctionnalités de Steam.

Valve

2010 Chiffre d'affaires net (estimé): 1 000 millions de dollars É.-U.¹⁴

1.1.4.2 Les éditeurs de jeux pour consoles et pour ordinateurs

Tous les jeux ne sont pas conçus par des éditeurs et des développeurs *first party*, loin de là. En effet, la grande majorité des jeux sont conçus par des éditeurs et des développeurs tiers. Actuellement, il existe un certain nombre de très grands éditeurs qui développent et distribuent les jeux pour ordinateurs, pour consoles et pour format mobile. Souvent, ces grands éditeurs disposent de studios de développement en interne, mais ils signent également des contrats d'édition ou de distribution avec des studios de développement indépendants. La principale différence entre un développeur tiers et un développeur *first party* est que les jeux sont souvent multi-plateformes.

1.1.4.3 Les éditeurs de jeux pour format mobile

Si tous les grands éditeurs développent ou éditent également des jeux pour format mobile et des jeux communautaires, un certain nombre d'entreprises créent exclusivement des jeux destinés aux plateformes mobiles ou communautaires sur Internet. Alors que la plupart des grands éditeurs de jeux pour consoles et pour ordinateurs sont implantés au Japon et aux États-Unis d'Amérique, les éditeurs de jeux pour format mobile sont beaucoup plus diversifiés. Ainsi, un certain nombre de sociétés asiatiques basées en République de Corée, au Japon et en Chine figurent parmi les plus importantes sociétés de jeux pour format mobile.

En comparaison des éditeurs de jeux pour consoles et pour ordinateurs, les sociétés de jeux pour format mobile sont généralement des entreprises privées de plus petite taille ou des sociétés basées en Asie qui ne publient pas leurs statistiques de la même manière que les sociétés occidentales (parfois même elles ne publient pas de statistiques). Il est donc très difficile de dresser une liste des sociétés qui arrivent en tête du classement mondial des sociétés de jeux pour format mobile en raison des évolutions fréquentes, de la difficulté d'obtenir des données précises et du nombre élevé de joueurs. Le tableau 2 dresse la liste des sociétés de jeux pour format mobile qui figurent parmi les plus connues.

Tableau 1 : Les principaux éditeurs

Éditeur	Siège social	Principaux jeux	Chiffre d'affaires net ¹⁵	Bénéfice net
Electronic Arts	Redwood City (États-Unis d'Amérique)	<i>Battlefield, Mass Effect, The Sims, Madden NFL</i>	4 143 millions de dollars É.-U.	76 millions de dollars É.-U.
Activision	Santa Monica, Californie (États-Unis d'Amérique)	<i>Call of Duty, World of Warcraft, Diablo</i>	3 620 millions de dollars É.-U.	1 149 millions de dollars É.-U.



Ubisoft	Montreuil (France)	<i>Assassin's Creed, Far Cry, Tom Clancy, Prince of Persia</i>	1 061 millions d'euros	37 millions d'euros
Sega	Tokyo (Japon)	<i>Sonic, Virtual Fighter, Phantasy Star</i>	1 043 millions de dollars É.-U.	184 millions de dollars É.-U.
Take-Two	New York (États-Unis d'Amérique)	<i>Grand Theft Auto, BioShock, Civilization</i>	825 millions de dollars É.-U.	108 millions de dollars É.-U.
Square-Enix	Tokyo (Japon)	<i>Final Fantasy, Dragon Quest, Tomb Raider</i>	1 556 millions de dollars É.-U.	0 million de dollars É.-U.
Namco Bandai	Tokyo (Japon)	<i>PAC-MAN, Tekken, Soulcalibur</i>	225 504 millions de yens	17 003 millions de yens
Konami	Tokyo (Japon)	<i>Silent Hill, Metal Gear</i>	225 995 millions de yens	21 875 millions de yens
Capcom	Osaka (Japon)	<i>Street Fighter, Resident Evil, Mega Man</i>	1 000 millions de dollars É.-U.	150 millions de dollars É.-U.

Tableau 2 : Exemples d'éditeurs de jeux pour format mobile

Éditeur	Siège social	Principaux jeux
Zynga	San Francisco (États-Unis d'Amérique)	<i>Farmville, Mafia Wars</i>
Gree	Tokyo (Japon)	<i>Driland</i>
Gameloft	Paris (France)	<i>N.O.V.A., Let's Golf</i>
Gamevil	Séoul (République de Corée)	<i>Baseball Superstars, Zenonia</i>
Nexon	Tokyo (Japon)	<i>MapleStory, Dungeon Fighter</i>
Rovio	Espoo (Finlande)	<i>Angry Birds</i>

1.2 Une industrie du jeu vidéo en mutation

L'industrie du jeu vidéo est en pleine mutation. Si la durée de vie de la génération de consoles précédente a été longue, la génération de consoles à venir soulève bien des questions. Les jeux pour format mobile continuent de gagner en popularité, mais la pérennité de leur croissance est remise en cause. La distribution numérique a complètement modifié la donne en ce qui concerne les jeux pour ordinateurs. Les nouvelles configurations matérielles brouillent la frontière entre les jeux pour consoles, les jeux pour ordinateurs et les jeux pour format mobile. Les développeurs indépendants sont de plus en plus présents, tandis que la hausse constante des coûts de développement des grands jeux menace la rentabilité des grands éditeurs. L'incertitude qui règne dans l'industrie donne lieu non seulement à des défis en

matière de développement et à des défis commerciaux mais aussi à des questions juridiques inédites.

1.2.1 L'économie "fin de vie"

Avec le lancement de la Wii-U en novembre 2012¹⁶ et la sortie de la PlayStation 4 de Sony et de la Xbox One de Microsoft fin 2013, la génération de consoles présente sur le marché est enfin arrivée à son terme après huit ans d'existence. Par rapport aux deux générations précédentes, qui ont chacune duré moins de six ans, la génération qui a été lancée en 2005 avec la sortie de la Xbox 360 a duré très longtemps. De nombreux développeurs et éditeurs ont déclaré que la longévité de cette génération était la cause de nombreux problèmes auxquels les développeurs de consoles sont actuellement confrontés.¹⁷

Comme tout produit, les consoles de jeux vidéo ont leur propre durée de vie. En raison de leurs dates de lancement proches et de leurs capacités matérielles similaires, les consoles de la même génération tendent à avoir la même durée de vie. Les ventes de logiciels de jeux vidéo, conçus pour s'exécuter sur un certain matériel, sont limitées par le cycle de vie de la génération de consoles présente sur le marché.

Même si le cycle de vie d'une génération s'achève, le développement ne s'arrête pas tout de suite. Les développeurs connaissent bien les consoles qui arrivent en fin de vie, et ce marché est davantage prévisible que celui des nouvelles consoles. Sachant que la transition vers les nouvelles consoles prend du temps, les développeurs doivent pour le moment décider s'ils prévoient des développements pour l'ancienne génération de consoles, pour la prochaine génération ou pour les deux.

(i) Les ventes de consoles

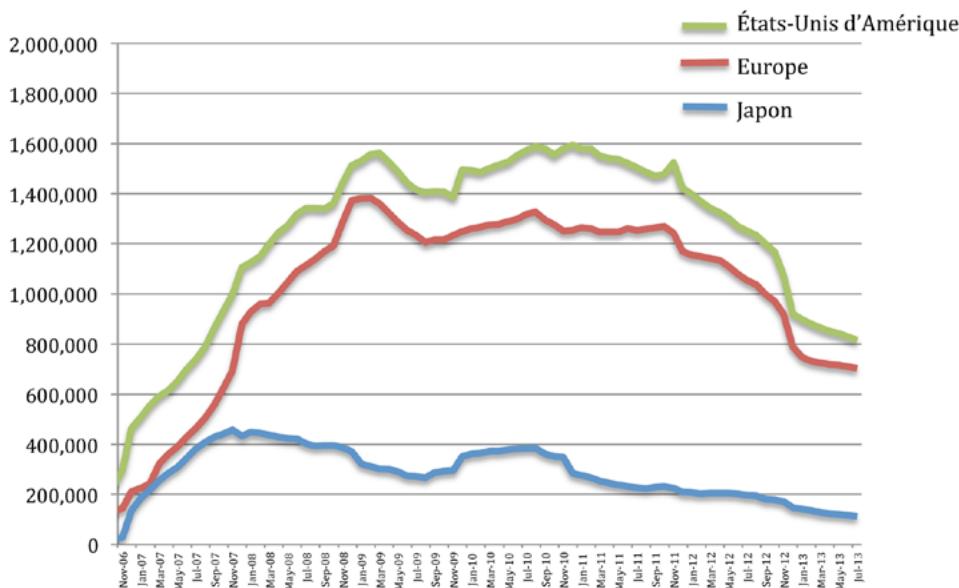
Comme l'illustre le graphique 2 ci-dessous,¹⁸ les ventes de consoles de la génération actuellement sur le marché ont connu une forte croissance les premières années (2006-2007), puis se sont stabilisées en 2009. Toutefois, les ventes totales de consoles ont commencé à chuter en 2011, et cette chute s'est fortement accentuée en 2012. Sur les trois consoles, la Xbox 360 a affiché la baisse la plus faible, tandis que la Wii de Nintendo a atteint une baisse record bien plus tôt. Cette baisse record des ventes de Wii s'explique par son marché cible plus jeune et son profil de matériel moins robuste. Cela pourrait aussi expliquer pourquoi Nintendo a été le premier à sortir une console de nouvelle génération.

En outre, le graphique 2 illustre uniquement les ventes au détail, pas le chiffre d'affaires. Les baisses de prix et les améliorations matérielles ont concerné toutes les consoles. Plus particulièrement, la PlayStation 3 de Sony, qui se vendait au départ 499 dollars É.-U. l'unité de 20 Go, se vendait 269 dollars É.-U. l'unité en 2013 pour une capacité à taille équivalente de 250 Go.¹⁹ Malgré l'arrivée sur le marché de nouvelles consoles et la baisse des prix, les ventes de consoles continuent de chuter;



ainsi, la Xbox 360 et la PS3 ont enregistré une baisse des ventes de 50% par rapport à 2011 au mois de décembre 2012.²⁰

Figure 2: Les ventes totales de consoles (moyenne mobile sur 12 mois)



(ii) Les ventes de logiciels

Les ventes de logiciels de jeux vidéo suivent la même tendance que les ventes de consoles qui les supportent. La génération de consoles actuellement sur le marché a introduit d'importantes options de distribution numérique prévues pour des consoles qui n'existaient pas auparavant (voir ci-dessous). Malheureusement, les données granulaires sur les ventes de logiciels distribués numériquement ne sont pas facilement accessibles, ce qui empêche l'analyse exhaustive des ventes de logiciels aux détaillants. L'impact sur les ventes de consoles reste à éclaircir, mais il n'est probablement pas suffisamment important pour modifier de manière significative l'analyse des tendances.

De même que les ventes de consoles, les ventes de logiciels ont été décevantes en 2012, avec une baisse de 24% des ventes à la pièce et du chiffre d'affaires par rapport à 2011, et une baisse de 40% par rapport au niveau record de 2008.²¹ Les grands jeux étiquetés "AAA"²² continuent de bien se vendre, mais en moins grande quantité: ils risquent davantage de ne pas atteindre le volume de ventes escompté.

La tendance à la baisse des ventes de consoles et de logiciels est l'illustration d'une génération de consoles qui arrive en fin de vie.

(iii) Le risque lié aux coûts de développement

Bien que les ventes diminuent, la demande de jeux haut de gamme à gros budget est en augmentation. Cependant, la hausse des coûts de développement et le ralentissement du marché sont synonymes de risque accru pour les jeux AAA à gros

budget. L'effondrement de THQ Inc. (qui était développeur et éditeur de jeux vidéo) illustre ce risque. Après avoir affiché un chiffre d'affaires de 1 milliard de dollars É.-U. et un bénéfice de 68 millions de dollars É.-U. en 2007, THQ Inc. a été scindé et vendu après cinq années consécutives de pertes, avec un déficit de 243 millions de dollars É.-U. pour un chiffre d'affaires de 831 millions de dollars É.-U. cinq ans plus tard.²³

Pour réduire ce risque, comme à Hollywood, les entreprises se concentrent sur les quantités connues. Ainsi, la suite d'un jeu à succès bénéficie d'emblée de la reconnaissance de la marque et de tout le marketing investi dans le premier jeu. Une suite a donc davantage de chances de marcher qu'un nouveau jeu. C'est pourquoi certains éditeurs préfèrent investir des sommes limitées dans un jeu qui a davantage de chances de marcher que de miser sur la création d'une nouvelle série, alors que le marché est globalement en déclin.

Une autre façon de réduire le risque lié aux coûts de développement consiste à suivre la logique inverse et donc à développer un plus grand nombre de jeux moins prestigieux protégés par les nouveaux droits de propriété intellectuelle (PI), dans l'espoir que l'un de ces jeux marchera bien et permettra de financer le développement des autres jeux.

1.2.2 Les futures consoles

Avec la sortie de la Wii-U,²⁴ de la PlayStation 4 et de la Xbox One, l'industrie des consoles mise sur la nouvelle génération pour inverser la tendance de ces deux dernières années, caractérisées par une baisse des ventes et par des pertes. La nouvelle génération de consoles pourrait permettre la reprise de l'industrie des consoles, mais elle sera confrontée à un contexte concurrentiel différent. Les jeux pour ordinateurs ne sont presque plus vendus au détail, et les décisions prises par les fabricants de consoles (le fait qu'ils facilitent ou non l'auto-édition de jeux exclusivement numériques) donneront le ton quant à la façon dont les développeurs de consoles peuvent distribuer leurs jeux.

L'un des points positifs des nouvelles consoles est qu'elles ont tendance à permettre des innovations logicielles. Les jeux protégés par les nouveaux droits de propriété intellectuelle ou dont le design est novateur peuvent contribuer à donner un nouvel élan à l'industrie des consoles. Les suites sont prisées par les fans d'une série et présentent moins de risques pour les développeurs, mais une nouvelle histoire ou un nouveau design sont nécessaires pour faire progresser l'industrie. Cette nouvelle génération de consoles devrait, espérons-le, permettre une plus grande prise de risques, sachant que les fabricants de consoles soutiendront les précurseurs de consoles de nouvelle génération par une aide financière au développement et une aide à la commercialisation.²⁵



Les annonces de nouvelles consoles ont accentué la tendance qui consiste à transformer la console de jeu en une véritable expérience multimédia à domicile. Les deux nouvelles consoles de Microsoft et de Sony nécessitent un haut débit Internet et tentent de se positionner comme le point focal du salon. En ce qui concerne Microsoft, l'annonce aurait pu être mieux acceptée: certaines fonctionnalités de la Xbox One (telles que l'obligation de s'identifier quotidiennement sur Internet et certaines limitations sur les ventes de jeux d'occasion) ont provoqué un retour de bâton de la part des consommateurs de jeux vidéo et ont amené le géant du logiciel à inverser la tendance quant à certaines des fonctionnalités proposées.²⁶

Les fabricants traditionnels de consoles ne sont pas les seuls à lancer de nouveaux matériels. Ainsi, en septembre 2013, Valve a annoncé qu'il lancerait sa propre console, la Steam Box, qui exploite son propre système d'exploitation SteamOS, reposant sur Linux.²⁷ La Steam Box devrait se positionner à mi-chemin entre les jeux pour ordinateurs et les jeux pour consoles traditionnels, ce qui permettra aux consommateurs d'accéder à la bibliothèque de jeux pour ordinateurs en direct sur leur téléviseur via la Steam Box.

D'autres entreprises font également le grand saut dans l'univers des consoles. Les plateformes de jeux "dans les nuages" telles que OnLive, qui diffuse en temps réel des jeux disponibles sur Internet et ne nécessite donc pas l'installation d'un jeu en local ni du matériel informatique, pourraient concurrencer les consoles, mais n'ont pas encore décollé en raison des limitations de bande passante. Un autre concurrent est celui des petites consoles basées sur l'architecture Android, qui permettraient de jouer à des jeux au format mobile sur le téléviseur du salon.

Le matériel subit un bouleversement majeur, et le choix de la bonne plateforme à développer est vital pour la survie des développeurs et des éditeurs. Cependant, c'est une excellente occasion de travailler en partenariat avec les fabricants de consoles, qui seront avides de jeux de qualité les aidant à vendre leur nouveau matériel.

1.2.3 L'essor de la distribution numérique

Un autre changement majeur observé dans l'industrie des jeux vidéo est la prévalence croissante de la distribution numérique. Côté ordinateurs, Steam a permis aux développeurs et aux éditeurs d'accéder à un marché mondial sans avoir à se battre pour un espace de vente au détail limité ni à prendre le risque de constituer des stocks.

Côté consoles, la distribution numérique permet aux éditeurs de lancer des jeux sans avoir à respecter les quantités minimales imposées par les *first party* ni à leur verser en amont des redevances pour ces quantités. La distribution numérique permet à de nombreux petits développeurs indépendants d'atteindre un public beaucoup plus large.

Cependant, tout n'est pas idyllique: la distribution numérique présente également des inconvénients. Une critique souvent citée à l'encontre de Steam et d'autres modèles similaires est le recours aux rabais et aux promotions.²⁸ Les faibles coûts associés à la distribution de jeux numériques permettent des réductions drastiques de prix. Ainsi, les distributeurs numériques font souvent des promotions, avec des jeux bradés à 70% minimum. Certains se sont mis à craindre que les consommateurs commencent à attendre que les prix baissent pour faire leurs achats. D'autres, cependant, affirment que les promotions sont bonnes pour les affaires, car elles génèrent des rentrées massives.²⁹ Si le nivellement par le bas devait avoir lieu, les développeurs et les éditeurs devraient trouver d'autres moyens de monétiser leurs jeux.

1.2.4 L'essor des jeux pour format mobile

La plus grande mutation observée ces dernières années dans l'industrie des jeux vidéo est l'essor fulgurant des jeux pour format mobile. Avec l'avènement des smartphones, les jeux pour format mobile n'ont plus rien à voir avec les jeux simplifiés qui ressemblaient aux jeux pour consoles de la fin des années 80, et ils se rapprochent davantage des jeux pour consoles et des jeux pour ordinateurs modernes.

L'une des principales caractéristiques des jeux pour format mobile est la réduction des coûts de développement. Les jeux pour format mobile sont vendus à très bas prix, voire gratuits. Cela permet de s'adapter aux attentes des consommateurs, ce qui signifie que les jeux pour format mobile ont généralement une portée plus limitée que les jeux pour consoles ou les jeux pour ordinateurs. Le développement de jeux pour format mobile coûte généralement des centaines de milliers de dollars É.-U., alors que le développement d'un jeu pour consoles "AAA" nécessite des dizaines de millions de dollars É.-U. d'investissement.

Ce faible coût de développement a également permis de faire du développement dans d'autres pays que les États-Unis d'Amérique et les Japon. Il existe des studios de développement de jeux pour format mobile dans le monde entier; ainsi, la République de Corée et l'Europe de l'Est sont devenues des pépinières de développement de jeux pour format mobile.

Le développement de jeux pour format mobile présente néanmoins des inconvénients. Une application étant extrêmement facile à lancer, il existe un risque réel qu'une application se perde dans la masse. Les applications qui arrivent en tête du classement des applications qui rapportent le plus génèrent la majeure partie du chiffre d'affaires de ce segment de l'industrie. Ainsi, l'application qui occupe la dixième place du classement des applications qui rapportent le plus génère un chiffre d'affaires 10 fois supérieur à celui de l'application classée centième.³⁰ De plus, le fait que de nombreux développeurs de jeux pour ordinateurs craignent que les prix



baissent inévitablement est une réalité sur le marché des jeux pour format mobile. La grande majorité des jeux pour format mobile sont gratuits ou coûtent un ou deux dollars É.-U. seulement. Cela a abouti à divers systèmes de monétisation, y compris divers modèles *freemium* et à une publicité ciblée. Toutefois, la baisse des coûts de commercialisation et de développement permet encore aux éditeurs de jeux pour format mobile de réaliser des bénéfices.

1.2.5 L'essor du *free-to-play* et des autres mécanismes de monétisation

Les jeux *free-to-play* ou *freemium* sont des jeux associant une offre gratuite, en libre accès, et une offre “premium”, plus haut de gamme, en accès payant. Le contenu payant correspond à l’achat d’objets virtuels, de niveaux ou de personnages supplémentaires, ou bien à l’achat de services tel que l’accélération d’activités qui prendraient normalement plusieurs heures.

Le modèle *free-to-play* est de plus en prisé. Toujours très en vogue sur les applications communautaires exécutées par un navigateur et les jeux pour format mobile, le *free-to-play* est devenu la nouvelle norme en ce qui concerne les jeux en ligne massivement multijoueurs (MMO). Alors que certains jeux tels que *League of Legends* ont toujours été gratuits, de plus en plus de jeux abandonnent le mode payant au profit du mode gratuit.³¹ L’une des raisons du succès du *free-to-play* en ce qui concerne les MMO est que ces jeux tablent sur une large base d’utilisateurs pour une expérience de jeu correcte. Le *free-to-play* permet aux joueurs d'accéder au contenu principal du jeu sans avoir à payer, créant ainsi la base d’utilisateurs nécessaire, puis proposant des options d’achat aux joueurs disposés à payer.

Le *free-to-play* va devenir une réalité également en ce qui concerne les jeux pour consoles. La génération de consoles actuellement sur le marché a donné lieu à de nombreux ajouts de contenu téléchargeable payant, mais le contenu téléchargeable a toujours constitué un ajout à un jeu payant. Il est prévu que les éditeurs de consoles passent à l’étape suivante et proposent quelques jeux de base en accès gratuit et tablent uniquement sur les achats d’objets virtuels pour générer du chiffre d’affaires. Il reste à savoir à quoi ressembleront ces jeux *free-to-play* pour consoles, sachant que le modèle *free-to-play* peut fonctionner sur des applications mobiles ou communautaires à petit budget, mais que la conception d’un jeu *free-to-play* pour consoles pour un joueur différent avec des coûts de récupération plus élevés peut impliquer la mise en œuvre d'une stratégie différente de celle adoptée pour les appareils mobiles.

Encadré 2 : Les Simpson: Springfield

Les Simpson: Springfield est un jeu mobile *freemium* édité par la division EA mobile d'Electronic Arts, sorti au Royaume-Uni et aux États-Unis d'Amérique début 2012. Depuis lors, l'application a générée plus de 50 millions de dollars É.-U. de chiffre d'affaires.³²

Le jeu permet aux utilisateurs de construire leur propre version de Springfield, la ville des Simpson. Les utilisateurs peuvent acheter toute une série d'objets virtuels, et les bâtiments qu'ils créent leur rapportent de l'argent qu'ils doivent ensuite réinvestir dans le jeu. Les utilisateurs peuvent acheter des "donuts" (la devise du jeu) avec de l'argent réel pour accéder aux fonctionnalités haut de gamme.

Le succès du jeu est devenu problématique pour EA Mobile: la demande a épuisé les serveurs d'EA, et la société a retiré le jeu de l'App Store d'Apple le temps de remonter le serveur et de résoudre les bogues.

Outre le *free-to-play*, d'autres mécanismes de monétisation sont en vogue. La publicité, généralement associée à un jeu gratuit, est de loin la plus prisée en raison de sa facilité de mise en œuvre. Toutefois, les recettes publicitaires sont faibles par rapport aux recettes que peuvent rapporter le *free-to-play*. L'analyse de l'activité et le recueil des données sur les utilisateurs permettent aux annonceurs d'adapter les publicités aux joueurs. Pour de nombreux développeurs d'applications communautaires mobiles gratuites, la publicité est un moyen efficace d'inciter les joueurs à abandonner un jeu dont ils pourraient être lassés au profit de la dernière version qu'ils ont développée. Le fait d'inciter les joueurs à passer d'un nouveau jeu à un autre permet au développeur de disposer d'un flux constant de revenus générés par les nouveaux achats d'objets virtuels.

1.2.6 Les difficultés juridiques posées par l'innovation

Les mutations de l'industrie (nouvelles consoles, nouvelles méthodes de distribution et nouvelles méthodes de monétisation) entraînent des risques et difficultés juridiques. Chaque fois qu'une industrie évolue, il faut du temps pour que la législation et la réglementation s'adaptent.³³ Parfois, cela signifie qu'il est difficile de savoir comment les gouvernements vont réagir à certaines pratiques commerciales. Parfois, cela signifie que les textes réglementaires applicables à des technologies ayant vu le jour 30 ans auparavant sont appliqués au petit bonheur la chance aux technologies révolutionnaires. Par conséquent, les entreprises qui innovent doivent être prudentes et demander conseil sur la façon de réduire leur exposition.

(i) Les brevets

Les contentieux en matière de brevets sont l'une des principales difficultés juridiques auxquelles l'industrie est confrontée aujourd'hui. Qu'ils soient le fait de "chasseurs de brevets" ou de requérants légitimes, les contentieux en matière de brevets deviennent de plus en plus un sujet de préoccupation quotidien pour les sociétés de jeux vidéo. Avec la sortie récente de la PlayStation 4 et de la Xbox One, les appareils intégreront certainement de nouvelles fonctionnalités qui rendront le jeu



plus divertissant que jamais. Malheureusement, il est probable que la technologie permettant ces nouvelles fonctionnalités relève d'un brevet rédigé en termes trop vagues.

En utilisant les kits de développement logiciel fournis par les fabricants d'appareils et en intégrant la technologie dans leurs jeux, les développeurs s'exposent à des contentieux en matière de brevets. Étant donné qu'il est rare qu'un grand fabricant de matériel prévoie une indemnisation en cas d'atteinte au brevet dans ses contrats types (voir le chapitre 6.5.1), les développeurs sont livrés à eux-mêmes et sont souvent contraints de régler le problème en payant une redevance au plaignant. Tant que les gouvernements n'auront pas défini le mode de fonctionnement du système des brevets, les chasseurs de brevets continueront d'être un fardeau pour l'industrie. Bien que les brevets portant sur des logiciels puissent poser problème dans de nombreux pays, les contentieux en matière de brevets sont surtout un problème aux États-Unis d'Amérique. Cela ne veut pas dire que le problème concerne uniquement les entreprises américaines, car toute société qui distribue des jeux aux États-Unis d'Amérique pourrait être tenue pour responsable en vertu de la loi américaine sur les brevets.

(ii) La distribution numérique

La distribution numérique permet aux développeurs d'avoir accès à toute personne disposant d'une connexion Internet où qu'elle se trouve. Cet accès accru engendre une exposition aux diverses lois en vigueur sur le lieu de résidence du consommateur. Aux États-Unis d'Amérique, les lois sur la protection de la vie privée, la protection des consommateurs et la fiscalité varient d'un État à l'autre. Les normes en matière de moralité sont différentes d'un pays à l'autre, et certains contenus peuvent être légaux dans la plupart des pays mais illégaux dans d'autres.

Lors de la livraison d'un jeu à un distributeur, le développeur s'en remet à l'expertise du distributeur pour respecter les lois du pays de distribution. Les développeurs ne devraient pas faire preuve d'un tel laxisme et devraient se protéger de façon proactive en s'informant auprès du distributeur des questions qui devraient le préoccuper. Le fait de supposer qu'un jeu puisse être vendu n'importe où et toujours fonctionner exactement de la même manière, surtout lorsqu'il y a une fonctionnalité de jeu en réseau, n'est pas un pari futé.

(iii) La monétisation

Chaque mécanisme de monétisation pose une difficulté juridique différente.

La publicité implique le respect des lois sur la protection des données personnelles et de la réglementation relative aux contenus en ligne. Les devises virtuelles utilisées dans les jeux peuvent toucher au droit bancaire, au droit de la protection des consommateurs, au droit fiscal et même au *Patriot Act* des États-Unis d'Amérique. Les achats virtuels effectués pour le jeu impliquent le respect des lois fiscales et

foncières. La façon dont un jeu vend certains objets peut faire appel à la législation sur les jeux, comme lorsque le Japon a interdit les jeux de style "pochette surprise", où les joueurs achetaient des lots d'objets aléatoires afin de se constituer des collections, ce qui leur donnait accès à des objets encore plus rares. L'entreprise qui gère la distribution peut grandement influer sur l'exposition d'un développeur à ces lois.

(iv) La protection des données personnelles

Le monde est de plus en plus connecté, et les joueurs ne font pas exception. Autrefois, la seule façon pour les joueurs de se connecter était la possibilité de jouer en ligne avec des amis. De nos jours, les jeux sont connectés à des sites communautaires, et le partage des résultats, des scores et d'autres aspects des jeux avec des amis est très en vogue. La façon dont les entreprises gèrent les données personnelles qui découlent des aspects communautaires des jeux est une préoccupation pour les groupes de consommateurs et les gouvernements.

Le marché des jeux mobiles est particulièrement vulnérable à ces évolutions juridiques. Les nouveaux appareils téléphoniques entraînent le risque de poursuites pour atteinte à un brevet, les jeux pour format mobile ne sont distribués que par voie numérique, de sorte que le marché des jeux mobiles est confronté aux mêmes problèmes que le marché de la distribution de jeux pour ordinateurs et pour consoles, et les jeux gratuits et autres mécanismes de monétisation créative sont la norme en matière de jeux communautaires. Les jeux pour format mobile représentent également une industrie en pleine effervescence, donc plus à même d'attirer l'attention des régulateurs.

1.3 L'impact des mutations de l'industrie sur le développement de jeux

Les mutations de l'industrie dont il a été question précédemment ont eu un impact non négligeable sur le développement de jeux. Les développeurs et les éditeurs doivent réagir s'ils ne veulent pas faire faillite. Les mutations de l'industrie ont également ouvert de nouvelles perspectives, et les développeurs et éditeurs capables d'en tirer parti domineront le marché de demain.

Étant donné que le marché des consoles est en train de se contracter et que les investissements dans les jeux à gros budget sont de plus en plus conséquents, les développeurs et les éditeurs risquent d'essuyer un ou deux échecs majeurs affectant gravement leur entreprise. La hausse des coûts et la chute des ventes ont incité de nombreux éditeurs à prendre moins de risques, en se concentrant sur les suites et les propriétés connues et en diminuant le nombre de jeux de milieu de gamme.

Bien que le développement de jeux pour format mobile soit beaucoup moins onéreux, la popularité de l'industrie et les faibles obstacles que doit surmonter l'industrie font beaucoup de bruit. Un jeu bien conçu et bien supporté risque de ne jamais être découvert, et puisque le modèle *freemium* nécessite un grand nombre d'utilisateurs,



même un développeur de jeux pour format mobile doit prendre soin de maîtriser les coûts.

Cependant, la situation n'est pas si désespérée, car les mutations de l'industrie ouvrent de nouvelles perspectives formidables. L'accroissement des coûts et des risques en ce qui concerne les jeux haut de gamme a permis aux éditeurs de doubler leur mise sur les franchises bien implantées. Cela laisse de la marge aux petits développeurs indépendants pour expérimenter de nouvelles histoires et de nouveaux styles de jeux qui, s'ils sont produits à un coût relativement faible, peuvent se démarquer de la multitude de suites et de redémarrages.

L'afflux de nouveaux matériels, qu'il s'agisse de consoles ou d'appareils mobiles, peut donner lieu à des partenariats et à des contrats d'exclusivité permettant d'accéder à des fonds de développement ou à une commercialisation gratuite. Les nouveaux matériels permettent également aux développeurs d'expérimenter de nouvelles fonctionnalités voire éventuellement de nouvelles façons de jouer.

Ces nouvelles perspectives posent naturellement des difficultés. On ignore ce que l'avenir réserve, et l'incapacité de s'adapter à de nouvelles mutations conduira au désastre. Les mutations d'ordre législatif et réglementaire auront également un impact sur le développement, et souvent, les nouvelles technologies font que la législation n'est pas encore tout à fait stabilisée. Les développeurs devront déterminer quels risques valent la peine d'être pris dans un paysage juridique qui pourrait ne pas donner une réponse claire.

1.4 Le rôle de l'éditeur

Cette section expose les différents rôles qu'un éditeur peut jouer et explique pourquoi un développeur peut souhaiter confier tout ou partie de l'édition à une société d'édition de jeux vidéo bien implantée.

Un éditeur peut proposer une large gamme de services aux développeurs, généralement en échange d'un pourcentage des recettes générées par l'exploitation du jeu. Il peut proposer un contrat d'édition avec financement complet de tout le développement ou bien se charger uniquement de la distribution du produit physique dans une région géographique, mais toutes les variantes sont possibles. La contribution des éditeurs dépend en grande partie des besoins des développeurs, du type de jeu en développement, du marché géographique et de la plateforme. Cependant, ce que les éditeurs peuvent toujours apporter, c'est la reconnaissance de la marque. Les grands éditeurs étant très peu nombreux, la plupart des consommateurs les connaissent bien, et le fait d'avoir le logo de tel ou tel éditeur sur le jeu peut aider un petit développeur ou lui nuire, selon l'éditeur.

1.4.1 Le financement

Le principal avantage de travailler avec un éditeur est l'accès au financement. Comme pour tout aspect de la relation développeur/éditeur, le niveau de financement peut varier en fonction des besoins des parties. Les tests et le processus de soumission coûtent de l'argent, et le financement de ces activités est optionnel dans un contrat d'édition. Les éditeurs peuvent également financer le développement de tout ou partie du jeu (ports vers différentes plateformes, par exemple). Pour les développeurs à court de liquidités, l'accès aux coffres bien garnis d'un éditeur de renom peut se révéler vital.

Le financement engendre néanmoins un contrôle accru, l'éditeur souhaitant s'assurer que ses fonds sont utilisés à bon escient. Une ingérence exagérée peut alors transformer un excellent concept de jeu en cauchemar. Inversement, un contrôle laxiste peut entraîner le gaspillage des fonds de développement. Les jeux sont une expression créative, et la tension quant à la direction d'un projet peut-être source de conflits. Il est très important que le contrat entre les parties soit bien rédigé et décrive clairement les droits et les obligations de chaque partie ainsi que la marche à suivre en cas de conflit, afin que la relation entre les parties soit plus sereine.

1.4.2 Assurance qualité (AQ) et soumission

Avant de sortir un jeu, il faut procéder à des tests d'assurance qualité (AQ) visant à vérifier son bon fonctionnement. Une fois le développement terminé, le développeur soumet le jeu aux fabricants de consoles si c'est un jeu pour consoles, à un distributeur numérique comme Steam si c'est un jeu pour ordinateurs, ou au marché du format mobile. L'AQ et la soumission sont des fonctions qui peuvent être assumées par les éditeurs.

(i) Les jeux pour consoles

Auparavant, pour sortir un jeu sur consoles, il fallait d'abord être accepté comme éditeur par les fabricants de consoles. La procédure pour devenir éditeur varie d'un fabricant de consoles à l'autre et implique généralement l'examen des activités de l'éditeur potentiel. Tous les fabricants de consoles exigent la signature d'un contrat d'édition (voir le chapitre 6.2). Une fois accepté, l'éditeur peut soumettre les jeux à l'approbation du fabricant de consoles. Pour les développeurs qui ne peuvent pas ou ne souhaitent pas en passer par cette procédure, l'éditeur joue un rôle majeur dans le processus de sortie d'un jeu sur consoles.

L'un des principaux services proposés par les éditeurs consiste à s'occuper de la relation avec les fabricants de consoles et à gérer le processus d'assurance qualité (AQ). Les grands éditeurs ont des équipes d'assurance qualité dédiées qui ont l'expérience de toute une série de jeux, entretiennent des relations de travail étroites



avec les fabricants de consoles et testent les jeux pour vérifier l'absence de bogues et de dysfonctionnements. L'expérience de l'éditeur quant au développement et à l'édition d'un grand nombre de jeux peut également se révéler une ressource précieuse pour un développeur. Au cours du processus d'AQ, il arrive souvent que les éditeurs donnent des conseils ou formulent des commentaires qui permettent une amélioration notable du jeu.

Avec les nouvelles consoles, il est prévu que le processus d'approbation d'un jeu pour la distribution se libéralise considérablement, de sorte qu'à terme, il se pourrait qu'un développeur qui autoédite ses jeux pour consoles soit confronté à un nombre d'obstacles beaucoup moins important – cependant, cela dépendra beaucoup de la façon dont les fabricants de consoles mettent en œuvre leurs plans en ce qui concerne les nouvelles consoles.

(ii) Les jeux pour ordinateurs

La sortie d'un jeu pour ordinateur est à la portée de tout le monde. Puisqu'il n'y a pas de fabricant de consoles à qui soumettre le jeu, un développeur peut tout simplement éditer un jeu sous forme de téléchargement via son site Internet. L'auto-édition est facilitée par les interfaces de programmation d'applications (API) comme l'API Steamworks de Valve, une interface gratuite qui donne des statistiques, assure la protection contre le piratage et inclut des options communautaires qui ne sont pas forcément disponibles par ailleurs.

Les éditeurs peuvent cependant encore jouer un rôle, Steam n'étant pas une plateforme ouverte et étant disponible sur appareils mobiles; il est possible que Valve modifie ce modèle, mais pour l'instant Valve décide quels jeux seront lancés sur sa plateforme, et la reconnaissance de la marque y contribue. Cependant, dans l'ensemble, la procédure permettant d'accéder à Steam est beaucoup moins rigoureuse que la procédure applicable aux consoles, mais un développeur nouveau ou de petite taille pourrait tirer parti d'une relation avec un éditeur en ce qui concerne cette procédure.

La soumission à Steam est également beaucoup plus simple. S'agissant des jeux pour consoles, le développeur doit tester le jeu pour s'assurer de l'absence de bogues.³⁴ S'agissant des jeux pour ordinateurs, l'essentiel est que l'API soit utilisée correctement. Cela ne signifie pas qu'une procédure complète d'AQ n'est pas nécessaire; cependant, un jeu plein de dysfonctionnements et de bogues ayant moins de chances de recueillir l'adhésion du public, cela signifie plutôt que cette procédure n'est pas imposée par le fabricant de consoles. L'expertise d'un éditeur en matière d'assurance qualité est toujours utile à un développeur de jeux pour ordinateurs.

(iii) Les jeux pour format mobile

La sortie d'un jeu pour format mobile est de loin ce qu'il y a de plus facile. Ainsi, pour diffuser un jeu sur Apple ou Google, il suffit de télécharger un kit de développement logiciel (SDK) et de s'acquitter d'une somme symbolique. Il n'y a pas de contrôle approfondi ni de test de bogues; seule la plateforme mobile fait l'objet de vérifications visant à s'assurer que le jeu respecte ses clauses (sachant que les clauses varient considérablement d'un jeu à l'autre et d'une plateforme à l'autre).

Le processus d'AQ, comme presque tout ce qui a trait aux jeux pour format mobile, est plus simple et moins onéreux. La portée d'un jeu pour format mobile étant généralement beaucoup plus restreinte que celle d'un jeu pour ordinateurs ou pour consoles, l'assurance qualité peut-être gérée beaucoup plus rapidement. L'approbation rigoureuse du fabricant de consoles n'étant pas obligatoire, le développeur est moins enclin à investir dans un processus d'AQ complet. L'AQ reste néanmoins très importante, et dans la mesure où les jeux pour format mobile et les technologies gagnent en complexité et où les coûts de développement augmentent, l'accès à l'AQ des fabricants de consoles par l'intermédiaire des éditeurs devient de plus en plus attrayant.

1.4.3 La distribution au détail

La distribution numérique a fait de l'auto-édition une option légitime pour de nombreux développeurs. Toutefois, la distribution au détail traditionnelle reste importante pour les ventes de jeux pour consoles. De nombreux développeurs n'ont aucune expérience de la fabrication et de la distribution de produits physiques. Les éditeurs, quant à eux, entretiennent des relations avec les chaînes de magasins de détail (GameStop, Wal-Mart, etc.) et ont l'expertise nécessaire pour graver des disques de jeux. Un jeu peut se solder par une réussite ou par un échec selon sa présence en boutique, de sorte qu'un partenaire ayant les bonnes relations peut se révéler la clé du succès d'un jeu.

Si un développeur s'autoédite, le contrat avec l'éditeur peut se résumer à un contrat de distribution et ne nécessite aucune contribution de l'éditeur, hormis en ce qui concerne la fabrication des jeux et leur distribution au détail. Pour ce service, un éditeur agirait comme n'importe quel autre distributeur et prendrait un pourcentage sur le produit.

1.4.4 Le marketing

Les grands éditeurs disposent d'un département entier dédié exclusivement au marketing des jeux vidéo. L'expertise en la matière et la capacité de porter le jeu à la connaissance des consommateurs dans un marché saturé sont des qualités précieuses chez un éditeur. Le marketing peut-être également pris en charge par des agences indépendantes. Le développeur doit donc peser les avantages et les



inconvénients des deux stratégies. Dans un cas comme dans l'autre, il est essentiel de garder le contrôle sur l'image et le message de son jeu; il est également vital d'avoir un contrat bien structuré et de vérifier ce que fait l'équipe marketing.

Quelle que soit la plateforme, le marketing traditionnel est plus ou moins le même. En effet, les relations avec la presse, la création et la distribution de publicités et le marketing événementiel sont applicables à toutes les plateformes. En outre, les relations avec les fabricants de consoles peuvent être cruciales pour le succès d'un produit, notamment lorsqu'il s'agit de la distribution numérique et de la distribution sur mobiles.

Toutes les plateformes de distribution numérique sont envahies de pages publicitaires pour des jeux. Le fait que son jeu apparaisse dès l'ouverture de Steam, de Google Play ou de Xbox Live a une valeur inestimable pour un développeur. Une partie en relation avec les fabricants de consoles a davantage de chances d'obtenir la mise en valeur de son jeu.

L'un des principaux inconvénients des jeux pour format mobile est le nombre élevé d'applications présentes sur le marché. Les développeurs de jeux pour format mobile risquent de voir leur jeu passer inaperçu, quel que soit son niveau de qualité. Le fait d'être en relation avec les transporteurs et les fabricants de téléphones peut aider un développeur à obtenir la mise en valeur de son jeu ou à le faire préembarquer sur un appareil. Étant donné que les revenus générés par les jeux pour format mobile gratuits dépendent fortement du nombre de téléchargements, cette relation peut faire qu'un jeu va marcher ou non.

1.4.5 Une portée mondiale

Les développeurs ont également la possibilité de signer un contrat avec un éditeur pour pénétrer un marché dans lequel il n'a pas les moyens d'entrer ou dans lequel il manque d'expertise. En effet, un développeur au Canada ne sait peut-être pas comment atteindre des joueurs au Japon, et un développeur en Inde ne sait peut-être pas comment distribuer un jeu en Suède. Le domaine couvert pourrait être la distribution, le marketing voire les deux. La plupart des grands éditeurs ont plusieurs filiales dans le monde, ce qui leur permet d'atteindre facilement n'importe quel marché cible. La distribution à l'échelle mondiale implique également l'exposition à un grand nombre de lois et de règlements, et le fait qu'une autre partie assume cette responsabilité peut-être d'une aide précieuse.

La distribution numérique a rendu le monde entier facile d'accès en un seul clic, mais si les joueurs ne comprennent pas le texte du jeu, ils ne vont pas y jouer.

La localisation est une activité que de nombreux éditeurs peuvent financer ou gérer en interne. Les éditeurs possédant l'expertise de divers marchés peuvent aider les

développeurs à concevoir des jeux qui auront une portée planétaire, sachant que les goûts des joueurs varient considérablement d'un marché géographique à l'autre.



CHAPITRE 2

LES RELATIONS AVEC LES EDITEURS DE JEUX VIDEO

2.1 Le rôle de l'éditeur

L'éditeur joue un rôle semblable à celui d'un studio de cinéma. En effet, il finance, produit, distribue et commercialise un produit auprès de consommateurs.

Non seulement les éditeurs assurent le financement des jeux mis au point par des développeurs tiers en échange de droits de distribution et acquièrent, s'il y a lieu, la propriété des droits, mais ils assurent également la distribution de jeux finis, et financent le développement de jeux en interne par leurs propres employés.³⁵

Les accords conclus entre l'éditeur et le développeur varient en fonction du rôle joué par l'éditeur. Les scénarios les plus fréquents sont présentés ci-après:

1. L'éditeur recrute une équipe de développement, détient le droit d'auteur lié au jeu et verse généralement au développeur une redevance basée sur les recettes tirées du jeu.
2. L'éditeur finance le développement d'un jeu sur la base d'un concept créé par un développeur tiers et paie des redevances fondées sur les recettes réalisées, mais il n'est pas titulaire du droit d'auteur.
3. L'éditeur n'assure que la distribution d'un jeu fini et perçoit une rémunération en échange des services qu'il fournit pour superviser la distribution et la fabrication du jeu.³⁶
4. L'éditeur décide de publier un jeu mobile conçu par un développeur et de présenter ledit jeu à son réseau d'utilisateurs en échange d'une rétribution basée sur un pourcentage des recettes réalisées.

Dans chaque cas, l'éditeur avance en général les fonds nécessaires pour la fabrication, la distribution et la commercialisation du jeu. En outre, l'éditeur: i) conclut des accords et gère les relations avec les fabricants de consoles de première partie³⁷ et les "boutiques" d'applications mobiles, et veille à ce que le jeu réponde à leurs critères, notamment en termes de livraison, de demandes, d'évaluations et de paiement, selon qu'il convient; ii) élabore et exécute des plans de commercialisation et de vente; et iii) conclut des accords avec des sous-distributeurs, si nécessaire.³⁸

Dans chaque scénario, tout accord conclu entre l'éditeur et le développeur contient de nombreuses dispositions semblables, mais présente aussi d'importantes différences concernant la propriété et les droits, les coûts et le contrôle lié au développement et à l'exploitation du jeu. Le présent chapitre analyse les questions juridiques et commerciales de la relation éditeur-distributeurs.

Avant d'envisager d'établir une relation, le développeur et l'éditeur examinent non seulement un certain nombre de questions commerciales pour déterminer si les parties peuvent parvenir à un accord, mais aussi des questions permettant de savoir si les parties seraient de bons partenaires de travail. Les réponses apportées à ces questions dépendront de l'engagement de chaque partie vis-à-vis de l'autre. Si l'éditeur assure le financement de la production, il fait preuve d'une diligence raisonnable accrue à l'égard des capacités du développeur.

2.1.1 Questions que se pose un développeur avant d'entrer en relation avec un éditeur

Tout développeur se pose un certain nombre de questions importantes, notamment:

1. Quels jeux l'éditeur a-t-il distribués? Et quels résultats a-t-il obtenus en la matière?
2. L'éditeur dispose-t-il des capacités nécessaires pour distribuer et commercialiser le type de jeu (p. ex. action, jeu de tir, sport) visé par les parties dans le monde entier et possède-t-il les ressources et compétences voulues pour commercialiser, distribuer et exploiter le jeu?
3. L'éditeur fait-il appel à des sous-distributeurs?
4. D'autres développeurs sont-ils satisfaits des services rendus par l'éditeur concernant leurs jeux? La collaboration avec l'éditeur pour le développement du jeu a-t-elle été facile ou difficile?
5. Quel type de procédure d'approbation par étape l'éditeur utilise-t-il?
6. L'éditeur dispose-t-il des ressources financières nécessaires pour effectuer des paiements en temps opportun et exploiter le jeu?
7. Quel type de relation l'éditeur entretient-il avec les fabricants de consoles, les détaillants et des marchés mobile comme Apple et Google?

2.1.2 Questions que se pose un éditeur avant d'entrer en relation avec un développeur

En parallèle, l'éditeur mène aussi sa propre enquête avant d'envisager de conclure un accord avec un développeur pour déterminer si ledit accord serait conforme à son intérêt. L'éditeur cherche notamment à obtenir du développeur des réponses aux grandes questions suivantes³⁹:

1. Quels succès ont enregistré les jeux précédemment créés par le développeur?



2. Le développeur a-t-il réussi à livrer les jeux dans le respect des délais et du budget fixés?
3. Le développeur travaille-t-il actuellement sur d'autres jeux qui pourraient entraver le développement du jeu considéré par l'éditeur? (Obligations de corriger les bogues ou de fournir du contenu additionnel pour des jeux précédents)
4. Quelle est la situation financière du développeur? Sauf s'il n'agit qu'en qualité de distributeur, l'éditeur souhaitera envisager la possibilité de vérifier les états financiers du développeur.
5. Quelle est l'expérience du personnel envisagé pour développer le jeu sur les différentes plateformes?
6. Les personnes qui travaillent sur le jeu ont elles déjà collaboré efficacement sur d'autres jeux?
7. Le développeur a-t-il les licences nécessaires pour utiliser le matériel de première partie?

Tous les facteurs ci-dessus sont importants pour déterminer si les parties entrent en relation et à quel point l'éditeur croit en la rentabilité du jeu.⁴⁰ Si un éditeur estime que le jeu ne se vendra pas, celui-ci perd alors tout intérêt, même si l'éditeur peut en acquérir les droits de distribution sans payer une avance au développeur. Un éditeur préférera consacrer les frais et le temps nécessaires à la distribution d'un jeu à d'autres jeux s'il estime qu'ils sont plus rentables.

2.2 Le contrat d'édition

2.2.1 Présentation du contrat détaillé

Un contrat d'édition (ci-après "le contrat")⁴¹ entre un développeur et un éditeur définit la relation commerciale et juridique entre les deux parties impliquées dans l'exploitation et, le cas échéant, le financement d'un jeu. Cet accord établit les droits, les obligations et les responsabilités de chacune des parties en termes de financement éventuel, de redevances, de développement du jeu, d'évaluations, de localisation, de délais de livraison, de distribution, d'autorisations, de commercialisation, de fabrication, de relations avec les propriétaires de plateformes, de déclarations et de garanties. Les termes de l'accord varient en fonction du rôle potentiel de l'éditeur, s'il agit en qualité de financeur ou de distributeur, seulement.

Dans les cas où le développeur autofinance le jeu, il se peut qu'il ne dispose pas des compétences techniques et des ressources financières utiles pour distribuer et commercialiser le jeu ni des relations nécessaires pour diffuser un jeu sur les

différentes plateformes. En conséquence, le développeur cherchera un éditeur pour distribuer le jeu. En outre, bien que dans les accords de distribution le développeur ne reçoive en général pas de fonds pour le développement, il pourrait obtenir une avance ou une garantie de l'éditeur concernant les droits de distribution du jeu.

Dans certains cas, les développeurs peuvent même conclure un contrat avec différents éditeurs afin d'assurer la distribution de leurs jeux sur différents territoires. En effet, un éditeur peut mieux comprendre un marché donné, et la contrepartie financière initiale peut-être plus importante lorsque l'on traite avec plus d'un éditeur.⁴² Par exemple, un développeur peut conclure un contrat avec un éditeur pour la distribution en Europe et avec un autre pour la distribution en Amérique du Nord.

2.2.2 Questions de propriété

En dehors des aspects financiers et du calendrier d'exécution, les questions relatives à la propriété et aux droits octroyés, qui régiront l'exploitation du jeu, constitueront la plus importante partie du contrat.

Lorsqu'un éditeur recrute un développeur pour créer un jeu basé sur un concept original mis au point par ses soins, ou sur une œuvre sous licence, les droits de propriété intellectuelle liés au jeu sont détenus, dans la grande majorité des cas, par l'éditeur, et non par le développeur. Le contrat d'édition prévoit presque toujours des clauses contractuelles entre l'éditeur et le développeur; toutefois, cette situation peut également être déterminée par la loi. Par exemple, aux États-Unis d'Amérique, une telle activité entrerait dans le cadre de la notion d'œuvre créée dans le cadre d'un contrat de louage d'ouvrage ou de services (*work for hire*)⁴³, pour autant que la relation entre les deux parties satisfasse aux conditions préalables du chapitre 101 de la loi sur le droit d'auteur⁴⁴. Cela étant, tous les pays ne reconnaissent pas cette notion et, dans certains pays comme la France et l'Allemagne, l'"auteur" ou le propriétaire de l'œuvre est la personne physique (ou les personnes physiques) qui en est à l'origine⁴⁵. Néanmoins, par voie contractuelle ou légale, l'éditeur acquiert en général le droit perpétuel d'exploiter le jeu dans le monde entier, ainsi que tout élément du jeu, par tous les moyens et avec très peu de restrictions⁴⁶.

Dans d'autres contrats où l'éditeur finance une majeure partie du jeu, mais où le concept du jeu est élaboré par le développeur, les deux parties devront négocier les droits de propriété. Si le développeur conserve les droits de propriété, les parties devront détailler les droits de chaque partie et préciser, notamment mais sans exclusive, les plateformes auxquelles le jeu est destiné, la durée, le territoire et les droits relatifs aux suites, aux présuites et aux œuvres dérivées.

Les négociations entre les parties et la rémunération envisagée pour le développeur détermineront grandement si l'éditeur est en mesure d'acquérir la titularité des droits sur le jeu ou certains droits seulement. Si l'éditeur finance la globalité du



développement, il insistera pour être propriétaire du jeu. En revanche, si d'autres éditeurs sont également intéressés par le jeu, le développeur pourra peut-être en conserver la propriété. En tout cas, même si l'éditeur détient le droit d'auteur lié au jeu, le développeur voudra au moins conserver la propriété du code source préexistant et de tout outil utilisé pour créer la base du jeu étant donné qu'il utilisera très probablement cette base pour réduire les coûts à l'avenir⁴⁷. Dans certains cas, l'éditeur permettra au développeur de conserver la propriété de ces éléments pour autant qu'il accepte une période de retenue, pendant laquelle le développeur consent à ne pas travailler, directement ou indirectement, sur un jeu similaire pour un autre éditeur qui pourrait utiliser le code du développeur, pendant une période déterminée (p. ex. un an après la sortie du jeu). Cela permet d'empêcher le développeur de créer un type de jeu similaire, qui pourrait faire concurrence au jeu de l'éditeur. Autrement, bien que des restrictions juridiques puissent exister, dans certaines jurisdictions, un éditeur peut permettre à un développeur de conserver la propriété du code sous réserve d'une limite concernant les autres parties susceptibles de travailler avec le développeur.

Dans les accords ne concernant que la distribution d'un jeu, le développeur conservera la propriété de tous les droits associés au jeu et il accordera un droit limité à l'éditeur en vue de distribuer le jeu sur des plateformes déterminées d'un commun accord, pendant une durée spécifique, et sur un territoire donné.

2.2.3 Droits octroyés

Lorsque l'éditeur détient le droit d'auteur associé à un jeu, il détient le droit exclusif d'exploiter ce jeu dans le monde entier, et ce, à vie. Autrement, si le développeur contrôle le droit d'auteur lié à un jeu, les plateformes sur lesquelles l'éditeur sera autorisé à distribuer le jeu, ainsi que les droits associés à la distribution, à la commercialisation et à la vente du jeu seront définis dans cette section. Il n'existe aucune formule préétablie pour déterminer les droits qui seront accordés au développeur et, comme nombre d'autres clauses dans l'accord, ils varieront en fonction d'un certain nombre de facteurs, notamment la partie qui fournit le financement⁴⁸ et le concept du jeu.

Dans la section consacrée aux droits, les parties mentionneront le nom du jeu ou des jeux qui feront l'objet de l'accord ainsi que les différentes plateformes sur lesquelles l'éditeur sera autorisé à distribuer exclusivement le jeu⁴⁹. En outre, cette section de l'accord traitera aussi du type de distribution autorisé par l'éditeur. En général, l'éditeur aura le droit de distribuer les jeux par tous les moyens possibles, notamment via des consoles traditionnelles destinées à la vente au détail, des téléchargements numériques, des plateformes mobiles et, éventuellement, des plateformes et moyens de distribution encore inconnus⁵⁰.

2.2.4 Questions additionnelles relatives aux droits: droits de première négociation et de dernier refus concernant les jeux futurs

Il est difficile de prédire si le jeu remportera un succès ou non – cela dépendra d'un certain nombre de facteurs – mais si la première sortie du jeu est réussie, les deux parties voudront garantir leur participation aux versions futures d'une œuvre franchisée. Les éditeurs qui ne sont pas titulaires du droit d'auteur tenteront de veiller à profiter de leur contribution. À cette fin, si le développeur est amené à créer un jeu sur la base d'un jeu original ayant fait l'objet d'une distribution ("œuvre dérivée"), l'éditeur sera le premier à pouvoir acquérir les droits associés à ces jeux futurs pour autant que l'éditeur ne porte pas atteinte à l'accord. Dans ce cas, l'éditeur sollicitera un droit de première négociation, qui lui conférera le droit de négocier, en premier et en exclusivité, les droits liés à ces œuvres dérivées avec le développeur, pendant une période convenue. Pendant cette période d'exclusivité, qui varie pour chaque transaction, mais qui oscille en général entre 30 et 60 jours, les parties discuteront des conditions de la transaction concernant les droits d'exploitation d'une œuvre dérivée. Si les parties ne sont pas en mesure de conclure un accord, le développeur aura le droit de négocier la distribution du jeu avec une autre partie. Il est fort possible que même s'il ne parvient pas à obtenir les futurs droits attachés à l'œuvre dérivée, le développeur pourra toujours être en mesure de conclure un accord avec l'éditeur s'il ne parvient pas à conclure un autre accord.

Outre le droit de première négociation, certains accords peuvent même prévoir que l'éditeur aura le droit de dernier refus. Dans ce cas, l'éditeur aura la possibilité de s'aligner sur toute offre que le développeur pourrait accepter auprès d'un autre éditeur. Si l'éditeur s'aligne, il acquiert ainsi le droit de distribuer les œuvres dérivées, à supposer que les parties parviennent à un accord.

Le droit de première négociation et le droit de dernier refus ne sont pas automatiques et les parties devront négocier ces points. Si le développeur accepte un droit de première négociation ou de dernier refus, il pourrait être dans l'intérêt des deux parties d'établir des conditions minimales qui activeraient l'un ou l'autre de ces droits. En règle générale, elles peuvent définir un seuil minimal que les ventes ou recettes mondiales du jeu doivent atteindre pour déclencher un droit de première négociation ou de dernier refus. Par exemple, si le développeur reçoit des redevances d'un montant supérieur à 1 million de dollars É.-U., l'éditeur aura un droit de première négociation et, peut-être également, de dernier refus; quoique l'éditeur puisse soutenir que ce seuil ne puisse s'appliquer qu'après un certain délai après la sortie du jeu, étant donné qu'avant, il n'aurait pas le temps d'obtenir les redevances susceptibles d'entraîner le droit de publier des œuvres dérivées.

En outre, pour activer le droit de première négociation, le développeur voudra peut-être tenir compte d'autres facteurs, notamment de la relation de travail entre les deux parties. Si la relation de travail est tendue, un développeur souhaitera peut-être



demander une somme d'argent inférieure sachant qu'une relation plus constructive avec un autre éditeur lui serait plus profitable à long terme qu'un paiement initial conséquent du premier éditeur. Il est important pour les parties de s'entendre sur les points à accorder en cas de droit de dernier refus. Par exemple, la question portera-t-elle seulement sur les recettes, par exemple les avances, les garanties et les redevances (c'est souvent le cas) ou d'autres questions devront-elles être accordées comme le marketing et les objectifs de vente, etc. ?

Les développeurs doivent faire attention lorsqu'ils intègrent le droit à dernier refus, car cela pourrait sérieusement empêcher le développeur d'essayer de négocier des contrats avec d'autres éditeurs. Dans la plupart des cas, un développeur ne voudra pas qu'un éditeur s'aligne sur un accord, étant donné que les autres éditeurs pourraient être réticents à l'idée de négocier un contrat sachant que toute proposition de leur part pourrait être calquée; ils pourraient donc se montrer donc peu disposés à prendre un tel engagement.

Dans le cas où l'éditeur est titulaire du droit d'auteur lié à un jeu et qu'il choisit de créer des œuvres dérivées, le développeur devrait essayer de négocier un droit de première négociation pour avoir une chance de développer un autre jeu par la suite. Dans ce cas, le développeur serait le premier à pouvoir négocier un contrat de développement avec l'éditeur, pour autant que le développeur exerce toujours ses activités et qu'il soit capable de créer les jeux dérivés envisagés par l'éditeur⁵¹.

2.2.5 Territoire

La présente section de l'accord portera sur les pays dans lesquels l'éditeur aura le droit de distribuer le(s) jeu(x). Si l'éditeur détient le droit d'auteur sur le jeu, il aura le droit d'exploiter le jeu par tous les moyens possibles, partout dans le monde. Toutefois, si l'éditeur acquiert les droits de distribution associés à un jeu, les parties devront négocier ces questions.

L'éditeur voudra obtenir les droits les plus étendus possible afin d'exploiter les jeux dans le plus grand nombre de pays possibles. Un développeur voudra peut-être accorder des droits dans le monde entier, en supposant que les termes financiers soient arrêtés d'un commun accord et pour autant que l'éditeur soit capable d'assurer la distribution dans ces pays. Dans les pays où l'éditeur n'assure pas la vente directe, l'éditeur tentera de vendre le jeu par l'intermédiaire de sous-distributeurs tiers.

La plupart des développeurs accepteront cette pratique, à condition que l'éditeur reste en dernier ressort responsable de toutes les obligations et responsabilités prévues dans l'accord. Toutefois, le développeur doit savoir si des déductions supplémentaires seront retenues sur la part du développeur ou de l'éditeur pour payer les services du sousdistributeur, étant donné que cela pourrait avoir, en fin de compte, une incidence sur les redevances perçues par le développeur.

Lorsque le développeur livre un jeu fini, ou si les parties n'ont conclu qu'un accord de distribution, le développeur peut délimiter le territoire et choisir de faire appel à différents distributeurs pour assurer la distribution du jeu dans divers pays en fonction des capacités et des garanties financières fournies par l'éditeur. En outre, un développeur voudra peut-être accorder différents droits liés à des plateformes à divers éditeurs sur un même territoire. Par exemple, un développeur peut accorder un droit nord-américain à un éditeur pour des jeux sur console et d'autres droits pour des jeux mobiles par exemple à un autre éditeur.

Le développeur voudra peut-être prévoir des dispositions dans les accords de distribution selon lesquelles, si l'éditeur ne parvient pas à distribuer le jeu dans un certain pays dans les délais convenus, les droits reviennent au développeur ou deviennent non exclusifs.

2.2.6 Durée

Le contrat précise la durée pendant laquelle un éditeur a le droit d'exploiter le jeu. Il peut faire l'objet d'une résiliation anticipée, en général, lorsqu'une partie omet de réparer un manquement ou qu'elle fait faillite (ce qui, comme en atteste l'exemple susmentionné de THQ, est invoqué plus souvent qu'on ne le croit). À moins que l'éditeur ne soit propriétaire du jeu, la durée variera en fonction de la plateforme à laquelle est destiné le jeu et des considérations financières de l'accord.

Dans les contrats où l'éditeur détient le droit d'auteur, la durée sera permanente. Toutefois, si l'éditeur n'acquiert que les droits de distribution, les parties s'entendront pour définir une durée sur un certain nombre d'années (avec un droit de liquidation pour les jeux distribués physiquement⁵²⁾ qui variera d'un contrat à l'autre; quoique l'éditeur cherchera à obtenir la durée la plus longue possible afin d'avoir suffisamment le temps, si possible, de récupérer toute dépense engagée (p. ex. dépenses liées à la distribution, la commercialisation, l'assurance-qualité, etc.) et de rentabiliser ses investissements.

En fonction des différentes plateformes négociées dans un accord de distribution, la durée peut ne porter que sur quelques années car le cycle de vie d'un jeu sur une plateforme donnée peut-être limité. De nouvelles formes de distribution (mobiles, tablettes et nouvelles consoles) offrent cependant des possibilités supplémentaires d'exploiter le jeu après lancement sur la plateforme initiale, ce qui encouragera les éditeurs à solliciter des durées plus longues. En outre, avec l'évolution des nouvelles technologies, des jeux initialement développés pour une plateforme ancienne peuvent acquérir de la valeur sur une plateforme nouvelle. Par exemple, si un jeu sur ordinateur vieux de 10 ans ne se vend plus au détail, il est fort possible qu'il puisse être vendu sous une forme numérique ou sur un appareil mobile quelques années plus tard et conserver ainsi une certaine valeur. *Pac-Man*, un jeu d'arcade créé il y a 30 ans, est



l'exemple parfait d'un bien resté très populaire sur de nouvelles plateformes comme les mobiles.

En outre, les parties peuvent entreprendre des négociations pour offrir à l'éditeur la possibilité de prolonger la durée d'un certain nombre d'années. Cette option peut constituer un bon compromis si le développeur est peu disposé à accorder le nombre d'années voulu par l'éditeur. Pour autant que l'éditeur ne contrevienne pas à l'accord, l'éditeur pourrait prolonger la durée en activant cette option. Le cas échéant, il pourrait verser au développeur une avance supplémentaire récupérable sur les futures redevances en échange de ce droit de prolonger la durée.

Il peut-être envisagé de prolonger la durée de manière automatique si l'éditeur recueille un certain montant convenu de redevances pour le développeur.

Par exemple, si le développeur reçoit 100 000 dollars de redevances, la durée sera prolongée pour une période convenue à l'avance, avec ou sans avance supplémentaire versée au développeur.

2.2.7 Services du développeur et calendrier d'exécution

Cette section du contrat définira les services spécifiques, notamment le calendrier des étapes qui seront exigées du développeur et qui variera selon que le jeu relève d'un accord de développement ou d'un accord de distribution seulement. Dans les deux cas, des obligations importantes incomberont au développeur en vertu du contrat, quoiqu'elles soient bien moins importantes si l'éditeur se contente de prendre en charge la distribution du jeu.

Pour les jeux financés par l'éditeur, le développeur sera tenu, pendant le processus de développement, de présenter le descriptif de conception du jeu ainsi que les spécifications techniques connexes⁵³ afin de confirmer l'orientation du jeu, assortis de différents produits à fournir à diverses étapes du développement du jeu pour approbation ou non de l'éditeur⁵⁴. Les parties négocieront un calendrier d'exécution détaillé énumérant chaque élément de projet à fournir⁵⁵; la date de livraison prévue⁵⁶ et le montant de la rétribution que l'éditeur doit verser au développeur à chaque fois qu'il approuve un élément de projet⁵⁷. Les calendriers d'étapes varient en fonction de la portée du jeu et du temps consacré à son développement. Le développement de jeux sur mobile peut prendre quelques mois seulement, tandis que celui d'un grand jeu sur console peut prendre plusieurs années et coûter plus de 30 millions de dollars É.-U. Les coûts liés au développement d'un jeu sur console ou PC peuvent être considérables et ils ont augmenté de manière significative pour ces types de jeux, alors que pour les jeux sur mobile ou tablette, ces coûts sont de l'ordre de quelques centaines de milliers de dollars, mais on peut s'attendre à ce que ces coûts augmentent au fil de l'évolution des technologies et des capacités⁵⁸.

Si l'élément de projet est approuvé par l'éditeur, le développeur passera à l'étape suivante. Conformément aux dispositions contractuelles, l'éditeur disposera d'un certain nombre de jours pour examiner la proposition et adresser en retour des commentaires au développeur. En cas de rejet du produit, l'éditeur doit motiver son refus et le développeur est tenu de corriger les problèmes et de resoumettre l'élément de projet dans un délai donné. Ensuite, l'éditeur pourra encore une fois examiner le produit ayant précédemment fait l'objet d'un rejet⁵⁹. Selon la gravité des problèmes, cela pourrait retarder le calendrier d'exécution. En outre, si le problème est d'ordre matériel et qu'il ne peut-être résolu ou si cela prend trop de temps pour permettre d'honorer la date de sortie du jeu, l'éditeur aura le droit de mettre fin au contrat.

Selon la complexité du jeu et de la plateforme, ou des plateformes, il existe différentes options pour traiter les éléments de projet rejettés. Pour les plateformes mobiles, il peut-être facile, dans certaines circonstances, selon la complexité du code, de fournir une application ou un jeu inachevé à un autre développeur pour qu'il le finisse. Cependant, les jeux sur mobile devenant de plus en plus complexes, pour certaines applications et certains jeux sur mobile et sur console, cette option pourrait ne pas s'avérer viable en raison des difficultés éventuelles de compréhension du code source. Si l'éditeur décide de ne pas assurer le développement, il cherchera, outre tout autre droit et voie de recours à sa disposition, à récupérer les fonds versés au développeur⁶⁰.

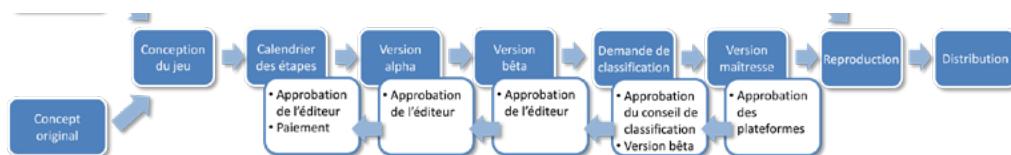
L'obligation la plus importante du développeur consiste à fournir un jeu fini à l'éditeur, à la date convenue⁶¹. C'est important car l'éditeur se fonde sur cette date de livraison pour déterminer une date de sortie, planifier ses ventes et sa stratégie de commercialisation, qui peut prévoir des promotions en magasin et de la publicité. En conséquence, toute sortie retardée peut faire perdre des possibilités de commercialisation et entraîner des dépenses, et la valeur de la moindre opération de commercialisation peut s'en trouver réduite ou nulle si la date de sortie finale du jeu n'est pas proche de la date de sortie initialement prévue⁶². Si le développeur n'honore pas la date de livraison, le contrat pourrait, en fonction de la gravité du retard, prévoir des dispositions selon lesquelles tout paiement effectué en faveur du développeur pourrait être réduit, qu'il s'agisse d'une avance, d'une garantie ou d'une prime.

Le développeur devra non seulement livrer le jeu à temps selon le calendrier fixé, mais il devra aussi apporter des corrections au jeu pour résoudre les problèmes qui pourraient apparaître après la sortie du jeu, et fournir les mises à jour⁶³ et les services d'assistance qui pourraient aider les services d'assistance à la clientèle. Les parties peuvent arrêter ensemble une période pendant laquelle le développeur devra fournir ces services, étant donné que le développeur pourrait affecter le personnel de l'équipe de développement à d'autres projets. En même temps, le développeur a tout intérêt à fournir des services d'appui concernant le jeu vu que cela contribuera aux ventes futures.



Si un jeu est financé par un éditeur, des dispositions contractuelles pourraient aussi être prévues afin de couvrir le personnel clef qui travaille sur le jeu. Cette disposition garantit dans une certaine mesure à l'éditeur que le jeu remplira ses objectifs, en lui assurant que certaines personnes travailleront sur le jeu, à plein temps ou à temps partiel⁶⁴. Toute modification apportée à l'équipe clef doit être approuvée par l'éditeur⁶⁵.

Figure 3: Processus de développement des jeux sur console



2.2.8 Aspects financiers

Cette section du contrat constituera probablement le point de négociation le plus important tant pour le développeur que pour l'éditeur, étant donné qu'elle précisera les sommes que chaque partie devra dépenser et recevoir du fait du développement et de l'exploitation d'un jeu. Elle traitera d'un certain nombre de questions qui porteront sur les sommes que l'éditeur devra payer au développeur (avances, garanties, redevances), le calendrier des paiements et les modalités de calcul des redevances.

La rémunération versée par l'éditeur variera selon que celui-ci assure le financement du jeu ou la distribution du jeu uniquement. Si l'éditeur finance tout ou partie du développement, la rémunération sera généralement versée en deux fois, soit deux paiements intimement liés entre eux⁶⁶. Dans un premier temps, la rémunération prendra la forme d'avances récupérables⁶⁷ destinées à couvrir les coûts de développement suivant un calendrier d'étapes. Ces coûts varieront mais seront largement déterminés par l'envergure du projet. Dans un deuxième temps, le développeur pourrait prétendre à des redevances fondées sur les ventes du jeu.

Les paiements d'étapes effectués par l'éditeur seraient considérés comme des avances récupérables sur les redevances futures perçues sur les ventes qui devront être versées au développeur. Le développeur pourra recevoir les redevances⁶⁸ seulement après que l'éditeur a retranché les paiements d'étapes à la part des recettes nettes revenant au développeur, tel que cela est défini dans le contrat, ainsi que toute autre dépense convenue.

Si l'éditeur assure le financement du développement, les parties s'entendent en général sur un paiement d'avance récupérable au moment de la signature de l'accord dans le cadre du calendrier d'étapes, afin de permettre au développeur de commencer ses travaux concernant le jeu, ainsi que sur des paiements additionnels

fondés sur la livraison d'éléments spécifiques à l'éditeur. Par exemple, le deuxième paiement d'étape pourrait être réalisé au moment de la fourniture d'un descriptif de conception suivi de paiements additionnels à la livraison et à l'acceptation des versions alpha et bêta des jeux⁶⁹. Dans la plupart des cas où il convient de négocier des paiements d'étapes, l'éditeur effectuera des paiements à la fin du processus, étant donné que la plupart des éléments de projet à fournir doivent l'être vers la fin du cycle de développement; cela permet aussi de réduire le risque lié à l'investissement dans le cas où le développeur ne parviendrait pas à fournir un jeu acceptable.

Si un développeur compte sur plusieurs étapes pour financer le développement du jeu, il doit s'assurer d'avoir dûment planifier ses coûts de sorte que les paiements couvrent le développement du jeu, notamment les salaires des employés, les coûts liés aux biens sous licence et les actifs du jeu, et les frais généraux. En outre, le calendrier devrait prévoir un "coussin d'amortissement" pour faire face aux dépenses imprévues pendant le développement⁷⁰.

Si l'éditeur assure le financement du développement, le deuxième paiement prendra généralement la forme de redevances. Ces paiements correspondent en principe à un pourcentage convenu des recettes nettes tirées des ventes du jeu⁷¹.

Les recettes nettes sont calculées en additionnant toutes les recettes réellement perçues par l'éditeur⁷² grâce aux ventes du jeu (généralement appelées "recettes brutes")⁷³ puis en déduisant de celles-ci les dépenses convenues que l'éditeur a engagées pour la distribution et la commercialisation du jeu⁷⁴. Les parties devront s'entendre sur les déductions (qui dépendront en partie de la plateforme et des modalités de diffusion du jeu, en format physique ou numérique), mais elles pourraient notamment comprendre le coût des biens⁷⁵, les rabais⁷⁶, les produits endommagés, les dépenses de publicité, notamment les publicités conjointes⁷⁷, les remises, les remboursements, les crédits, les retours⁷⁸, la protection de prix⁷⁹, les coûts des fournisseurs de services⁸⁰, les frais d'expédition, les dépenses supportées par l'éditeur dans l'éventualité où le développeur n'est pas en mesure d'assurer les services requis conformément à l'accord⁸¹, ainsi que les taxes courantes⁸². Le taux de redevance du développeur est appliqué sur les recettes nettes afin de déterminer les sommes que l'éditeur versera au développeur.

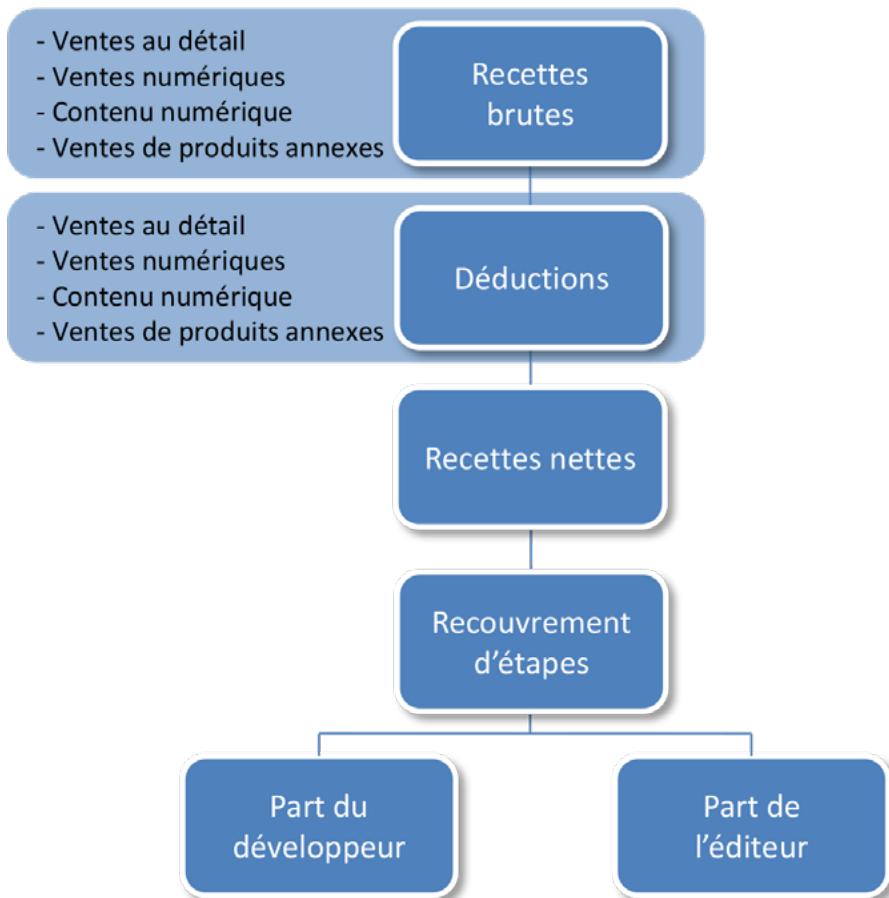
Les parties devront négocier le taux des redevances qui sera utilisé pour déterminer la part du développeur⁸³. Pour déterminer le taux des redevances, il faudra tenir compte d'un certain nombre de facteurs, notamment entre autres, du pouvoir de négociation des parties, des droits accordés, des coûts de développement, des droits de licence, des avances, des engagements de commercialisation, de l'expérience du développeur et des frais liés à la plateforme⁸⁴. En outre, plus l'engagement financier de l'éditeur est important, plus le pourcentage des redevances du développeur sera réduit.



Un développeur ne recevra une redevance qu'après récupération par l'éditeur de tous les coûts définis sur les recettes brutes et de toute somme versée au développeur pour les besoins du développement du jeu, qui sont déduites de la part des recettes revenant au développeur. Ce n'est qu'après récupération de ces coûts par l'éditeur que le développeur recevra des redevances éventuelles, en supposant que les recettes soient supérieures aux dépenses engagées.

Par exemple, l'éditeur verse au développeur une redevance récupérable de 1 million de dollars É.-U. selon un calendrier d'étapes déterminé pour le développement d'un jeu mobile. Suivant les termes du contrat, le développeur doit recevoir une redevance correspondant à 10% des recettes nettes tirées de toutes les recettes générées par le jeu mobile. L'éditeur dépense 100 000 dollars É.-U. en dépenses de commercialisation, qui peuvent être récupérées sur les recettes brutes.

Par exemple, après sa sortie, le jeu permet de réaliser des ventes d'un montant de 3,1 millions de dollars. Avant de déterminer le montant des redevances destinées au développeur, l'éditeur a le droit de retrancher les dépenses de commercialisation d'un montant de 100 000 dollars aux recettes brutes, ce qui permettra d'obtenir des recettes nettes d'un montant de 3 millions de dollars. Avec un taux de redevance à 10%, le développeur aurait droit à 300 000 dollars. Toutefois, étant donné que l'éditeur a versé 1 million de dollars sous la forme d'une redevance récupérable au développeur, l'éditeur, avant de verser toute redevance au développeur, serait autorisé à retrancher 300 000 dollars de la part du développeur et aurait toujours le droit de retrancher 700 000 dollars supplémentaires des redevances futures dues au développeur.

Figure 4: Répartition des recettes

Dans un accord de distribution, où l'éditeur assure tout au plus un financement minime, le développeur reçoit des recettes plus importantes que dans le cadre d'un accord de développement éditeur-développeur, dans la mesure où il finance le développement et prend en charge l'ensemble des risques initiaux. Le montant des recettes perçues par le développeur et le montant des droits reçus par l'éditeur dépendent essentiellement:

- (i) des fonds investis par le développeur pour développer le jeu;
- (ii) des services fournis par l'éditeur;
- (iii) des sommes fixées par l'éditeur pour le paiement de différents services (p. ex. coûts de fabrication, droits de licence de première partie, dépenses de commercialisation et de distribution);
- (iv) des engagements éventuellement pris par le développeur afin d'assumer des coûts supplémentaires liés à la distribution du jeu (dépenses de marketing);
- (v) des intérêts qu'ont les autres parties dans la distribution du jeu; et
- (vi) du pouvoir de négociation des parties.

Dans le cadre des négociations sur la part des recettes dévolue à chaque partie, l'éditeur et le développeur s'entendent en parallèle sur les dépenses à déduire des



recettes tirées de l'exploitation du jeu et sur l'ordre de ces déductions. En général, l'éditeur serait en premier lieu autorisé à retrancher les dépenses convenues (coûts de fabrication, protections de prix) sur les recettes brutes, puis à prélever les droits qui lui reviennent sur les revenus nets. Ensuite, les parties seraient autorisées à déduire toute autre dépense engagée pour la distribution et la commercialisation du jeu, toute somme résiduelle revenant au développeur.

Supposons par exemple que l'éditeur et le développeur s'entendent pour que l'éditeur prenne un pourcentage de 10% en échange des services fournis et avance tous les coûts liés à la fabrication des produits et aux droits de licence de première partie, qui seront déduits des recettes brutes. Les dépenses de commercialisation engagées par l'éditeur seront récupérées sur les recettes nettes après prélèvement des droits revenant à l'éditeur. Admettons que le jeu génère des recettes brutes d'un montant de 5 millions de dollars. Les coûts liés à la fabrication et aux licences s'établissent à 2 millions de dollars et les dépenses de commercialisation à 1 million. L'éditeur commencerait donc par déduire les coûts liés à la fabrication et aux licences des 5 millions de recettes brutes, ce qui donnerait un revenu net de 3 millions. Avec une rémunération à 10%, l'éditeur pourrait déduire 300 000 dollars du revenu net, et il resterait 2 700 000 dollars, desquels l'éditeur pourrait déduire les dépenses de commercialisation engagées pour 1 million. Le 1,7 million restant reviendrait au développeur. Dans certains accords de distribution, le développeur pourrait prendre en charge les dépenses de commercialisation.

Les négociations consisteront notamment à déterminer l'ordre dans lequel les coûts sont recouvrés si le développeur engage des dépenses liées à la distribution et à la vente, à l'exclusion des dépenses de développement. Certains coûts supportés par le développeur seront-ils récupérés avant certaines dépenses engagées par l'éditeur? C'est un point important si le jeu ne permet pas de générer des recettes suffisantes pour couvrir les coûts, puisque cela permettra de déterminer les gains ou les pertes éventuelles des parties.

Dans le cadre d'une compensation versée au développeur, celui-ci pourrait vouloir obtenir une garantie minimale de la part de l'éditeur en échange des droits. Une garantie est un paiement que l'éditeur effectue au bénéfice du développeur à l'expiration du contrat dans l'éventualité où le développeur n'aurait pas gagné les sommes garanties sur les recettes provenant des redevances et des avances, s'il y a lieu.

Du point de vue de l'éditeur, une telle garantie sera fondée sur un pourcentage des recettes prévisionnelles que l'éditeur entend dégager de l'exploitation du jeu⁸⁵. Elle est importante pour le développeur dans la mesure où elle assure, dans une certaine mesure, que l'éditeur maximisera les possibilités d'exploitation du jeu⁸⁶. D'autres facteurs seront pris en considération au moment de déterminer la garantie et les avances éventuelles, notamment:

- (i) le pouvoir de négociation des parties, déterminé par l'intérêt que manifestent d'autres éditeurs;
- (ii) les antécédents du développeur;
- (iii) les droits octroyés; et
- (iv) d'autres engagements (p. ex. en matière de commercialisation).

En ce qui concerne les accords de distribution, le développeur pourrait également demander une avance récupérable sous la forme d'un paiement unique ou de plusieurs paiements échelonnés tout au long du contrat, à l'occasion d'événements particuliers comme la signature du contrat, l'acceptation de la version maîtresse du jeu vidéo (*Gold Master*) par un fabricant de consoles ou la sortie du jeu vidéo. Le montant d'une avance potentielle varie en fonction d'un certain nombre de facteurs semblables à ceux utilisés pour déterminer le montant de la garantie, notamment le pouvoir de négociation des parties, l'intérêt que présente le jeu, les redevances et les sommes que l'éditeur pourrait avoir à engager dans le jeu.

Les retours sur ventes et les protections de prix jouent un rôle important dans le secteur lorsqu'il s'agit des versions commerciales du jeu. L'éditeur réclamera ainsi le droit de constituer une réserve qu'il pourra utiliser si les futures redevances ne sont pas à la hauteur des coûts supportés. Cette réserve équivaut à un pourcentage des redevances destinées au développeur qui est retenu par l'éditeur pendant une certaine période⁸⁷.

Par exemple, l'éditeur pourrait avoir versé des redevances au développeur sur la base des ventes du premier trimestre pour s'apercevoir plus tard qu'elles étaient trop importantes; l'éditeur pourrait en effet avoir à supporter des retours ou des protections de prix plus importants que prévus au deuxième trimestre. Les fonds réunis dans le cadre d'une réserve pourraient l'aider à résorber le déficit et à réduire le risque, au lieu de compter sur les redevances futures, qui pourraient s'avérer insuffisantes. Même si une telle réserve existe, il se peut que l'éditeur n'amortisse pas nécessairement ses coûts. Lorsqu'elles négocient une réserve, les parties doivent notamment s'entendre sur:

- (i) la taille de la réserve (généralement entre 10% et 25%)⁸⁸;
- (ii) les sommes sur lesquelles la réserve sera prélevée (recettes brutes ou redevances du développeur);
- (iii) la durée pendant laquelle la réserve peut-être bloquée avant d'être liquidée (de 6 à 12 mois, en général); et
- (iv) les coûts susceptibles d'être couverts par la réserve (protections de prix, retours, biens endommagés)⁸⁹.



2.2.9 Autres questions et paiements relatifs aux redevances

Dans certains cas, l'éditeur pourrait envisager la transaction de façon à ne verser la redevance qu'après avoir vendu un certain nombre d'unités du jeu, à un certain prix, au lieu de payer des redevances après amortissement des coûts convenus. Il déterminerait ses coûts et définirait un chiffre suffisamment élevé pour pouvoir amortir ses dépenses en termes de financement et d'exploitation du jeu et dégager un profit.

Par exemple, les parties conviennent que, si 200 000 unités de jeu sont vendues à un prix de gros de 39 dollars minimum, le développeur aura droit à une redevance pour toutes les unités de jeu vendues au-delà. Bien que cela puisse faciliter la comptabilité, cela crée d'autres problèmes. Premièrement, à quel prix le jeu doit-il être vendu pour donner lieu à des redevances? Il est fort probable que l'éditeur tienne compte du prix de gros initial puisqu'il calcule le nombre d'unités à vendre pour couvrir ses coûts, notamment de développement, de commercialisation et de vente. Deuxièmement, si le seuil de vente n'est pas atteint et, donc, que le jeu est vendu à un prix de gros inférieur, le développeur percevra-t-il des redevances? En outre, l'éditeur demandera la fixation de plusieurs taux de redevance pour les unités de jeu vendues au-delà du seuil, sur la base du prix de gros du jeu.

Dans de nombreux contrats, les taux de redevance changent selon le nombre d'unités de jeu vendues et le prix du jeu. Si un jeu se vend bien et atteint certains niveaux de ventes, les parties pourraient négocier un taux de redevance plus élevé pour les jeux dépassant certains seuils. Par exemple, le taux de redevance lié à un jeu pourrait être fixé à 10% pour 0 à 200 000 unités vendues, à 12% pour 200 001 à 500 000 unités, puis à 15% au-delà de 500 000 unités. Là encore, le prix de gros du jeu pourrait poser problème et le barème des redevances pourrait s'en trouver affecté.

Outre les paiements relatifs aux redevances, l'éditeur pourrait aussi accepter de verser des primes ou d'augmenter le pourcentage de redevance revenant au développeur en fonction de certains événements, par exemple, si le développeur livre le jeu plus tôt que prévu ou si le jeu atteint ou dépasse une note moyenne convenue sur la base des analyses du secteur⁹⁰.

2.2.10 Comptabilité et relevés

Dans tout accord prévoyant le paiement de redevances, il est essentiel pour la partie bénéficiaire de recevoir un relevé dans lequel l'éditeur indique les modalités de calcul des sommes versées au développeur. Ce relevé doit être formulé de manière claire et compréhensible de sorte que le développeur puisse en vérifier concrètement l'exactitude. Chaque déduction doit y figurer clairement afin que le développeur puisse confirmer leur validité en vertu du contrat.

Le relevé doit au moins présenter les recettes perçues par l'éditeur ainsi que les déductions effectuées par celui-ci pour déterminer les revenus du développeur. Chaque relevé doit également ventiler les recettes par territoire et plateforme, le cas échéant, et préciser le montant des recettes engrangées par l'éditeur. C'est important car certaines déductions peuvent n'être valables que pour certaines plateformes. En outre, si l'éditeur fixe des objectifs en matière de marketing⁹¹ ou de distribution⁹², le relevé doit indiquer à quoi les fonds ont été affectés, de façon à savoir si l'objectif de commercialisation a bien été atteint ou s'il le sera prochainement.

Dans la quasi-totalité des contrats d'édition, l'éditeur insiste pour pouvoir amortir ses investissements (en termes de développement et de coûts liés à l'exploitation du jeu) en regroupant les recettes provenant de toutes les sources d'exploitation du jeu. Cette disposition permet à l'éditeur de recouvrer ses coûts plus rapidement et de réduire ses risques. Par exemple, si l'éditeur engage séparément des dépenses de développement pour un jeu sur console et un jeu sur PC, il pourra regrouper toutes les recettes tirées de l'exploitation de ces deux plateformes avant de verser des redevances au développeur⁹³.

Les relevés seront généralement communiqués au développeur chaque trimestre, 30 à 60 jours après sa clôture, et chaque relevé vient accompagné des sommes dues au développeur. Selon la durée de certains contrats, l'obligation de l'éditeur de fournir un relevé tous les trimestres peut-être revue à la baisse car il est probable que les ventes diminuent vers la fin du contrat. Par conséquent, l'éditeur pourrait émettre des relevés sur une base semestrielle, et non trimestrielle, seulement, voire n'émettre aucun relevé si le jeu n'atteint pas un volume minimal de recettes pendant une période de six mois. Par exemple, si les recettes sont inférieures à 1000 dollars sur une période comptable donnée, l'éditeur ne sera pas tenu d'émettre un relevé tant que le volume des recettes n'excède pas 1000 dollars. Le développeur pourrait refuser cette disposition, dans la mesure où il est important pour lui de connaître les résultats, bons ou mauvais, du jeu surtout si l'éditeur récupère ses coûts sur la part du développeur.

2.2.11 Droits en matière d'audit

Dès lors qu'il existe une obligation de fournir un relevé, il est essentiel que la partie destinataire ait aussi le droit de vérifier les données pertinentes qui s'y trouvent. C'est le seul moyen pour le développeur de vérifier l'exactitude des calculs effectués par l'éditeur pour déterminer la part des recettes qui lui sont dévolues. Même si les coûts liés à la réalisation d'un audit des documents fournis par l'éditeur pourraient dissuader le développeur d'exercer ce droit aussi souvent que souhaité, à supposer que cela soit le cas, il importe qu'il ait au moins la possibilité de le faire.



2.2.11.1 Principes pour la réalisation d'audits

Pour éviter les audits potentiellement longs et coûteux, les parties devront définir les principes qui pourraient guider leur réalisation: nombre d'audits réalisables chaque année (en général, un par an); lieu (en général, les bureaux de l'éditeur); période (en général, durant les horaires de bureau); durée (un audit ne peut pas durer indéfiniment); documents susceptibles d'être examinés; et personne habilitée à mener l'audit⁹⁴.

Le développeur voudra s'assurer de savoir où les audits seront réalisés pour éviter toute surprise et toute dépense supplémentaire. Le développeur doit prévenir l'éditeur avant le début de l'audit dans un délai déterminé, de sorte qu'il ait suffisamment le temps de rassembler les documents nécessaires à l'examen. Parfois, l'éditeur pourrait avoir besoin de ressortir des archives pour trouver certains documents, un préavis de 10 à 30 jours sera donc nécessaire. En outre, les parties devront s'entendre pour déterminer les documents à fournir aux auditeurs du développeur ainsi que la durée de l'examen, car l'éditeur devra aussi consacrer du temps et des ressources à cet audit. Cette section du contrat donnera en général au développeur le droit d'examiner les documents concernant en particulier le calcul du montant des redevances gagnées grâce au jeu, y compris les documents concernant l'ensemble des ventes ainsi que les déductions autorisées⁹⁵. Si l'éditeur ne peut pas justifier les déductions, celles-ci ne seront pas comptabilisées. Cette limite permet d'éviter que le développeur ne sollicite des documents pouvant concerter les activités de l'éditeur sans pour autant être directement liés au jeu visé par l'audit.

En outre, les parties devront se mettre d'accord sur le choix de l'auditeur. Un éditeur exigera au moins que l'audit soit effectué par un comptable agréé. En outre, il pourra exiger que l'auditeur ne travaille pas sur la base d'éventualités⁹⁶ et qu'il soit issu d'un certain cabinet d'experts-comptables. L'éditeur voudra approuver dans une certaine mesure le choix de la personne qui conduira l'audit pour s'assurer de sa compétence et de son expérience dans le secteur et vérifier si elle a déjà travaillé pour un concurrent. Cette vérification assurera à l'éditeur que l'audit sera mené d'une manière qui soit efficace, professionnelle et profitable aux deux parties. Un auditeur qui connaît mal le secteur fera perdre du temps aux deux parties en demandant des informations inutiles.

2.2.11.2 Contester un relevé

L'éditeur insistera pour faire figurer dans le contrat une disposition limitant le délai pendant lequel le développeur peut contester un relevé. En général, sauf s'il y a fraude, le développeur ne pourra contester un relevé que pendant un ou deux ans à compter de sa réception. Passé ce délai, le relevé sera réputé définitif et accepté par le développeur. Cette restriction offre un certain confort à l'éditeur dans la mesure

où il ne sera pas obligé de ressortir des dossiers vieux de plusieurs années, dont la recherche peut-être difficile et chronophage. S'il est avéré que l'éditeur a surpayé le développeur, celui-ci sera tenu de restituer le trop-perçu ou l'éditeur sera autorisé à déduire cette somme des futurs paiements de redevances, selon ce que choisit l'éditeur.

Les questions liées à la contestation d'un relevé peuvent susciter d'autres complications. En cas d'erreur évidente (p. ex. une simple erreur de calcul), l'éditeur devra de l'argent au développeur et cela ne posera pas de problème. Mais dans la plupart des cas, les parties peuvent avoir un désaccord concernant les calculs et se demander si certaines déductions sont autorisées en vertu du contrat. Il devient en conséquence plus difficile de résoudre le problème. En tout cas, les auditeurs du développeur devront au minimum fournir à l'éditeur une copie du rapport d'audit, détaillant les écarts comptables, dans les délais impartis, et permettre à l'éditeur de donner suite aux allégations d'erreurs. En général, il suffit de fournir des explications sur les modalités de calcul de la part des recettes dévolues au développeur et des déductions pour trouver rapidement une solution. Parfois, le désaccord entre les parties persiste et elles doivent négocier une solution. Dans cette éventualité, l'éditeur demandera au développeur d'établir un quitus indiquant qu'aucune autre réclamation ne sera adressée à l'éditeur concernant les relevés visés par l'audit, de façon à éviter tout litige potentiel entre les parties à l'avenir.

2.2.11.3 Coûts d'audit

La disposition relative à l'audit devra également déterminer la partie qui aura la charge de l'audit. En général, il incombe au développeur de supporter le coût de l'audit dont il est à l'origine, mais cette charge revient à l'éditeur si l'audit révèle un moins-perçu de 5 à 10% en général.⁹⁷ L'éditeur pourrait aussi exiger que le moins-perçu atteigne un certain seuil. Par exemple, les parties pourraient s'entendre pour que l'éditeur assume le coût de l'audit si l'erreur de comptabilité atteint 10% ou plus et 5000 dollars au moins. Si l'une de ces deux conditions préalables n'est pas remplie, l'éditeur n'aura pas à payer l'audit.

2.2.12 Engagements de l'éditeur

En plus des paiements d'étapes effectués par l'éditeur à l'intention du développeur, les parties pourraient convenir d'obligations supplémentaires pour l'éditeur.

En général, l'éditeur s'occupera de gérer les relations et d'assurer la liaison avec les fabricants de consoles de première partie, les distributeurs numériques et les autres plateformes, notamment mobiles. Dans le cadre de cette responsabilité, l'éditeur testera le produit (assurance qualité) et soumettra aussi le jeu à des fabricants de matériel pour certification⁹⁸. Les frais associés à ces soumissions seront généralement avancés par l'éditeur (à moins que le développeur ne doive engager



d'autres frais en cas de soumission supplémentaire ou accélérée), puis ils seront récupérés sur les recettes tirées de la vente du jeu.

De plus, l'éditeur sera généralement responsable de la fabrication, de la commercialisation et de la vente du jeu, et cette responsabilité sera l'un des principaux critères sur lequel se fondera le développeur pour choisir l'éditeur et conclure un contrat – en supposant que plusieurs éditeurs soient intéressés. La capacité de l'éditeur à distribuer et à commercialiser le jeu vidéo sera déterminante pour contribuer aux ventes du jeu⁹⁹.

Selon les négociations entre les parties, le développeur tentera d'obtenir un engagement de l'éditeur en termes de commercialisation, surtout si les parties ne passent qu'un accord de distribution. Cette obligation exigerait de l'éditeur qu'il dépense une certaine somme ou qu'il s'engage dans certaines activités de marketing de consommation et/ou de commercialisation au détail. Cet engagement permettrait de garantir plus encore que le jeu est une priorité majeure pour l'éditeur. On peut cependant supposer que, si l'éditeur investit des sommes importantes pour le développement du jeu, il est déjà prêt à engager des dollars supplémentaires afin d'en soutenir la commercialisation.

Si l'éditeur doit consentir à un tel engagement, les parties devraient aussi s'entendre sur le moment où les fonds devraient être engagés (p. ex. dans les six premiers mois suivant la sortie du jeu). Par ailleurs, en fonction des droits territoriaux accordés, les parties doivent étudier la forme que prendra l'engagement en termes de commercialisation dans les différents territoires. En général, l'éditeur voudra être aussi libre que possible concernant les dépenses de commercialisation et fera valoir que, sur la base de son expérience, il a le droit de décider des modalités et du moment de ses dépenses.

Comme l'éditeur sera mieux placé que le développeur pour comprendre la situation du marché, l'éditeur sera chargé d'établir un plan de commercialisation et un budget marketing pour le jeu. Le développeur s'en remettra à l'éditeur, mais il tentera d'obtenir des droits d'approbation ou des droits de consultation sur les plans de commercialisation du jeu¹⁰⁰.

2.2.13 Déclarations et garanties

Si les déclarations et les garanties sont généralement négligées de tous, sauf des juristes qui négocient la transaction, elles constituent des dispositions essentielles de tout contrat établi entre des parties. C'est sur le contenu des déclarations et garanties formulées par une partie que l'autre partie se fonde avant de signer un contrat. Si ces déclarations et garanties ne sont pas présentes, cette autre partie peut refuser le contrat, étant donné qu'aucun élément ne vient garantir que l'autre partie concernée est titulaire des droits nécessaires à la conclusion d'un tel accord. Toute partie qui

n'aurait pas obtenu les garanties appropriées de la part de l'autre partie devrait ainsi assumer certains risques, qu'il serait peut-être plus sage de ne pas prendre et dont l'existence même pourrait remettre en cause le bien-fondé de la négociation du contrat. En sus de fournir des assurances à l'autre partie, les déclarations et garanties sont inséparables de la disposition relative à l'indemnisation (voir section ci-après). Toute inexactitude dans une déclaration ou une garantie pourrait porter atteinte au contrat et entraîner sa résiliation; d'où l'importance de libeller les déclarations et garanties avec précision. Lorsqu'une partie n'est pas en mesure d'énoncer par voie contractuelle certaines déclarations et garanties, le risque encouru par l'autre partie peut s'avérer trop élevé, ce qui peut faire échouer les négociations.

Le développeur comme l'éditeur sont tenus de prévoir diverses déclarations et garanties, celles des éditeurs dépendant souvent du pouvoir de négociation des parties. En effet, la plupart d'entre eux tentent de réduire leurs engagements et leur exposition au risque en limitant leurs déclarations et garanties.

S'agissant des déclarations et garanties principales, les éléments utilisés dans le jeu (contenu du jeu ou logiciels utilisés pour son développement) sont soit des œuvres originales, appartenant au domaine public, soit des œuvres sous licence, qui ne portent pas et ne porteront pas atteinte aux droits de tiers – droits d'auteur, marques, brevets, droit de publicité (droit d'exploiter son image à des fins commerciales) et droit au respect de la vie privée.

Lorsqu'un éditeur passe un contrat avec un développeur, il doit avoir la garantie que les supports utilisés ne porteront pas atteinte aux droits de tiers. Un problème lié aux droits pourrait non seulement entraîner des litiges potentiellement coûteux, mais également une décision de justice interdisant la distribution du jeu. En cas de menace de poursuites concernant des éléments de contrefaçon, le développeur devra non seulement assumer tout coût destiné à corriger le problème avec le tiers alléguant une infraction, mais également tous dommages et intérêts (bien qu'ils puissent être limités) encourus par l'éditeur au titre de la disposition relative à l'indemnisation.

Dans de nombreuses situations, l'éditeur peut s'engager à concéder une licence pour les éléments sur lesquels se fonde le jeu ou pour la musique. Dans ce cas, le développeur devrait exiger que la déclaration et la garantie confirment que les matériels sous licence ont été dûment obtenus; que la licence telle qu'utilisée dans le jeu ou les supports promotionnels ne portent pas atteinte aux droits de tiers; et que toute réclamation découlant des licences accordées peut donner lieu à indemnisation. En outre, lesdites déclaration et garantie devraient aussi couvrir tout nouvel élément créé par l'éditeur (hormis tout élément tel que fourni et approuvé par le développeur) aux fins du jeu ou des supports promotionnels.

Le développeur fournit des éléments à l'éditeur afin que ce dernier puisse créer des supports promotionnels et, s'il y a lieu, des emballages, mais si l'éditeur modifie ces



éléments ou les place dans un contexte qui pourrait porter atteinte aux droits de tiers, il devrait être placé face à ses responsabilités. Par exemple, si dans une campagne de promotion, un éditeur fait usage d'une musique sans y être autorisé, il devrait indemniser le développeur en cas de réclamation liée à l'utilisation de cette œuvre musicale, car une telle réclamation pourrait contrevenir aux déclarations et garanties de l'éditeur.

Chaque partie formule non seulement une déclaration et une garantie sur les droits de propriété intellectuelle liés au jeu, mais elle convient généralement aussi des garanties mutuelles suivantes: i) elle a le droit et elle est libre de conclure le contrat en question; ii) chaque partie est une société ou une autre personne morale valablement établie; iii) elle n'est partie prenante à aucun litige susceptible de compromettre l'un quelconque des droits attribués ou de l'empêcher de s'acquitter de l'une quelconque de ses obligations; iv) elle est en capacité d'honorer les obligations qui lui incombent en vertu du contrat; et v) elle n'a conclu aucun autre contrat qui pourrait entraver les droits conférés par le contrat visé.

Le développeur peut aussi être amené à déclarer et à garantir:

- (i) que le jeu ne contient ni code informatique, ni virus, ni cheval de Troie susceptible de perturber, d'endommager ou d'entraver le jeu, et ce, de quelque manière que ce soit, ni "œuf de Pâques¹⁰¹" susceptible de renfermer des contenus à caractère obscène ou pornographique ou tout autre contenu répréhensible;
- (ii) que toutes les personnes associées au jeu sont rémunérées pour leurs services et que l'éditeur est dégagé de toute obligation d'indemniser l'une quelconque des parties, sauf dispositions contraires convenues entre les parties;
- (iii) que toutes les personnes qui contribuent à l'élaboration du jeu accomplissent leurs services dans le cadre d'un contrat de louage ou qu'elles transfèrent l'ensemble de leurs droits dans le cadre du contrat de travail qui les lie pour réaliser le jeu;
- (iv) qu'il dispose de toutes les ressources et capacités techniques nécessaires pour remplir les obligations qui lui incombent en vertu du contrat;
- (v) qu'il dispose de la capacité et de la viabilité financières suffisantes pour honorer ses obligations;
- (vi) qu'il n'utilisera aucun logiciel gratuit ou libre qui pourrait soumettre l'une quelconque des parties du code du jeu à des obligations en matière de licence¹⁰².

En fonction du pouvoir de négociation des parties, certaines déclarations et garanties peuvent être absolues ou limitées. Le développeur peut nuancer ses déclarations et garanties en y ajoutant les termes "à sa connaissance". Par exemple, il peut convenir d'une clause qui affirme que, pour autant qu'il le sache, le logiciel du jeu ne contient

aucun virus. Par conséquent, pour l'éditeur, la présence inopinée d'un virus ne peut constituer un motif de non-respect du contrat. Toutefois, si un éditeur accepte des déclarations et garanties limitées, il peut néanmoins ajouter une clause selon laquelle toute limitation de la déclaration et de la garantie ne représente pas une limitation des obligations qui incombent au développeur en vertu des dispositions relatives à l'indemnisation.

De plus, le développeur devrait exiger que certaines déclarations et garanties comportent des exclusions, notamment celles qui concernent les éléments fournis au développeur par l'éditeur et pour lesquelles celui-ci demeure responsable. De même, si l'éditeur apporte des modifications aux éléments fournis par le développeur, lesdites modifications n'entreront plus dans le cadre des déclarations et garanties du développeur.

Les recettes générées par le jeu peuvent aussi faire l'objet d'une déclaration et d'une garantie. Compte tenu de leur imprévisibilité et étant donné que les redevances constituent parfois l'unique forme de paiement perçu par le développeur, un éditeur peut demander qu'il soit précisé dans le contrat qu'il ne garantit pas le montant des redevances, si tant est qu'il en existe.

D'ailleurs, il est généralement indiqué dans le contrat que le développeur reconnaît le caractère imprévisible et conjectural des ventes et qu'il s'interdit toute réclamation à l'encontre de l'éditeur en cas de ventes insuffisantes ou de recettes supplémentaires qui auraient pu être tirées du jeu. Ce point est d'autant plus important que le développeur s'attend à obtenir des redevances issues de la vente du jeu.

2.2.14 Indemnisation

La présente section porte sur l'indemnisation, une disposition qui n'intéresse en général que les juristes, sauf en cas de problème, mais qui, en cas de litige mettant en jeu un tiers, peut s'avérer très importante¹⁰³.

L'indemnisation veut que l'une des parties ("la partie indemnitrice" ou "l'indemnisateur") défende l'autre partie contractante ("la partie indemnisée" ou "l'indemnisé") contre toute réclamation portée par un tiers à l'encontre de la partie indemnisée. L'indemnisation s'applique, non pas lorsque le différend oppose les parties contractantes, mais uniquement lorsqu'un tiers intente une action en justice et nomme la partie indemnisée, et fort probablement, la partie indemnitrice, dans le différend. Par exemple, un développeur déclare et garantit que l'intégralité de la musique contenue dans le jeu est originale ou qu'il a dûment obtenu les licences y afférentes auprès d'un tiers. Néanmoins, ce tiers engage des poursuites à la fois contre le développeur et contre l'éditeur, puisque ce dernier assure la distribution du jeu. L'éditeur n'a peut-être pas été directement concerné par l'obtention des droits musicaux qui forment l'objet de la contestation. Cela étant, il distribue le jeu, et donc



pourrait enfreindre les droits d'auteur du propriétaire de la musique, car le titulaire des droits d'auteur est en droit de contrôler la distribution d'une œuvre protégée par le droit d'auteur. Dans ce cas, en vertu de la disposition relative à l'indemnisation, c'est au développeur de prendre en charge tous les dommages et intérêts, les honoraires d'avocat, les frais de justice et les arrangements financiers qui lui seraient imputés du fait du litige en cours.

La clause d'indemnisation sera rattachée aux déclarations et garanties, car un procès intenté par un tiers sera généralement associé à un non-respect de la déclaration et de la garantie, qui affirment que toutes les œuvres créées et utilisées par le développeur (autres que celles fournies par l'éditeur) ne portent pas atteinte aux droits de tiers. C'est la raison pour laquelle il est essentiel que le développeur soit attentif aux déclarations et aux garanties et qu'il réfléchisse à la possibilité de les limiter dans certaines circonstances. Une action en justice peut s'avérer extrêmement onéreuse. Les coûts de défense peuvent être considérables pour un petit développeur et une condamnation en dommages et intérêts peut le contraindre à cesser ses activités. En outre, il est impératif que le développeur obtienne des déclarations et des garanties de la part de l'éditeur et que ce dernier s'engage à indemniser le développeur en cas de réclamation, si celui-ci est cité dans un procès engagé à l'encontre de l'éditeur pour violation présumée de ses déclarations et garanties.

La disposition relative à l'indemnisation expose non seulement l'obligation pour une partie d'indemniser l'autre partie, mais également la procédure connexe, laquelle peut avoir des conséquences importantes pour les deux parties. Les points suivants figurent généralement dans la disposition:

1. La partie indemnisée doit dûment notifier l'action en justice à la partie indemnitrice; sans quoi cette dernière, si elle n'est pas désignée dans le procès, peut ne pas être au fait du litige éventuel.
2. Les parties décident si elles veulent que la violation présumée, ou uniquement la violation, soit couverte par la disposition relative à l'indemnisation. Une partie peut vouloir exclure cette notion de violation présumée du contrat si elle estime qu'elle s'expose à davantage de risques en l'incluant, quoiqu'elle puisse faire valoir qu'elle ne devrait pas être tenue responsable des coûts associés à une violation présumée commise par la partie indemnitrice.
3. La partie indemnisée voudra peut-être prétendre à des droits d'approbation, non seulement concernant tout arrangement financier — dans la mesure où tout arrangement pourrait affecter ses droits — mais également concernant le choix du cabinet d'avocats qui représente la partie indemnitrice. La partie indemnisée pourrait demander cette protection supplémentaire pour s'assurer de la compétence de l'avocat qui assiste les parties. Elle

pourrait risquer gros, notamment s'il y a des chances qu'elle perde ses droits de distribution et qu'elle soit redevable de dommages et intérêts.

4. La partie indemnisée voudra peut-être faire appel à son propre avocat, cependant elle devra s'acquitter des coûts y afférents, sauf s'il est chargé de défendre les deux parties.

2.2.15 Assurance¹⁰⁴

Conscients des coûts potentiels associés à un litige, et craignant qu'un développeur ne puisse honorer ses obligations d'indemnisation, les éditeurs peuvent exiger du développeur qu'il souscrive à une assurance "erreurs et omissions"¹⁰⁵. Cette assurance, qui exclut la fraude et l'infraction délibérée, couvre généralement les frais de procès ou l'arrangement financier consécutifs aux réclamations mettant en jeu des questions de propriété intellectuelle telles que l'atteinte au droit d'auteur et à la marque, ou des questions relatives aux droits à l'image et au respect de la vie privée.

Généralement, les éditeurs demandent au développeur:

Mantenga vigente un seguro con montos mínimos para cualquier tipo de reclamo;

- (i) Acuerde una franquicia que no supere cierto importe;¹⁰⁶
- (ii) Mantenga vigente la cobertura por un período de tiempo determinado;
- (iii) Designe al editor como coasegurado en la póliza; y
- (iv) Notifique al editor con al menos 30 días de anticipación si la póliza es cancelada.

Dans ce cas, si le développeur détient une assurance "erreurs et omissions"¹⁰⁷ et qu'une réclamation est faite à l'encontre de l'éditeur, la compagnie d'assurance devra assumer une partie des dommages et intérêts ou des arrangements financiers résultant du litige, la somme déboursée par l'assurance étant fonction de la franchise et des montants couverts par la police.

Par exemple, le développeur et l'éditeur sont poursuivis pour violation présumée du droit d'auteur concernant des éléments créés par le développeur pour les besoins du jeu. En vertu de la disposition relative à l'indemnisation, la charge de la défense ainsi que tous les dommages et intérêts ou arrangements financiers, y compris ceux qui sont encourus par l'éditeur, incombe au développeur. Supposons que la réclamation s'élève à 300 000 dollars et que la police d'assurance du développeur couvre un maximum de 500 000 dollars par réclamation et 1 million de dollars pour toutes les réclamations, avec une franchise de 100 000 dollars. Dans ce cas, si le développeur parvient à réduire les prétentions à 150 000 dollars, il réglera 100 000 dollars pour la franchise et la compagnie d'assurance versera les 50 000 dollars restants. Dans le cadre de leur police "erreurs et omissions", les compagnies d'assurance donnent en général des indications à la partie assurée sur le cabinet d'avocats qui représentera



le développeur. Elles peuvent aussi fournir des conseils sur le mode de règlement du litige, dans la mesure où cela pourrait permettre de réduire les sommes qu'elles pourraient avoir à débourser.

2.2.16 Mentions

Cette partie du contrat concerne les mentions du développeur et de l'éditeur dans le jeu vidéo. Pour le développeur, c'est une question importante car elle lui permet d'acquérir une visibilité auprès d'autres éditeurs et du consommateur. Par conséquent, les parties doivent négocier l'emplacement et la taille des caractères des mentions en fonction des restrictions imposées par le fabricant de consoles ou d'autres plateformes. Les indications relatives aux mentions peuvent dépendre de la relation entretenue entre l'éditeur et le développeur.

Si l'éditeur est le propriétaire du jeu et assure son financement, le développeur entendra s'assurer que le logo de son entreprise apparaisse avant le commencement du jeu, sur un écran distinct, pendant un temps défini et de manière aussi claire que la mention de l'éditeur. Le développeur souhaitera également que son logo figure sur tous les emballages et les supports de commercialisation, soit de manière aussi claire que le logo de l'éditeur, soit, si aucune mention n'est faite de l'éditeur, au moins de manière plus ostensible que toute autre mention présente sur l'emballage et les supports de commercialisation. Les emballages des jeux sur console étant de plus en plus petits pour qu'ils prennent moins de place dans les rayons, la surface disponible au dos de l'emballage est occupée par le nombre croissant d'entreprises fournissant des logiciels, des contenus sous licence, voire des offres promotionnelles. De ce fait, le développeur voudra veiller à ce que son nom soit correctement et ostensiblement mentionné sur l'emballage du jeu et les supports de commercialisation selon qu'il conviendra. Outre la présence de son logo, le développeur voudra s'assurer que les noms des collaborateurs et de tout autre tiers ayant un lien avec le jeu sont listés dans le jeu.

Lorsque l'éditeur n'assure que la distribution du jeu, la mention du développeur devrait être plus visible que celle de l'éditeur. Toutefois, si l'éditeur jouit d'une bonne notoriété, le fait, pour le développeur, de disposer d'un logo dont la taille est identique à celle de l'éditeur pourrait être un atout, la crédibilité du jeu pouvant s'en trouver renforcée.

2.2.17 Réparation en cas de résiliation pour motif valable et pour convenance

Tout contrat comprend également une section traitant des conséquences découlant d'une situation où une partie ne remédie pas à une violation patente du contrat. Cette section précise les obligations dévolues aux parties et la réparation qui pourrait être exigée en cas de violation du contrat par l'une ou l'autre des parties. Dans ce cas, la

partie défaillante ne satisfait pas à l'une de ses obligations contractuelles en vertu du contrat, ce qui autorise l'autre partie à mettre un terme à leur relation. La résiliation du contrat étant susceptible d'entraîner des conséquences majeures pour les deux parties, chacune d'entre elles essaiera de limiter les motifs de résiliation et demandera à pouvoir corriger tout manquement.

S'agissant du développeur, les motifs de violation fréquemment invoqués sont les suivants:

1. Incapacité à fournir un élément de projet satisfaisant;
2. Incapacité à fournir un élément de projet dans les délais impartis;
3. Non-respect d'une déclaration et d'une garantie;
4. Faillite¹⁰⁸.

S'agissant de l'éditeur, le développeur peut mettre fin au contrat pour les motifs suivants:

1. Incapacité à régler les avances, les garanties ou les redevances dues;
2. Incapacité à publier des états;
3. Violation d'une déclaration ou d'une garantie;
4. Non-respect de l'une quelconque des obligations;
5. Faillite.

Pour qu'une partie puisse invoquer une violation du contrat, la partie non défaillante doit, au préalable, en notifier l'autre partie. Si la partie défaillante présumée ne remédie pas à ladite violation dans un délai donné, elle sera réputée en infraction avec le contrat. Le délai de remédiation peut varier selon le type de violation en question. Par exemple, ce délai peut-être plus court en cas d'incapacité à fournir un élément d'étape ou en cas d'incapacité, pour l'éditeur, à effectuer un paiement d'étape. En revanche, pour remédier à d'autres violations (atteinte aux déclarations et aux garanties), il faudra peut-être plus de temps. En outre, ces délais peuvent se compter en jours ouvrables ou en jours civils. Dans certains cas, comme la faillite, le type de violation ne se prête pas à l'établissement d'un délai de remédiation et, quel que soit le délai, la partie défaillante ne pourra pas remédier à la violation.

Si la violation patente demeure, la partie non défaillante a le droit de résilier le contrat et éventuellement d'engager une action en réparation. La réparation dépend de la partie défaillante et du type de manquement. La pire des violations au contrat qui pourrait être reprochée au développeur pourrait être le non-respect des étapes clefs définies dans le calendrier de livraison. Si le développeur ne peut pas fournir une prestation acceptable dans le délai convenu, et à moins que les parties ne révisent



le calendrier de livraison, l'éditeur résiliera le contrat et cherchera à obtenir le remboursement de toutes les avances versées. Par ailleurs, en fonction du stade de conception du jeu, il pourrait exiger d'accéder au code source original afin de pouvoir envisager de faire appel à un développeur tiers et de tenter de terminer le jeu.

Quelquefois, l'éditeur insistera pour que le code développé au cours de la conception du jeu lui soit transmis ou placé sur un compte-séquestre, dans le cas où il aurait à terminer le jeu si le développeur venait à faillir à ses obligations contractuelles.

Sur le papier, cette disposition peut apparaître comme une réponse possible, mais le développeur peut se montrer réticent à fournir le code à l'éditeur ou à un tiers, car il peut estimer qu'il s'agit d'un secret d'affaires. Qui plus est, selon le type de jeu et la complexité du code source, il serait irréaliste de supposer que l'éditeur ou un tiers puisse comprendre le code et parvenir à terminer le jeu.

En cas de violation patente par l'éditeur, et lorsque celui-ci a investi dans la conception du jeu, il s'attachera à faire libeller une clause qui empêche le développeur de requérir des mesures conservatoires à son égard. En effet, un éditeur qui a injecté des fonds dans la création du jeu voudra éviter que son investissement soit compromis par une violation patente qui pourrait entraîner le retrait du jeu de la distribution. En conséquence, le contrat peut indiquer que, en cas de violation patente par l'éditeur, la seule et unique réparation du développeur se traduira par le versement d'une indemnité pécuniaire.

La clause de la limitation de la responsabilité est une clause majeure, rattachée à la disposition relative à la résiliation et à la réparation. Elle est liée au type de dommages et intérêts susceptibles d'être octroyés à une partie non défaillante ainsi qu'aux sommes qu'elle peut requérir. Compte tenu de la portée d'une limitation des droits de l'une des parties, la clause sera rédigée en caractères gras et en lettres majuscules pour souligner son importance.

Dans cette section, les dommages et intérêts excluront généralement les dommages et intérêts indirects (le manque à gagner), spécifiques et punitifs (imputés à la partie défaillante pour la sanctionner pour les actes commis et la dissuader de recommencer). De plus, les parties ont la possibilité de limiter le montant total de ces dommages et intérêts. En principe, l'éditeur exigera le plafonnement des sommes à verser au développeur. De son côté, le développeur pourra s'efforcer de limiter les dommages et intérêts en fonction des sommes reçues.

En règle générale, la limitation de responsabilité n'est pas absolue et le plus souvent, les parties prévoiront des exceptions aux limites. Dans la plupart des contrats, ces limites ne couvrent pas les violations de la clause de confidentialité, les obligations de l'une ou l'autre des parties en vertu de la disposition relative à l'indemnisation et les négligences graves. Une violation de la confidentialité pourrait conduire à la divulgation des secrets d'affaires d'une partie, dont la valeur pourrait être supérieure

à tous dommages et intérêts reçus par la partie non défaillante. De plus, une partie non défaillante ne voudra pas assumer d'éventuels dommages-intérêts pour toute décision, ou tout arrangement, résultant de l'application de la disposition relative à l'indemnisation qui excéderait le plafond défini par la limitation de responsabilité.

Au vu des risques et des incertitudes qui entourent le développement du jeu, l'éditeur voudra peut-être disposer du droit de résilier le contrat librement (ce que l'on appelle communément "résiliation pour convenance"). Il peut en effet estimer que le jeu ne prend pas la tournure prévue, quand bien même le développeur fournit des éléments conformes au descriptif, et respecte le calendrier d'étapes et les délais de livraison. Au départ, le concept peut satisfaire toutes les parties, mais une fois réalisé, il peut ne pas correspondre aux attentes de l'éditeur. Compte tenu des sommes qu'il faudrait encore payer pour le développement et, à terme, pour la fabrication, la commercialisation et la distribution, et de la perte de débouchés qu'entraînerait une réaffectation des ressources, l'éditeur peut estimer qu'il n'est pas justifié de poursuivre les investissements dans le jeu. Par conséquent, une résiliation pour convenance permet à l'éditeur d'interrompre les travaux de développement du jeu et de verser une somme forfaitaire finale au développeur qui tient lieu d'indemnité de rupture. Celle-ci est prédéfinie et versée au développeur au moment où l'éditeur décide de résilier le contrat. En principe, le développeur est autorisé à conserver toutes les sommes déjà perçues pour les travaux de développement et à bénéficier également des sommes qui lui sont dues pour l'étape en cours au moment où l'éditeur a décidé de mettre fin au contrat. Dans certains contrats, l'indemnité de rupture peut inclure d'autres paiements, notamment d'éventuels paiements d'étapes supplémentaires. De surcroît, le développeur devrait tenter de conserver le code source, même si le contrat prévoit initialement que le code appartient à l'éditeur. Par ailleurs, il devrait exiger que tous les droits afférents au jeu lui reviennent afin qu'il puisse essayer de trouver un autre éditeur. Si un éditeur consent à restituer ces droits, il pourrait insister pour obtenir une forme de compensation destinée à couvrir les dépenses qu'il a précédemment engagées pour le développement du jeu, dans l'éventualité où le développeur conclurait un contrat avec un autre éditeur.

2.2.18 Droit applicable et juridiction compétente

La clause concernant le droit applicable et la juridiction compétente est souvent négligée dans un contrat, pourtant elle est fondamentale pour l'ensemble du contrat. Elle donne des indications sur le droit interne qui régira l'interprétation du contrat (p. ex. droit chinois ou droit français) et, en particulier, sur la juridiction nationale compétente. Il n'est pas rare que le droit applicable et la juridiction compétente relèvent d'un même pays (p. ex.: droit français applicable et juridiction française compétente), mais cette pratique n'est pas universelle. Certaines entreprises voudront peut-être faire en sorte que le droit ou la juridiction dont relève un contrat soient neutres. Par exemple, dans le monde des affaires, il est assez courant que



les contrats mentionnent le droit ou la juridiction du Royaume-Uni, car cet État est considéré comme une juridiction neutre et doté d'un système juridique réputé. Dans la pratique, le choix du droit applicable et de la juridiction dépend souvent du pouvoir de négociation des parties et la partie dominante spécifiera les conditions qui lui sont le plus favorables.

Au moment de rédiger la clause concernant le droit applicable et la juridiction compétente, il est important d'être précis quant aux pays ou régions qui seront visés par la clause. Par exemple, il est inadéquat de parler de "droit américain". Il convient davantage de se référer au droit de l'État concerné (le droit de l'État de Californie et celui de l'État de Washington sont de loin les plus utilisés dans les contrats conclus au sein de l'industrie occidentale des jeux vidéo, car nombre d'entreprises du domaine y sont implantées). De même, l'expression "droit britannique" a peu de sens (on doit préciser s'il s'agit de droit anglais, écossais ou nord-irlandais), de même que l'expression "droit chypriote" (en raison de l'existence de deux républiques chypriotes).

2.2.19 Règlement des différends

La question du mode de règlement des différends est étroitement liée à celle du choix du pays ou des pays compétents en matière d'interprétation et de respect du contrat. Les parties privilégient souvent le recours aux tribunaux (dotés d'une compétence exclusive ou non exclusive) du pays dont le droit régit le contrat, et ce quel que soit le différend.

Néanmoins, certaines parties voudront peut-être prévoir d'autres mécanismes de règlement des différends. Par exemple, les parties peuvent être tenues de mettre en œuvre une procédure informelle de règlement des différends (pourparlers entre les directeurs généraux concernés ou d'autres représentants pendant une période donnée) ou une procédure de médiation formelle faisant intervenir un médiateur spécialisé. Toutefois, en dernier ressort, il faudra dans les deux cas recourir aux tribunaux.

L'arbitrage représente une solution à part entière. En termes simples, l'arbitrage est un processus de règlement des litiges dans lequel les parties peuvent décider de toutes les modalités de règlement des différends: personne(s) chargée(s) de trancher le différend (il peut y avoir plusieurs arbitres), lieu de l'arbitrage, droit et règles applicables, date d'arbitrage, etc. En outre, la procédure d'arbitrage est en général confidentielle (à la différence d'une procédure judiciaire qui est publique). Elle offre ainsi une alternative intéressante à la procédure judiciaire. Cependant, on ne peut pas dire que l'une de ces solutions est meilleure que l'autre. En effet, le mode de règlement des différends choisi dépendra beaucoup de la transaction en question et de l'attitude des parties.

En dernier lieu, il convient de garder à l'esprit que, même dans les cas où il existe une clause qui définit clairement le droit applicable, la juridiction compétente et la procédure de règlement des différends, si un conflit apparaît entre les parties, le gagnant devra recouvrer ses créances auprès du perdant. Ce processus peut se faire sans difficulté si le perdant est en mesure de payer les dommages demandés. Dans le cas contraire, s'il ne peut pas payer ou refuse de le faire, le gagnant peut avoir à faire un choix désagréable entre: tenter de recouvrer ses créances sur les actifs de l'autre partie (une démarche qui peut sous-entendre des déplacements internationaux pour saisir des tribunaux étrangers et s'avérer coûteuse en termes de temps et d'argent) et passer tout ou partie de ses créances par pertes et profits.

Par conséquent, pour passer en revue l'ensemble des sections du contrat consacrées à la répartition des risques, au droit applicable et au règlement des différends, il est nécessaire de connaître les capacités financières des parties et de localiser leurs ressources, étant donné que ces facteurs matériels détermineront leur façon d'aborder ces clauses.

2.2.20 Autres dispositions

Le contrat d'édition contiendra aussi des dispositions types, telles que définies au chapitre 11, ainsi qu'une section sur la confidentialité. Si un accord de confidentialité distinct a déjà été signé par les parties, la disposition relative à la confidentialité reprendra le texte dudit accord. En son absence, cette disposition figurera uniquement dans le contrat.

2.2.21 Éditeur: un rôle en mutation

Depuis l'avènement des plateformes de nouvelle génération, les éditeurs jouent un rôle déterminant dans l'industrie, en assurant le financement et l'édition des jeux, en établissant des liens avec les détaillants et en créant des infrastructures qui permettent au jeu de passer du concept à la vente au détail. Mais ce rôle est en train d'évoluer car d'autres façons de jouer s'offrent de plus en plus aux consommateurs et les développeurs indépendants ont davantage de possibilités de traiter directement avec des distributeurs numériques et mobiles et de réduire ainsi leur dépendance à l'égard des éditeurs. L'ampleur de cette évolution dépendra de la capacité des développeurs indépendants à financer, commercialiser et distribuer leurs produits. En attendant, si aujourd'hui les éditeurs ne jouent plus un rôle aussi significatif pour la communauté des développeurs qu'auparavant, ils apportent toujours une contribution importante à l'industrie via le financement et l'édition de projets, notamment de titres haut de gamme.



2.3 SCÉNARIO 1: Questions que doit se poser le développeur lorsque l'éditeur est titulaire des actifs de propriété intellectuelle concernant le jeu

Questions que doit se poser le développeur lorsque l'éditeur est titulaire des actifs de propriété intellectuelle concernant le jeu	
I. Technologie	<ol style="list-style-type: none">Qui sera propriétaire de la nouvelle technologie et du code créé par le développeur?Si le code appartient à l'éditeur, le développeur sous-aura-t-il le droit d'utiliser ce code pour d'autres projets? Y sous-aura-t-il des restrictions quant à son usage par le développeur?Si l'éditeur est autorisé à utiliser le code appartenant au développeur dans des produits futurs, le développeur sous-aura-t-il droit à des redevances?Si le développeur est propriétaire du nouveau code ou de la nouvelle technologie, des restrictions seront-elles imposées au développeur?
II. Livraison des produits	<ol style="list-style-type: none">Le calendrier d'étapes indique-t-il clairement ce que l'éditeur attend de chaque étape?Si le calendrier d'étapes est revu, le développeur devra-t-il fournir plus de travail? Quelle compensation sera donnée au développeur? Quelle conséquence pour le calendrier d'exécution?Les procédures d'approbation et de refus sont-elles clairement énoncées?Que se passe-t-il en cas de refus d'un élément de projet?Si un élément de projet est refusé, le développeur sera-t-il rémunéré pour cette étape?Quel sera le rôle de l'éditeur dans la supervision du développement du jeu?Que se passe-t-il en cas de désaccord sur l'orientation du développement du jeu? L'éditeur sous-aura-t-il le droit de résilier le contrat?
III. Paiement	<ol style="list-style-type: none">Comment les paiements d'étape seront-ils définis?Comment le montant des redevances sera-t-il déterminé?Quels coûts seront déduits des recettes brutes avant que le développeur puisse percevoir des redevances?Des déductions seront-elles retranchées des recettes brutes ou de la part des recettes dévolue au développeur?Comment et quand l'éditeur rendra-t-il compte des ventes au développeur?Le développeur sous-aura-t-il le droit de vérifier les relevés?
IV. Projets futurs, service d'assistance et nonconcurrence	<ol style="list-style-type: none">À l'avenir, le développeur pourra-t-il travailler sur des projets inspirés du jeu? Le cas échéant, quelle procédure permettrait au développeur de travailler sur le projet?Quel type d'assistance l'éditeur demandera-t-il une fois le jeu finalisé? Le développeur devra-t-il travailler sur des mises à jour ou du contenu supplémentaire?Des clauses de non-concurrence seront-elles prévues pour limiter la capacité du développeur à travailler sur des jeux similaires pendant un certain temps?

V. Déclarations, garanties et indemnisation

1. Quelles assurances chaque partie devra-t-elle donner à l'autre partie en vertu des déclarations et garanties?
2. Les déclarations et garanties doivent-elles être absolues ou peut-il y avoir des exceptions?
3. Quelles responsabilités le développeur devra-t-il prendre dans le cadre de son obligation d'indemnisation?
4. Si le développeur est poursuivi pour violation d'une déclaration ou d'une garantie, sera-t-il en mesure d'assurer sa défense?
5. Le développeur devra-t-il souscrire à une assurance "erreur et omissions"? Même si ce n'est pas exigé, le développeur devra-t-il souscrire à une telle assurance?
6. Le développeur devrait-il s'assurer contre une éventuelle revendication de brevet?
7. L'assurance "erreur et omissions" du développeur peutelle être visée par la police d'assurance de l'éditeur?

VI. Mentions

1. De quel type de mentions le développeur bénéficier-a-t-il? Le logo et le nom du développeur figureront-ils sur les emballages? Le cas échéant, où sera-t-il placé?
2. Le logo du développeur apparaîtra-t-il dans le jeu? Sur les supports de promotionnels?
3. Quelle place occupera la mention du développeur sur les supports promotionnels?

VII. Résiliation de contrat

1. Quels motifs l'une ou l'autre des parties aura-t-elle le droit d'invoquer pour résilier le contrat en cas de violation?
2. Quels actions ou manquements seront considérés comme des violations patentées du contrat?
3. Un droit de remédiation sera-t-il prévu et quelle sera sa durée en cas de violation patente du contrat?
4. Que se passe-t-il si l'éditeur dénonce une violation et qu'un différend en résulte, peu importe si l'infraction a eu lieu ou pas?
5. Que se passe-t-il en cas de violation? Quelles sont les voies de recours?
6. À qui appartiennent les actifs de propriété intellectuelle si l'éditeur commet une violation?
7. L'éditeur sera-t-il autorisé à résilier le contrat sans motif valable avant que le jeu vidéo ne soit terminé? Le cas échéant, quelles seront les obligations de l'éditeur envers le développeur?
8. Si les parties ne peuvent régler un différend, comment faire le résoudre? Où le régler? Les parties devront-elles saisir les tribunaux ou un arbitrage est-il envisageable?
9. Les parties seront-elles en droit de récupérer les honoraires d'avocat en cas de litige?
10. Une partie peutelle limiter sa responsabilité si une réclamation est formée par l'autre partie? Le cas échéant, quelle méthode de calcul sera appliquée?



2.4 SCÉNARIO 2: Questions concernant un accord de distribution seulement

Questions concernant un accord de distribution seulement

I. Envisager de travailler avec un éditeur

1. Pourquoi envisager de travailler avec un éditeur?
2. Quels services peut-il fournir?
3. Quel est l'état des relations de l'éditeur avec les premières parties?
4. Quels sont les antécédents de collaboration de l'éditeur avec d'autres développeurs pour la distribution de produits?
5. L'éditeur et le développeur ont-ils des stratégies communes quant à la distribution et à la commercialisation du jeu?

II. Concession de droits

1. Quels droits le développeur accorde-t-il à l'éditeur (plateformes, territorialité, durée)?
2. Que se passe-t-il si l'éditeur ne parvient pas à sortir le jeu dans un pays donné ou une région particulière?
3. Qui contrôlera les droits de distribution numérique?
4. Quels droits d'approbation le développeur sous-aura-t-il sur la distribution et la commercialisation du jeu?
5. Que se passe-t-il si un désaccord survient concernant les décisions de l'éditeur? À qui revient la décision finale?

III. Obligations des parties et questions relatives à la livraison

1. Qu'est-ce que le développeur devra livrer à l'éditeur, et quand?
2. Dans quelles langues le jeu sera-t-il localisé et quels éléments seront localisés?
3. Que se passe-t-il si un problème survient avec la livraison du jeu?
4. Que se passe-t-il si la livraison prend du retard? Un retard de livraison sous-aura-t-il une incidence sur les obligations de paiement de l'éditeur?
5. Quelles sont les obligations de l'éditeur?
6. Qui sera responsable du marketing? Faudra-t-il consacrer un certain budget au marketing?
7. Quelle partie sera responsable des classifications et des évaluations?
8. Qui contrôle les stocks?
9. Quels renseignements devront être fournis par l'éditeur lors de la soumission d'une stratégie de commercialisation et de vente? Quand faudra-t-il fournir ces stratégies?
10. Que se passe-t-il si l'éditeur ne parvient pas à diffuser un jeu sur un territoire donné?

IV. Aspects à considérer

1. L'éditeur verse-t-il une avance ou une garantie relative aux droits? Le cas échéant, quand ces paiements sont-ils effectués?
2. Une note attribuée par Metacritic à un jeu donne-t-elle lieu à une prime pour le développeur ou à une diminution de la garantie dont il bénéficie?
3. Quelle rétribution l'éditeur reçoit-il en échange de ses services?
4. Quels coûts l'éditeur assumera-t-il?
5. Quels coûts l'éditeur sera-t-il autorisé à déduire avant de verser des redevances au développeur? Ces déductions seront-elles plafonnées?
6. Dans quel ordre les déductions seront-elles prélevées?

- | |
|---|
| 7. Que se passe-t-il si l'éditeur n'est pas en mesure de recouvrer ses coûts? |
| 8. Quand conviendra-t-il de communiquer au développeur les relevés correspondant aux paiements? |
| 9. Quelles informations seront incluses dans chaque relevé? |
| 10. De quels droits le développeur bénéficiera-t-il concernant les audits? |

V. Déclarations, garanties et indemnisation

- | |
|--|
| 1. Quelles assurances chaque partie devra donner à l'autre partie en vertu des déclarations et garanties? |
| 2. Quelles responsabilités chaque partie devra-t-elle prendre dans le cadre de son obligation d'indemnisation? |
| 3. Les déclarations et garanties doivent-elles être absolues ou peut-il y avoir des exceptions? |

VI. Mentions

- | |
|---|
| 1. Le nom du développeur sera-t-il mentionné? Le cas échéant, à quel endroit? |
|---|

VII. Résiliation

- | |
|--|
| 1. Quels motifs l'une ou l'autre des parties aura-t-elle le droit d'invoquer pour résilier le contrat en cas de violation? |
| 2. Un droit de remédiation existe-t-il et quelle sera sa durée? Les délais de remédiation varient-ils en fonction de la violation? |
| 3. Que se passe-t-il en cas de violation? Quelles sont les voies de recours? |
| 4. Si les parties ne peuvent résoudre leur différend, comment procéder pour le régler? Où le régler? Les parties devront-elles saisir les tribunaux ou un arbitrage est-il envisageable? |
| 5. Les parties seront-elles en droit de recouvrer les honoraires d'avocat en cas de litige? |
| 6. L'une ou l'autre partie peut-elle limiter sa responsabilité en cas de réclamation? Le cas échéant, dans quelle mesure? |



2.5 SCÉNARIO 3: L'éditeur aide à financer un jeu fondé sur un concept du développeur

L'éditeur aide à financer un jeu fondé sur un concept du développeur

I. Concession de droits

1. Qui détient les droits du jeu? Qui détient les droits du code et de la technologie utilisés pour créer le jeu?
2. Si le développeur est propriétaire des actifs de propriété intellectuelle, quels droits seront accordés eu égard aux plateformes, à la durée et au territoire?
3. L'éditeur accordera-t-il des sous-licences? Le cas échéant, quel impact sur les aspects économiques du contrat?

II. Œuvres dérivées

1. Quelles conditions générales faudra-t-il envisager si les droits relatifs à une première négociation et à un dernier refus sont inclus dans le contrat?
2. Qu'est-ce qui donne lieu à un droit à première négociation et à dernier refus?

III. Autres questions

1. Aspects à considérer par l'éditeur, livraison, calendrier d'étapes, obligations, déclarations et garanties, paiements, mentions et résiliation: voir les scénarios ci-dessus.

CHAPITRE 3

LA PROPRIÉTÉ INTELLECTUELLE DANS L'INDUSTRIE DU JEU VIDÉO¹⁰⁹

3.1 L'importance de la propriété intellectuelle

De toutes les branches du droit, celle qu'un développeur ou un éditeur de jeux vidéo a le plus d'intérêt à bien appréhender est la propriété intellectuelle. Les règles de ce droit jouent en effet un rôle essentiel dans tous les contrats de développement, de travail, de distribution, de publicité ou de licence qui sont conclus dans l'industrie du jeu vidéo. À l'instar du bois ou de la pierre pour une maison, la propriété intellectuelle est de loin l'élément constitutif dominant d'un jeu vidéo.

Les lois relatives à la propriété intellectuelle ont pour objet de protéger les développeurs de jeux et leur travail de création. Elles sont là pour dissuader les pirates et les concurrents de s'approprier leurs œuvres et de les exploiter sans les rémunérer.

Qu'achète-t-on lorsque l'on fait l'acquisition d'un jeu vidéo? Autrefois, avant l'ère de la distribution numérique, il y avait des magasins où l'on vendait des ordinateurs et des jeux vidéo. Les gens se rendaient physiquement, en voiture ou à pied, dans ce que l'on appelait alors une boutique vidéo, d'où ils ressortaient avec une boîte contenant un manuel et un disque compact dont la valeur, au prix des matériaux, était inférieure à 5 dollars. Comment se fait-il, dans ces conditions, que les clients se laissaient convaincre de payer 60 ou 70 dollars pour un simple "jeu"? Ce qui conduit un acheteur à dépenser cet argent, et même à le faire avec grand plaisir, c'est qu'au-delà du produit proprement dit, il lui est proposé une "expérience" de divertissement. Et pour qu'il puisse en jouir en toute légalité, une licence d'utilisation limitée lui est accordée sur le code informatique sous-jacent, le manuel d'utilisation, le conditionnement, le titre, les graphismes, la musique, le scénario, l'univers, le logiciel médiateur et la conception visuelle du jeu, qui sont tous des objets de propriété intellectuelle.

Alors que se dessine la prochaine génération de consoles et que se multiplie le nombre de grandes plateformes telles que réseaux sociaux, tablettes et mobiles, les sommes consacrées au développement de jeux vidéo sont appelées à croître plus que jamais. Cela s'inscrit dans une tendance qui ne s'est jamais démentie depuis la naissance du jeu vidéo et se poursuivra, selon toute probabilité, pour les prochaines générations. Les dépenses et la durée de travail nécessaires à l'élaboration de certains grands titres du jeu vidéo sont déjà équivalentes, voire supérieures, aux budgets et au temps de production de l'industrie du cinéma¹¹⁰. Cette évolution a pour conséquence qu'il devient de plus en plus important de protéger ces investissements croissants face à la concurrence et au piratage. Savoir tirer le meilleur parti des droits



de propriété intellectuelle liés aux jeux vidéo afin de récupérer les coûts exposés et générer des bénéfices est tout aussi essentiel. Ces affirmations peuvent paraître simplistes, mais les questions qu'elles soulèvent et les stratégies qui en découlent n'en sont pas moins complexes.

La propriété intellectuelle est un enjeu à forte charge émotionnelle dans la communauté des logiciels, et notamment dans celle des développeurs de jeux. Un grand nombre de leurs membres sont favorables aux logiciels libres et opposés à la protection des logiciels par brevet, aux brevets en général, voire à la notion même de propriété intellectuelle. De toute évidence, ces points de vue ont un certain poids, et font l'objet de vifs débats aux plus hauts niveaux politiques et législatifs dans le monde entier. En tant qu'outil éducatif et de référence, le présent chapitre a toutefois vocation à être un guide concernant les questions juridiques telles qu'elles sont, en leur état *actuel*, et non celui vers lequel elles pourraient ou *devraient* évoluer.

Quelles que soient les controverses sur la question, tout le monde s'accorde à reconnaître qu'il est possible d'améliorer le système de la propriété intellectuelle et que celui-ci n'est pas statique. Il faut ajouter qu'il s'agit actuellement d'un système complexe. Certains de vos concurrents en connaissent tous les détails et vont essayer de l'utiliser contre vous. C'est pourquoi il est essentiel de comprendre le cadre juridique actuel de la propriété intellectuelle, tant au niveau national et régional qu'international¹¹¹.

Eu égard à la multiplicité des normes juridiques internationales de propriété intellectuelle, le présent chapitre se concentre principalement sur la législation des États-Unis d'Amérique pour illustrer la manière dont est régie l'industrie du jeu vidéo. Des éclairages issus de la législation européenne ou de celles d'autres pays sont également apportés chaque fois que possible. Soulignons ici qu'en raison de leur caractère transdisciplinaire, les jeux vidéo soulèvent un certain nombre de questions et de défis, particulièrement en matière de propriété intellectuelle. S'agissant du droit d'auteur, si l'article 2 de la Convention de Berne offre une base solide concernant leur admissibilité à la protection par ce droit, il reste que les jeux vidéo sont des œuvres de l'esprit complexes, pouvant être composés d'une pluralité d'œuvres protégées par le droit d'auteur¹¹².

Le tableau 3 ci-dessous s'efforce de présenter une vue synthétique de ces concepts et du contenu du présent chapitre en énumérant à titre d'exemple les différents éléments d'un projet de jeu et le type de droit de propriété intellectuelle utilisé pour protéger chacun d'eux.

Tableau 3 : Projet de jeu et droit de la propriété intellectuelle

Droit d'auteur	Droit des secrets d'affaires	Droit des marques	Droit des brevets
<ul style="list-style-type: none"> • Musique • Code • Scénario • Personnages • Graphismes • Conception du conditionnement • Conception du site Web 	<ul style="list-style-type: none"> • Listes de diffusion (clients) • Informations en matière de prix • Contacts de l'éditeur • Contacts concernant les logiciels médiateurs • Contacts du développeur • Outils de développement internes • Clauses du contrat 	<ul style="list-style-type: none"> • Dénomination commerciale • Logo commercial • Titre du jeu • Sous-titre du jeu • "Phrases fétiches" reconnaissables comme étant liées à un jeu ou à une entreprise 	<ul style="list-style-type: none"> • Éléments créatifs du fonctionnement ou de la conception du jeu • Innovations techniques dans la conception des logiciels, des réseaux ou des bases de données • Innovations techniques matérielles

3.1.1 Droit d'auteur

Le droit d'auteur représente probablement le mode de protection le plus important pour les droits de propriété intellectuelle de la plupart des éditeurs de jeux vidéo. Il protège en effet les expressions fixées d'idées en général, et sa facilité d'utilisation, son efficacité et sa polyvalence en font de loin le meilleur instrument de protection pour les jeux vidéo.

Bien que ses origines soient encore plus lointaines, puisqu'elles remontent au Statut d'Anne adopté en Angleterre en 1709, aux États-Unis d'Amérique, le droit d'auteur est ancré, comme celui des brevets, dans la Constitution. Il y est en effet prévu, dans la clause 8 de la section 8 de l'article premier, que le Congrès aura le pouvoir: "de favoriser le progrès de la science et des arts utiles en assurant, pour un temps limité, aux auteurs et inventeurs le droit exclusif à leurs écrits et découvertes respectifs". Le pouvoir du Congrès de légiférer en matière de droit d'auteur est déterminé ici par le terme "écrits". Un autre élément essentiel de cette phrase est celui qui dispose que la protection de ces écrits doit être conférée "pour un temps limité". De la même façon, les États membres de l'Union européenne prévoient une protection limitée dans le temps des œuvres ayant fait l'objet d'une fixation sur un support, et cela principalement dans leurs régimes juridiques nationaux; des dispositions similaires ont toutefois été mises en place au niveau européen (qui équivaut très approximativement au niveau fédéral aux États-Unis d'Amérique) par divers textes législatifs dont notamment le traité sur l'Union européenne (l'un des documents



constitutifs de l’Union européenne), et des actes normatifs tels que la directive sur le droit d’auteur et la directive relative à la durée de protection du droit d’auteur.

Il en résulte que s’il est possible de parler d’une manière générale de législation européenne en matière de droit d’auteur, les différences entre pays sont néanmoins fréquentes (particulièrement entre les systèmes des pays de common law, tels que le Royaume-Uni ou l’Irlande, et de droit civil, tels que la France ou l’Allemagne).

Le présent chapitre se limite donc à présenter les grandes lignes de la législation européenne en matière de droit d’auteur et la manière dont elle se compare à la législation américaine¹¹³.

3.1.1.1 Que peut-on protéger par le droit d'auteur?

Aux États-Unis d’Amérique, huit catégories d’œuvres sont susceptibles de bénéficier de la protection du droit d’auteur. Elles sont énumérées à l’article 102.a) du titre 17 du Code des États-Unis d’Amérique, et comprennent: les œuvres littéraires, les œuvres musicales, y compris leurs textes d’accompagnement, les œuvres dramatiques, y compris leur musique d’accompagnement, les œuvres chorégraphiques et les pantomimes, les œuvres de peinture, des arts graphiques et de sculpture, les films cinématographiques et autres œuvres audiovisuelles, les enregistrements sonores et les œuvres d’architecture¹¹⁴.

Les créations de divertissement interactif sont protégées, soit en qualité d’“autres œuvres audiovisuelles”, soit – et cela pourra en surprendre certains – comme “œuvres littéraires”. Il en résulte souvent des hésitations de la part des juristes quant à la meilleure qualification à adopter, mais les deux sont couramment utilisées. Cette situation n’est d’ailleurs pas propre aux jeux, dans la mesure où d’autres types de créations sont également protégeables sous différentes qualifications juridiques.

Le seul moment où cet aspect revêt une importance est celui de l’enregistrement du droit d’auteur. Enregistrer un programme informatique dans la catégorie des œuvres littéraires peut sembler étrange, quoique la définition des œuvres littéraires donnée à l’article 101 du texte ci-dessus s’étende aux œuvres “exprimées sous la forme de mots, de chiffres ou d’autres symboles ou indices verbaux ou numériques, quelle que soit la nature des objets matériels tels que livres, périodiques, manuscrits, phonogrammes, pellicules, disques ou cartes sur lesquels elles sont fixées”. Un code source est, de toute évidence, une collection de mots, de chiffres et de symboles qui est fixée sur un support¹¹⁵.

En ce qui concerne les jeux vidéo, le droit d'auteur couvre les scénarios, les personnages, les graphismes, dans certains cas les mondes imaginaires et les lieux géographiques¹¹⁶, et même le code source du logiciel proprement dit.

Il protège également les jeux en tant que touts rattachés à la catégorie des œuvres audiovisuelles ou littéraires. Un aspect cardinal mais souvent mal compris est que la protection du droit d'auteur s'applique à l'*expression* d'idées, et non aux idées

elles-mêmes. Cela a deux conséquences. La première est qu'aucune idée de jeu n'est protégée tant qu'elle n'est pas fixée dans un support d'expression quelconque (par exemple un code, ou un fichier graphique imprimé ou sauvegardé). La deuxième est que des idées similaires exprimées de façons différentes peuvent bénéficier de la protection du droit d'auteur. L'appréciation de la contrefaçon de droit d'auteur s'effectue en comparant l'expression fixée dans le jeu protégé à l'expression fixée par celui qui est accusé d'avoir contrefait ce dernier. Si l'accélération des cycles de développement que permettent les réseaux sociaux et mobiles rend cette comparaison plus problématique que jamais, l'industrie du jeu vidéo connaît depuis ses tous débuts des actions en contrefaçon fondées sur le droit d'auteur. Atari a par exemple engagé une telle action dans une affaire d'appareils d'arcade bien avant Facebook et Apple¹¹⁷.

Les critères s'appliquant à la protection par le droit d'auteur sont essentiellement les mêmes dans le droit de l'Union européenne, à savoir la répartition des œuvres en catégories, la condition de fixation sur un support et la qualification d'œuvres littéraires des œuvres de divertissement interactif.

3.1.1.2 Quels sont les droits conférés par le droit d'auteur?

Un autre des aspects déroutants du droit d'auteur est qu'il n'est aucunement un droit de faire quelque chose; le droit d'auteur est en réalité un droit négatif. Il ne confère pas à son titulaire le droit de reproduire une œuvre, mais bien plutôt celui d'autoriser des tiers à reproduire une œuvre ou de les empêcher de le faire. Les droits expressément conférés dans la législation des États-Unis d'Amérique (ainsi que celle de l'Union européenne) sont le droit de reproduction, le droit de création d'œuvres dérivées, le droit de distribution, le droit d'interprétation ou d'exécution publique et le droit de présentation publique¹¹⁸.

Le droit d'auteur est aussi un droit facile à invoquer. Il existe en effet dès lors qu'une œuvre originale est fixée sur un support tangible. Le droit d'auteur naît dès l'instant de l'élaboration d'un plan ou de l'écriture d'un code. À l'opposé, l'acquisition de droits de brevet ou de marque passe par des formalités complexes de dépôt et le versement de taxes d'enregistrement, tandis que la protection des secrets d'affaires nécessite de prendre un certain nombre de mesures au sein de l'entreprise concernée, ainsi qu'une vigilance constante pour éviter la divulgation desdits secrets. Bien qu'il ne soit pas nécessaire de revendiquer formellement le droit d'auteur par un enregistrement, il est tout de même utile de le faire pour la plupart des œuvres, dans la mesure où cela est nécessaire pour engager une action devant les tribunaux et aura une incidence sur le calcul d'éventuels dommages et intérêts.

Le droit de l'Union européenne ne prévoit, d'une manière générale, aucune obligation d'enregistrement pour qu'une œuvre soit protégée par le droit d'auteur; cette



protection existe du simple fait de la fixation de l'œuvre sur un support, et l'auteur n'est soumis à aucune obligation juridique ou pratique d'enregistrement auprès d'un organisme réglementaire national (il en est également ainsi dans la plupart des autres pays signataires de la Convention de Berne). Certains pays tels que la France ou l'Espagne proposent un système d'enregistrement volontaire¹¹⁹ qui permet d'établir une présomption de titularité de droits opposable aux tiers sur l'œuvre concernée.

3.1.1.3 Quelques exemples concernant le droit d'auteur

L'un des principaux aspects du droit d'auteur est qu'en dehors de normes des plus minimes concernant l'originalité de l'expression, il envisage la notion d'œuvre d'une manière étonnamment large. Qu'il s'agisse d'une peinture de Botticelli ou du jeu intitulé *Breakout*, toute création originale ayant fait l'objet d'une fixation peut bénéficier de la protection du droit d'auteur. Dans les premiers temps de l'industrie du jeu vidéo, les tribunaux ont eu à se pencher à quelques reprises sur la question de savoir si ces derniers étaient des œuvres protégeables par le droit d'auteur; la complexité croissante des jeux a finalement permis de répondre par l'affirmative.

L'exemple de *Breakout* est intéressant, parce que ce jeu a été au centre d'une série de procès sur la question du degré de créativité minimum qui doit être démontré pour qu'une œuvre puisse prétendre à la protection du droit d'auteur. La société Atari avait tenté par deux fois au moins d'obtenir un enregistrement de droit d'auteur sur ce jeu, mais ses demandes avaient d'abord été rejetées en raison de la simplicité de la présentation du jeu, jugée excessive d'un point de vue artistique. *Breakout* se résumait à un objet rectangulaire que l'on pouvait déplacer latéralement pour faire rebondir une petite balle vers un mur constitué de rectangles multicolores. Le contact de la balle avec l'un de ces rectangles avait pour effet de le faire disparaître, et donc d'éliminer une portion du mur, puis de renvoyer la balle vers le bas de l'écran, où le joueur devait la rattraper à l'aide de l'objet rectangulaire pour la diriger de nouveau vers le mur de rectangles. Atari dut introduire plusieurs recours pour contester une série de refus d'enregistrement entre 1989 et 1992, avant d'avoir finalement gain de cause¹²⁰. Cette succession de procédures est importante, non seulement pour la protection de la propriété intellectuelle des jeux, mais aussi pour le droit d'auteur en général. Elle établit, en effet, que ni les tribunaux ni le registre du droit d'auteur ne peuvent se poser en juges de la créativité ou de la qualité artistique en matière de droit d'auteur. Toute œuvre originale fixée sur un support tangible est protégée.

C'est également le droit d'auteur qui est principalement invoqué dans les affaires de plagiat de jeux. De nombreux procès ont été engagés dans ce domaine au cours des dernières années. Un exemple est celui de l'affaire *Spry Fox c. 6 Waves*, en 2012, dans laquelle la société 6 Waves était accusée d'avoir copié le jeu *Triple Town* avec son propre jeu *Yeti Town*. Cette confrontation a abouti à un règlement à l'amiable transférant la propriété de *Yeti Town* à *Spry Fox*¹²¹. La société Zynga a été impliquée

tout au long de son histoire dans de multiples affaires de plagiat. L'évolution des techniques et la relative faiblesse des coûts d'utilisation des réseaux sociaux et mobiles conduisent à une intensification du phénomène du plagiat de jeux vidéo, mais ce dernier n'est pas nouveau dans cette industrie. La poursuite d'Atari contre Philips pour avoir copié *Pac-Man* avec le jeu *K.C. Munchkin!*¹²² remonte par exemple au début des années 80.

3.1.1.4 Enregistrement du droit d'auteur aux États-Unis d'Amérique

Bien qu'une œuvre soit protégée par le droit d'auteur dès sa création, il est possible de l'enregistrer pour disposer de droits supplémentaires aux États-Unis d'Amérique¹²³. L'enregistrement du droit d'auteur est indispensable pour pouvoir agir en contrefaçon dans ce pays, et permet généralement de prétendre à une meilleure indemnisation lorsqu'il est effectué promptement. Il constitue donc une bonne précaution, qui doit être prise avant même d'envoyer une lettre de mise en demeure à un éventuel contrefacteur. Le dépôt d'une œuvre est une formalité simple à accomplir et peu coûteuse, qui présente de réels avantages lorsque l'on a besoin de faire valoir ses droits.

3.1.1.4.1 Procédure et coût

Le formulaire de demande d'enregistrement à remplir ne compte que quelques pages et les frais d'enregistrement s'élèvent à environ 45 dollars É.-U. Des informations et des instructions détaillées sur la démarche à suivre pour remplir le formulaire sont fournies par l'Office du droit d'auteur, avec lequel il est également possible de prendre contact pour poser des questions. De toutes les procédures à accomplir pour assurer une bonne protection de ses droits de propriété intellectuelle, celle-ci est la plus simple et la moins coûteuse.

3.1.1.4.2 Durée de protection des droits

La durée de protection des droits est un autre aspect qui rend le droit d'auteur intéressant pour les développeurs de jeux. Elle est en effet longue, pas autant que celle des marques, qui peut-être éternelle, mais suffisamment pour survivre au créateur d'une œuvre. Elle a connu au cours de son histoire diverses variations qui justifient un examen plus approfondi de la question. Heureusement pour les jeux informatiques, aux États-Unis d'Amérique, la durée de protection des œuvres créées après 1978 est facile à retenir: 95 ans après la publication ou 120 ans après la création pour les œuvres de personnes morales. En ce qui concerne les créations de personnes physiques, la protection des droits s'étend à la vie de l'auteur plus



70 ans¹²⁴. Dans les pays de l’Union européenne, elle est généralement de 70 ans après la publication ou la création pour les œuvres de personnes morales et de la vie de l'auteur plus 70 ans pour les créations de personnes physiques. Cela signifie qu'il sera interdit à quiconque de copier le jeu *Pac-Man* original avant l'année 2100 environ. Cela signifie aussi qu'aucune œuvre dérivée ne pourra être exploitée d'ici là sans licence. Autrement dit, il ne sera pas possible d'utiliser le personnage *Pac-Man* dans des bandes dessinées, des jeux de société ou des vêtements, ni de rééditer de délicieuses céréales à son effigie, sans avoir obtenu une autorisation en bonne et due forme à cet effet. Une fois que l'œuvre originale sera entrée dans le domaine public, vers 2100, tout le monde sera libre d'inonder sans retenue la planète de copies et de produits dérivés de *Pac-Man*.

Si l'on considère l'incidence de la durée de protection sur le potentiel du droit d'auteur, on constate qu'elle est directement liée aux perspectives de rentabilisation de l'objet protégé. Les développeurs de jeux peuvent en effet utiliser ce droit pour protéger leurs idées, bâtir d'autres jeux et commercialiser des produits dérivés pendant un siècle. C'est un droit qui peut littéralement être étendu et exploité pendant des générations. Mickey, Star Wars et Superman sont d'excellents exemples d'œuvres protégées qui existent depuis des décennies et ont été exploitées sur de multiples supports, y compris sous forme de jeux.

L'industrie du jeu vidéo a cru un temps que le succès commercial de ses produits reposait sur la mise en œuvre de technologies toujours plus poussées et de graphismes toujours plus élaborés. Les chiffres d'affaires à huit et neuf chiffres réalisés par des jeux sociaux et mobiles simples, voire en deux dimensions, tels que *Farmville* et *Angry Birds* ont démontré qu'il n'en était rien¹²⁵. Tout indique que ces jeux continueront à jouir d'un certain succès pendant bien plus longtemps que tout ce que l'on pouvait prévoir.

3.1.1.4.3 Protéger son droit d'auteur

La première mesure à prendre en cas d'atteinte au droit d'auteur est la mise en demeure. Celle-ci se fait au moyen d'une lettre faisant savoir au destinataire qu'il utilise sans autorisation une œuvre protégée par le droit d'auteur. Suit généralement une explication des sanctions auxquelles s'exposent les auteurs d'actes de contrefaçon et une invitation à cesser immédiatement d'utiliser l'œuvre concernée. Si l'œuvre protégée est utilisée en ligne, une lettre similaire peut-être adressée à l'hébergeur de la partie adverse, ou une demande de retrait en vertu de la loi dite DMCA aux États-Unis d'Amérique ou de la Directive sur le commerce électronique dans l'Union européenne. L'envoi d'une telle lettre au contrevenant et, le cas échéant, à son hébergeur suffit souvent à régler la situation, d'autant que la plupart des fournisseurs d'accès Internet préfèrent éviter de voir leur responsabilité engagée pour hébergement de contenus contrefaisants. Il est en tout cas préférable de confier ce

genre de démarche à un avocat et de faire adresser toute lettre de mise en demeure à l'en-tête de ce dernier.

3.1.1.4.4 *Sanctions pour atteinte au droit d'auteur*

L'existence de moyens de sanction fortement dissuasifs est un élément indispensable de tout système sérieux de protection de droits de propriété intellectuelle. Le régime du droit d'auteur prévoit de tels moyens, et offre ainsi aux développeurs de jeux la possibilité d'empêcher les tiers de commercialiser des produits intégrant leurs œuvres protégées. Dans les systèmes juridiques qui le permettent, les développeurs peuvent également réclamer un dédommagement, ainsi que le versement des bénéfices réalisés par le contrevenant du fait de la vente d'œuvres illicites. De plus, la législation des États-Unis d'Amérique prévoit une amende pouvant atteindre 150 000 dollars É.-U. en cas de violation intentionnelle de droit d'auteur.

Un exemple classique de procès, dans ce domaine, est celui qu'a intenté en juin 2004 la société Midway à l'encontre de Sony Ericsson pour atteinte aux droits relatifs à son jeu *Defender*, paru en 1980¹²⁶. Dans cette affaire, Midway accusait Ericsson d'utiliser ce jeu dans ses téléphones mobiles sans son consentement. Midway réclamait des dommages et intérêts ainsi que le remboursement de ses frais de justice et la saisie de tous les téléphones mobiles, logiciels et autres éléments en la possession de Sony Ericsson se rapportant à la présumée atteinte au droit d'auteur. L'affaire fut finalement réglée à l'amiable quelques mois plus tard, mais reste un très bon exemple des réparations qu'il est possible de réclamer en matière de droit d'auteur.

Les articles 506.a) du titre 17 et 2319 du titre 18 du Code des États-Unis d'Amérique prévoient également la possibilité d'imposer des sanctions pénales pouvant aller jusqu'à l'incarcération à l'égard d'infractions au droit d'auteur constituées par la vente ou la distribution illicites de jeux sur Internet. On peut citer l'exemple de Sean Michael Breen, leader du groupe de pirates Razor1911, qui fut condamné pour violation de droit d'auteur à quatre ans d'emprisonnement et près de 700 000 dollars É.-U. d'amende, en février 2004. Il était l'un des 40 individus arrêtés lors d'un coup de filet effectué par le service des douanes des États-Unis d'Amérique dans le cadre d'une opération baptisée "Buccaneer"¹²⁷. Un exemple de sanction adaptée est celui fourni par le cas de Yonatan Cohen, reconnu coupable début 2006, au Minnesota, de l'infraction pénale de violation de droit d'auteur pour avoir fabriqué une console de jeux contenant des jeux Nintendo pour lesquels il ne détenait aucune licence. Il fut condamné à une peine de cinq ans d'emprisonnement, perdit des centaines de milliers de dollars d'argent et de biens, et fut déporté en Israël. Il dut également faire paraître à ses frais dans des magazines de jeux vidéo des annonces mettant en garde contre les risques de sanctions auxquels s'exposent les contrevenants au droit d'auteur. Sa photo figurait au centre de ces annonces, accompagnée d'une représentation de sa console illicite, d'une description de sa condamnation et de



la mention: "Cette annonce a été payée par Yonatan Cohen à titre de mesure de restitution et de mise en garde contre les dangers liés à la violation des lois sur le droit d'auteur et les sanctions qui s'y rattachent".

Dans l'Union européenne, la personne qui porte atteinte au droit d'auteur engage sa responsabilité civile et – dans les cas graves – pénale. La société Nintendo a par exemple engagé un procès pour utilisation non autorisée de logiciels et de matériel devant la Cour de justice européenne¹²⁸. Le principe des dommages et intérêts légaux ou punitifs n'étant toutefois pas prévu dans le droit européen en ce qui concerne les procédures civiles pour atteinte au droit d'auteur, les montants de dédommagement accordés sont généralement inférieurs dans l'Union européenne qu'aux États-Unis d'Amérique.

3.1.1.5 Œuvres dérivées

Le concept d'œuvre dérivée est d'une importance cruciale en ce qui concerne la manière dont le droit d'auteur est utilisé dans l'industrie des jeux. Une œuvre dérivée est une nouvelle œuvre, créée à partir d'une œuvre existante protégée par le droit d'auteur. Selon la législation des États-Unis d'Amérique, une œuvre dérivée est une œuvre "fondée sur une ou plusieurs œuvres préexistantes, telle qu'une traduction, un arrangement musical, une adaptation pour la scène, une œuvre de fiction, une adaptation pour le cinéma, une reproduction d'art, un abrègement, une compression ou toute autre forme dans laquelle une œuvre peut-être reprise, modifiée ou adaptée".

Que doit-on comprendre lorsque l'on entend dire qu'une société du secteur du jeu a acquis "les droits" lui permettant de réaliser un jeu basé sur un film? Au sens du droit d'auteur, cela signifie qu'elle a maintenant le droit de faire une œuvre dérivée de ce film. De la même manière, un film peut-être réalisé à partir d'un jeu. Le film *Doom*, par exemple, était une œuvre dérivée du jeu du même nom. À l'inverse, *Shrek* fut d'abord un film, avant qu'une œuvre dérivée soit créée en utilisant le contenu protégé par le droit d'auteur du film pour en faire un jeu. Tout cela peut vite devenir complexe, comme on l'imagine facilement. Prenons par exemple l'univers décrit dans la saga de J. R. R. Tolkien, *Le Seigneur des anneaux*. L'entité titulaire du droit d'auteur sur cet univers a accordé une licence permettant la création d'œuvres dérivées pour des jeux de société, des jeux informatiques, des films et des répliques d'armes; tous ces produits sont des œuvres protégeables par leur propre droit d'auteur. Tout élément d'une œuvre dérivée qui ne fait pas partie de l'œuvre sous-jacente constitue une nouvelle œuvre aux fins du droit d'auteur. Qui plus est, cette nouvelle œuvre pourrait elle-même être concédée en licence!

Pour en revenir à l'exemple du *Seigneur des anneaux*, ce dernier donne matière à une étude de cas fascinante sur les œuvres dérivées dans l'industrie du jeu. Tout commence en 2001, lorsque la société Electronic Arts (EA) développe des jeux, dont

notamment la *Bataille pour la Terre du Milieu*, sur la base d'une licence sur les films de Peter Jackson. En vertu de cette licence, la société EA est seulement autorisée à produire du contenu de jeu ou une œuvre dérivée se fondant sur les films de M. Jackson. En 2005, alors qu'elle développe une suite de *La Bataille pour la Terre du Milieu* et d'autres jeux issus du *Seigneur des anneaux*, EA fait l'acquisition d'une licence lui permettant de produire un jeu basé sur l'ensemble de l'univers fictif décrit dans les livres de Tolkien, ce qui lui ouvre un territoire beaucoup plus large pour exprimer sa créativité. La société EA prend ainsi une licence sur un sous-ensemble d'une œuvre dérivée, et cela la conduira plus tard à acquérir une licence sur la totalité du matériel de base.

3.1.1.6 Le domaine public

Quelles sont les conséquences pour une œuvre de l'expiration du droit d'auteur qui la protège, et cela plus particulièrement en ce qui concerne l'utilisation de cette œuvre dans un jeu? La réponse brève est que cette œuvre entre dans le domaine public. Il s'agit là d'un événement particulièrement intéressant, parce qu'il signifie que quiconque – même un développeur de jeux – peut alors utiliser l'œuvre en question pour en créer une nouvelle. En règle générale, plus une œuvre est ancienne, plus il y a de chances qu'elle soit dans le domaine public. Il existe des tableaux qui permettent de déterminer le moment où une œuvre est censée passer dans le domaine public par suite de l'expiration du droit d'auteur qui la protège. Le plus cité est le tableau élaboré par le professeur de droit Laura Gasaway, qui est reproduit sous une forme très simplifiée dans le tableau 4 ci-dessous, de même qu'un autre, établi par l'Université Cornell.

Tableau 4 : Le tableau Gasaway

**Cette œuvre est-elle dans le domaine public?	
Avant 1923	Domaine public
1923 à mars 1989	Selon que l'œuvre a été publiée ou non avec un avis d'enregistrement de droit d'auteur et que cet enregistrement a été ou non renouvelé.
Après mars 1989	Protection par le droit d'auteur pendant 70 ans après le décès de l'auteur ou, dans le cas des œuvres collectives d'entreprise, 95 ans après la date de publication ou 120 ans après la date de création.

**Pour les États-Unis d'Amérique seulement. Des tableaux plus complets peuvent être consultés sur les sites de l'Université de Caroline du Nord à Chapel Hill ou de l'Université Cornell.
<http://copyright.cornell.edu/resources/publicdomain.cfm> www.unc.edu/~uncing/public-d.htm

Il est prudent de demander l'avis d'un conseil en propriété intellectuelle avant d'utiliser une œuvre, même si l'on pense qu'elle appartient au domaine public. Cela est particulièrement important pour les œuvres créées ailleurs qu'aux États-Unis d'Amérique ou les œuvres créées aux États-Unis d'Amérique entre 1923 et 1989. Les possibilités d'utilisation d'une œuvre peuvent également être limitées par une



situation particulière. Il est par exemple fréquent qu'une œuvre du domaine public ait déjà été utilisée pour créer une nouvelle œuvre. Cette dernière, comme on l'a vu précédemment, est une œuvre dérivée qui bénéficie elle-même de la protection du droit d'auteur en ce qui concerne ses éléments nouveaux, tandis que l'œuvre sous-jacente reste dans le domaine public.

L'histoire de Robin des Bois est un excellent exemple de ce genre de situation particulière. Elle est si ancienne qu'elle relève pratiquement du conte de fées; il a peut-être existé, au Moyen Âge, un personnage capable d'accomplir les innombrables exploits qu'elle relate, mais il faut dire que ces derniers semblent quelque peu exagérés. Il est vrai aussi que cette histoire de Robin des Bois a été utilisée dans un nombre considérable de livres et de films. Il y a eu également plusieurs jeux vidéo, dans lesquels on retrouve Robin des Bois, ses joyeux lurons, le shérif de Nottingham et la belle Marianne. Ce qu'il faut retenir ici, c'est que même si l'histoire et les personnages sous-jacents font partie du domaine public, le développeur de jeux qui suit son inspiration pour créer une nouvelle histoire a tout intérêt à vérifier soigneusement qu'il ne porte pas atteinte à une œuvre moderne encore protégée par un droit d'auteur. Ce tableau comporte toutefois en filigrane un aspect encourageant pour le développeur à la recherche de licences lui permettant de donner libre cours à sa créativité: les histoires et les personnages populaires ne manquent pas dans le domaine public, notamment parmi les grandes œuvres de l'art et de la littérature du XIX^e siècle et des époques antérieures.

Les mythes, histoires et traditions de la culture populaire sont d'autres exemples de ce qu'offre le domaine public. Ils constituent des références familières, et n'importe qui peut les utiliser dans des jeux, car leurs origines remontent à des temps anciens, et leurs auteurs sont collectifs et depuis longtemps oubliés.

La société Microsoft a eu un projet de jeu intitulé *Mythica* – ensuite abandonné en raison d'un contentieux de marques – dans lequel elle avait l'intention d'utiliser un monde nommé Muspellheim. Le jeu *Dark Age of Camelot* utilise lui aussi un décor du nom de Muspellheim. Rien ne s'oppose à cette situation, car Muspellheim est l'un des mondes de la mythologie nordique, et aucun droit ne s'y attache parce qu'il y a des siècles que le ou les auteurs des mythes en question sont morts. C'est un peu comme si on se situait un jeu dans "le Mont Olympe" ou "l'Enfer". Les choses seraient complètement différentes, en revanche, si un développeur voulait utiliser "l'Étoile de la mort" ou "Tatooine" dans un jeu, car ces lieux géographiques et environnements imaginaires sont, en tant qu'éléments scénariques, des objets de propriété intellectuelle faisant partie de l'univers *Star Wars*. Ce sont des noms qui ont été créés à une époque récente par un auteur, et sont donc protégés par un droit d'auteur. Même s'ils font désormais partie intégrante de notre conscience culturelle et sont encore bien plus connus que Muspellheim, ils ne peuvent pas être utilisés sans autorisation, parce que les scénarios dont ils font partie sont encore protégés par le

droit d'auteur. Toute utilisation de ces noms dans un scénario nouveau ou similaire contribuerait à une qualification de contrefaçon de droit d'auteur.

De la même façon, les événements historiques ne sont pas soumis à la protection du droit d'auteur, alors que les histoires créées à partir de ces derniers le sont. On peut citer à cet égard l'exemple de la Seconde Guerre mondiale, qui a été un terreau fertile en matière de développement de jeux au cours des cinq dernières années.

Personne ne peut demander à bénéficier de la protection du droit d'auteur sur aucun des événements précis qui se sont produits au cours de cette période – ou au cours d'une autre période quelconque. Les développeurs des jeux *Battlefield 1942*, *Call of Duty* et *Medal of Honor* sont libres d'utiliser des tanks, des armes et des uniformes respectant fidèlement la réalité historique. Qui plus est, il ne peut pas y avoir de conflit de droit d'auteur entre eux, car ils représentent simplement des faits historiques¹²⁹.

Il est important de se rappeler que l'on porte atteinte au droit d'auteur lorsque l'on copie un scénario s'inspirant de faits historiques, mais pas si ce sont les faits historiques eux-mêmes qui sont copiés. Un développeur ne pourra pas, par exemple, créer un jeu basé sur le film *Il faut sauver le soldat Ryan* s'il n'a pas obtenu une licence à cet effet. Il sera autorisé, en revanche, à faire un jeu sur Pearl Harbor ou un autre événement de la Seconde Guerre mondiale, à condition que ce jeu s'articule autour cet événement, en tant que fait historique, et non autour d'un film éponyme.

3.1.1.7 Doctrine de la "scène à faire"

La doctrine de la *scène à faire* du droit américain est proche de celle du domaine public. Elle retient que certaines expressions d'idées sont si banales qu'elles ne peuvent pas en elles-mêmes bénéficier de la protection du droit d'auteur. Un bon exemple est celui de la phrase "Il était une fois..." par laquelle commencent tant de contes de fées qu'il serait difficile d'interdire son utilisation au commencement d'un jeu vidéo basé sur un conte de fées¹³⁰. On pourrait citer également comme exemples les personnages prévisibles dans les contes fantastiques, tels que les magiciens ou les dragons. Ces derniers sont exclus de la protection du droit d'auteur en tant que catégories ou "races", mais certains de leurs représentants qui sont des personnages établis, tels que Gandalf ou Drizzt, en bénéficient.

Bien que l'expression *scène à faire* soit d'origine française, cette doctrine n'est pas officiellement reconnue dans le droit d'auteur de l'Union européenne. Cela étant, l'application du critère d'originalité du droit d'auteur permettrait probablement de parvenir si besoin était au même résultat.

3.1.1.8 Usage loyal

L'usage "loyal" ou "juste" (*fair use*) est un concept souvent discuté mais mal compris en matière de droit d'auteur. Il repose en gros sur le principe selon lequel il est



acceptable d'utiliser une partie d'une œuvre protégée par le droit d'auteur dans un but limité sans avoir à verser de redevance au titulaire de ce droit en échange d'une licence. Ce concept découle d'un article du Code des États-Unis d'Amérique dans lequel sont énoncées quatre conditions qui doivent être remplies pour que l'usage d'une œuvre puisse être considéré comme juste (voir le tableau 5 ci-dessous).

Comme on s'en doute, l'usage loyal peut parfois être un concept un peu flou. Bien qu'il soit régulièrement invoqué en réponse à des allégations d'atteinte au droit d'auteur, il est imparfait en tant que moyen de défense.

Le recours à un mode de défense fondé sur la notion d'usage loyal comporte deux dangers qu'il convient de ne pas perdre de vue. Tout d'abord, il s'agit d'un concept propre aux États-Unis d'Amérique. Le droit de la plupart des autres pays, et en particulier celui de l'Union européenne, ne prévoit pas la possibilité d'utiliser sans licence des éléments protégés par le droit d'auteur¹³¹, à quelques rares exceptions près (par exemple à des fins légitimes d'éducation ou de reportage sur des faits d'actualité). Cela signifie qu'un éditeur de jeux qui espère pouvoir intégrer un élément protégé à un jeu au titre du droit de parodie ou de toute autre exception au droit d'auteur risque de se heurter à des problèmes s'il commercialise ce jeu dans d'autres pays¹³². Un petit clip vidéo utilisé comme interlude humoristique peut conduire une société devant les tribunaux ou l'obliger à renoncer à commercialiser son produit ailleurs qu'aux États-Unis d'Amérique.

Le deuxième aspect à ne pas oublier est que le principe de l'usage loyal est un moyen de *défense* contre une accusation d'atteinte au droit d'auteur. Cela signifie qu'aux États-Unis d'Amérique, un titulaire de droit d'auteur est tout à fait fondé à poursuivre la société à l'origine du clip vidéo pour utilisation non autorisée d'une œuvre protégée par le droit d'auteur ou d'une œuvre dérivée de cette dernière. Une fois la procédure engagée, la loi prévoit désormais la possibilité pour le défendeur de démontrer que son acte était bien constitutif d'un usage loyal. Autrement dit, une société qui respecte parfaitement les contours traditionnels de l'exception d'usage loyal risque tout de même d'avoir à se défendre devant les tribunaux, avec les conséquences que cela comporte sous forme de frais et de publicité négative. En résumé, la décision d'utiliser une œuvre protégée en vertu des dispositions relatives à l'usage loyal n'est pas exempte de risques et doit être très mûrement réfléchie.

Tableau 5 : Les quatre critères d'appréciation de l'usage loyal

1. But et nature de l'usage	L'usage à des fins d'enseignement et de parodie est reconnu plus facilement que la copie à des fins strictement commerciales.
2. Nature de l'œuvre protégée	L'utilisation de parties importantes d'une œuvre commerciale risque plus d'être considérée comme contrefaisante. La copie d'œuvres de fiction créative sera moins facilement considérée comme un usage loyal que la copie de compilations de faits.

3. Quantité et importance de la partie utilisée	Un emprunt important à l'œuvre protégée risque plus d'être jugé contrefaisant que l'utilisation d'une petite partie de l'œuvre.
4. Conséquences de l'usage sur le marché potentiel	Un affaiblissement démontré du marché de l'œuvre protégée risque plus de conduire à une appréciation d'usage contrefaisant.

3.1.1.9 Questions fréquemment posées en matière de droit d'auteur

Une enveloppe cachetée est-elle une preuve de l'existence d'un droit d'auteur?

L'envoi postal d'une enveloppe cachetée contenant un exemplaire du dernier jeu d'une entreprise est loin d'avoir le même poids que l'enregistrement officiel du droit d'auteur relatif à ce jeu. Aux États-Unis d'Amérique, où il est parfois appelé "copyright du pauvre", le résultat de cette démarche n'a pas force probante. Au mieux, il peut servir à prouver que l'œuvre concernée se présentait sous une certaine forme à une certaine date, mais il s'agirait là d'une preuve contestable, l'expéditeur ayant pu s'envoyer une enveloppe à lui-mêmes en négligeant de la cacheter. L'enregistrement formel d'un droit d'auteur aux États-Unis d'Amérique est une procédure à peu près aussi simple et peu coûteuse; il y a peu de raisons de ne pas s'en prévaloir quand il suffit de poster un formulaire avec le paiement des frais à l'Office du droit d'auteur ou quand il existe (en dehors des États-Unis d'Amérique) d'autres systèmes d'enregistrement nationaux.

Est-il exact qu'aux États-Unis d'Amérique, l'auteur peut réclamer 150 000 dollars É.-U. pour chaque violation de ses droits?

Les dispositions relatives aux dommages et intérêts forfaitaires prévus par la loi américaine ("statutory damages") sont souvent mal interprétées. Le titulaire de droit d'auteur peut effectivement se voir accorder *jusqu'à* 150 000 dollars É.-U. par infraction. Cela s'applique toutefois en cas de violation *délélibérée* d'un droit d'auteur enregistré aux États-Unis d'Amérique. Qui plus est, ce montant ne s'applique pas à chaque exemplaire de l'œuvre enregistrée, mais bien à chaque infraction. Produire 10 000 copies d'un jeu ou d'un film ne le multiplie pas par 10 000. Le jeu ou le film en question représente une seule œuvre protégée par le droit d'auteur, et l'atteinte à ce droit compte pour une seule infraction. Le montant final accordé au demandeur peut-être supérieur à 150 000 dollars, mais cela résultera de l'application d'autres mécanismes de calcul des dommages et intérêts prenant par exemple en compte les pertes de ventes ou les bénéfices illicites réalisés par le contrevenant, et en aucun cas de la multiplication par 150 000 du nombre de copies produites. Le fait qu'un jeu s'inspire de plusieurs œuvres protégées par le droit d'auteur, comme c'est le plus souvent le cas, peut également augmenter le montant des dommages et intérêts. L'article de la loi relatif à la violation délibérée du droit d'auteur ne prévoit pas directement la multiplication du montant du dédommagement par le nombre



de copies réalisées. L'élément le plus important est le nombre d'œuvres, et non le nombre de copies. Rappelons qu'en règle générale, comme on l'a dit précédemment, la législation des pays autres que les États-Unis d'Amérique ne prévoit pas de dommages et intérêts forfaitaires en cas d'atteinte au droit d'auteur.

3.1.2 Secrets d'affaires

Les secrets d'affaires sont peut-être la plus ancienne forme de propriété intellectuelle qui soit. Il y a 2 millions d'années, l'*Homo habilis* pouvait déjà se donner un avantage concurrentiel en protégeant sa propriété intellectuelle. Il pouvait faire du mode de fabrication et d'utilisation d'un nouvel outil en pierre taillée un "secret d'affaires". Comme aujourd'hui, il lui suffisait pour cela de garder le secret sur son idée. La façon de faire est certes devenue plus complexe, mais à la base, l'idée est la même.

Selon une définition moderne, un secret d'affaires est une information dont l'utilisation est susceptible de procurer un avantage commercial et qu'une entreprise tient secrète. De toutes les formes de propriété intellectuelle, il est la seule à ne pas être portée à la connaissance du public, alors qu'il existe une obligation de divulgation sous une forme ou une autre pour les brevets, le droit d'auteur et les marques. Les secrets d'affaires sont les secrets commerciaux des entreprises. La Loi uniforme des États-Unis d'Amérique sur les secrets commerciaux en donne une assez bonne définition:

"Secret commercial" s'entend d'une information, notamment une formule, un schéma, un assemblage, un dispositif de programme, une méthode, une technique ou un procédé qui: i) tire une valeur économique indépendante, réelle ou potentielle, du fait de ne pas être généralement connue ni facilement vérifiable à l'aide de moyens adéquats par des tiers susceptibles de tirer une valeur économique de sa divulgation ou de son utilisation, et ii) fait l'objet d'efforts raisonnables en l'espèce pour la tenir secrète.

3.1.2.1 Par quoi un secret d'affaires peut-il être constitué?

Toute idée peut constituer un secret d'affaires, dès lors qu'il s'agit d'une idée susceptible de procurer un avantage commercial et d'être tenue secrète.

Une protection au titre des secrets d'affaires peut s'appliquer pratiquement à n'importe quelle information concrète qui procure un avantage commercial, par exemple à une formule, une compilation de données, un dispositif, un procédé ou une liste de clients. L'exemple de secret d'affaires le plus connu est celui de la formule du Coca-Cola. Cette formule est connue de quelques personnes au sein de l'entreprise, mais ne l'est pas de manière certaine en dehors de celle-ci. Le secret est conservé depuis plus de 100 ans. Bien que de nombreuses descriptions existent et soient connues du public, aucune n'a jamais été vérifiée¹³³. De plus, tout est mis

en œuvre pour empêcher quiconque de découvrir le secret. On peut citer comme autres exemples de secrets d'affaires les listes de clients, les notes relatives au développement de jeux, les contacts commerciaux, les conditions de contrats de licence, ainsi que d'autres informations commerciales internes qui ont une valeur importante pour le développement de jeux, mais ne sont pas protégés par les autres mécanismes de propriété intellectuelle.

Deux des avantages de la protection au titre des secrets d'affaires sont qu'elle n'implique pas de frais d'enregistrement et que son effet est immédiat. Celle des marques s'accompagne d'une exigence d'usage, celle des brevets est soumise à un long processus d'approbation, et dans les deux cas, des frais d'enregistrement sont exigés. Il ne serait pas tout à fait juste, cependant, de prétendre que la protection des secrets d'affaires ne donne lieu à aucune dépense. Une entreprise doit s'attendre à déployer des efforts structurés pour assurer la confidentialité des informations commerciales qui lui sont importantes si elle veut pouvoir prétendre à cette protection, comme on le verra plus loin.

Dans l'Union européenne, où ils sont parfois désignés aussi sous le nom de "renseignements commerciaux confidentiels", la protection des secrets d'affaires n'est encadrée par aucun texte législatif communautaire, tout comme aux États-Unis d'Amérique, où elle n'est pas prévue dans la législation fédérale. Elle est régie pour l'heure par les droits nationaux des États membres, selon des régimes juridiques qui varient d'un pays à l'autre, mais correspondent, dans les grandes lignes, à ce qui se pratique aux États-Unis d'Amérique. L'essentiel est toujours de veiller à ce que l'information que l'on souhaite protéger ait une valeur réelle, à ce qu'elle soit secrète et à ce qu'elle soit *tenue* secrète. La plupart des pays ont en outre, en vertu de l'Accord sur les aspects des droits de propriété intellectuelle qui touchent au commerce (Accord sur les ADPIC)¹³⁴, une obligation de protection des "renseignements non divulgués" (quoique les modalités de mise en œuvre de ce traité varient largement).

3.1.2.2 Quels sont les droits liés aux secrets d'affaires?

Le détenteur d'un secret d'affaires a entre autres droits celui d'interdire aux tiers d'utiliser ce secret, à moins qu'ils ne le découvrent par des moyens légitimes de recherche. La Loi uniforme des États-Unis d'Amérique sur les secrets commerciaux reconnaît par exemple aux entreprises le droit d'empêcher toute "appropriation illicite" de leurs secrets d'affaires, et fournit à cet égard la définition suivante:

On entend par "appropriation illicite": i) l'obtention d'un secret commercial par une personne qui sait ou a des motifs raisonnables de savoir que ledit secret a été obtenu par des moyens abusifs ou ii) la divulgation ou l'utilisation sans autorisation expresse ou implicite d'un secret commercial par une personne



qui A) a eu recours à des moyens abusifs pour obtenir ledit secret ou B) savait ou avait des motifs raisonnables de savoir, au moment de cette divulgation ou utilisation, que ledit secret I) avait été obtenu auprès ou par l'intermédiaire d'une personne ayant eu recours à des moyens abusifs pour l'obtenir, II) avait été obtenu dans un contexte donnant lieu à une obligation de respect dudit secret ou de limitation de son usage ou III) avait été obtenu auprès ou par l'intermédiaire d'une personne ayant une obligation de respect dudit secret ou de limitation de son usage ou C) savait ou avait des motifs raisonnables de savoir, antérieurement à un changement important de sa situation, qu'il s'agissait d'un secret commercial et que ce dernier avait été obtenu par accident ou par erreur.

3.1.2.3 Exemples de secrets d'affaires

Prenons d'abord l'exemple de la liste d'abonnés d'un jeu en ligne massivement multijoueur (MMOG). Elle contient des renseignements accumulés sur une période de plusieurs années, sur des personnes qui ont littéralement versé des centaines de dollars à l'éditeur de ce jeu. Si un employé vole cette liste d'abonnés, cela lui donne accès à une clientèle intéressée par les MMOG et disposée à dépenser pendant longtemps de l'argent pour y jouer. Il s'agit donc d'une information qui peut avoir une valeur énorme pour un concurrent.

Les outils de développement peuvent également être des secrets d'affaires. Imaginons un logiciel d'édition capable de peupler un niveau 3D de manière intelligente avec des objets environnementaux tirés d'une bibliothèque. Ce logiciel a été conçu en interne pour un projet de développement, mais pourrait être modifié facilement afin d'être utilisé dans d'autres projets, ce qui permettrait d'économiser de nombreuses heures de travail aux programmeurs et aux concepteurs de niveaux en mettant à leur disposition une sorte de "squelette"¹³⁵ à utiliser selon certaines règles. Il est indiscutable qu'un tel logiciel bénéficierait de la protection du droit d'auteur, mais s'il n'est jamais vendu, publié ou breveté, il pourrait aussi constituer un secret d'affaires. Pour clarifier, comme dans le cas de Coca-Cola, certains éléments de ce logiciel pourraient conserver leur qualité de secrets d'affaires, même en cas de vente du logiciel proprement dit. Un employé qui partirait en emportant le code de cet outil de conception et qui le remettrait à un concurrent serait coupable d'un vol de secret d'affaires.

Les détails des contrats de licence et d'édition sont un autre exemple de secrets d'affaires. En fait, les dispositions de tous les contrats, qu'ils portent sur des licences ou d'autres aspects, sont parmi les informations les plus secrètes de l'industrie du jeu, et il n'est pas rare qu'aucune des parties ne souhaite leur divulgation. Elles peuvent concerner des questions évidentes, telles que les montants ou les dates de certains paiements, mais aussi des renseignements auxquels on pense moins

mais qui sont tout aussi importants, comme l'identité des employés qui sont indispensables à l'exécution des obligations résultant du contrat.

3.1.2.4 Informations constituant des secrets d'affaires

3.1.2.4.1 *Durée de la protection*

Un secret d'affaires dure tant et aussi longtemps que son détenteur empêche l'information qui le constitue d'être dévoilée. Comme dans le cas des marques, cela signifie qu'il peut-être protégé d'une manière pratiquement indéfinie, la seule limitation étant la durée pendant laquelle sa divulgation peut-être évitée.

3.1.2.4.2 *Formalités et coût*

À la différence des brevets et des marques et à l'instar du droit d'auteur, aucune formalité d'enregistrement ou autre n'est nécessaire pour disposer de droits sur un secret d'affaires.

On dit souvent qu'il est "gratuit" de détenir un secret d'affaires. C'est effectivement le cas, dans une certaine mesure, puisqu'il n'y a aucune taxe d'enregistrement ou de maintien en vigueur à payer. Quelques précautions et quelques efforts sont toutefois nécessaires de la part de la société qui les détient pour assurer leur pérennité, comme on le verra dans la suite du présent chapitre.

3.1.2.4.3 *Comment protéger les secrets d'affaires*

Les méthodes les plus courantes de protection des secrets d'affaires consistent à les consigner par écrit et à faire signer aux employés des documents par lesquels ils reconnaissent qu'une certaine information constitue un secret d'affaires et que des restrictions particulières s'appliquent à sa diffusion. Le contrôle de l'accès aux renseignements concernés représente un élément important du maintien d'un secret d'affaires. Si ces derniers sont contenus dans des fichiers électroniques, il est important de limiter le nombre des personnes autorisées à y accéder, ainsi que d'envisager le cryptage de ces fichiers et de mettre en place des mesures de protection spéciales pour empêcher quiconque de les modifier ou de les copier.

Outre de limiter leur diffusion aux personnes qui ont véritablement besoin de les connaître, les entreprises peuvent prendre un certain nombre d'autres mesures de sécurité internes pour protéger leurs secrets d'affaires. La restriction de l'accès au personnel autorisé, l'utilisation de mots de passe, le chiffrement des données, le verrouillage des meubles de classement et l'exigence de signature d'accords de confidentialité en sont quelques exemples.

Lorsqu'une entreprise découvre qu'elle est victime d'une fuite de secrets d'affaires, elle doit prendre des mesures précises. Avant tout, elle doit faire tout ce qui est en



son pouvoir pour mettre fin à cette fuite. Cela peut consister, par exemple, à renforcer des mesures de restriction d'accès, à changer des mots de passe et, le cas échéant, à déplacer des bases de données. Si les renseignements secrets sont hébergés en ligne, une lettre peut aussi être envoyée au fournisseur d'accès ou à l'administrateur de site. Habituellement, l'entreprise adresse en outre un avis au contrevenant, afin de l'informer qu'il commet un acte de diffusion de secret d'affaires. Cet avis, comme la lettre au fournisseur d'accès ou à l'administrateur de site, doit contenir une mise en demeure de faire cesser la diffusion du secret en question. Enfin, si aucune de ces mesures n'a permis de remédier à la situation et au préjudice qui en résulte, le recours aux tribunaux peut-être nécessaire. La consultation d'un avocat est recommandée dans tous les cas ci-dessus, au même titre que dans une affaire de violation de droit d'auteur ou d'un autre type de droit de propriété intellectuelle.

3.1.2.4.4 *Sanction des atteintes*

La plupart des pays disposent d'un système de sanctions en matière d'utilisation abusive de secrets d'affaires ou de renseignements confidentiels. Aux États-Unis d'Amérique, par exemple, la Loi uniforme sur les secrets commerciaux permet aux tribunaux d'ordonner la réparation du préjudice subi du fait de la violation d'un secret commercial. Ce préjudice peut-être mesuré de trois façons. Premièrement, il peut-être considéré comme équivalant au manque à gagner subi par le détenteur initial du secret. Deuxièmement, il peut-être calculé sur la base du bénéfice réalisé par celui qui a exploité ou divulgué ce secret. Enfin, il peut-être indemnisé, dans les cas où cela est applicable, par le versement d'une redevance raisonnable pour l'exploitation du secret. La partie lésée a en outre la possibilité de réclamer, en complément ou en remplacement d'une telle indemnisation, la cessation de l'utilisation du secret d'affaires obtenu de manière illicite. On dit alors, en termes juridiques, qu'elle demande au juge de prononcer une injonction à l'encontre du contrevenant.

3.1.2.5 Aux États-Unis d'Amérique, la protection des secrets commerciaux relève du droit des différents États

Aux États-Unis d'Amérique, le droit d'auteur, le droit des marques enregistrées au niveau fédéral et le droit des brevets sont régis de manière quasi exclusive par des lois fédérales. Les secrets commerciaux, en revanche, relèvent de la législation de chacun des États. Ils sont donc soumis à des règles moins homogènes que les autres droits de propriété intellectuelle, dans la mesure où des différences peuvent exister d'un État à l'autre. Les principes généraux évoqués dans le présent chapitre sont issus de lois d'États ou de la Loi uniforme sur les secrets commerciaux – une loi fédérale qu'une quarantaine d'États ont adoptée telle quelle ou utilisée comme modèle pour établir leurs propres lois. En matière de secret commercial, rien ne peut remplacer l'avis d'un conseil spécialisé connaissant bien la législation des États.

Ces professionnels sont généralement à l'aise en ce qui concerne les lois de leur propre État, ainsi que celles de l'État de New York et de la Californie.

3.1.2.6 Questions courantes en matière de secret d'affaires

Le secret d'affaires peut-il me protéger contre la rétro-ingénierie?

Le droit des secrets d'affaires ne peut malheureusement pas offrir une protection absolue contre l'un des plus grands dangers auxquels est exposée la propriété intellectuelle des jeux: la rétro-ingénierie. Un travail de rétro-ingénierie peut-être parfaitement licite s'il se contente d'analyser puis de reconstituer un matériel ou un logiciel, sans s'être procuré d'une manière détournée un plan, un code source ou toute autre information s'y rapportant. Bien qu'il ne s'agisse en aucun cas d'une opération facile, elle a été effectuée sur un certain nombre de logiciels et de systèmes de jeu relativement bien protégés. Le secret d'affaires n'en constitue pas moins pour les développeurs de jeux un bon moyen de protection contre la rétro-ingénierie, dans la mesure où les difficultés que pose cette dernière dépassent parfois largement le cadre de l'aptitude humaine, de sorte qu'elle n'est pas réalisable en l'absence d'une fuite ayant pour effet de révéler au public une information confidentielle (autrement dit, un secret d'affaires). Le droit des secrets d'affaires peut représenter une protection contre de telles fuites et, éventuellement, contrecarrer des efforts de rétro-ingénierie avant qu'ils ne deviennent possibles.

À quel stade une compagnie de jeux devrait-elle de mettre en œuvre le secret d'affaires?

Le meilleur conseil qui puisse être donné à un éditeur de jeux est de prendre des dispositions pour tenir secrets des éléments de chacune des étapes de ses nouveaux projets. Les calculs en cours de jeu, les listes de clients, les renseignements relatifs aux communautés de joueurs et aux contacts d'affaires sont des exemples de tels éléments. Si des accords de confidentialité ont été signés et s'ils sont respectés comme il se doit, cela permet d'accumuler un ensemble de connaissances secrètes suffisamment important pour empêcher le vol ou la reproduction des idées sur lesquelles sont fondés les jeux de l'éditeur. Les principales causes de perte de secrets d'affaires des entreprises de jeux sont les coûts liés à leur maintien et les abus de confiance. Il arrive souvent que les fondateurs d'une petite société de ce domaine soient un groupe d'amis qui se font la plus grande confiance et estiment, par conséquent, que toutes ces précautions sont inutiles. S'il est vrai que cela puisse être le cas, il est toujours préférable de prendre les mesures appropriées pour assurer la protection des ressources essentielles, sans attendre que des problèmes se manifestent.



3.1.3 Marques

Alors que les secrets d'affaires ont pour objet de cacher des informations relatives à une entreprise, les marques servent plutôt à en exposer à la vue de tous.

Une marque est en effet efficace si elle permet aux consommateurs de reconnaître instantanément une entreprise et ses produits lorsqu'ils la voient. Les logos des consoles Xbox et PlayStation ou ceux d'Apple et de Facebook sont immédiatement reconnaissables, et suscitent dans l'esprit du consommateur certaines représentations et certaines émotions. C'est précisément dans cette reconnaissance et cette association à une entreprise particulière que réside la finalité des marques.

Les marques sont probablement, après le droit d'auteur, le deuxième mode de protection le plus important pour les droits de propriété intellectuelle des acteurs de l'industrie du jeu vidéo, car c'est grâce à elles, lorsqu'elles sont bien conçues, que les consommateurs distinguent leur entreprise et leurs jeux des autres. Le principal texte législatif en matière de marques, aux États-Unis d'Amérique, est la loi Lanham qui régit la contrefaçon des marques, ainsi que les questions de publicité mensongère et de dilution de marques. Les règles de base s'appliquant à l'enregistrement des marques, à l'appréciation de la contrefaçon et aux sanctions applicables en cas d'atteinte aux droits de marques y sont définies.

3.1.3.1 Que peut-on protéger en tant que marque?

La plupart du temps, les marques sont des mots, des noms, des symboles, des signes graphiques ou des groupes de quelques mots, qui sont utilisés dans le commerce pour distinguer les produits d'une entreprise donnée. Elles peuvent également être constituées par des signes plus inhabituels, tels que des sons, des odeurs ou des couleurs bien que cela soit plus rare¹³⁶. Une marque ne peut produire ses effets que si la société qui en est titulaire l'utilise pour ses produits ou services. Un éditeur de jeux peut attirer l'attention sur le fait que des droits s'attachent à sa marque en apposant simplement le symbole TM après cette dernière, en exposant, comme ceci: ™. Le droit de propriété intellectuelle le plus facile à invoquer est le droit d'auteur, car il suffit, pour qu'il existe, que l'œuvre de création à laquelle il s'applique ait fait l'objet d'une fixation. L'apposition du symbole ™ le long d'une marque constitue, dans les pays de common law, un avertissement quant à l'existence de droits sur cette dernière. La common law conditionne la validité de ces droits à l'usage de la marque dans le cadre d'une activité commerciale, lequel usage a pour effet de créer un lien entre la marque et l'entreprise, et aussi, le cas échéant, entre la marque et un produit ou service particulier de l'entreprise. Les droits de common law étant également soumis aux lois des États, la protection des marques ne s'applique pas à l'ensemble du territoire des États-Unis d'Amérique, mais seulement au territoire sur lequel elles sont exploitées. Il en est de même dans d'autres pays de common law tels que le Canada, le Royaume-Uni, l'Inde ou l'Australie, et également, en pratique, dans de

nombreux autres pays (en Allemagne, par exemple, une entreprise peut acquérir des droits sur une marque sans l'enregistrer, simplement en l'utilisant dans le cadre de ses activités commerciales).

3.1.3.2 Exemples de marques

Les marques les plus fortes sont des mots qui n'ont pas d'autre signification que celle qu'une entreprise leur attribue. Xbox, Sony, Facebook ou Nintendo, par exemple, ne veulent rien dire si on les considère uniquement en tant que mots. Autrement dit, plus une marque est originale, plus elle est forte.

La société Microsoft a eu dans le domaine des jeux deux expériences dont elle n'oubliera pas de sitôt les leçons. La première se situe juste avant le lancement de la première console Xbox. La marque Xbox était en fait exploitée par un autre fabricant de logiciels lorsque Microsoft a commencé à commercialiser sa console. Pire encore, la société de ce fabricant était cotée en Bourse, ce qui veut dire qu'elle ne devait pas être très difficile à trouver dans le registre des marques¹³⁷. De toute évidence, une recherche aurait dû être faite bien avant le lancement, et cela aurait permis d'engager des négociations, ou peut-être même de choisir un autre nom. L'affaire s'est finalement réglée à l'amiable, et a probablement coûté une somme considérable à Microsoft.

La deuxième expérience de Microsoft en matière de marques est plus récente. Elle date de 2003, et concerne un jeu massivement multijoueur que Microsoft voulait commercialiser sous le nom de *Mythica*. Or, il existait une société du nom de Mythic Entertainment, qui était l'éditeur de *Dark Age of Camelot*, l'un des jeux les plus vendus du marché. Il y avait là un risque de conflit tellement flagrant qu'aucune recherche n'était même nécessaire pour le découvrir; il suffisait de poser la question à peu près à n'importe quel habitué du domaine. Mythic a donc décidé d'engager une action en contrefaçon de marque à l'encontre de Microsoft¹³⁸. On raconte qu'à l'époque, le patron de Mythic, Mark Jacobs, avait annoncé à l'un des concepteurs en chef de Microsoft, au salon du jeu vidéo E3, que le prochain jeu de sa société allait s'appeler "Microsofta". Que cette déclaration en soit la cause ou non, le projet *Mythica* fut complètement abandonné peu après. La société Microsoft conclut avec Mythic un accord amiable par lequel elle s'engageait à s'abstenir d'utiliser le mot "Mythica" et à abandonner ses demandes d'enregistrement de la marque éponyme aux États-Unis d'Amérique. La transaction prévoyait également le transfert à Mythic de tous les droits de Microsoft sur ses dépôts et enregistrements internationaux de la marque *Mythica*, ainsi que sur tous les noms de domaines s'y rapportant. La leçon à retenir ici est qu'un éditeur de jeux ne devrait jamais considérer une recherche d'antériorité de marque comme une dépense additionnelle et superflue. Il s'agit au contraire d'une étape indispensable du processus d'enregistrement qui, si elle n'est pas respectée, peut littéralement coûter des millions de dollars, et même, comme



on l'a vu – et comme on le verra encore – faire échouer complètement un projet tout entier.

3.1.3.3 Informations sur les marques

3.1.3.3.1 *Durée de la protection*

Une marque peut-être éternelle. Il suffit en effet qu'elle fasse l'objet d'un usage ininterrompu dans le cadre d'activités commerciales et que les taxes prescrites soient dûment acquittées pour assurer indéfiniment sa protection. Il existe, par exemple, aux États-Unis d'Amérique des marques qui sont exploitées depuis plus de cent ans.

3.1.3.3.2 *Procédure et coût aux États-Unis d'Amérique*

a manière de garantir à une marque une protection plus large et plus forte aux États-Unis d'Amérique est de la déposer au niveau fédéral. La procédure d'enregistrement n'est pas aussi complexe que celle des brevets, mais plus que celle du droit d'auteur. C'est pourquoi elle est généralement confiée à un cabinet juridique ayant des avocats et du personnel parajuridique spécialisés en droit des marques. La première étape de la démarche devrait être une recherche d'antériorité dans des bases de données américaines et, le cas échéant, internationales, afin de s'assurer que la marque n'est pas exploitée par une autre entreprise. Si elle l'est, il faut vérifier dans quel domaine, afin de déterminer s'il existe un risque de conflit. Une fois que l'entreprise qui veut déposer la marque dispose de ces éléments, elle a la possibilité de continuer la procédure ou d'envisager de modifier la marque. Toute banale qu'elle soit, la recherche d'antériorité est essentielle, car la négliger risque de conduire une entreprise – même la plus établie – à un échec spectaculaire.

Une fois la recherche d'antériorité effectuée, la procédure d'enregistrement fédéral auprès de l'USPTO peut commencer. Elle dure généralement moins d'une année et coûte environ 3000 dollars É.-U., recherche d'antériorité comprise. L'enregistrement obtenu à l'issue de cette procédure protège la marque sur l'ensemble du territoire des États-Unis d'Amérique, et cette dernière est alors soumise à la législation fédérale, de même que tout litige s'y rapportant.

Les taxes de renouvellement des marques sont actuellement inférieures aux taxes de maintien en vigueur des brevets. Leur montant varie selon le nombre de classes de produits ou de services pour lesquelles une marque est enregistrée. À la date du présent document, les frais de renouvellement et de dépôt de la déclaration d'usage correspondante s'élevaient en tout à environ 600 dollars par classe.

3.1.3.3.3 Protéger les marques

Toute marque doit être accompagnée du symbole correspondant à sa situation juridique. Ainsi, le symbole ™ doit être utilisé pour indiquer que la marque fait l'objet d'un usage commercial. Si l'enregistrement est accordé, le titulaire peut apposer le symbole ® à la suite de sa marque, pour indiquer que la protection lui a été accordée par l'USPTO ou l'office des marques d'un autre pays.

L'application des droits de marque s'effectue d'une manière analogue à celle des autres types de droits de propriété intellectuelle. Une différence importante réside toutefois dans le fait que l'exploitation d'une marque par une entreprise non autorisée risque d'être préjudiciable à la valeur de la marque. Si cette exploitation devient endémique, la marque court un risque de "dégénérescence", c'est-à-dire de perte totale de sa valeur. C'est ce qui est arrivé aux États-Unis d'Amérique à des marques qui ont été utilisées au point de devenir la désignation usuelle des produits qu'elles étaient censées distinguer, par exemple l'aspirine et le thermos. Ces termes, qui étaient tous deux des marques à une époque, ont succombé à une utilisation abusive et à un excès de popularité¹³⁹.

3.1.3.3.4 Sanction de la contrefaçon

À l'instar de la violation de droit d'auteur, la contrefaçon de marque peut donner lieu à des sanctions sévères. Les mesures prévues comprennent notamment la destruction des marchandises portant atteinte à des droits de marque s'il est établi que ces dernières sont contrefaisantes. Une injonction peut également être rendue afin d'empêcher la poursuite de l'atteinte. L'imposition de sanctions pécuniaires, fixées sur la base du manque à gagner ou des bénéfices injustement réalisés, est une autre possibilité. Comme pour les atteintes au droit d'auteur, la responsabilité personnelle des dirigeants d'entreprises peut-être engagée. La détermination des montants d'indemnisation s'effectue selon les circonstances de chaque espèce.

3.1.3.4 Bien choisir sa marque

Les marques se répartissent en cinq catégories, selon des critères qui en déterminent la force relative. La force d'une marque est un indicateur de l'efficacité de la protection qu'elle confère, laquelle efficacité contribue à la valeur de la marque en tant que droit de propriété intellectuelle. Une marque sera donc plus ou moins forte selon qu'elle appartient à l'une des cinq catégories suivantes, qui sont également reprises dans le tableau 6: de fantaisie, arbitraire, évocatrice, descriptive et générique.

Les marques dites de *fantaisie* sont les plus fortes. Elles n'ont pas de signification autre que celle que leur attribue l'entreprise. Xbox, Bioware, NVIDIA, *Tetris* et Eidos sont des exemples de marques de fantaisie.



Les marques ayant un caractère *arbitraire* sont également fortes, mais pas autant que les marques de fantaisie. Elles sont composées de mots dont le sens n'est pas associé au produit qu'elles désignent jusqu'à ce que l'entreprise qui en est titulaire établisse cette association. On peut citer comme exemples de marques arbitraires Apple pour les ordinateurs, Android pour un système d'exploitation ou id pour un studio de développement de jeux vidéo.

Les marques *évocatrices* peuvent être constituées de mots du langage courant qui évoquent le produit qu'elles désignent, sans toutefois le décrire directement. Ce sont les marques les plus faibles pour lesquelles une entreprise peut normalement obtenir la protection. Quelques exemples de marques présentant un caractère évocateur: Electronic Arts pour une société productrice de jeux vidéo, PlayStation pour une console de jeux vidéo, Sonic the Hedgehog pour un hérisson capable de courir à la vitesse du son, *Space Invaders* pour un jeu mettant en vedette des envahisseurs venus de l'espace ou *Centipede* pour un jeu consistant à détruire des centipèdes.

Les marques *descriptives* sont extrêmement faibles. Ce sont essentiellement des marques dépourvues de toute utilité, à moins de faire l'objet d'un usage suffisamment intensif pour leur permettre d'acquérir un caractère distinctif. D'importants efforts commerciaux favorisant la visibilité de la marque sont indispensables à l'acquisition de caractère distinctif par l'usage. Vision Center pour un magasin d'optique ou Computerland pour un magasin d'ordinateurs sont des exemples de marques descriptives.

Les marques *génériques* sont constituées par des mots synonymes de produits, tels que carte vidéo, manette ou jeu vidéo. Un mot générique est l'antithèse d'une marque, car il ne peut pas être enregistré à titre de marque, que ce soit aux États-Unis d'Amérique ou dans n'importe quel autre pays, ou presque.

Tableau 6 : Catégories et force des marques

Juger de la force des marques		
Catégorie de marque	Description	Exemple
Fantaisie	Mots n'ayant pas de signification autre que celle qui leur est attribuée par l'entreprise.	Xbox
Arbitraire	Mots non associés précédemment à un type de produit.	Apple (pour les ordinateurs)
Évocatrice	Mots qui évoquent le produit qu'ils désignent.	Electronic Arts
Descriptive	Mots qui décrivent directement le produit.	Computerland
Générique	Mots synonymes du produit; ne peuvent pas être des marques.	jeu vidéo

On aura compris qu'il serait vain de déposer *Game* et "Game Development Company" pour un nouveau jeu et la société qui le développe. Ce sont des termes

génériques qui ne peuvent pas être des marques. Dans d'autres domaines que celui du jeu vidéo, Exxon, Intervolve et Kodak sont en revanche d'excellentes marques, car ce sont des mots qui n'ont aucune signification en dehors de celle qui leur est attribuée par l'entreprise. Lorsque l'on cherche un nom pour une nouvelle entreprise ou un nouveau produit, il est bon de se demander s'il pourra devenir une marque de fantaisie ou arbitraire. La protection accrue dont bénéficient ces marques montre clairement que le droit de la propriété intellectuelle respecte et favorise la créativité.

3.1.3.5 Différences internationales notables

Le droit des marques est reconnu dans la plupart des pays, les conditions à remplir pour le faire respecter ne sont pas les mêmes aux États-Unis d'Amérique et ailleurs. Certains pays d'Europe exigent, par exemple, que les marques soient exploitées dans le cadre d'activités commerciales, tandis que d'autres accordent un délai de grâce tout en imposant une obligation d'exploitation avant l'expiration d'une période de quelques années. De plus, le fait qu'une marque soit enregistrée aux États-Unis d'Amérique ne signifie pas qu'elle soit opposable aux tiers dans un autre pays; il donne seulement au titulaire la possibilité de faire valoir ses droits si une entreprise étrangère ayant une marque similaire tente de commercialiser ses produits aux États-Unis d'Amérique.

L'un des systèmes de dépôt intéressants en ce qui concerne les marchés étrangers est celui de la marque communautaire, qui donne accès à une protection valable pour l'ensemble du territoire de l'Union européenne¹⁴⁰. Il s'agit d'une solution économique, puisqu'elle permet d'établir des droits de marque dans les 27 États membres de l'Union européenne en déposant une seule demande. Ce type de marque comporte toutefois certaines complexités qui débordent le cadre du présent chapitre. Il existe également d'autres systèmes de dépôt permettant d'obtenir une protection de marque internationale, dont le plus important est celui qui a été institué par le Protocole relatif à l'Arrangement de Madrid de l'OMPI¹⁴¹. Sans entrer dans les détails, il s'agit d'un domaine qui peut très rapidement devenir complexe, et toute entreprise dont les produits et les moyens justifient qu'elle demande une protection internationale a tout intérêt à se faire accompagner dans cette démarche par un conseil en propriété intellectuelle compétent¹⁴².

3.1.3.6 Questions courantes en matière de marques

L'usage commercial de ma marque est-il obligatoire?

L'usage effectif d'une marque est toujours préférable pour renforcer les droits qui y sont attachés, mais il est possible de s'assurer de tels droits pour une période limitée aux États-Unis d'Amérique en justifiant d'une simple "intention d'usage". Cette possibilité a été instaurée en 1988, à l'occasion d'une révision de la loi sur les marques. Alors que les marques devaient auparavant faire l'objet d'un usage



commercial effectif, le déposant peut, depuis 1988, demander l'enregistrement fédéral de sa marque et produire en même temps une déclaration selon laquelle il a, de bonne foi, l'intention d'utiliser la marque dans le cadre d'une activité commerciale.

Ainsi qu'il a été expliqué précédemment, une marque peut, en common law, bénéficier sans enregistrement d'une protection fondée sur l'usage commercial. Cela confère en fait une meilleure protection que le dépôt d'une déclaration d'intention d'usage. Le droit des marques offre ici certaines protections, notamment contre les actes de substitution frauduleuse dits de "passing off".

Puis-je tolérer l'usage sans licence de ma marque par mes admirateurs?

Cela se fait couramment dans le domaine des jeux, pour des éléments protégés tant par le droit d'auteur que par le droit des marques. Les éditeurs permettent aux clubs d'admirateurs de leurs jeux d'utiliser certains contenus sur leur site Web. Cette utilisation est soumise à des conditions précises, mais il est rarement possible de poursuivre tous les "contrevanants" si elles ne sont pas respectées, en raison des coûts que cela entraîne. Les sociétés de jeux savent aussi reconnaître l'intérêt publicitaire que présentent les communautés de joueurs. Il est donc important pour ces dernières de bien faire comprendre à leurs admirateurs où se situent les limites de leur liberté d'usage des contenus en question. Les règles doivent être exposées aussi clairement que possible, de même que l'importance des mentions de droit d'auteur. L'éditeur peut par exemple inclure dans l'ensemble de contenus qu'il met à la disposition des clubs d'admirateurs un modèle de mention à utiliser, par exemple "*Titre du jeu* est une marque de la société XYZ" ou "*Titre du jeu* est une marque enregistrée appartenant à la société XYZ". Les choses se compliquent lorsque le site concerné a une activité commerciale importante ou s'il diffuse des informations trompeuses, susceptibles de nuire aux ventes du jeu de l'éditeur. Dans le cas de l'activité commerciale, le problème peut-être que le site réalise des profits en utilisant des marques ou des contenus protégés par le droit d'auteur appartenant à l'éditeur. Ainsi qu'il a été dit précédemment, les mesures à prendre varient en fonction des circonstances. La solution, pour faire cesser un usage abusif, peut-être de négocier une licence ou d'envoyer une lettre de mise en demeure, selon le cas.

Le titre de mon jeu peut-il être protégé par une marque?

La réponse est "oui". Un titre destiné à être utilisé pour une œuvre de création unique ne peut pas, normalement, être protégé par le droit des marques. Il ne faut pas oublier qu'une marque est l'indicateur de la source d'un produit. Pour les films, les livres et les autres produits de création, une extension quelconque, telle qu'un produit dérivé ou une suite, est nécessaire pour que l'enregistrement soit possible. L'Office des brevets et des marques des États-Unis d'Amérique (USPTO) fait toutefois une exception en permettant la protection par le droit des marques des titres de jeux informatiques, malgré la règle normale qui s'applique à ceux de la plupart des autres produits et services¹⁴³.

3.1.4 Brevets

Le système des brevets des États-Unis d'Amérique est le descendant de la Loi sur les monopoles (*Statute of Monopolies*) de l'Angleterre qui, en 1623, a mis fin aux priviléges royaux pour accorder aux inventeurs des "lettres patentes" par lesquelles elle protégeait leurs droits sur les "nouvelles fabrications" pour une durée de 14 ans¹⁴⁴. Il a été institué par la clause 8 de la section 8 de l'article premier de la Constitution des États-Unis d'Amérique, laquelle reconnaît au Congrès le pouvoir "de favoriser le progrès de la science et des arts utiles en assurant, pour un temps limité, aux auteurs et inventeurs le droit exclusif à leurs écrits et découvertes respectifs". Le droit américain des brevets a connu depuis et continue de connaître des révisions, parfois profondes¹⁴⁵.

Dans l'Union européenne, les brevets sont encore soumis de manière indépendante au droit de chacun des États membres. L'Union se dirige actuellement vers un système de brevets unitaire, qui devrait entrer en vigueur en 2014 (les modalités exactes de son fonctionnement étaient encore en cours d'élaboration à la date du présent document)¹⁴⁶. Dans l'intervalle, les déposants peuvent continuer à utiliser le système existant, qui permet d'obtenir une série de brevets nationaux en déposant une demande de brevet unique en vertu de la Convention sur le brevet européen.

Bien qu'elle soit extrêmement importante pour certains fabricants de matériel, de logiciels, d'outils de développement et autres logiciels médiateurs, la protection par le droit des brevets n'est pas très utilisée dans l'industrie du jeu. Il est vrai que la situation peut changer à mesure que cette dernière gagnera en maturité, mais ce constat vaut actuellement pour la plupart des entreprises qui en font partie. À titre d'exemple, le nombre des brevets déposés chaque année par le secteur des jeux aux États-Unis d'Amérique équivaut approximativement à celui de l'industrie des brosses à dents. D'importants contentieux en matière de brevets sont pourtant soumis chaque année aux tribunaux dans le domaine des jeux, et leur nombre augmente, ce qui se traduit par une charge financière significative pour les développeurs et les éditeurs, lorsqu'ils sont cités dans des affaires de contrefaçon de brevet.

3.1.4.1 Que peut-on breveter?

Aux États-Unis d'Amérique, la loi sur les brevets définit comme étant brevetable "tout procédé, machine, article manufacturé ou composition de matières répondant aux critères de nouveauté et d'utilité"¹⁴⁷. Cela peut désigner, par exemple, les machines, les produits pharmaceutiques, les équipements médicaux, les cartes vidéo ou les pièges à souris améliorés. Les jeux proprement dits ne bénéficient pas, habituellement, de la protection par brevet parce qu'ils ne remplissent pas ces conditions. Il n'empêche que le nombre de brevets liés aux jeux ne cesse d'augmenter, généralement pour protéger des appareils, des techniques de distribution numérique, des procédés de réseautage ou des mécaniques de jeu.



La situation est similaire en Europe et ailleurs dans le monde, avec toutefois une mise en garde en ce qui concerne les jeux: il est souvent beaucoup plus difficile d'obtenir un brevet pour une invention logicielle en dehors des États-Unis d'Amérique. Dans l'Union européenne, par exemple, les brevets logiciels font l'objet d'une interdiction complexe en vertu de la Convention sur le brevet européen¹⁴⁸. Il est bon de savoir également que certains pays acceptent les demandes de "brevets d'utilité", également appelés "petits brevets" ou "brevets d'innovation", qui n'existent pas aux États-Unis d'Amérique. Il s'agit essentiellement de brevets comme les autres, mais qui sont utilisés pour protéger des innovations caractérisées par un degré d'inventivité moindre et ont une durée plus réduite (mais sont plus faciles à obtenir)¹⁴⁹.

3.1.4.2 Quels sont les droits conférés par les brevets?

Selon une idée largement répandue, un brevet sert à donner le droit de "fabriquer" une invention. Il n'en est rien. Tout comme le droit d'auteur, le brevet confère en fait un droit négatif, c'est-à-dire celui de s'opposer à ce qu'un tiers fasse quelque chose. Autrement dit, un brevet confère le droit d'interdire la fabrication, l'utilisation, la vente ou l'importation d'une invention. Son titulaire n'est soumis à aucune obligation de réalisation concrète de l'invention brevetée, mais il a le droit d'empêcher les tiers de la mettre en œuvre.

3.1.4.3 Informations relatives aux brevets

Les brevets sont peut-être le mode de protection des droits de propriété intellectuelle le plus complexe qui soit. Il est important de bien en comprendre tous les détails lorsque l'on envisage de l'utiliser dans le cadre d'une activité commerciale.

3.1.4.3.1 Durée de la protection

La durée de protection des brevets est relativement limitée si on la compare à celle des autres droits de propriété intellectuelle. Un profane pourrait croire que la date d'expiration d'un brevet est simplement indiquée sur la première page du titre de propriété délivré au déposant. Rien ne saurait malheureusement être plus éloigné de la réalité. À l'heure actuelle, et sous réserve du paiement des taxes de maintien en vigueur, la durée de protection d'un brevet est de 20 ans à compter de la date de dépôt de la demande. Avant juin 1995, en revanche, le calcul n'était pas aussi simple, puisque les brevets pouvaient alors bénéficier d'une durée de protection de 17 ans à compter de la date de délivrance ou de 20 ans à compter de la date de dépôt, la plus longue des deux étant retenue¹⁵⁰. Pour compliquer encore un peu les choses, il n'est pas rare que la durée de protection d'un brevet soit réduite ou prolongée par divers mécanismes. Il est donc possible de connaître le moment *approximatif* de l'expiration de la protection d'un brevet en regardant la date qui figure sur le titre de propriété,

mais si l'on a besoin d'une réponse plus précise, un examen complet de l'historique du brevet et de la documentation connexe est indispensable.

3.1.4.3.2 Procédure et coût aux États-Unis d'Amérique

De tous les types d'enregistrements de droits de propriété intellectuelle celui des droits de brevet est le plus long et le plus compliqué. La procédure peut prendre de deux à quatre ans, y compris la rédaction de tous les documents de dépôt et la préparation de toutes les données chiffrées s'y rapportant. Elle comporte également des échanges réguliers de correspondance avec l'Office des brevets, que ce soit pour se conformer à des objections soulevées par ce dernier ou les réfuter. S'il est possible d'accomplir ces démarches sans faire appel aux services d'un conseil en brevets, il est fortement recommandé de s'en abstenir.

Un brevet comporte deux parties principales. La première, qui représente l'essentiel du contenu textuel du document de brevet, est appelée description ou mémoire descriptif. Cette partie situe l'invention par rapport à l'état de la technique antérieure au dépôt de la demande de brevet. Elle contient également une description détaillée de l'invention, illustrée par des figures et des exemples. En théorie, une personne peut apprendre à la lecture de cette partie tout ce qui lui est nécessaire pour reproduire l'invention et la mettre en œuvre. Il ne faut pas oublier qu'un brevet est un arrangement avec l'État, par lequel le déposant se voit accorder un monopole limité d'exploitation de son invention en échange de la divulgation au monde entier de toutes les connaissances qu'il détient sur cette dernière.

La deuxième partie principale du brevet est constituée par les revendications. Celles-ci se présentent sous la forme d'une liste de phrases numérotées à la fin du document. Une demande de brevet doit contenir au moins une revendication. Bien qu'aucune limite ne soit imposée aux États-Unis d'Amérique quant au nombre de revendications, une taxe supplémentaire est perçue dès lors qu'il est supérieur à 20, ce qui a pour effet de décourager les excès. Les demandes de brevet contiennent en moyenne de 3 à 15 revendications. La partie consacrée aux revendications est la plus importante d'une demande de brevet, car elle définit avec précision l'étendue de la protection recherchée. En fait, tout élément qui ne figure pas dans les revendications appartient automatiquement au public. Il est donc très important de veiller à ce que l'invention soit délimitée d'une manière adéquate et exhaustive dans les revendications.

Le coût de dépôt d'un brevet est influencé par un certain nombre de facteurs, notamment la complexité de la technologie concernée, le nombre de brevets qui existent déjà dans le même domaine et la quantité d'éléments que doit traiter l'agent ou le conseil en brevets. Si le domaine technique dans lequel se situe l'invention est complexe, s'il fait déjà l'objet d'un grand nombre de brevets et si le déposant appelle son conseil en brevets chaque fois qu'il a une nouvelle idée, le coût du brevet



augmente. On peut estimer en gros que le coût d'un brevet varie entre 15 000 et 30 000 dollars, ce qui comprend les frais de préparation et de dépôt de la demande, ainsi que les dépenses liées à la procédure devant l'office de brevets. Le nombre de notifications reçues de ce dernier et les heures de travail nécessaires pour y répondre ont également une influence sur le montant final.

Il est important de se méfier des sociétés qui font miroiter des "dépôts de brevets" à 2000 dollars ou un autre montant très faible, car ces offres omettent de mentionner au moins deux types de dépenses. Tout d'abord, les taxes perçues par l'USPTO sont généralement passées sous silence. Ensuite, le prix annoncé est généralement celui du "dépôt" proprement dit de la demande de brevet. Le coût du travail nécessaire pour répondre aux lettres officielles et accomplir toutes les autres démarches de la procédure d'obtention du brevet n'est pas pris en compte dans le montant proposé. C'est un peu comme quelqu'un qui annoncerait un saut en parachute à 200 dollars, mais facturerait ensuite le prix du parachute en supplément.

Il est bon de préciser que les dépenses relatives à un brevet sont réparties sur la durée de vie de ce dernier. Il y a les frais de préparation et de dépôt de la demande, mais il s'écoulera de nombreux mois avant que l'Office n'émette une première lettre officielle et qu'il soit nécessaire d'engager de nouvelles dépenses pour y répondre. Il peut également arriver – bien que ce soit peu probable – qu'une demande ne rencontre aucun obstacle et se rende directement au stade de la délivrance.

D'autres frais sont ensuite à prévoir au cours de la durée de vie du brevet. Des annuités doivent notamment être versées à l'Office des brevets et des marques des États-Unis d'Amérique afin de le maintenir en vigueur. Ces dernières sont dues 3 ans et demi, 7 ans et demi et 11 ans et demi après la date de délivrance. Étant donné que leur montant change souvent, il est recommandé de le vérifier auprès de son conseil en brevets. Le non-paiement des annuités entraîne la déchéance du brevet, et des efforts considérables sont alors nécessaires pour obtenir que le titulaire soit restauré dans ses droits, si tant est que cela soit possible. Les chances d'obtenir un relevé de déchéance varient selon le temps qui s'est écoulé depuis l'expiration du délai de paiement des annuités et les circonstances ayant conduit l'inobservation de ce dernier¹⁵¹. Il est donc important pour une société titulaire de brevets de se prémunir contre une telle situation en confiant à l'un de ses employés le soin de vérifier que les paiements d'annuités sont effectués en temps voulu.

En dehors des États-Unis d'Amérique, on peut s'attendre à des procédures de dépôt de brevets tout aussi longues, complexes et coûteuses par rapport aux autres formes de protection des droits de propriété intellectuelle. Il faut également savoir que ces procédures peuvent être elles-mêmes très différentes de celle qui existe aux États-Unis d'Amérique. Le système européen, par exemple, a toujours attribué le droit au brevet au premier déposant (autrement dit, reconnu ce droit à la personne qui a été

la première à déposer une demande de brevet pour une invention, et non à celle qui a été à l'origine de l'invention). Ce n'est que récemment, en mars 2013, qu'est entrée en vigueur la loi dite America Invents Act, par laquelle les États-Unis d'Amérique ont adopté le système du "premier déposant". On peut donc espérer que les différences entre les deux systèmes vont s'atténuer, mais il est probable que l'harmonisation ne sera jamais complète¹⁵².

3.1.4.3.3 Protection des brevets

Si une autre entreprise porte atteinte à vos droits de brevet, la première chose à faire est de lui adresser une lettre accompagnée d'une copie de votre brevet, pour la mettre en demeure d'avoir à cesser ce qui constitue potentiellement une activité contrefaisante. Lorsque tout se passe bien, les parties s'entendent sur un contrat de licence mutuellement satisfaisant, mais il n'en est pas toujours ainsi. Lorsqu'il est impossible d'arriver à une entente, le moment est probablement venu de s'adresser aux tribunaux.

3.1.4.3.4 Contentieux en matière de brevets et sanction des atteintes

D'une certaine manière, on peut dire qu'un contentieux de brevet est une punition pour les deux parties en présence. Même pour le protagoniste qui a gain de cause, les coûts en temps, en argent et en autres ressources d'une telle procédure peuvent être considérables. Les procès en matière de brevets sont complexes et très spécialisés. Rien d'étonnant, donc, à ce qu'ils coûtent très cher – il n'est pas rare que les frais d'avocat dépassent largement les 2 millions de dollars. Il ne fait non plus aucun doute que ces coûts sont appelés à augmenter considérablement à l'avenir.

Dans une action en contrefaçon de brevet, la partie lésée obtient normalement deux types de mesures. Tout d'abord, le tribunal peut ordonner la cessation immédiate des actes d'exploitation de l'invention. Deuxièmement, la société contrefaisante peut se voir condamnée au paiement de dommages et intérêts en réparation du préjudice déjà causé et, le cas échéant, de redevances sur les produits vendus par la suite.

3.1.4.4 Notions de brevet en instance et de demande de brevet provisoire aux États-Unis d'Amérique

La mention "*patent pending*" (brevet en instance) ne peut-être utilisée que si une demande de brevet ou une demande provisoire a été déposée auprès de l'USPTO ou d'un autre office national de brevet. Son apposition n'est pas obligatoire, mais elle peut-être importante lorsqu'il s'agit de démontrer qu'un contrefacteur ne pouvait pas ignorer l'existence de droits ou d'évaluer le préjudice subi du fait d'un acte de contrefaçon de brevet. Certains considèrent également qu'elle valorise le produit



aux yeux des investisseurs et des consommateurs, et favorise l'image de sérieux de l'entreprise.

Le dépôt d'une demande de brevet provisoire est souvent une formule intéressante pour une société de jeux de petite ou moyenne taille qui veut protéger une invention aux États-Unis d'Amérique. Le dépôt provisoire représente un moyen peu coûteux d'obtenir une date de priorité pour une invention. Il s'effectue d'une manière similaire au dépôt d'une demande ordinaire, à la différence qu'il ne donne lieu à aucun examen de la part de l'USPTO et ne nécessite aucune autre formalité de la part de l'inventeur. Ce dernier dispose ensuite d'un délai d'un an pour déposer une demande de brevet en bonne et due forme fondée sur le dépôt provisoire. En cas de délivrance du brevet, la date du dépôt provisoire est considérée comme la date d'invention. Enfin, la durée du brevet est tout de même calculée à compter de la date de dépôt de la demande classique, de sorte que la société déposante n'est pas pénalisée pour avoir déposé une demande provisoire.

Lorsqu'une société débute dans le domaine des jeux, ses moyens financiers sont souvent limités. En revanche, elle peut détenir une ou plusieurs inventions brevetables qui valent potentiellement beaucoup d'argent. Cette situation est particulièrement courante dans le domaine des logiciels médiateurs. Pour une telle entreprise, qui voudrait mettre son produit sur le marché pour attirer les investisseurs mais craint de se faire voler son invention par un concurrent, la demande de brevet provisoire peut représenter une solution parfaite, car son dépôt lui permet de régler trois préoccupations. Premièrement, l'invention est enregistrée auprès de l'USPTO, et la date de priorité est établie. La société peut commercialiser l'invention sans risquer de voir un concurrent la copier ni de perdre son droit au brevet en raison d'une règle de prescription. Deuxièmement, la société n'a dépensé qu'une faible partie de ce qu'aurait coûté le dépôt d'une demande ordinaire. Enfin, la société peut utiliser l'existence de cette demande en instance comme un argument de vente pour son produit et comme un atout précieux pour attirer les bailleurs de fonds.

3.1.4.5 Validité des brevets

Il existe deux situations dans lesquelles l'absence de cause de nullité est particulièrement importante dans le domaine des jeux. La première est celle où une société du secteur demande à l'USPTO de lui délivrer un brevet, et la deuxième est celle où elle est poursuivie en contrefaçon par le titulaire d'un brevet. Dans le premier cas, cette société veut démontrer que sa demande de brevet porte sur une invention susceptible d'être protégée. Dans le deuxième, elle s'efforce de prouver que l'objet du brevet de son adversaire n'est pas une invention brevetable. Cet aspect du droit des brevets est d'une extrême complexité, que les éléments contenus dans les sections suivantes ne font que résumer de la manière la plus sommaire.

3.1.4.5.1 *Anticipation et évidence*

Les mécanismes qu'il est possible d'utiliser pour faire déclarer la nullité d'un brevet sont nombreux. Deux des plus connus consistent à soulever ce que le droit américain nomme l'"anticipation" ou l'évidence de l'invention. L'anticipation est établie lorsque la technique antérieure contient quelque chose qui "anticipe" chacun des éléments d'une revendication de brevet. Les revendications sont des paragraphes numérotés qui figurent à la fin d'un document de brevet et expliquent en quoi consiste ce dont le brevet "revendique" la protection. Chaque revendication comporte des subdivisions disposées en retrait, dans lesquelles sont énumérés ce que l'on appelle les "éléments" de la revendication. On pourrait dire, pour mieux comprendre la notion d'anticipation, que ce qui constituerait une violation du brevet une fois celui-ci délivré est une anticipation avant le dépôt de la demande. En d'autres termes, la protection ne peut pas être obtenue si l'état de la technique contient quelque chose qui aurait porté atteinte au brevet. Cela signifie aussi que ce que contient l'état de la technique doit "anticiper" chacun des éléments de la revendication rejetée.

Le deuxième critère qui permet de déclarer la nullité d'un brevet est celui de l'évidence. Il n'est pas nécessaire, pour démontrer l'évidence d'une revendication, de retrouver chacun des éléments de cette dernière dans une seule et même invention ou publication. Ces dernières peuvent être considérées globalement, avec l'ensemble des connaissances existantes à la date de dépôt de la demande de brevet. La question à se poser ici est de savoir dans quelle mesure l'information disponible est évidente pour l'homme du métier normalement compétent dans le domaine scientifique concerné et de quelle manière il l'utilisera. L'appréciation peut également se faire plus simplement, en répondant à trois questions. Premièrement, tous les éléments de l'invention étaient-ils présents? Deuxièmement, y avait-il une raison pour réunir ces éléments? Troisièmement, un homme du métier normalement compétent pourrait-il réunir ces éléments pour fabriquer l'invention? Si la réponse à ces trois questions est affirmative, l'invention n'est pas brevetable pour cause d'évidence.

3.1.4.5.2 *Choix du moment du dépôt*

Avant la récente réforme du droit des brevets des États-Unis d'Amérique, les inventeurs étaient autorisés à retarder le dépôt de leur demande de brevet pendant une période d'un an, au cours de laquelle il leur était possible d'utiliser leur invention ou de la vendre. Ce "délai de grâce", qui était très peu compatible avec les lois internationales en matière de brevets, n'est plus en vigueur aux États-Unis d'Amérique depuis 2013. Les développeurs de jeux doivent donc désormais déposer leurs demandes de brevet avant de pouvoir utiliser publiquement, annoncer ou vendre leurs inventions.

Ainsi qu'il a été mentionné précédemment, les motifs de nullité de brevet ne se limitent pas à ceux qui sont abordés dans le présent chapitre. Ils comprennent



notamment le fait de cacher des informations ou de mentir sciemment à l'Office des brevets, ainsi qu'un certain nombre de problèmes techniques. Comme toujours, la meilleure façon d'en savoir plus que ce que l'on peut apprendre dans ce bref condensé est de demander l'avis d'un conseil en brevets, ainsi que de consulter les chapitres plus spécialisés du présent document.

3.1.4.5.3 *Pourquoi déposer un brevet*

Dans l'esprit de beaucoup de gens, la principale raison pour laquelle on dépose des brevets est qu'ils permettent de faire respecter ses droits, de poursuivre les contrefacteurs et d'obtenir la signature de licences. En réalité, il en existe beaucoup d'autres. D'abord, ils constituent un gage de sérieux. Lorsqu'une société de jeux négocie un contrat ou une licence avec une autre entreprise, celle-ci s'attend en effet à voir une preuve concrète de la propriété des droits qu'elle est censée protéger. Un brevet fournit cette assurance et donne de la crédibilité à la société titulaire des droits. En deuxième lieu, un brevet ou une demande de brevet a une incidence sur la valeur d'une entreprise. Un investisseur y verra un actif essentiel, en particulier s'il fait l'objet d'accords de licence. D'une manière générale et toutes choses étant égales par ailleurs, la valorisation d'une société titulaire de droits de brevet est supérieure à celle d'une autre qui ne l'est pas. Troisièmement, l'existence d'un brevet ou d'une demande de brevet peut influencer à la hausse le prix des produits de l'entreprise titulaire. Un logiciel ou un matériel protégé par un brevet ou une demande en instance a en effet, par définition, une valeur plus élevée sur le marché parce qu'on ne peut pas se le procurer n'importe où. Quatrièmement, une demande de brevet représente, avec l'état de la technique qui s'y rattache, un véritable champ de mines pour d'éventuels déposants ultérieurs, car la publication de cette demande par l'USPTO suffit à interdire à quiconque de breveter la même invention par la suite, même si le dépôt initial n'aboutit pas à la délivrance d'un brevet. Cinquièmement, le fait de détenir un brevet donne à un éditeur de jeux les moyens de contre-attaquer s'il fait l'objet d'une action devant les tribunaux. Dans un litige opposant deux entreprises titulaires de portefeuilles de brevets importants, le défendeur détient souvent dans le sien des droits qui lui permettent de répliquer à son adversaire en formant une action reconventionnelle. Ce risque de contreattaque peut faire réfléchir ceux qui seraient tentés d'intenter un procès à une société de jeux titulaire de brevets. Enfin, un brevet peut-être utilisé pour fonder une action en contrefaçon et obliger le contrevenant à signer un accord de licence, mais cela implique de s'engager dans un processus long et coûteux. Cette voie n'est en fait utilisée qu'en tout dernier recours, et le pourcentage des brevets invoqués de cette manière est seulement d'environ 1 à 2%¹⁵³. Les usages des droits de brevet qui sont évoqués au début du présent paragraphe sont beaucoup plus courants.

3.1.4.5.4 Questions fréquentes au sujet des brevets

Comment faut-il utiliser la mention “*Patent pending*”?

L’apposition de la mention “*Patent pending*” pour signaler qu’un brevet est en instance n’est autorisée que si une demande de brevet ou une demande provisoire a été effectivement déposée auprès de l’office national des brevets. Tout marquage ne répondant pas à ces conditions peut-être légalement sanctionné.

La mention “*Patent pending*” ne sert pas à conférer directement des droits de brevet au déposant, mais à avertir les éventuels contrevenants de l’existence d’une demande de brevet. Selon une fausse idée couramment répandue, certaines entreprises croient que cette mention doit être apposée systématiquement sur toute invention. Il n’en est rien, car contrairement au symbole ™ pour les marques, aucun droit de common law ne découle de la mention “*Patent pending*”. D’autre part, il est illicite de continuer à l’utiliser si le brevet demandé n’est pas délivré. Enfin, le fait d’apposer la mention “*Patent pending*” sur un produit sans avoir déposé de demande de brevet constitue une violation de l’article 292 du titre 35 du Code des États-Unis d’Amérique et donne lieu à des sanctions pécuniaires pour marquage mensonger.

Agent de brevets et conseil en brevets: quelle est la différence aux États-Unis d’Amérique?

Comme on l’aura compris à la lecture du présent chapitre, le droit des brevets est une spécialité juridique complexe. Rien de surprenant, donc, à ce que les personnes qui le pratiquent aient dans la plupart des cas des qualifications supplémentaires, acquises dans le cadre d’études spécialisées. Au Royaume-Uni, le conseil en brevets (*patent attorney*) est un avocat dont la formation juridique est très différente de celle des autres avocats. Aux États-Unis d’Amérique, la formation est la même pour tous les avocats, et ces derniers doivent ensuite passer l’examen du barreau de leur État pour pouvoir y pratiquer le droit, à cette différence que pour devenir un “conseil agréé en brevets” (*registered patent attorney*), il est nécessaire de passer un examen supplémentaire sur le droit des brevets, et en particulier, sur les règles s’appliquant au dépôt des brevets. Cet examen, qui est administré par l’USPTO, est également ouvert aux non-avocats. L’une des conditions à remplir pour être admis à le passer est de posséder un diplôme de niveau collégial dans un domaine scientifique ou technique. Il s’agit d’un examen difficile, comme en témoigne le taux de réussite qui n’est que d’environ 50% certaines années. Un avocat qui a été reçu à cet examen porte le titre de *patent attorney*, c'est-à-dire d'avocat ou conseil en brevets. Un non-avocat qui a été reçu à cet examen porte le titre de *patent agent* c'est-à-dire d'agent de brevets; il peut contribuer à la rédaction de demandes de brevet et accomplir d’autres formalités devant l’USPTO, mais ses attributions sont moins étendues que celles du conseil agréé en brevets.



3.1.5 Droit à l'image et droit moral

(i) Droit à l'image

Le droit à l'image est parfois considéré comme un droit de propriété intellectuelle parce qu'il porte sur une forme de propriété immatérielle. Il intervient par ailleurs dans toute création susceptible d'utiliser des images de personnes. On peut dire en gros que le droit à l'image est le droit d'une personne à décider de la manière dont s'effectue la distribution commerciale de son nom, de son image, de son effigie, de sa voix ou toute autre représentation identifiable de sa personnalité. C'est ce droit qui permet à une célébrité d'être rémunérée pour consentir à l'utilisation de son image à des fins publicitaires et, en même temps, d'empêcher une entreprise de porter atteinte à son image en l'utilisant sans son consentement.

Aux États-Unis d'Amérique, le droit à l'image relève de la législation de chaque État, à l'instar du droit des secrets commerciaux. Le droit applicable est celui de l'État de résidence au moment des faits de la personne concernée. Il n'existe pas au niveau fédéral de procédure d'enregistrement ou de loi s'appliquant au droit à l'image.

Ce dernier résulte des lois des divers États et, dans certains cas, d'une jurisprudence qui s'est développée en l'absence de telles lois¹⁵⁴. Il est important de noter que des lois régissant la plupart des aspects du développement de jeux aux États-Unis d'Amérique existent dans de nombreux États dont notamment la Californie, l'État de New York, le Texas et le Massachusetts. Il convient de rappeler également que dans certains États, le droit à l'image est transmis aux héritiers et survit, par conséquent, au décès des personnes concernées¹⁵⁵. Alors que certains États ne reconnaissent pas du tout le droit à l'image post-mortem et que la plupart des autres le limitent à un nombre d'années déterminé, la législation du Tennessee, l'État d'Elvis Presley, prévoit un droit à l'image perpétuel.

Le droit à l'image relève de plusieurs principes généraux, dont notamment celui selon lequel le droit à l'identité est l'un des plus fondamentaux qui soient. Il est également lié à la notion de droit au respect de la vie privée, en ce sens qu'il protège les personnes contre l'utilisation non autorisée de leur image à des fins commerciales. Il est en outre invoqué contre les comportements frauduleux et les pratiques commerciales déloyales résultant de l'utilisation abusive de l'identité d'une personne aux fins de promotion d'un produit.

La question du droit à l'image est importante à plusieurs égards dans le domaine des jeux. Tout d'abord, si l'on veut utiliser une personne dans un jeu ou la publicité d'un jeu, on doit généralement obtenir son consentement. Il en va de même en ce qui concerne la voix ou toute autre caractéristique reconnaissable de ladite personne¹⁵⁶. Négliger de demander ce consentement signifie que l'on s'expose à se voir ordonner par un juge de cesser de commercialiser le jeu et d'indemniser la personne concernée. Qui plus est, ce juge accordera probablement des dommages et intérêts

punitifs, en plus d'imposer une licence prévoyant le versement d'une redevance conforme aux usages du marché.

Les aspects les plus importants à régler, dans la négociation d'une licence de droit d'image, sont le territoire couvert, la durée du contrat, l'utilisation autorisée de l'image concernée et la présence ou non d'un droit d'exploitation publicitaire¹⁵⁷. S'agissant du domaine du jeu et du XXI^e siècle, une licence perpétuelle et mondiale est bien sûr préférable, mais le prix à payer sera à l'avenant. Une autre question à soulever est celle de l'éventualité d'un doublage vocal ou d'une capture de mouvements faisant intervenir la personne concernée, car ces services donnent souvent lieu à une rémunération distincte, qui s'ajoute aux redevances de licence.

Toute licence relative à l'exploitation de l'image d'un acteur ou autre célébrité du grand ou du petit écran ou de la radio aux États-Unis d'Amérique doit également tenir compte du fait que ces personnes sont pour la plupart membres de la SAG-AFTRA¹⁵⁸, une organisation syndicale dont les conventions prévoient certains versements en plus des redevances fixées par le contrat de licence. Les plus importants de ces montants concernent les rémunérations complémentaires dues en cas d'utilisations secondaires, les cotisations de retraite et les contributions au fonds d'assurance maladie du syndicat.

Les observations ci-dessus s'appliquent uniquement au droit à l'image tel qu'il est conçu aux États-Unis d'Amérique. D'autres pays ont élaboré leur propre conception de ce droit, laquelle s'appuie généralement sur les mêmes principes fondamentaux, à savoir le droit de l'être humain à la protection de son nom et de son image et son droit économique à décider des conditions de leur exploitation commerciale; les règles s'appliquant à la mise en œuvre de ces principes varient toutefois d'un pays à l'autre.

Dans les pays du Commonwealth, par exemple, notamment au Royaume-Uni, au Canada et en Australie, le droit à l'image s'est construit au fur et à mesure des décisions des tribunaux¹⁵⁹, à la lumière des droits reconnus par la common law en matière de respect de la vie privée et d'interdiction de l'exploitation trompeuse (en d'autres termes, en fusionnant le droit de l'individu de s'opposer à la diffusion publique de son image et celui de refuser que cette image soit associée à un produit sans son autorisation). La protection de ce droit est toutefois loin d'être aussi solide et complète dans ces pays qu'aux États-Unis d'Amérique (peut-être en raison de leur peu d'empressement à mettre en place un régime formel et circonstancié en cette matière). Dans d'autres pays, par exemple en France¹⁶⁰, en Allemagne¹⁶¹ et dans la République populaire de Chine¹⁶², le droit à l'image est protégé par la législation – quoique ici encore, à des degrés très différents. De nombreux pays francophones et de l'Union européenne ont élaboré une notion de droit moral (examinée plus en détail ci-dessous) qui a également une incidence en matière de droit à l'image, dans



la mesure où elle permet à une personne de faire reconnaître sa qualité de véritable auteur d'une œuvre.

Il est bon, par conséquent, lorsque l'on envisage d'utiliser l'image d'une personne ou un autre attribut de sa personnalité ailleurs qu'aux États-Unis d'Amérique, de se rappeler que les règles à observer seront en gros les mêmes, surtout en ce qui concerne la nécessité d'obtenir une licence à cet effet. Les mesures exactes à prendre pour se conformer au droit du pays, les coûts qui s'y attachent et les sanctions encourues en cas de manquement varient, en revanche, considérablement d'un pays à l'autre.

(ii) Droit moral

Le droit moral est un concept qui trouve son origine dans les systèmes de droit civil de la France et de l'Allemagne et s'est répandu par la suite, en partie grâce à des traités internationaux tels que la Convention de Berne¹⁶³. Il confère à l'auteur d'une œuvre de création des prérogatives lui permettant i) de voir son nom associé à son œuvre dans certaines situations, par exemple lorsque des exemplaires de cette dernière sont diffusés auprès du public et ii) de s'opposer à toute déformation, mutilation ou autre modification de son œuvre ou à toute autre atteinte à cette dernière qui serait préjudiciable à son honneur ou à sa réputation. Le droit moral a donc pour objet de protéger la réputation de l'auteur. Il s'apparente en un sens au droit à l'image, en étant toutefois plus ciblé, puisqu'il s'applique à l'œuvre de l'auteur, et non à l'auteur en général.

Quelques mises en garde importantes doivent être soulignées en ce qui concerne le droit moral. La première est qu'il s'agit d'un droit attaché à la personne de l'auteur, dont la cession, le transfert ou la vente ne sont pas permis (ce qui n'empêche pas son titulaire d'essayer de le renforcer le plus possible dans les contrats, comme cela se voit souvent). Deuxièmement, il doit faire l'objet d'une affirmation publique pour pouvoir être revendiqué (c'est pour cela que l'on voit souvent au tout début des livres publiés en dehors des États-Unis d'Amérique une mention par laquelle l'auteur fait valoir son droit moral). Troisièmement, l'auteur a la possibilité de renoncer à son droit moral, et cela doit alors être clairement précisé dans tout contrat de cession, de vente ou de transfert de droit d'auteur. Enfin, le droit moral ne s'applique pas aux logiciels (ce qui concerne, en pratique, le code informatique, mais pas les œuvres connexes, par exemple les éléments graphiques des jeux). Cela étant, il est très rare que le droit moral fasse problème dans le domaine du développement de jeux.

3.1.6 Stratégie de propriété intellectuelle: rudiments

Lorsque l'on mesure la performance d'une entreprise, on constate que la propriété intellectuelle y joue un rôle essentiel. Il est donc important de la protéger adéquatement au quotidien, notamment en appliquant les conseils qui suivent.

3.1.6.1 Établir une relation avec un conseil spécialisé

On ne dira jamais assez à quel point il est important de prendre conseil auprès d'un spécialiste de la propriété intellectuelle – l'idéal, si possible, étant que cette personne connaisse bien l'industrie du jeu. L'établissement d'une relation avec un tel professionnel est la première étape d'un processus de sensibilisation aux droits de propriété intellectuelle de l'équipe chargée du développement d'un jeu et de mise en place des mesures adéquates pour les protéger. Quelle que soit l'importance de la société de développement concernée, ce conseiller pourra l'aider en rédigeant et en vérifiant des documents, ainsi que par ses recommandations, et elle aura ainsi l'assurance d'avoir pris les mesures appropriées avant de lancer la commercialisation de son jeu. Elle bénéficiera en outre des meilleurs conseils au cas pas cas dans ses négociations avec les éditeurs ou les investisseurs.

3.1.6.2 Protéger ses droits le plus tôt possible

Les marques doivent être utilisées comme il convient, ce qui comprend l'apposition des symboles ™ ou ®, selon le cas, lorsqu'elles sont citées dans des documents. La confidentialité des secrets d'affaires doit être préservée, notamment lors des présentations de jeux, car il faut bien comprendre que leur protection peut-être compromise dès lors qu'ils ont été dévoilés. Les éditeurs et les autres parties intéressées comprennent fort bien que les développeurs ne peuvent pas leur livrer tous leurs secrets, et ne s'étonneront pas de s'entendre dire que telle ou telle information sensible est confidentielle. Un développeur a toujours la possibilité de décrire un processus dans les grandes lignes, sans entrer dans les détails. Aux fins de la protection du droit d'auteur et de l'établissement de son antériorité, il doit toujours consigner en détail les principales idées sur lesquelles est fondé le jeu et conserver les premières ébauches de ce dernier, ainsi que les captures d'écrans correspondantes. Il doit également examiner les possibilités d'obtention d'un brevet avec son conseiller, avant toute présentation à un éditeur ou à un investisseur. Enfin et surtout, il doit conserver des preuves écrites de l'idée du jeu, de son développement et de son utilisation remontant aussi loin que possible dans le temps, afin d'établir l'antériorité de ses droits de propriété intellectuelle, quelle qu'en soit la forme.

3.1.6.3 Protéger ses droits de propriété intellectuelle lors d'une présentation à un éditeur ou investisseur

Il faut comprendre qu'un éditeur ou un investisseur se soucie surtout de limiter sa responsabilité juridique, et qu'un grand nombre d'accords de confidentialité sont essentiellement des documents à sens unique, c'est-à-dire qu'ils protègent l'autre partie, et non vous-même ou votre entreprise. Il est bon, pour une équipe de développement de jeux, d'avoir son propre texte d'accord de confidentialité, ou d'accord de confidentialité réciproque, et d'essayer de le faire signer par son



interlocuteur. Cela suppose une négociation qui peut prendre quelque temps, et doit donc avoir lieu avant la date de la présentation. Attendre la dernière minute pour produire ce document est discourtois et peu professionnel. L'avis d'un conseil en propriété intellectuelle est d'une importance capitale à cet égard, qu'il s'agisse de rédiger un accord de confidentialité de manière à protéger les intérêts du développeur ou de déchiffrer le texte de l'accord de confidentialité de l'autre partie.

3.1.6.4 Un processus complexe, mais des résultats réalisables

Si la protection des droits de propriété intellectuelle ne s'obtient qu'au prix d'un processus si complexe qu'il ne peut s'accomplir sans l'intervention de professionnels du droit, pourquoi un développeur de jeux devrait-il se donner tout ce mal?

Premièrement, parce qu'un développeur de jeux informé peut poser les bonnes questions à des conseillers en matière de propriété intellectuelle, ce qui permet à tout le monde d'économiser du temps et de l'argent. Deuxièmement, parce qu'un développeur de jeux sensibilisé à la propriété intellectuelle peut reconnaître très tôt les risques d'atteinte à des droits et éviter ainsi des dépenses inutiles de création de personnages, de scénarios ou autres éléments qui s'avéreraient contrefaisants. Quelqu'un qui est habitué à recevoir des conseils en matière de propriété intellectuelle est mieux placé pour les comprendre et pour mettre en place dans une société des mécanismes favorables à la protection des droits de propriété intellectuelle. Chose plus importante encore, la propriété intellectuelle est présente dans chacun des contrats et accords de licence entourant les jeux de cette société, des contrats d'employés aux contrats d'édition, en passant par les contrats régissant les structures de redevances ou les droits cinématographiques. Même s'il a des conseillers juridiques, le développeur est celui qui prend les décisions finales, et il doit savoir que c'est à lui qu'il incombe, en définitive, de protéger et de vendre le jeu. Cela représente une lourde responsabilité qui nécessite, compte tenu de tous les aspects abordés dans le présent chapitre, une bonne compréhension de ce très important sujet.

3.1.6.5 Stratégies pour les petites entreprises et les développeurs individuels

Les petites entreprises et les développeurs qui travaillent seuls ont tout intérêt à privilégier des solutions peu coûteuses pour protéger leurs droits de propriété intellectuelle. Il est rare, en effet, que leurs ressources ou la taille de leur personnel leur permettent de se lancer dans une stratégie complexe de propriété intellectuelle. S'agissant des entreprises, la plupart d'entre elles n'ont pas les moyens de payer un employé uniquement pour élaborer et mettre en œuvre une telle stratégie.

Le simple enregistrement de droit d'auteur est l'une des manières de protéger à peu de frais la propriété intellectuelle de produits offerts dans le commerce. Il peut s'y ajouter le dépôt, au niveau fédéral, des une ou deux marques les plus importantes pour la société, de manière à ce que celle-ci bénéficie au moins de la protection

signalée, en common law, par l'apposition des symboles ® ou TM. La marque la plus importante d'une entreprise est généralement sa dénomination ou une combinaison de sa dénomination et d'un logo. Les secrets d'affaires constituent également un moyen de protection relativement simple et peu coûteux pour une petite société.

Bien que la possibilité d'obtenir une protection internationale ne soit pas nécessairement une priorité pour une petite société de jeux ou un développeur individuel, elle doit néanmoins être étudiée avec attention par ces derniers s'ils envisagent de commercialiser leurs jeux sur Internet. Le brevet est également un mode de protection moins recherché par ce type de développeur, à moins que son modèle d'affaires ne comprenne une activité qui l'oriente dans cette direction, telle que la conception de matériel.

3.1.6.6 Stratégies pour les grandes entreprises de développement et d'édition

Les entreprises importantes de développement et d'édition de jeux ont intérêt à mettre en œuvre tous les modes de protection peu coûteux évoqués ci-dessus, mais aussi à consacrer des ressources supplémentaires au renforcement de cette protection. Cela comprend, par exemple, l'enregistrement de marques fédérales pour chacun de leurs titres importants. Une autre possibilité est l'enregistrement et la surveillance de toutes leurs grandes marques au niveau international. Le dépôt de demandes d'enregistrement de droit d'auteur distinctes pour chaque œuvre musicale et autre élément susceptible de protection doit également être envisagé pour les principaux titres¹⁶⁴.

La constitution d'un portefeuille de brevets peut faire partie des objectifs d'un programme de propriété intellectuelle renforcé. Certaines sociétés de jeux versent des primes à leurs employés lorsqu'ils soumettent des idées brevetables et contribuent au processus d'obtention de brevet. Une fois leur portefeuille de brevets constitué – ou acheté, ces entreprises doivent se mettre à la recherche de preneurs de licence potentiels, afin de le rentabiliser. Elles peuvent utiliser leurs brevets d'une manière amicale, en tant qu'actifs de valeur faisant l'objet d'une négociation avec un partenaire de licence, ou plus énergique, pour forcer des concurrents à verser des redevances ou à modifier leurs produits de manière à éviter de porter atteinte aux inventions qu'ils protègent.

Bien que d'un point de vue juridique, les brevets soient des instruments purement offensifs, une certaine valeur défensive leur est également reconnue, notamment dans les procédures de justice face à des entreprises détentrices de gros portefeuilles de brevets. Ces dernières sont en effet souvent perçues comme "menaçantes", dans la mesure où un portefeuille important va généralement de pair avec des ressources et des compétences juridiques substantielles. S'ajoute à cela, bien sûr, qu'une telle entreprise est bien équipée pour répliquer à toute action dirigée contre elle par une demande reconventionnelle en contrefaçon de brevet.



3.1.7 Trois précautions importantes

Les plus grandes entreprises de développement et d'édition de jeux ne sont pas à l'abri d'une erreur apparemment bénigne qui finit par leur coûter une fortune ou, pis encore, la perte de tous leurs droits sur l'un de leurs jeux. Une initiation aux rudiments de la propriété intellectuelle et l'assistance d'un conseil compétent et expérimenté permettent souvent d'éviter ce genre de situation. Ne rien faire équivaut métaphoriquement à laisser grandes ouvertes les portes de la cité et à se laisser envahir par les Wisigoths.

Pour échapper à cette infortune, un développeur de jeux peut prendre trois précautions. Pour commencer, il doit acquérir une compréhension élémentaire de la protection des droits de propriété intellectuelle et de ses incidences, notamment dans les domaines importants pour la création de jeux. Outre le contenu du présent chapitre, les sources d'information à utiliser à cet effet comprennent notamment le livre blanc de l'Association internationale des développeurs de jeux vidéo (IGDA)¹⁶⁵. Ce document a été élaboré par un groupe de juristes et de développeurs de jeux, dans le but de faire mieux connaître la propriété intellectuelle au sein de la communauté des professionnels du secteur des jeux vidéo.

La deuxième précaution à prendre, pour un développeur de jeux, est de s'assurer les conseils d'un juriste expérimenté en matière de propriété intellectuelle, et notamment de marques et de droit d'auteur. Ce dernier, qui peut-être ou non l'avocat qui s'occupe des autres aspects des affaires du développeur, aura notamment pour rôle de favoriser la mise en place de structures internes permettant de protéger efficacement les droits de propriété intellectuelle de son client. D'autre part, et comme cela a déjà été mentionné à plusieurs reprises dans le présent chapitre, il pourra également être d'un précieux secours en ce qui concerne le décryptage des clauses de propriété intellectuelle dans la négociation d'une multitude de contrats de jeux.

Troisièmement, le développeur de jeux doit veiller à faire signer par ses employés et consultants des contrats prévoyant la cession de tous les droits de propriété intellectuelle relatifs aux éléments qu'ils produisent pour son compte. Les trois précautions qui viennent d'être mentionnées sont nécessaires pour ériger une protection juridique solide autour de jeux qui représentent des actifs de grande valeur. Il n'est pas exagéré de dire que l'existence et l'avenir de ces jeux en dépend.

Tableau 7 : Les droits de propriété intellectuelle dans l'industrie du jeu vidéo

Le tableau 7 ci-dessous présente les différents modes de protection des droits de propriété intellectuelle, ainsi que quelques-uns des détails qu'il est important de connaître lorsque l'on élabore une stratégie de propriété intellectuelle.

La PI dans l'industrie du jeu vidéo	Brevet	Marque	Secret d'affaires	Droit d'auteur
Durée de protection	20 ans	Illimitée	Illimitée	70-120 ans
Coût	Élevé	Moyen	Moyen	Faible
Facilité d'obtention	Difficile	Moyenne	Moyenne	Facile
Utilisation	Rare	Fréquente	Fréquente	Fréquente
Enregistrement	Oui	Recommandé	Non	Recommandé lorsqu'il est possible
Couverture	Moyenne	Limitée	Étendue	Étendue



CHAPITRE 4

LA CONCESSION DE DROITS DE PROPRIÉTÉ INTELLECTUELLE DANS LE DOMAINE DES JEUX

4.1 Introducción

Les développeurs de jeux vidéo ont toujours intégré à leurs productions des éléments reconnaissables qu'ils utilisent sous licence. Cela contribue à individualiser leurs jeux, à les rendre plus réalistes et, idéalement, à attirer un plus grand nombre de joueurs. Les jeux vidéo peuvent être fondés sur des éléments originaux, créés par le développeur, et donc protégés par des droits de propriété intellectuelle dont il est lui-même titulaire, ou sur des contenus appartenant à des tiers tels que studios cinématographiques, ligues sportives¹⁶⁶, auteurs de livres ou de bandes dessinées et fabricants de jouets qui en autorisent l'exploitation sous licence. Les développeurs et les éditeurs de jeux vidéo¹⁶⁷ (désignés collectivement dans le présent chapitre par l'expression "preneur de licence") utilisent généralement les contenus ainsi concédés de différentes manières, notamment: 1) comme seul et unique fondement d'un jeu (ce dernier pouvant, par exemple, être basé entièrement sur un film¹⁶⁸, un livre ou un jouet¹⁶⁹) ou 2) comme éléments destinés à rendre l'expérience de jeu plus réaliste pour les utilisateurs¹⁷⁰.

Les objets de propriété intellectuelle concédés en licence sont le plus souvent des œuvres protégées par le droit d'auteur et des marques qui identifient un produit particulier. Le preneur de licence s'y intéresse en raison de leur notoriété, qu'il espère voir rejaillir sur son jeu vidéo en le rendant immédiatement reconnaissable par les consommateurs. C'est par exemple le cas lorsqu'un jeu est basé sur la trame d'un film dont la sortie est annoncée¹⁷¹ ou sur une série télévisée à succès.

Dans d'autres cas, le preneur de licence peut vouloir intégrer à son jeu plusieurs éléments qui n'en seront pas nécessairement l'élément central, mais en favoriseront, à son avis, le réalisme. Il pourra, par exemple, souhaiter montrer dans le jeu un certain type d'automobiles, d'avions ou d'autres éléments portant des marques facilement identifiables, sans leur faire jouer pour autant un rôle dominant dans le scénario. Cela donnera donc lieu à des contrats de licence tout aussi complexes sur le plan juridique qu'une licence portant sur un objet unique destiné à constituer le pivot du jeu, mais prévoyant des taux de redevance nettement inférieurs.

L'association à un jeu vidéo peut également être bénéfique pour le donneur de licence. Au-delà des redevances découlant de l'exploitation de ses droits, la présence de sa marque dans un jeu peut en effet lui apporter de nombreux autres avantages, notamment sous forme de publicité et de stimulation des ventes de ses produits auprès d'un public de joueurs qui n'en sont pas moins des consommateurs¹⁷².

La concession de licences pour l'exploitation de contenus dans les jeux vidéo a longtemps été axée sur les supports traditionnels, c'est-à-dire les consoles et l'ordinateur, mais les possibilités se sont vite multipliées grâce aux nouvelles plateformes mobiles. Le jeu *Angry Birds* de la société Rovio, par exemple, n'a pas tardé à donner lieu à *Angry Birds: Star Wars*, le jeu *Temple Run*, grand succès des studios Imangi, met maintenant en scène des personnages à l'image d'athlètes olympiques tels que le coureur Usain Bolt, et le jeu de course *CSR Racing* de la société Natural Motion, l'un des plus grands succès parmi les jeux mobiles de l'année 2012, aligne une série de bolides pour lesquels des licences avaient été négociées auprès des fabricants. Qu'il s'agisse de jeux mobiles ou en ligne, pour PC ou pour console, la prise de licences peut-être l'élément déterminant qui permettra à un éditeur de distinguer ses jeux sur un marché de plus en plus concurrentiel.

Encadré 3 : Licences cinématographiques

Les jeux vidéo développés en vertu de licences de films représentent depuis plus de 30 ans une part importante des productions de l'industrie, avec toutefois des résultats inégaux. Certains ont en effet été des succès retentissants, alors que d'autres se sont soldés par des échecs cuisants. Il est cependant à préciser que le succès ou l'échec d'un jeu peut-être influencé par divers facteurs, dont notamment l'accueil que lui réserve la critique ou celui dont fait l'objet le film sur lequel il est basé.

Face à l'augmentation du coût de développement des jeux, à laquelle s'ajoutent les redevances, les éventuels engagements commerciaux, le raccourcissement des cycles de développement pour s'aligner sur la date de sortie d'un film, la limitation de la liberté de création des preneurs de licence et le prestige croissant lié à la conception de créations originales, les preneurs de licence semblent aujourd'hui moins intéressés à lier leurs jeux pour consoles et ordinateurs à des licences de films. En outre, le développement d'un jeu peut prendre de 18 à 24 mois, ce qui signifie que le preneur de licence ne peut voir parfois que le premier jet du scénario d'un film avant de décider de s'engager ou non dans un contrat pour les droits d'adaptation de ce film en jeu vidéo, ce qui représente un pari risqué. Cela étant, un jeu vidéo basé sur une licence cinématographique peut connaître le succès même s'il ne reçoit pas le meilleur accueil de la critique, et cela grâce à la notoriété de la marque. Étant donné que les éditeurs s'appuient davantage sur leurs propres marques et que le fait de traiter avec des donneurs de licence présente d'autres difficultés, il est possible que les créations sous licence soient moins indispensables à la génération de ventes pour les jeux sur console. Le coût plus faible des licences pourrait en revanche attirer les preneurs de licence en ce qui concerne les autres plateformes telles que les mobiles et les tablettes.

La vogue des licences cinématographiques semble obéir à des cycles, mais il est vrai que celles-ci ont été moins nombreuses dans les dernières sorties importantes de jeux vidéo.

Dans un fiasco désormais célèbre, bien que causé par la piètre qualité du travail de développement, l'adaptation en jeu du film *ET*, en 1982, effectuée en cinq semaines au lieu des six à huit mois habituels pour réussir à sortir le jeu à temps pour Noël sur les consoles Atari 2600, connut un échec commercial si catastrophique qu'elle conduisit peu de temps après à la faillite de la société Atari et à une période de profonde crise pour l'industrie du jeu vidéo¹⁷³.

Le développeur de jeux qui étudie l'opportunité d'une prise de licence doit se poser un certain nombre de questions, dont les suivantes:

1. à qui appartiennent ou de qui dépendent les droits qui seraient concédés?



2. le concédant a-t-il un programme de concession de licences, et se charge-t-il lui-mêmes de l'étude des demandes de concession de licences ou fait-il appel à cet effet aux services d'un agent spécialisé?
3. de quel budget dispose le preneur de licence, et a-t-il pris en compte tous les coûts de la licence, notamment les avances, les garanties, les redevances ainsi que les dépenses liées à l'atteinte des objectifs commerciaux?
4. l'intégration au jeu de l'élément concerné est-elle justifiée à la lumière des coûts possibles de la licence, et aura-t-elle un effet positif sur le volume des ventes?
5. quels sont les droits que le preneur de licence veut obtenir? Le donneur de licence lui permettra-t-il de modifier les éléments concédés pour les utiliser dans son jeu?
6. l'objet sur lequel porte la licence est-il reconnaissable dans le monde entier?
7. reste-t-il suffisamment de temps, avant la date de sortie prévue du jeu vidéo, pour négocier un accord (ce qui peut donner lieu à la rédaction d'un protocole d'accord) et intégrer dans le jeu le ou les éléments donnés en licence?
8. quels sont les éventuelles limitations que le donneur de licence pourrait imposer et qui auraient des répercussions sur le développement et la commercialisation du jeu?
9. sur quoi porteront les principales stipulations commerciales, par exemple droits concédés, plateformes, territoire, durée du contrat, exclusivité ou non, montant des redevances et approbations?
10. autres considérations commerciales et de marché: i) quelle sera la situation du marché au moment de la sortie pour le type de jeu envisagé par le preneur de licence? ii) existe-t-il déjà des jeux comparables sur le marché, et de quelle manière le preneur de licence a-t-il l'intention de distinguer le sien? et iii) la licence aura-t-elle une incidence sur le prix du jeu?

L'utilisation de marques ou autres éléments protégés par des droits de propriété intellectuelle n'impose pas forcément d'obtenir une licence, dans la mesure où elle peut relever de certaines exceptions aux États-Unis d'Amérique, par exemple au titre des protections accordées par le Premier amendement de la Constitution¹⁷⁴, de l'usage loyal, du droit de parodie, de l'usage dans l'exercice d'un autre droit ou de l'usage d'œuvres du domaine public, pour n'en citer que quelques-unes (lesdites exceptions varient, naturellement, selon le système juridique du pays dans lequel le preneur de licence utilise l'objet de propriété intellectuelle concerné). Les développeurs ou éditeurs de jeux doivent cependant faire preuve de la plus

grande prudence pour décider si une licence leur est nécessaire ou non, car une mauvaise décision risque de les conduire devant les tribunaux et d'entraîner des frais énormes. Se défendre en justice peut coûter cher, même si l'on est dans son bon droit.

En cas de litige ou de transaction, un développeur de jeu qui a omis de prendre une licence alors qu'il aurait dû le faire peut se voir imposer i) le versement d'une indemnité (en plus du remboursement des bénéfices qu'il aura réalisés du fait de l'exploitation non autorisée d'un objet de propriété intellectuelle, ii) la cessation de la vente du jeu en cause, iii) la modification de ce jeu, de manière à éviter toute atteinte susceptible d'en retarder la sortie et d'entraîner des dépenses supplémentaires, ou iv) la signature d'un contrat de licence dont les conditions risquent de ne pas lui être des plus favorables¹⁷⁵. Les conséquences peuvent être encore plus fâcheuses si le jeu en question a été publié et se joue sur une console ou une plateforme de distribution numérique, car cela peut donner lieu à une autre poursuite, pour atteinte aux stipulations d'un contrat de distribution ou du contrat de licence du fabricant de la console concernée. Le développeur de jeux a donc tout intérêt à demander l'avis d'un conseiller juridique spécialisé en propriété intellectuelle, avant d'utiliser des éléments susceptibles d'être protégés par des droits de tiers. Il doit également tenir compte du fait que les lois ne sont pas identiques partout, et que ce qui est acceptable au regard du droit d'un pays ne l'est pas nécessairement dans un autre¹⁷⁶.

4.2 Le contrat de licence

Lorsqu'un développeur décide d'utiliser dans un jeu un élément protégé par des droits de propriété intellectuelle, il doit signer au préalable avec le titulaire de ces droits un contrat de licence contenant au minimum la description des droits concédés, la durée pour laquelle la licence est accordée, la manière dont les droits en question pourront être exploités, les coûts attachés à l'obtention de la licence, y compris, le cas échéant, le montant des avances, garanties et redevances, les approbations, déclarations et garanties, et une clause de dégagement de responsabilité¹⁷⁷.

Les termes et conditions des contrats de licence varient selon l'usage que le preneur de licence veut faire de l'objet concédé. Dans un contrat de licence sur un film sur lequel il est envisagé de fonder un jeu, par exemple, le titulaire des droits relatifs à ce film exigera d'exercer un droit de regard beaucoup plus grand sur l'exploitation du jeu, ainsi que des avances et des redevances plus importantes, que si la licence portait sur une marque qui apparaît simplement dans le jeu, sans y jouer un rôle déterminant.

La plupart du temps, le donneur de licence ajoute dans le contrat qu'il rédige des clauses qui lui sont favorables. Il n'y a là rien de surprenant, et il est tout à fait normal que le rédacteur d'un contrat profite de l'avantage dont il dispose initialement pour faire figurer dans le texte tous les aspects qui sont importants pour lui, et notamment,



ceux qui le favorisent. Il reviendra ensuite au preneur de licence de demander les ajouts et les retraits qu'il jugera nécessaires. D'autre part, si le donneur de licence ne connaît pas le domaine des jeux vidéo et des jeux mobiles, il est possible que certaines clauses indispensables du point de vue du preneur de licence ne figurent pas dans le texte du contrat. Il est donc important que ce dernier soit vérifié par le conseil du preneur de licence, afin de s'assurer qu'il prend bien en compte des questions importantes telles que la propriété des codes sources, les retours de marchandise, le calcul des redevances selon les méthodes spécifiques à l'industrie du jeu vidéo et l'exploitation du jeu concerné après la fin du contrat.

La prochaine section du présent chapitre est consacrée aux principaux aspects d'un contrat de licence relatif à un jeu. Bien que les questions abordées soient pour la plupart les mêmes que pour n'importe quel autre contrat de licence, il existe quelques différences qui sont signalées au fur et à mesure.

4.3 Les principales questions à couvrir dans un contrat de licence

4.3.1 L'objet de la licence

Dans cette section du contrat, les parties définissent la nature de l'objet de propriété intellectuelle qui sera utilisé dans le jeu, ainsi que tous les aspects liés à l'exploitation de ce dernier (autrement dit, à sa commercialisation). Il est extrêmement important que les parties s'entendent sur une définition claire de l'objet en question, car le donneur de licence peut-être tenté de la limiter autant que possible, tandis que le preneur de licence voudra, au contraire, qu'elle soit aussi large que possible.

Le donneur de licence se réservera (généralement dans une clause expresse) tous les droits ne faisant pas l'objet d'une stipulation claire dans le contrat, et exigera fort probablement des redevances supplémentaires pour les accorder au preneur de licence si celui-ci en fait la demande ultérieurement.

Lorsque l'objet de la licence est un livre ou une bande dessinée, le preneur de licence doit se faire concéder au minimum le droit d'utiliser le titre, les logos, l'intrigue, les images, les personnages et le nom de l'auteur dans les annonces relatives à son jeu vidéo. Lorsque le contrat porte sur des objets tels que des jouets, des avions ou des voitures, il doit également s'assurer de pouvoir en utiliser l'aspect visuel d'ensemble, y compris les dessins ou modèles et les marques qui y sont directement associés¹⁷⁸.

La négociation des licences de films est généralement plus compliquée, en raison du nombre de personnes qui peuvent avoir des droits sur une œuvre cinématographique¹⁷⁹. Un développeur intéressé à créer un jeu sur la base d'un film doit au minimum prendre une licence sur le scénario, le titre et le logo, les personnages (et, si possible, la voix et l'apparence des acteurs), le thème, les images et les décors, et s'assurer aussi d'avoir le droit d'utiliser la musique du film¹⁸⁰. Il arrive

malheureusement que l'obtention des droits relatifs aux acteurs, à la musique et aux images du film ou d'un précédent épisode s'accompagne d'un coût supplémentaire pour le preneur de licence, parce que le donneur de licence ne les détient pas pour les jeux vidéo. Bien que l'acquisition de ces droits fasse normalement partie des négociations avec les artistes, le donneur de licence peut en effet les avoir laissés de côté par souci d'économie.

Bien que les consommateurs s'attendent à y retrouver les éléments des films dont ils s'inspirent, les jeux vidéo ne contiennent pas toujours l'image ou le son de la voix de leur acteur préféré, car lorsque cela suppose une dépense supplémentaire, celle-ci ne se justifie pas nécessairement pour le preneur de licence. Qui plus est, ce dernier aura le plus souvent besoin d'une voix de doublage pour la bande sonore du jeu, et devra donc vraisemblablement signer un contrat distinct avec un acteur pour ce service et les droits qui s'y rapportent. Si l'acteur en question est membre d'une association syndicale, le preneur de licence devra en outre bien réfléchir avant d'agir, car au-delà du jeu concerné, la signature d'un contrat avec un acteur syndiqué aux États-Unis d'Amérique pourra avoir des conséquences sur tous ses projets futurs¹⁸¹.

Encadré 4 : Cas de licence fictif

CAS DE LICENCE FICTIF

La société SkyVision Productions (SVP) souhaite créer un jeu de course automobile, mais ne sait pas encore dans quelle direction l'orienter; elle a toutefois l'intention d'y intégrer un certain nombre d'éléments sous licence, concédés notamment par des constructeurs automobiles. Avant de prendre une décision, SVP a besoin de se poser les questions suivantes:

1. Qui détient ou contrôle les droits permettant de concéder des licences sur les voitures?
2. Chacun des constructeurs automobiles a-t-il un programme pour concéder des licences sur ses voitures? Dans l'affirmative, la concession de licences est-elle gérée par lui en interne, ou par un agent qui le représente?
3. De quel budget la société SVP dispose-t-elle pour le paiement de redevances?
4. Les ventes supplémentaires générées par l'intégration dans le jeu d'éléments sous licence justifieront-elles les coûts potentiels de licence, qui peuvent comprendre des avances, des garanties et des redevances?
5. Quelles sont les voitures envisagées pour le jeu? La société SVP veut-elle avoir simplement des voitures actuelles ou des modèles plus anciens?
6. Si le jeu est vendu dans le monde entier, quels sont les constructeurs automobiles que la société SVP voudrait intégrer à son jeu pour séduire un public mondial? Y a-t-il des marques spécifiques en Europe ou en Asie qui pourraient rendre le jeu plus attractif sur ces marchés?
7. En plus des droits sur les voitures, quels autres droits SVP souhaite-t-elle obtenir? (par exemple logos, pilotes). Si des droits supplémentaires sont nécessaires, qui détient ces droits?
8. Reste-t-il suffisamment de temps, avant la date de lancement prévue, pour prendre contact avec les constructeurs automobiles, négocier des accords (une lettre d'intention peut-être nécessaire) et intégrer les propriétés concédées dans le jeu? À défaut, sera-t-il possible d'ajouter de nouvelles voitures au jeu en tant que contenu téléchargeable après la sortie du jeu? Aussi, combien de temps dure le processus d'approbation?



9. Quelles restrictions susceptibles d'affecter le développement et la commercialisation du jeu les constructeurs automobiles pourraient-ils imposer à SVP? Par exemple, les accidents seront-ils autorisés? Les voitures pourront-elles être modifiées?
10. Quelles seront les principales conditions commerciales: droits concédés, plateformes, territoire, durée, exclusivité ou non, contrepartie et approbations?

Autres considérations commerciales et de marché:

1. Quelles seront les conditions du marché pour le type de jeu envisagé par SVP lors de sa sortie? Dans quelle mesure les récents jeux de course automobile ont-ils connu le succès ces dernières années? Les jeux sur certaines plateformes ont-ils mieux réussi que les autres?
2. Existe-t-il déjà sur le marché des jeux de course automobile compétitive qui rendraient difficile la commercialisation du jeu de la société SVP? Si oui, Qu'est-ce qui distinguera le jeu de SVP des autres?
3. La prise de licences aura-t-elle une incidence sur le prix du jeu?

Le cas des jeux vidéo fondés sur des sports d'équipe est un peu particulier. Il est en effet possible de développer un tel jeu sans licence, mais celui-ci aurait probablement un succès extrêmement limité, parce que la plupart des consommateurs préféreraient y voir leur équipe favorite et pouvoir endosser le chandail de l'athlète qu'ils admirent le plus. Pour leur donner satisfaction, il est donc nécessaire de prendre une licence auprès de la ligue sportive qui est titulaire des droits sur les noms, les logos et les uniformes des équipes ainsi que sur ses propres logos, et auprès des associations qui représentent les joueurs et peuvent accorder des autorisations d'exploitation de leur nom et de leur image. Autrement dit, cela oblige le développeur à négocier deux contrats de licence distincts, chacun avec ses propres garanties et son propre taux de redevance. Le résultat peut cependant être extrêmement lucratif, ainsi qu'en témoignent la série de jeux de football *FIFA* ou la série de jeux de football américain *Madden NFL*, toutes deux de la société EA, qui sont parmi les plus rentables de toute l'industrie du jeu vidéo.

4.3.2 Droits concédés

Dans cette section du contrat, le donneur de licence énumère les droits qui sont accordés au preneur de licence, en précisant s'ils sont exclusifs ou non. Le maintien de ces droits est pratiquement toujours soumis au respect par le preneur de licence des obligations énoncées dans le contrat. Le preneur de licence doit se voir concéder au minimum le droit de développer, fabriquer, commercialiser, distribuer (directement ou indirectement, par l'intermédiaire de partenaires tels que fabricants de consoles, distributeurs numériques ou opérateurs de téléphonie mobile), mettre en marché, promouvoir et annoncer le jeu concerné sur un territoire déterminé (qui peut se limiter à certains pays ou s'étendre au monde entier, selon le cas), et cela pendant la durée du contrat et la période de liquidation, le cas échéant. L'un des droits qui doivent être accordés au preneur de licence est celui de modifier l'objet donné en licence, sous réserve de l'approbation du donneur de licence.

Les droits ci-dessus sont soumis à l'autorisation du donneur de licence, et la manière dont celui-ci exerce son droit d'approbation varie selon la fonction assurée par le preneur de licence. Par exemple, le processus d'approbation prévoit que le donneur de licence supervise étroitement le développement et la commercialisation du jeu, afin de s'assurer que ces derniers s'effectuent conformément à l'orientation des éléments donnés en licence¹⁸².

L'étendue du contrôle exercé par le donneur de licence en matière de vente et de fabrication devrait, en revanche, être plus limitée. En ce qui concerne les questions de vente, si le donneur de licence ne peut pas dicter le prix de détail d'un jeu, il voudra veiller à ce que celui-ci ne soit pas fixé à un niveau inférieur à celui des produits comparables, et faible au point de donner au consommateur une impression d'affaiblissement de la valeur de l'objet concédé. Étant donné que le prix des jeux baisse avec le temps, et même plus rapidement que prévu si les ventes ne suivent pas les prévisions, le donneur de licence peut se protéger en exigeant une redevance minimum pour chaque exemplaire vendu; cette méthode est toutefois difficile, voire impossible à appliquer dans le cas des jeux mobiles ou à accès gratuit, dont la structure de revenu est passablement différente de celle des jeux classiques, de sorte que le preneur de licence peut-être dans l'impossibilité de garantir une redevance à l'unité, alors que son chiffre d'affaires se porte très bien.

Il est toutefois important de laisser la maîtrise du développement et de l'exploitation des éléments concédés au preneur de licence, car il s'agit là de ses domaines de compétence, ce qui signifie qu'il sera mieux à même de comprendre le marché. Bien que l'exercice du droit d'approbation du donneur de licence soit indispensable en ce qui concerne le développement du jeu, le preneur de licence doit conserver sa liberté de création; cela peut donc signifier pour le donneur de licence qu'il doit lui donner une plus grande latitude, en ce qui concerne la manière d'utiliser les éléments donnés en licence, que ce qu'il a l'habitude de faire avec d'autres tiers.

La section du contrat consacrée aux droits précise également si la concession de ces derniers revêt ou non un caractère d'exclusivité. Lorsque l'objet de la licence constitue l'élément fondamental d'un jeu vidéo, le preneur de licence souhaite, dans la plupart des cas, se voir accorder un droit exclusif d'exploitation pour toute la catégorie des jeux vidéo et l'ensemble des plateformes de jeu¹⁸³. La décision que prendra le donneur de licence à cet égard dépendra principalement du type de licence demandé, de la manière dont l'objet concédé sera intégré au jeu et du budget du preneur de licence, étant donné qu'une licence exclusive coûte plus cher qu'une autre. Cela étant, il est parfois contre-productif pour un donneur de licence d'accorder plusieurs licences à des bénéficiaires différents sur un même objet. Par exemple, permettre à plusieurs preneurs de licence de mettre sur le marché plusieurs jeux basés sur le même nouveau film de Spiderman n'est probablement pas la meilleure idée, à moins que le premier preneur de licence n'ait pas la capacité de développer



pour certaines plateformes – et même dans un tel cas, on s'attendrait plutôt à ce que le développement des versions destinées à ces autres plateformes soit confié à des tiers en vertu de sous-licences, et non à ce que des jeux entièrement nouveaux, fondés sur le même film de Spiderman, viennent concurrencer le premier.

La concession de licences non exclusives est chose courante, mais elle se limite généralement à des situations dans lesquelles l'objet concédé représente seulement un élément du jeu (par exemple des voitures ou certains contenus relevant du domaine des sports), et non le fondement sur lequel celui-ci est construit. Les fabricants d'automobiles concèdent généralement des licences non exclusives, mais ils accordent parfois à un preneur de licence l'exclusivité sur certains de leurs modèles.

Lorsqu'un preneur de licence obtient le droit d'exploiter une œuvre protégée sur laquelle il entend baser un jeu, par exemple un film, il doit demander aussi celui de pouvoir faire des jeux à partir des suites, préquêtes ou séries télévisées liées à ce film. En effet, si, en plus de verser des redevances au donneur de licence, un preneur de licence dépense des millions de dollars pour faire un jeu inspiré d'un film, il doit pouvoir tirer également profit du succès de son jeu en ayant le droit de développer des jeux à partir des suites de ce film. À défaut, ce preneur de licences risque de considérer qu'il n'a pas vraiment intérêt à investir son temps et ses moyens pour faire un seul jeu, et que son argent sera mieux dépensé s'il le consacre à la création de sa propre propriété intellectuelle. Cela dit, si les parties se mettent d'accord sur la concession d'une option sur de futurs films, il sera tout aussi important qu'elles en négocient les conditions en même temps que celles de la licence de base, afin d'éviter au preneur de licence de se retrouver en position vulnérable dans une négociation ultérieure.

4.3.3 Plateformes

Une fois que les parties se sont entendues sur l'objet de la licence, elles doivent décider des plateformes sur lesquelles le preneur de licence sera autorisé à développer et distribuer son jeu¹⁸⁴. Plus ces plateformes seront nombreuses, et plus l'on s'attendra à voir augmenter le nombre d'exemplaires vendus, ce qui se traduira probablement par des redevances plus élevées, et aura également une incidence sur le montant de la garantie.

Le preneur de licence doit aussi comprendre que toute plateforme d'exploitation qui ne figure pas dans son contrat risque d'être donnée en licence à quelqu'un d'autre. Le donneur de licence a en effet tout intérêt à ce que l'objet concédé soit exploité sur le plus grand nombre possible de plateformes, afin de générer des redevances additionnelles.

Si le preneur de licence n'a pas les capacités nécessaires pour développer un jeu sur une certaine plateforme, le donneur de licence peut-être tenté de concéder le droit d'exploitation sur cette dernière à un autre preneur de licence. Cela peut donner lieu à une situation délicate, dans laquelle le jeu développé sur l'une des plateformes reçoit un accueil défavorable qui se répercute sur les ventes de l'autre, parce que le consommateur ne sait pas nécessairement qu'il s'agit de deux plateformes et de deux preneurs de licence différents. En revanche, un jeu très bien reçu peut exercer un effet d'entraînement sur ceux qui le suivent. Le preneur de licence initial (c'est-à-dire celui qui paye la redevance de licence la plus élevée) a donc intérêt à négocier avec le donneur de licence un échéancier des dates de sortie du jeu sur les différentes plateformes, de manière à s'assurer que le sien sorte en premier. Bien que cela se fasse rarement, il peut, par conséquent, demander que la sortie du jeu de l'autre partie soit "retenue" pendant une certaine période, autrement dit, qu'elle soit interdite avant une date déterminée¹⁸⁵.

L'évolution des plateformes et des technologies peut-être une source de désaccord entre les parties lorsqu'un contrat de licence est conclu pour une longue durée. Le donneur de licence sera en effet souvent réticent à l'idée de concéder des droits alors qu'il ignore quelles seront les incidences des futures plateformes sur le modèle d'affaires de l'édition de jeux, et craindra de limiter le potentiel d'exploitation de sa licence sur l'une de ces plateformes par méconnaissance des facteurs économiques qui l'influencent. La plupart des donneurs de licence voudront par conséquent indiquer expressément dans le contrat les plateformes auxquelles s'appliquent les droits qu'ils concèdent, de manière à conserver la possibilité de créer plus tard de nouveaux revenus en accordant des licences distinctes pour des plateformes futures – il est à noter que les nouvelles versions des plateformes existantes sont généralement comprises dans la licence initiale. La plupart des contrats de licence contiennent en outre une clause standard stipulant que le donneur de licence se réserve tous les droits qui ne sont pas expressément concédés dans le contrat.

Lorsqu'un contrat de licence exclut les technologies futures, le preneur de licence a intérêt à demander à jouir d'un droit de première négociation, et peut-être même d'un droit de dernier refus, afin d'avoir la possibilité d'acquérir les droits s'y rapportant en cours de contrat. Le droit de première négociation signifie que le preneur de licence se voit proposer les droits en priorité et dispose d'un certain délai pour les négocier de bonne foi avec le donneur de licence. En cas d'impasse, ce dernier peut proposer les droits à des tiers. Le droit de dernier refus, parfois appelé aussi droit de dernière négociation, signifie que le preneur de licence doit être informé de toute offre réelle d'acquisition issue de négociations du donneur de licence avec un tiers et dispose alors de la possibilité de s'aligner sur cette offre ou de l'améliorer pour finalement acquérir lui-mêmes les droits. Les donneurs de licence hésitent souvent à accorder un droit de dernier refus, car ils y voient un obstacle à la négociation avec des tiers, le



fait de savoir d'emblée qu'ils négocient peut-être en pure perte risquant en effet de décourager ces derniers.

4.3.4 Territoire et durée

Le preneur de licence doit demander des droits pour le monde entier, ainsi que le droit d'accorder des sous-licences de distribution pour certains territoires. Il doit également se faire concéder le droit de distribuer le jeu dans n'importe quelle langue. Les pays compris dans chaque territoire doivent être clairement indiqués, de manière à éviter tout problème de contestation de droits ou de répartition de redevances, étant donné que les règles peuvent varier selon le territoire.

En ce qui concerne la durée de la concession, celle-ci doit être suffisamment longue pour que le preneur de licence puisse espérer tirer profit de l'exploitation du jeu et de tout élément s'y rapportant (par exemple les guides de stratégie de jeu). Le montant du minimum garanti augmente proportionnellement à cette durée, puisqu'une licence plus longue permet de réaliser des ventes plus importantes. Il est toutefois entendu que ces ventes déclinent au fil des années¹⁸⁶. Lorsque les parties veulent que le jeu soit commercialisé avant une certaine date, par exemple celle de la sortie du film sur lequel il est fondé ou celle de l'ouverture d'une saison sportive, il est important que la licence entre en vigueur dès la signature du contrat ou d'un protocole d'accord contraignant, de manière à ce que le travail de développement puisse débuter immédiatement. Certains contrats stipulent qu'ils produisent leurs effets dès la date de leur signature, et que ces derniers se poursuivent ensuite pendant un nombre d'années déterminé, compté à partir de la date de sortie du jeu. Une telle clause favorise le preneur de licence, mais pose un problème au donneur de licence si les parties ne fixent pas de limite à cette date de sortie, qui peut autrement être retardée indéfiniment. La licence peut, par exemple, entrer en vigueur à la date de signature du contrat et produire ensuite ses effets pendant une durée de trois ans à compter de la date de sortie d'un jeu, mais en aucun cas au-delà d'une certaine date convenue entre les parties.

Une possibilité que le preneur de licence peut avoir avantage à étudier est celle de se faire accorder un droit de prorogation, c'est-à-dire le droit de notifier au donneur de licence, à une date pré-déterminée, son intention de continuer à exercer son droit d'exploitation du jeu. Il risque cependant d'être éconduit dans de nombreux cas. Il y a, par exemple, très peu de chances qu'un studio de cinéma soit intéressé à proroger une licence sur un jeu vidéo basé sur l'un de ses films s'il a l'intention de donner une suite à ce film, car cela pourrait nuire à d'éventuelles licences sur des jeux s'inspirant de la suite en question. En d'autres termes, le jeu vidéo antérieur peut compromettre la valeur d'une licence sur un jeu futur. Le preneur de licence devrait négocier le montant des garanties, des avances et des redevances relatives à la période de prorogation du contrat en même temps que la licence initiale; s'il ne le fait pas et que

le succès du jeu créé dans le cadre de cette licence dépasse les attentes, il risque de se placer dans une position de négociation beaucoup plus faible face au donneur de licence, qui voudra alors dicter ses conditions.

4.3.5 Coûts de licence

Dans la négociation d'une licence, le sujet le plus important, en dehors de l'étendue des droits concédés, est la question des coûts liés à l'obtention de la licence.

Ces derniers varient, par exemple en cas de forte concurrence entre plusieurs preneurs de licence potentiels ou selon l'ampleur des droits exigés, mais ils dépendent dans une large mesure des facteurs suivants:

1. type d'œuvre sur lequel porte la licence: s'il s'agit d'un roman à succès ou de la suite d'une superproduction cinématographique, le montant du minimum garanti et des redevances sera plus élevé, car le risque perçu d'échec commercial du jeu sera alors moindre¹⁸⁷;
2. objet de la licence: est-il le seul fondement du jeu ou seulement un élément parmi d'autres de ce dernier?
3. composants de l'objet de la licence: s'il s'agit d'un film, comprend-il la musique et les acteurs?
4. existence ou non d'une concurrence entre plusieurs preneurs de licence potentiels;
5. durée de la licence;
6. territoire;
7. plateformes demandées;
8. prévisions relatives aux recettes issues des ventes du jeu au prix de gros et aux montants de redevances;
9. caractère exclusif ou non de la concession;
10. taux de redevance, celui-ci pouvant avoir une incidence sur le montant des avances et garanties; et
11. exigence ou non d'un engagement commercial susceptible d'influencer le montant des avances et garanties, ainsi que le taux de redevance.

Sauf dans le cas d'un accord de promotion croisée, le donneur de licence exige la fixation d'un minimum garanti, c'est-à-dire d'un montant que le preneur de licence s'engage à avoir versé à l'issue du contrat. Le donneur de licence a ainsi l'assurance de recevoir un montant déterminé pour les droits qu'il concède au preneur de licence,



et cela quel que soit le succès du jeu¹⁸⁸. Si le total des avances (dont le donneur de licence exigera probablement aussi le versement) et des redevances calculées sur les recettes issues des ventes du jeu est inférieur au montant du minimum garanti, le preneur de licence doit payer la différence à l'expiration du contrat.

Lorsque l'objet concédé en licence n'est que l'un des éléments du jeu, les parties peuvent convenir d'un montant de redevance forfaitaire, payable au donneur de licence en un seul versement. Cette solution est avantageuse pour le preneur de licence d'un point de vue administratif, car elle lui évite d'avoir à établir régulièrement des états de compte. Elle est toutefois aussi une source d'incertitude pour les deux parties, en ce qui concerne la valeur réelle de la licence, et donc des redevances auxquelles elle devrait donner lieu. Le preneur de licence peut, en effet, considérer qu'il a payé trop cher si son jeu se vend mal, et le donneur de licence peut avoir l'impression d'avoir été sous-payé si le succès du jeu dépasse les attentes.

Le montant du minimum garanti varie en fonction d'un certain nombre de facteurs, dont notamment la redevance convenue, les prévisions de ventes, le succès de la licence et les conditions du marché, mais dans de nombreux cas, le plus déterminant de ces facteurs est le pouvoir de négociation des sociétés en présence. La norme, en ce qui concerne les garanties, se situe habituellement entre 30 et 50% des recettes issues des ventes prévues, mais ce pourcentage peut-être plus ou moins élevé selon l'objet de la licence. Le preneur de licence peut avoir d'excellents arguments pour l'influencer, ainsi que les autres paiements, mais s'il a des concurrents, le donneur de licence sera dans une meilleure position pour négocier des conditions qui lui seront plus favorables.

Lorsqu'il négocie une licence, surtout si elle porte sur un film qui n'est pas encore sorti, le preneur de licence doit essayer de se protéger. Il lui faut pour cela obtenir l'ajout de certaines protections, ce qui peut présenter des difficultés avec certains interlocuteurs ou certains types de concessions. Dans le cas d'un film qui est encore en préparation, par exemple, le preneur de licence voudra être sûr de sa date de sortie, dans la mesure où le calendrier de développement du jeu devra être coordonné avec celle-ci. Le preneur de licence peut en outre essayer d'obtenir une garantie en ce qui concerne la promotion du film et sa distribution en salle. Cela lui permet d'exiger, en cas de défaut du donneur de licence à cet égard, une réduction des garanties ou des redevances, et même, le cas échéant, la résiliation du contrat.

Pour ce qui est du minimum garanti, le donneur de licence voudra habituellement recevoir des avances sur les redevances futures, entièrement déductibles du montant total mais non remboursables, dont le versement devra être effectué à certaines dates ou lors de certains événements pendant la durée du contrat. Le montant de ces avances est variable, mais en règle générale, le donneur de licence exige un certain paiement à la signature, et un autre pendant que le jeu est en développement ou

lors de sa sortie, et fixe une date limite pour le cas où cette sortie serait retardée. Les avances ne sont pas remboursables, ce qui signifie qu'à moins que celui-ci ne manque à ses obligations contractuelles, elles restent acquises au donneur de licence, même si elles sont supérieures au montant total des redevances dues par le preneur de licence.

Outre le minimum garanti et, vraisemblablement, les avances, le preneur de licence devra payer une redevance sur les recettes nettes (qui peut-être un pourcentage ou un montant fixe), pour chaque exemplaire vendu ou produit du jeu concerné (ou chaque microtransaction réalisée)¹⁸⁹. On entend généralement par recettes nettes les recettes brutes perçues par le preneur de licence du fait de l'exploitation du jeu (ventes, téléchargements de contenus et insertion d'annonces publicitaires dans le jeu, lorsque celle-ci est permise), diminuées des déductions autorisées¹⁹⁰.

Les taux de redevance varient selon l'étendue des droits demandés, le succès de l'objet concédé et les autres obligations financières du preneur de licence. Ils peuvent également être influencés par: i) la plateforme de jeu utilisée (la redevance étant plus élevée pour les plateformes dont le constructeur ne verse pas de redevance, par exemple dans le cas des jeux pour ordinateur) et ii) le mode de distribution utilisé (étant donné que les coûts de distribution numérique peuvent être inférieurs). Le taux de redevance peut, par exemple, être plus élevé pour un preneur de licence qui distribue ses jeux par voie numérique ou sur mobile que pour un autre qui les vend au détail, et cela en raison de l'absence de coûts de fabrication¹⁹¹. De plus, le taux de redevance peut varier en cours de contrat, en fonction du succès du jeu. Les parties peuvent établir d'un commun accord une échelle variable selon laquelle ce taux augmente lorsque certains niveaux de ventes sont atteints: il peut-être, par exemple de 10% pour les 300 000 premiers exemplaires vendus d'un jeu destiné à être joué sur une certaine plateforme, puis de 11% pour les exemplaires suivants¹⁹².

Une part importante des négociations portera sur le mode de calcul du taux de redevance. Les déductions que le preneur de licence est autorisé à faire sur ses recettes brutes pour obtenir le montant des recettes nettes sont les suivantes: i) sommes effectivement versées à une tierce partie pour la prestation de services relatifs à la distribution du jeu (les opérateurs de téléphonie mobile ou les fabricants de consoles retiennent, par exemple, des frais pour la distribution de jeux sur leurs plateformes), ii) taxes sur les ventes, frais de transport et iii) abattements au titre de la protection des prix ainsi que pour les retours de marchandises, remises quantitatives, remboursements, rabais, ristournes et taxes gouvernementales. Les donneurs de licence acceptent généralement ces déductions, mais peuvent aussi insister pour qu'elles soient plafonnées, tout montant dépassant une limite déterminée étant alors rejeté. Certaines déductions ne peuvent pas être effectuées parce qu'elles ne s'appliquent pas à la plateforme concernée – la protection des prix, par exemple, pour la distribution sur mobile.



En outre, les donneurs de licence permettent rarement aux preneurs de licence de déduire les frais liés à la fabrication, à la vente, à la distribution, à la publicité, aux impayés ou aux opérations de change. Compte tenu de l'augmentation des coûts relatifs aux jeux pour consoles, ce sont des aspects sur lesquels les preneurs de licence peuvent essayer de se défendre, afin d'obtenir au moins la déduction de certains de ces frais, quoique les cas dans lesquels ils ont eu gain de cause jusqu'à présent soient très peu nombreux¹⁹³.

4.3.6 Questions de propriété

S'il est titulaire des droits de propriété intellectuelle relatifs à l'objet qu'il concède au preneur de licence pour réaliser un jeu vidéo, le donneur de licence revendique généralement aussi la propriété des droits sur toute œuvre issue de cet objet.

Par exemple, si le preneur de licence a créé de nouveaux personnages ou un nouveau scénario pour le jeu, le donneur de licence voudra avoir la propriété des droits qui s'y rapportent. Les contrats de licence contiennent fréquemment une clause stipulant que toute œuvre créée par le preneur de licence constituera une "œuvre de commande" dont l'auteur sera le donneur de licence, selon la notion de "*work for hire*" du droit des États-Unis d'Amérique¹⁹⁴ (le fait que cette dernière ne soit pas reconnue dans tous les pays, comme on l'a vu au chapitre 2.2.2, peut toutefois conduire à modifier la clause en question).

Si les tribunaux ne reconnaissent pas qu'une œuvre a été réalisée dans le cadre d'une commande, le preneur de licence doit céder (transférer) tous ses droits sur cette dernière au donneur de licence, à titre perpétuel et partout dans le monde. Qui plus est, si la qualité d'œuvre de commande et le transfert ne sont pas reconnus, le contrat pourra contenir une clause prévoyant la concession d'une licence perpétuelle libre de redevances au donneur de licence. Dans toutes ces situations, le donneur de licence bénéficie généralement du droit d'utiliser par tous moyens les créations du preneur de licence, et cela sans qu'aucune autre rémunération soit due à ce dernier, y compris après l'expiration du contrat.

Même si les droits relatifs à toutes les œuvres créées à partir de l'objet concédé appartiennent au donneur de licence, ceux qui s'appliquent au code source et aux outils utilisés pour réaliser le jeu créé ou exploité par le preneur de licence restent acquis à ce dernier¹⁹⁵. Il est essentiel qu'il en conserve la propriété ou le contrôle, de manière à pouvoir les réutiliser pour des projets futurs. Le développement de jeux n'étant pas, généralement, le domaine d'activité du donneur de licence, cela pose rarement problème.

4.3.7 États financiers et audits

Dans tout accord de licence prévoyant le versement de redevances à un donneur de licence, le preneur de licence est tenu de fournir à ce dernier des états financiers faisant apparaître les recettes issues de la vente du jeu et les déductions autorisées, afin de lui permettre de vérifier le montant de ces redevances. Ces états financiers sont généralement établis à une date convenue d'un commun accord, et présentés au moment du versement des redevances. Les informations qu'ils contiennent varient selon ce que les parties ont décidé au cours des négociations, mais elles comprennent généralement le nombre d'exemplaires vendus au cours de la période considérée (par exemple un trimestre), ventilé par pays ou territoire (par exemple, Amérique du Nord, Amérique latine, Europe, Asie), sachant que dans ce dernier cas, la liste des pays compris dans chaque territoire doit être clairement indiquée. Les états financiers doivent comprendre, en outre, les éléments suivants: i) recettes perçues par le preneur de licence au cours de la période comptable considérée (recettes brutes), ii) recettes nettes, c'est-à-dire recettes brutes réduites des déductions autorisées et des avances versées au donneur de licence et abattements au titre de la protection des prix, des retours de marchandises, etc., et iii) partenaires utilisés pour la distribution du jeu sur la plateforme concernée (opérateurs de téléphonie mobile et distributeurs numériques)¹⁹⁶.

Le donneur de licence exigera toujours de disposer d'un droit d'audit des livres et des dossiers de son preneur de licence, afin de pouvoir vérifier l'exactitude des états financiers que celui-ci lui fournit. S'il est normal qu'il se réserve ce droit, il est également important que le preneur de licence en précise les paramètres, sous peine de voir l'exercice se transformer rapidement pour lui en un processus très coûteux et chronophage, même si tous les chiffres qu'il a fournis au donneur de licence sont exacts. Les parties doivent donc fixer ensemble des règles claires en ce qui concerne le périmètre et la durée de l'audit. Concrètement, le preneur de licence voudra limiter le nombre d'interventions que peut effectuer le donneur de licence (habituellement, à une par an) et désigner le lieu où doit se dérouler l'audit (habituellement, celui où il exerce son activité), la durée de celui-ci et la personne qui l'effectuera, le tout sous réserve de la signature par le donneur de licence d'un accord de confidentialité.

Il est important que l'auditeur ait une bonne compréhension du domaine du jeu vidéo, de manière à éviter le gaspillage de temps et d'argent. En règle générale, le preneur de licence demandera que l'audit soit effectué par un expert-comptable travaillant pour un grand cabinet d'expertise comptable et dont la rémunération ne sera pas proportionnelle aux résultats.

L'auditeur demandera à avoir accès à tous les livres et dossiers permettant de déterminer le montant des redevances dues au donneur de licence. Étant donné que cela peut représenter une quantité énorme de documents, le preneur de licence aura intérêt à négocier pour limiter celle-ci autant que possible. Il devrait obtenir au



minimum que le donneur de licence s'engage à lui fournir préalablement à tout audit la liste exacte des documents dont l'auditeur pourra avoir besoin, de manière à lui donner le temps de rassembler ces documents, et aussi d'exprimer son désaccord s'il estime que certains des dossiers demandés ne sont pas pertinents.

Le preneur de licence doit en outre s'efforcer de réduire le délai de contestation des états financiers. Il peut, par exemple, demander que la période pendant laquelle le donneur de licence est autorisé à éléver une objection soit limitée à un ou deux ans. Au-delà, il se pose non seulement le problème de la charge administrative que représente l'obligation de conservation des dossiers, mais aussi celui des conséquences, pour une entreprise tenue de répondre à des questions concernant d'anciens états financiers, de l'éventuel départ, au cours de cette période, d'employés de ses services financiers ou commerciaux qui connaissaient bien les dossiers. S'il est normal qu'il accepte un certain délai de contestation, le preneur de licence doit faire ajouter au contrat une clause prévoyant qu'à défaut de contestation dans un certain délai, les états financiers sont réputés définitivement acceptés par le donneur de licence, avec impossibilité de les contester de nouveau par la suite, à moins de fraude – auquel cas un état financier peut-être remis en question à tout moment.

D'autres complications peuvent surgir en cas de contestation d'un état financier. Une erreur manifeste, par exemple un calcul mal effectué, ne pose normalement pas de problème – le preneur de licence verse simplement la différence au donneur de licence¹⁹⁷. La plupart des contestations relatives aux états financiers concernent toutefois des écarts relevés dans les déductions, et deviennent dès lors plus difficiles à résoudre. L'auditeur du donneur de licence est tenu de remettre au minimum au preneur de licence, avant l'expiration d'un certain délai, une copie du rapport d'audit accompagnée de ses commentaires concernant les divergences constatées. Le preneur de licence peut alors fournir ses explications au sujet des erreurs alléguées. Très souvent, le fait d'apporter des éclaircissements quant au mode de calcul des recettes nettes suffit à régler rapidement la question. Il est très important que toutes les déductions faites par le preneur de licence soient dûment documentées, car autrement, elles seront contestées par l'auditeur du donneur de licence, et difficiles à justifier.

Dans certains cas, le désaccord entre les parties persiste, et ces dernières doivent alors s'efforcer de transiger. Si le différend porte sur le montant des redevances, notamment si celui-ci est appréciable, il risque de menacer la relation entre les parties, ce qui signifie qu'elles doivent le régler rapidement. Lorsqu'une transaction est conclue, il est important pour le preneur de licence d'obtenir de la part du donneur de licence une renonciation à toute réclamation additionnelle à son encontre concernant les états financiers examinés dans le cadre de l'audit, de manière à écarter le risque de contentieux entre les parties.

Une autre question qui se posera sera celle de la prise en charge des frais d'audit. Ceuxci sont habituellement assumés par la partie qui commande l'audit, mais la responsabilité du paiement tend à se déplacer lorsqu'il s'avère qu'une erreur a été commise dans les états financiers, et que cette erreur est supérieure à un certain pourcentage des sommes payées – celui-ci est variable, mais se situe habituellement dans une fourchette comprise entre 5% et 10%.

Si la partie auditée (c'est-à-dire le preneur de licence) a commis une erreur, elle doit donc prendre en charge les frais d'audit du donneur de licence. Il importe cependant de mettre certaines limites à cette obligation. Tout d'abord, il est dans l'intérêt du preneur de licence que le pourcentage qui la déclenche soit aussi élevé que possible, et il doit également insister pour qu'elle ne puisse entrer en vigueur que si l'erreur dépasse un certain montant en dollars. Les parties peuvent, par exemple, convenir que le preneur de licence sera tenu d'assumer les frais d'audit en cas d'erreur comptable représentant 10% ou plus du montant indiqué dans les états financiers contestés, sous réserve que cette erreur se chiffre à 5000 dollars ou plus. Autrement dit, si le montant de l'erreur est de 3000 dollars, le coût de l'audit reste à la charge du donneur de licence. Deuxièmement, les parties doivent se mettre d'accord sur la nature des frais compris dans un éventuel remboursement. Il doit s'agir de dépenses réelles et raisonnables que l'auditeur peut-être amené à exposer. Une autre question à régler est celle de savoir si ces dernières se limitent aux sommes engagées pour la conduite de l'audit proprement dit ou si elles comprennent aussi les frais de déplacement et, le cas échéant, d'hébergement de l'auditeur.

4.3.8 Déclarations et garanties

es déclarations et garanties sont essentielles pour un preneur de licence, car si aucune garantie ne lui est fournie sur l'objet concédé, il s'expose à des risques inconnus en essayant d'exploiter celui-ci dans un jeu. Le donneur de licence voudra en échange des déclarations et garanties du preneur de licence en ce qui concerne la distribution et la commercialisation du jeu, ainsi que de tout élément nouveau créé par lui.

Du point de vue du preneur de licence, les déclarations et garanties sont des assurances sur lesquelles il s'appuie pour prendre la licence. En leur absence, il pourrait par exemple être poursuivi parce que quelqu'un conteste la titularité des droits sur l'objet concédé. Étant donné que les donneurs de licence s'efforcent, d'une manière générale, de limiter leurs risques en donnant le moins possible de garanties, le preneur de licence doit demander avec toute l'instance nécessaire que lui soient accordées les protections qui lui permettront de se consacrer au développement et à la distribution du jeu sans s'inquiéter d'une éventuelle poursuite en contrefaçon due à l'exploitation de l'objet concédé par le donneur de licence.



Le donneur de licence étant le mieux placé pour juger de la titularité des droits concernés, il doit donc fournir les déclarations et garanties voulues au preneur de licence, et cela d'autant plus que le minimum garanti et les redevances que doit lui verser ce dernier sont fondés sur ces assurances. Même s'il veut prendre le moins de risques possible, ses déclarations et garanties doivent contenir au minimum les éléments suivants:

- (i) le donneur de licence est le titulaire ou le détenteur des droits concédés au preneur de licence et permet à ce dernier de les exploiter selon les termes du contrat¹⁹⁸;
- (ii) l'objet concédé ne porte pas et ne portera pas atteinte à des droits de tiers, et notamment à des droits d'auteur, de marque, d'image, de protection de la vie privée ou de brevet¹⁹⁹; et
- (iii) l'objet concédé n'est visé et ne risque d'être visé par aucune action contentieuse, et la signature du contrat par le donneur de licence n'est contraire aux dispositions d'aucun autre contrat²⁰⁰.

Le donneur de licence voudra pour sa part que le preneur de licence fournisse aussi des déclarations et garanties, notamment sur le fait que ni le jeu ni aucun de ses éléments tels que les logiciels utilisés pour le développer ni aucun matériel publicitaire le concernant ne portent atteinte à des droits de tiers. Cette garantie devra s'étendre aux atteintes aux droits d'auteur, de marque, de brevet, de protection de la vie privée et d'image. Son obtention est primordiale pour les donneurs de licence, car ce sont souvent eux qui disposent des moyens les plus importants, de sorte qu'ils ont la certitude d'être au nombre des parties assignées en cas d'action pour atteinte à des droits de propriété intellectuelle dirigée contre le jeu, même si l'objet qu'ils concèdent en licence n'est pas lui-mêmes concerné. La simple existence d'un lien entre le donneur de licence et le jeu suffira en effet à l'auteur d'une telle action pour le cibler initialement. Le donneur de licence demande aussi, habituellement, au preneur de licence de souscrire une assurance pour se prémunir contre les conséquences pécuniaires d'une éventuelle action en contrefaçon²⁰¹. Il peut également exiger les déclarations et garanties suivantes de la part du preneur de licence:

- (i) le preneur de licence ne fait l'objet d'aucune action ou menace d'action contentieuse;
- (ii) le preneur de licence est dûment constitué en société par actions ou en commandite;
- (iii) le jeu envisagé respectera un niveau de qualité élevé (quoique la qualité soit une notion subjective);
- (iv) le preneur de licence s'engage à ne nuire d'aucune manière à l'objet concédé, à ne pas en faire un usage abusif et à ne pas le déconsidérer;
- (v) le preneur de licence s'engage à ne pas exposer de frais facturables au donneur de licence;

- (vi) le preneur de licence s'engage à se conformer à tous les lois et règlements se rapportant à la vente, à la commercialisation et à toute autre forme d'exploitation du jeu;
- (vii) le preneur de licence s'engage à prendre les dispositions appropriées pour assurer la distribution du jeu sur l'ensemble du territoire concédé;
- (viii) le jeu respectera la catégorie d'âge convenue; et
- (ix) le jeu ne comportera aucun défaut matériel, virus, ver informatique, cheval de Troie, bombe à retardement ou contenu caché susceptible d'avoir un effet dommageable. Cette disposition spécifique aux jeux vidéo est exigée par le donneur de licence afin d'éviter les risques de publicité néfaste liés à la présence dans le jeu d'éléments dissimulés ou nuisibles.

Qui plus est, le donneur de licence demandera probablement aussi que le preneur de licence fasse tous les efforts commerciaux raisonnablement exigibles pour sortir le jeu, au moins sur une plateforme, à une date convenue d'un commun accord, et peut-être même prenne des engagements concernant le budget qui sera consacré à sa commercialisation²⁰². Si le preneur de licence doit se plier à ces exigences, il est important qu'il fasse ajouter une clause dégageant sa responsabilité en cas de non-respect de la date de sortie du jeu par suite d'un retard du donneur de licence à s'acquitter d'obligations telles que la mise à disposition d'éléments ou la réponse en temps opportun à des demandes d'approbation relatives au contrat.

4.3.9 Dégagement de responsabilité

Si les deux parties doivent fournir des déclarations et garanties, elles doivent également garantir qu'en cas de manquement au contrat auquel s'appliquent ces dernières, la partie ayant fourni les déclarations et garanties dégage l'autre de toute responsabilité à l'égard de dommages causés par son comportement ou son produit.

En gros, la clause de dégagement de responsabilité sert à protéger la partie non fautive contre toute réclamation que pourrait faire contre elle un tiers à l'égard d'un manquement allégué au contrat. Les préoccupations qui se posent sont les mêmes que dans la relation entre le développeur et l'éditeur, et doivent être prises en considération au même titre que ces dernières dans tout contrat de licence, par exemple:

- (i) les réclamations couvertes par la clause de dégagement de responsabilité;
- (ii) les frais qui seront couverts, y compris, sans toutefois s'y limiter, les dommages causés aux tiers, les frais d'avocats et les frais de justice;
- (iii) le moment auquel doivent être effectués les paiements (par exemple après que toutes les voies de recours ont été épuisées et qu'un jugement final a été rendu suite à une réclamation);



- (iv) ce que doit faire la partie garantie en cas de réclamation, notamment le délai dont elle dispose pour donner notification de la réclamation à la partie garante; et
- (v) les modalités de règlement²⁰³. Les parties s'efforceront de circonscrire leurs obligations de garantie en fixant des limites au type de réclamation qui peut-être couvert en vertu de la clause, ainsi qu'au type et au montant des dommages couverts²⁰⁴.

Compte tenu du risque accru de litiges que posent les jeux vidéo et du fait que les preneurs de licence ne disposent pas toujours des moyens nécessaires pour faire face à un procès coûteux, les donneurs de licence exigent habituellement qu'ils souscrivent une assurance responsabilité couvrant les risques d'erreurs ou omissions²⁰⁵.

Une assurance responsabilité pour erreurs et omissions couvre principalement les risques liés à l'exploitation non autorisée de droits d'auteur, de marque ou d'image, ainsi qu'au non-respect de la vie privée et à la diffamation. Si le preneur de licence a souscrit une telle assurance et qu'une réclamation est faite à l'encontre du donneur de licence à l'égard de dommages et intérêts ou du règlement d'une transaction, les montants en cause sont couverts par l'assurance, sous réserve de la franchise et dans la limite du plafond indiqué dans la police²⁰⁶; la compagnie d'assurance peut, par ailleurs, contribuer au choix du conseil ou de l'avocat du preneur de licence²⁰⁷.

Prenons, par exemple, un cas où le donneur de licence est poursuivi en même temps que le preneur de licence pour une atteinte au droit d'auteur reprochée au jeu, indépendamment de tout élément fourni par le donneur de licence. En vertu de la clause de dégagement de responsabilité, la prise en charge du procès et, le cas échéant, du paiement des dommages et intérêts ou de tout montant compris dans un règlement amiable incombe au preneur de licence. Supposons que ce paiement s'élève à 300 000 dollars et que la police d'assurance du preneur de licence couvre 500 000 dollars par réclamation avec un plafond de 1 million de dollars et une franchise de 100 000 dollars. Si nous supposons en outre que le preneur de licence a transigé pour 150 000 dollars, il devra débourser les 100 000 dollars de franchise, et les 50 000 dollars restants seront couverts par l'assurance.

4.3.10 Approbations

Une autre disposition essentielle du contrat concerne le droit d'approbation du donneur de licence sur tous les éléments ayant rapport à l'objet concédé, ce qui comprend le jeu lui-mêmes, le matériel de commercialisation, d'emballage et de publicité et, parfois, la stratégie de distribution et de vente du preneur de licence. Bien que tous les contrats de licence comprennent une clause à cet effet, l'étendue des approbations qu'elle concerne varie d'un contrat à un autre. Elle est d'une extrême importance, en raison de son influence sur la date de sortie du jeu.

En effet, le lancement d'un jeu fondé sur un objet concédé en licence est souvent aligné sur un événement précis, comme la sortie d'un film ou l'ouverture d'une saison sportive, de sorte que le preneur de licence doit veiller à prévoir suffisamment de temps pour que le donneur de licence puisse approuver les divers éléments du jeu sans en retarder la sortie.

Le donneur de licence tient généralement à ce que chacun des éléments du jeu soit soumis à son approbation préalable. Il doit en effet protéger l'intégrité et la valeur de ses droits d'auteur et de marque, et veut s'assurer que l'objet qu'il concède en licence ne soit pas dénaturé dans le jeu. S'il a, comme c'est souvent le cas, une certaine expérience en matière de jeux vidéo, il sait que si le produit final n'est pas bon, cela risque de rejaiillir sur son propre produit et de déprécier une image et une valeur qu'il a mis des années à construire. Bien qu'il comprenne qu'il est impossible d'éliminer complètement les risques, en raison des difficultés que pose le développement d'un jeu, il tient néanmoins à les limiter, et a besoin pour cela d'exercer le plus largement possible son droit d'approbation. Le preneur de licence doit être informé à cet égard et prévoir, dans ses calendriers de développement, de vente et de commercialisation suffisamment de temps pour permettre au donneur de licence d'approuver les divers éléments et pour prendre, le cas échéant, les mesures nécessaires par un refus d'approbation de ce dernier. Tout retard à agir en matière d'approbations peut avoir des répercussions importantes sur un projet de développement.

Le délai nécessaire au donneur de licence pour approuver un élément est habituellement un nombre de jours prédéterminé. Celui-ci peut varier entre 5 et 30 jours, selon le rapport de force des parties et la nature de l'élément sur lequel porte l'approbation. L'examen d'un jeu en fin de phase de développement prendra, par exemple, plus de temps que celui d'un communiqué de presse. Les parties ont par ailleurs la possibilité de réduire ce délai dans certaines circonstances, et notamment lorsqu'une réponse immédiate est nécessaire pour éviter de laisser passer une occasion, par exemple de commercialisation ou de vente.

Dans certains domaines, le délai d'approbation peut-être plus long parce que plusieurs personnes doivent intervenir dans le processus. Dans le cas d'une licence portant sur un film, par exemple, il peut-être nécessaire d'obtenir l'approbation de personnes qui travaillent sur le jeu vidéo et qui sont complètement différentes de celles qui travaillent sur le film. Cela représentera malheureusement une contrainte supplémentaire pour le preneur de licence. Il est donc extrêmement important pour ce dernier d'essayer d'établir des délais d'approbation très précis, afin de limiter le plus possible les désagréments que peut lui occasionner une telle situation.

Le preneur de licence doit essayer d'obtenir – ce qui ne sera pas toujours chose facile – l'ajout d'une clause prévoyant qu'en l'absence de réponse du donneur de licence à une demande d'approbation dans un délai déterminé, ladite approbation sera



considérée comme ayant été donnée. À défaut d'une telle clause, l'attente risque de se prolonger, et de placer le preneur de licence dans une situation d'incertitude qui retardera le développement et la sortie du jeu vidéo. Le donneur de licence exigera en outre qu'une fois son approbation donnée sur un certain élément, il soit interdit au preneur de licence de modifier ce dernier sans lui demander une nouvelle approbation.

Dans un scénario idéal, des éléments sont soumis au donneur de licence, et ce dernier les approuve dans le délai prescrit. En cas de refus d'approbation, le donneur de licence doit fournir par écrit une explication claire et précise des raisons de ce refus, de manière à ce qu'il puisse en être tenu compte dans les demandes d'approbation ultérieures. Il est important pour les deux parties que le donneur de licence soit impliqué le plus tôt possible dans le processus de développement, car cela lui permettra de comprendre dans quelle direction s'oriente le jeu et quelle place y prendra l'élément concédé, et contribuera à éviter des surprises susceptibles de se traduire par des délais et des augmentations de coûts.

Il est bon de faire figurer dans le contrat une clause stipulant qu'une approbation donnée sur un certain élément ne peut pas être retirée ultérieurement par le donneur de licence. Cela permet d'éviter des problèmes importants, car chaque approbation marque pour le preneur de licence un jalon qui lui permet de passer à l'étape suivante du processus de développement, de sorte que le refus inattendu d'un élément précédemment approuvé – que celui-ci fasse partie du jeu ou du matériel commercial – peut entraîner pour lui des retards ainsi que des dépenses supplémentaires. Toutes les approbations du donneur de licence doivent être données par écrit, afin d'éviter toute possibilité de désaccord ultérieur. De plus, à moins que des modifications de fond ne soient apportées à l'élément concerné, toute approbation relative à un territoire doit être réputée donnée pour les autres territoires.

Le donneur de licence peut ajouter au contrat une clause stipulant que l'approbation de sa part d'un élément autre que ceux créés par lui-mêmes ne vaut pas reconnaissance des droits de tiers, et que le preneur de licence le dégage de toute responsabilité à cet égard en cas de contentieux.

Sous réserve de l'obtention des approbations relatives au jeu et aux supports commerciaux, le preneur de licence devrait disposer du pouvoir de prendre à sa seule discrétion toute décision raisonnable concernant les aspects logistiques de la distribution, de la commercialisation et de la vente du jeu, y compris les questions de distribution et d'établissement de prix de vente sur les différentes plateformes.

Stipulations permettant de limiter les risques du preneur de licence

1. Les éléments sur lesquels aucune approbation n'a été reçue au terme d'un certain délai sont réputés acceptés.

2. Établissement de délais d'approbation différents selon le type d'élément concerné, et possibilité pour les parties de réduire ces délais d'un commun accord lorsque se présente une occasion nécessitant d'agir rapidement.
3. Une approbation donnée sur un élément ne peut pas être retirée ultérieurement.
4. Une approbation donnée pour un territoire n'a pas besoin d'être donnée de nouveau pour un autre, à moins que des modifications de fond n'aient été apportées entre-temps à l'élément concerné.
5. Obligation du donneur de licence d'approuver des éléments au fur et à mesure du développement du jeu, afin de confirmer qu'il accepte la direction dans laquelle s'oriente ce dernier.

4.3.11 Droit de résiliation

Chacune des parties dispose du droit de mettre fin au contrat en cas de manquement grave par l'autre à ses obligations. La partie en faute se voit alors généralement notifier un délai au terme duquel elle doit avoir remédié à la situation, faute de quoi l'autre partie peut exercer son droit de résiliation. En ce qui concerne le preneur de licence, les exemples de manquements graves de sa part comprennent notamment: i) le non-respect de ses déclarations et garanties, ii) le défaut d'effectuer en temps voulu un versement dû au donneur de licence, qu'il s'agisse de redevances ou d'avances et iii) le non-respect de la date fixée pour la sortie du jeu. Le preneur de licence doit cependant éviter de s'engager sur ce dernier point, tout d'abord parce que les problèmes de développement ne sont pas rares, et ensuite, parce que la principale raison d'être du minimum garanti est précisément de limiter le risque couru par le donneur de licence. Cela étant dit, il est également possible que l'auteur du manquement soit le donneur de licence, qui peut par exemple ne pas respecter ses déclarations et garanties ou ne pas s'acquitter de l'une de ses obligations contractuelles.

En cas de manquement, une notification doit d'abord être faite à la partie en défaut, en lui indiquant le délai dans lequel elle doit régulariser la situation; si elle néglige de le faire, le manquement est constitué. La longueur du délai accordé peut varier selon le type de manquement: elle peut par exemple être de 10 jours pour le défaut de paiement d'une avance, mais de 30 jours pour un manquement relatif aux déclarations et garanties. Il peut d'autre part être exprimé en jours ouvrables ou civils. Dans certaines situations, le délai n'a pas de raison d'être. C'est ce qui se produit, par exemple, lorsque le preneur de licence devient insolvable, ne peut plus honorer ses échéances ou fait une cession d'actifs en faveur de ses créanciers ou une déclaration de faillite. La résiliation du contrat est alors généralement immédiate.



Les conditions dans lesquelles il peut-être mis fin au contrat sont énoncées dans une clause dite résolutoire, qui prévoit également les remèdes pouvant être exigés de la part de l'auteur du manquement. La résiliation du contrat peut de toute évidence avoir des conséquences considérables pour le preneur de licence. Selon la nature du manquement et le moment auquel il se produit, elle peut par exemple l'obliger à:

- (i) mettre fin au développement, à la distribution et à l'exploitation du jeu;
- (ii) procéder promptement après la résiliation au versement de toute avance ou garantie encore impayée;
- (iii) produire un état final des redevances dues sur les ventes du jeu;
- (iv) restituer tous les éléments fournis par le donneur de licence et créés par le preneur de licence, à l'exception des codes sources et des outils de développement; et
- (v) remettre tous les stocks de jeux en sa possession ou les détruire et fournir la preuve de leur destruction.

Le donneur de licence peut en outre réclamer des dédommagements additionnels, par exemple pour perte de bénéfices, à moins que les parties ne se soient accordées sur une limitation de responsabilité en cas de résiliation du contrat pour cause de manquement grave.

Si le manquement est le fait du donneur de licence et selon le moment où il s'est produit, le preneur de licence doit s'efforcer d'obtenir – ce qui ne sera peut-être pas chose facile – un remboursement sur les avances et les redevances qu'il a versées; il peut également tenter de récupérer les montants qu'il a consacrés au développement du jeu, s'il peut faire valoir que celui-ci n'aurait pas eu lieu si l'objet sous-jacent n'avait pas été concédé en licence.

Dans certaines situations, par exemple en cas d'atteinte au droit d'auteur ou de marque, le donneur de licence peut demander au tribunal, aux États-Unis d'Amérique, de prononcer à l'encontre du preneur de licence une ordonnance d'injonction préliminaire dont l'effet possible est la cessation immédiate de toute activité d'exploitation relative au jeu concerné²⁰⁸. Il peut s'agir d'une situation dans laquelle le preneur de licence a publié le jeu sans avoir demandé l'approbation finale du donneur de licence ou a commercialisé le jeu après l'expiration de la licence ou dans un territoire non autorisé. Si le juge accorde l'injonction, le preneur de licence peut se voir ordonner le retrait immédiat de tous les exemplaires du jeu qui se trouvent sur le marché du territoire concerné – une entreprise coûteuse et difficile, que le preneur de licence devra néanmoins exécuter s'il veut éviter d'empirer sa situation.

Étant donné que l'injonction est une mesure de réparation contraignante et que son obtention est soumise à un certain nombre de conditions préalables, les contrats contiennent généralement des stipulations par lesquelles les parties établissent certains points afin de faciliter cette obtention. Il y est notamment précisé i) que le

donneur de licence est en droit de demander à un juge de rendre une ordonnance d'injonction et ii) que le preneur de licence reconnaît que dans certaines situations, une injonction peut-être demandée pour éviter qu'un manquement grave ne cause un préjudice irréparable et parce qu'une compensation pécuniaire ne serait pas de nature à réparer le préjudice subi par le donneur de licence. L'insertion d'une telle clause dans le contrat permettra au donneur de licence de remplir plus facilement l'une des principales conditions de l'obtention d'une injonction, puisque le preneur de licence aura déjà reconnu qu'un manquement grave est susceptible de causer un préjudice irréparable²⁰⁹. Le donneur de licence devra en outre démontrer au juge qu'il a de bonnes chances d'avoir gain de cause sur le fond.

Une clause très importante liée à la résiliation du contrat et à la réparation du préjudice concerne la limitation de la responsabilité attachée au type de réparation que peut accorder le juge, ainsi que celle du montant de la réparation pécuniaire qui peut-être réclamée. Elle exclut généralement les dommages indirects, tels que les pertes de profits ou les frais exposés par la partie victime du manquement, ainsi que les dommages punitifs (accordés pour sanctionner les actions de la partie fautive et dissuader cette dernière de récidiver).

Les parties ont également la possibilité de plafonner le montant des réparations. Le donneur de licence voudra certainement limiter la somme dont il peut-être rendu responsable en cas de manquement à un montant n'excédant pas celui qui lui aura été versé au total durant le contrat – lequel montant, selon le moment où se produit le manquement, pourra être inférieur au minimum garanti. On peut en effet imaginer une situation dans laquelle le donneur de licence manque à ses obligations avant la fin du contrat et le total des redevances et des avances qui lui ont été versées jusqu'à ce moment est inférieur au minimum garanti; il préférera alors que sa responsabilité soit limitée au montant reçu à la date du manquement. Il importe, par conséquent, de bien réfléchir à ce montant, en tenant compte du type de préjudice que peuvent subir les parties et de l'indemnisation qu'un tribunal est susceptible de leur accorder. Le dommage pécuniaire subi par un donneur de licence peut, par exemple, être largement supérieur au montant versé par ce dernier au donneur de licence jusqu'au moment du manquement, en particulier si les coûts de développement sont pris en compte dans l'évaluation. Bien que cela soit difficile à obtenir, le preneur de licence devrait demander la réciprocité du plafond d'indemnisation, et la limitation de ce dernier au montant qu'il a versé au donneur de licence.

Les clauses limitatives de responsabilité n'ont rien d'absolu. Les parties prévoient habituellement des exceptions au montant des réparations, et certaines législations ne permettent pas de limiter les réparations en cas de fraude et de négligence grave²¹⁰. Dans la plupart des contrats, la limitation ne s'applique pas en cas de violation de l'engagement de confidentialité ni aux obligations qui incombent à l'une ou l'autre partie en vertu de la clause de dégagement de responsabilité.



Le non-respect d'une clause de confidentialité peut conduire à la divulgation de secrets d'affaires dont la valeur dépasse le montant de l'indemnisation à laquelle peut prétendre la partie qui en est propriétaire. De plus, une partie non fautive veut éviter la responsabilité, le cas échéant, de dommages accordés ou négociés en vertu d'une clause de dégagement de responsabilité dont le montant dépasserait le plafond fixé dans une clause limitative de responsabilité.

Enfin, les parties peuvent déterminer d'un commun accord le montant de l'indemnité à verser en cas de manquement par l'une des parties. Il s'agit d'un montant forfaitaire auquel les parties évaluent le dommage susceptible de résulter pour la partie victime d'un certain type de manquement. Ce montant doit toutefois être équitable, et ne peut pas tenir lieu de sanction à l'encontre de la partie fautive²¹¹ (la raison étant qu'en vertu des lois de nombreux pays, les sanctions peuvent être contestées et jugées non exécutoires).

4.3.12 Expiration du contrat

Les obligations des parties à l'expiration du contrat sont stipulées dans ce dernier. Contrairement à la résiliation, il s'agit ici d'une situation normale, dans laquelle la durée du contrat est épuisée et aucune des parties n'a manqué à ses obligations. Étant donné que dans une telle situation, un certain nombre de jeux sont encore sur le marché, le preneur de licence a intérêt à ce que le contrat stipule qu'il lui est permis de liquider le stock restant à titre non exclusif, par l'un des canaux de distribution autorisés dans le contrat. Ce droit est généralement soumis à plusieurs conditions, à savoir que le preneur de licence i) ne manque à aucune de ses obligations contractuelles, ii) comptabilise les ventes réalisées au cours de la période de liquidation et verse les redevances s'y rapportant et iii) cesse toute fabrication du jeu au cours de cette période. La durée de la période de liquidation peut varier selon les plateformes. Elle est généralement de 60 à 90 jours, et moins, la plupart du temps, pour les autres modes de distribution (numériques), étant donné que le retrait du marché s'effectue alors plus rapidement.

4.3.13 Stipulations diverses

Le contrat contiendra enfin un certain nombre de clauses standard dites "boilerplate clauses" (voir le chapitre 11), qui apparaissent dans tous les contrats et couvrent des questions telles que la confidentialité, le droit applicable, les tribunaux compétents, les cas de force majeure, les préavis, etc. Bien qu'elles se ressemblent, à première vue, dans tous les contrats, il est très important de vérifier leur contenu avec attention, afin d'éviter toute surprise.

4.4 Concession de licences: retour vers le futur

Les licences ont joué un rôle considérable dans l'industrie du jeu vidéo.

Les entreprises cherchaient à associer leurs jeux à des marques connues, dans l'espoir que la notoriété dont bénéficiaient ces dernières favoriserait le réalisme de leurs jeux, leur reconnaissance par les consommateurs, et donc, au bout du compte, l'augmentation de leurs ventes. Malgré tous les risques, les coûts, l'incertitude quant aux chances de succès et les éventuelles limitations de contenu, un grand nombre de preneurs de licences ont privilégié jusqu'à présent les avantages de la prise de licences sur des éléments du monde du sport, du cinéma, de la télévision, de la bande dessinée ou du livre pour enfants.

Il est toutefois possible que les choses soient sur le point de changer, car la croissance des budgets de développement, la volonté de création de contenus originaux, le possible élargissement de la protection de la liberté d'expression aux États-Unis d'Amérique, l'augmentation des taux de redevance et les incertitudes du marché pourraient bien conduire à une réduction du nombre d'associations de grands titres du jeu vidéo à des éléments exploités sous licence. À l'opposé, la place toujours plus importante qu'occupent les plateformes mobiles et numériques sur des marchés de plus en plus concurrentiels et saturés pourrait favoriser la concession d'un plus grand nombre de licences.



CHAPITRE 5

LA MUSIQUE

5.1 Introduction

La musique²¹² constitue désormais un élément majeur de tout jeu sur console ou sur PC, et dans quelques années il en sera de même pour les jeux sur mobile, dès que la technologie et les capacités des appareils auront suffisamment progressé²¹³. La partie musicale d'un jeu se compose soit d'une œuvre originale écrite sur une partition (un compositeur étant engagé pour fournir des services loués ou accordant une licence d'exploitation de la partition), soit d'une musique préexistante exploitée sous licence, ou encore d'une combinaison des deux. Comme pour un film ou une série, le type de musique choisi pour un jeu dépend du budget, de l'intention du développeur et de l'utilisation prévue de chaque morceau de musique²¹⁴. Aujourd'hui, la musique de nombreux jeux est écrite de la même manière que pour des films, et de célèbres compositeurs spécialisés dans les musiques de film ont aussi écrit des musiques pour des jeux vidéo²¹⁵.

5.1.1 Engagement d'un compositeur

En général, un développeur engage un compositeur soit uniquement pour écrire ou modifier une partition (c'est-à-dire composer la musique, l'orchestrer et faire les arrangements de la composition), soit pour écrire la partition et en fournir un enregistrement original prêt à l'emploi²¹⁶. Dans le cadre du contrat de louage de services en vigueur aux États-Unis d'Amérique, c'est le développeur, et non le compositeur, qui est propriétaire de toute la musique créée par le compositeur (y compris la partition et l'enregistrement original)²¹⁷. Le développeur étant le titulaire du droit d'auteur, il peut donc accorder les droits les plus étendus possible pour l'exploitation de la musique. Celle-ci peut alors être utilisée à n'importe quelle fin, notamment dans des messages publicitaires, dans des jeux en ligne et même dans de futurs jeux sans qu'il soit nécessaire d'obtenir des droits supplémentaires. Inversement, si le compositeur a été engagé sous un régime lui permettant de conserver la propriété de son œuvre, il accorde une licence prévoyant des limites aux utilisations que le développeur peut faire de la musique.

Les principaux éléments de l'accord à négocier avec le compositeur varient selon que la composition ou l'enregistrement sonore original ont été produits dans le cadre d'un contrat de louage de service ou sont exploités sous licences. Ces éléments sont les suivants:

1. Les services à fournir;

2. La propriété de la musique;
3. Les droits accordés au compositeur s'il ou elle (et non le développeur) détient la propriété de la composition ou de l'enregistrement sonore original (ces droits concernent notamment les conditions d'utilisation, le territoire sur lequel la musique peut-être exploitée et les supports sur lesquels la composition ou l'enregistrement original peuvent être utilisés);
4. La compensation: il s'agit généralement d'un montant fixe, mais le compositeur peut aussi tenter de négocier des redevances;
5. Un calendrier des paiements; si des redevances sont prévues, les parties doivent définir la manière de les calculer et le développeur devra par la suite envoyer des relevés de paiement;
6. Le calendrier des livraisons et le processus d'approbation fondé sur des communications écrites;
7. Les engagements et les garanties;
8. Les indemnisations;
9. Les motifs de résiliation du contrat;
10. La mention de l'auteur;
11. La possibilité, pour le développeur, d'utiliser le nom et le portrait du compositeur dans des messages publicitaires et commerciaux et sur des emballages;
12. La confidentialité;
13. Le droit de cession; et
14. Les limites des recours dont dispose le compositeur (par exemple, celui-ci ne peut former que des recours en dommages directs et ne peut prendre de mesure injonctive).

5.1.2 Accords de licence concernant la musique: droits sur l'enregistrement original et droits de synchronisation

Un développeur peut aussi choisir d'exploiter sous licence des compositions et des enregistrements sonores originaux existants, par exemple une chanson connue ou de la musique de réserve²¹⁸. La plupart du temps, pour disposer d'une licence d'exploitation d'une œuvre musicale, le développeur doit obtenir à la fois des droits de synchronisation et des droits d'utilisation de l'original (visant par exemple la composition et l'enregistrement original). Les droits de synchronisation²¹⁹ permettent



de synchroniser la composition avec le jeu ou avec tout message publicitaire, tandis que les droits d'exploitation de l'original permettent de synchroniser l'enregistrement original d'un artiste donné avec le jeu ou tout message publicitaire. Dans certains cas, il est possible de n'acquérir que les droits de synchronisation de la composition; le développeur crée alors son propre enregistrement original en engageant des artistes pour exécuter la composition. Cette solution est parfois moins coûteuse que l'achat de droits sur l'enregistrement original, bien que ce dernier présente une valeur supplémentaire du fait de sa plus grande notoriété.

Le principal facteur à prendre en compte pour tout développeur achetant une licence d'exploitation d'une musique tient aux coûts de celle-ci, qui vont varier selon l'utilisation prévue de la musique et les formes d'exploitation envisagées. Le développeur va chercher à obtenir des droits aussi larges que possible, mais tout droit supplémentaire fait monter le prix de la licence.

Les facteurs susceptibles de déterminer les coûts d'une chanson exploitée sous licence sont notamment les suivants: i) la popularité de l'artiste et de la chanson; ii) le temps total de chanson dans le jeu (par exemple 30 secondes seulement, ou toute la chanson); iii) le nombre de fois que la chanson va être utilisée dans le jeu; et iv) l'utilisation éventuelle de la chanson dans des messages publicitaires, et si tel est le cas, le type de messages. Toute utilisation de la chanson dans une publicité (que ce soit à la télévision, à la radio ou en ligne) fait augmenter considérablement les coûts.

De plus, si le développeur souhaite utiliser la musique dans une stratégie marketing prévoyant une campagne sur l'Internet, des échantillons de démonstration et peut-être même une campagne à la télévision, il doit s'attendre à voir augmenter ses coûts. Son dilemme consiste alors à déterminer les droits qu'il doit acheter au moment de la signature de l'accord, car s'il ne se réserve pas les droits nécessaires à ce moment-là, ses coûts risquent d'augmenter par la suite. Le fait de réserver des droits facultatifs avant la négociation peut-être une tactique utile, mais le développeur doit se demander s'il est judicieux de payer davantage (ou de fixer un montant) immédiatement pour se réservé des droits alors qu'il n'est pas sûr de les exploiter tous par la suite.

En général, les titulaires de droits sur des musiques fournissent un accord type de licence de synchronisation ou d'exploitation de l'enregistrement original.

Les principaux éléments de cet accord sont notamment les suivants:

1. Les droits concédés, en particulier la durée d'utilisation autorisée²²⁰ pour la composition et l'original, le territoire (le développeur doit obtenir des droits pour le monde entier s'il veut distribuer son produit à l'échelle planétaire), et le support sur lequel la composition et l'original peuvent être exploités;
2. La contrepartie et le calendrier des paiements;

3. Les conditions générales d'utilisation;
4. Les engagements et garanties, qui sont en général extrêmement limités²²¹;
5. Les indemnisations;
6. Les redevances, le cas échéant²²²;
7. Les autorisations;
8. Les engagements, les garanties et les indemnisations du développeur²²³;
9. Les questions de propriété;
10. Les motifs de rupture et de résiliation de contrat;
11. La livraison;
12. Les droits d'utilisation du nom de l'artiste ou de l'auteur de la chanson sur des emballages, dans des messages publicitaires et dans tout autre document;
13. Les limites d'utilisation de la musique, et notamment l'interdiction d'apporter quelque changement que ce soit à la musique et d'utiliser le nom de la chanson comme titre du jeu;
14. Les limites de responsabilité, le titulaire des droits sur la musique limitant généralement celle-ci au montant total des versements perçus au titre de la licence; et
15. La mention de l'auteur et les réserves du droit d'auteur²²⁴.

Dans la plupart des cas, le titulaire des droits de synchronisation (qui peut comprendre plusieurs parties) et le titulaire des droits d'utilisation de l'enregistrement original sont des entreprises différentes (ce sont par exemple le ou les éditeurs et la maison de disques). Il faut donc mener au moins deux négociations pour pouvoir utiliser la musique. En outre, les deux titulaires de droits vont généralement demander les mêmes compensations en échange de la concession de leurs droits pour le jeu en vertu de la clause de la "nation la plus favorisée".

5.1.3 Obtenir une licence d'utilisation d'une musique de réserve

Une troisième possibilité en matière de musique consiste à obtenir une licence d'utilisation de musiques provenant de bases de données musicales. Cette méthode est moins coûteuse et la musique est généralement de très bonne qualité²²⁵. Dans ce cas, la société spécialisée dans ce type de musique va concéder à la fois les droits sur l'enregistrement original et les droits de synchronisation, et elle a tendance à accorder des droits très larges. De nombreux développeurs combinent de la musique



de réserve et des chansons exploitées sous licence lorsqu'ils n'ont pas fait composer une musique spécialement pour leur jeu.

5.1.4 Musique relevant du domaine public

Il existe une quatrième possibilité, qui consiste à utiliser des compositions relevant du domaine public. Le développeur peut enregistrer sa propre version de ces compositions²²⁶. Chacun peut utiliser les chansons placées dans le domaine public car le droit d'auteur sur ces chansons est parvenu à expiration ou n'a jamais été protégé. Cependant, l'utilisation de ces chansons présente de nombreux risques et limites. Ainsi, le simple fait qu'une chanson relève du domaine public ne permet pas à un développeur d'utiliser l'enregistrement fait par une tierce partie de l'arrangement public de la composition publique, à moins de se procurer une licence d'utilisation de l'enregistrement original auprès du propriétaire de celui-ci. De plus, ce qui peut-être placé dans le domaine public aux États-Unis d'Amérique peut-être protégé par le droit d'auteur dans d'autres pays; le développeur doit donc effectuer les recherches nécessaires pour s'assurer qu'il ne contrevient pas aux droits du titulaire du droit d'auteur²²⁷.

5.1.5 Prévision des coûts

Étant donné que certaines musiques utilisées sous licence ou composées pour le jeu peuvent être coûteuses, il est très important que le développeur prévoie les coûts afférents à la musique dans son budget. Très souvent, pour que le budget de la musique soit réaliste, les jeux comportent des éléments musicaux obtenus sous licence et composés par des auteurs de chansons relativement nouveaux ou moins connus, ou par des artistes ayant une faible audience. En effet, les droits concédés par ceux-ci sont considérablement moins coûteux et peuvent parfois même être gratuits, car le jeu apporte de la notoriété au groupe. Dans la plupart des cas, les auteurs de chansons ou les artistes jouent eux-mêmes à des jeux vidéo et souhaitent faire partie du nouveau jeu. La notoriété que leur apportera le jeu mérite de prendre le risque de ne demander qu'une compensation minimale.

CHAPITRE 6

NÉGOCIATIONS AVEC LES CONSTRUCTEURS DE CONSOLES

6.1 Introduction

Un éditeur ou un développeur de jeux va généralement entretenir des relations essentielles avec un, deux ou les trois grands constructeurs de consoles de jeux et d'appareils portatifs de poche²²⁸. Ceuxci fournissent les outils et le matériel nécessaire aux éditeurs et aux développeurs pour créer et publier leurs jeux²²⁹ sur chacune des plateformes.

Bien que les ventes de jeux sur console par des détaillants aient diminué ces dernières années²³⁰, et qu'un nombre croissant de personnes jouent sur d'autres plateformes, on estime que 51% des foyers américains possèdent désormais au moins l'une des trois grandes consoles (fabriquées par Sony, Nintendo ou Microsoft²³¹). De surcroît, avec l'arrivée sur le marché de la Wii U²³², de la PlayStation 4 et de la Xbox One, les éditeurs vont continuer à gagner une part considérable de leurs revenus avec des produits conçus pour les consoles de jeux vidéo de ces trois grands constructeurs²³³.

En outre, un nombre croissant de développeurs indépendants²³⁴ vont probablement distribuer aussi leurs produits de manière numérique²³⁵ en s'appuyant sur la plateforme de distribution en ligne des constructeurs de consoles. Il est donc essentiel, pour l'éditeur comme pour le développeur, de bien comprendre ce qu'il doit faire pour développer et publier des jeux destinés à une console donnée, ainsi que les aspects juridiques et commerciaux de ses relations avec les constructeurs²³⁶.

Nous examinerons brièvement, dans le présent chapitre, quelques-unes des principales questions commerciales et juridiques²³⁷ liées aux constructeurs de consoles, ainsi que certaines procédures générales de soumission des jeux afin que les éditeurs et les développeurs soient conscients de quelques-unes de leurs principales obligations et responsabilités²³⁸.

6.2 Approbation des éditeurs et des développeurs; accords de licence

Les constructeurs de consoles²³⁹, qui protègent leurs systèmes propriétaires, ont établi leurs propres procédures (analogues entre elles à de nombreux égards) pour autoriser de tierces parties à développer et à publier des jeux pour leurs plateformes²⁴⁰. Certains droits, procédures et accords peuvent varier selon que la partie est un éditeur ou un développeur. De plus, l'éditeur ou le développeur doit signer différents accords de licence, non seulement avec chaque constructeur de consoles, mais aussi pour chaque plateforme appartenant à un constructeur donné



(par exemple la PlayStation, la PSP et la Vita pour Sony). Enfin, certains constructeurs peuvent exiger des accords distincts selon la région concernée (par exemple l'Amérique du Nord, l'Europe ou le Japon)²⁴¹.

Tout développeur répondant aux conditions préalables fixées par les constructeurs de consoles, et qui n'est pas également un éditeur agréé ou n'entretient pas de relation avec un éditeur agréé peut développer un jeu destiné à une console particulière. Ce jeu sera vendu en magasin, le développeur ne pouvant le publier lui-mêmes que sous forme électronique²⁴². Un éditeur agréé peut quant à lui développer et publier des jeux destinés aussi bien à la vente en magasin qu'à la vente en ligne. Il est plus difficile de devenir éditeur que développeur, un éditeur ayant des avantages supplémentaires mais aussi plus d'obligations.

Avant toute conclusion d'un accord de licence entre un éditeur ou un développeur et un constructeur de consoles²⁴³, celui-ci peut mener une enquête pour s'assurer que l'autre partie dispose des capacités techniques et financières requises pour répondre aux exigences formulées dans les différents accords, et qui sont nécessaires pour devenir un éditeur ou un développeur agréé. Dans le cadre de cette enquête, le constructeur de consoles va généralement examiner la compétence technique du développeur ou de l'éditeur (si celui-ci doit aussi faire du développement)²⁴⁴ afin de déterminer s'il a la capacité et les compétences indispensables au développement de jeux destinés à un système particulier. Ainsi, l'enquête peut notamment s'appuyer sur les critères suivants: i) l'expérience du développeur et l'éventuelle participation de celui-ci au développement de jeux précédents; et ii) les plateformes sur lesquelles le développeur a déjà travaillé²⁴⁵.

Un constructeur de consoles peut aussi déterminer si l'éditeur ou le développeur se trouve dans une situation financière suffisamment stable pour pouvoir s'acquitter de ses obligations. Néanmoins, ce critère est plus important pour l'éditeur en raison des frais supplémentaires à engager pour pouvoir publier un jeu vidéo destiné à la vente par des détaillants. L'éditeur doit par exemple disposer de ressources financières suffisantes pour pouvoir répondre à un minimum de commandes. Par ailleurs, le constructeur de consoles voudra peut-être s'assurer que l'éditeur dispose de relations suffisamment étroites avec des détaillants²⁴⁶, car ce critère peut-être important pour distribuer le produit en magasin.

Une fois agréé, l'éditeur ou le développeur doit conclure un ensemble d'accords avec le constructeur de consoles. Celui-ci établit les directives, les droits, les obligations et les procédures de soumission visant l'éditeur ou le développeur. Il occupe une position dominante dans les négociations en raison des investissements considérables de recherche-développement qu'il effectue pour chacune de ses plateformes. Il peut donc être difficile de négocier des conditions particulières avec lui, quoique en définitive les négociations dépendent des arguments de chaque

partie²⁴⁷. Bien entendu, si le constructeur de consoles tente de conclure un accord d'exclusivité avec l'éditeur ou le développeur²⁴⁸, ou si celui-ci fournit un produit déterminant pour le succès d'une plateforme particulière, il peut-être possible de négocier certains aspects commerciaux.

Le développeur ou l'éditeur développant aussi des jeux doit tout d'abord conclure un accord avec le constructeur de consoles pour obtenir de celui-ci les outils lui permettant de développer des jeux pour une plateforme donnée et à des conditions définies. Cet accord prévoit généralement l'octroi d'une licence non exclusive permettant au bénéficiaire d'utiliser, pendant une période donnée et sur un territoire donné, le matériel et les outils appartenant au constructeur de consoles. Il s'agit notamment de kits de développement, d'outils de programmation, d'émulateurs et de tout autre élément fourni par le constructeur de consoles pour développer un jeu destiné à une plateforme précise²⁴⁹.

L'accord couvre généralement un certain nombre de domaines, notamment (mais sans doute pas seulement) les conditions d'utilisation, l'accès aux équipements, les coûts, la propriété, les engagements et garanties, l'indemnisation, les limites de responsabilité du constructeur de consoles (en particulier le fait que les équipements sont fournis en l'état), les conditions de résiliation, les mesures injonctives en cas d'utilisation inappropriée des équipements, les limites des droits de cession, le droit applicable en cas de différend contractuel, le for juridique et d'autres dispositions courantes²⁵⁰.

Si un développeur décide de distribuer son jeu de manière numérique sur la plateforme de distribution en ligne du constructeur de consoles²⁵¹, en se passant des services d'un éditeur, il doit également conclure avec le constructeur un accord distinct régissant les droits pertinents. Cet accord de distribution numérique reprend généralement les différentes conditions commerciales figurant dans les accords de distribution numérique des logiciels pour PC²⁵², et en particulier les points suivants:

- (i) Les procédures de soumission et d'approbation²⁵³ d'un jeu et des éléments de marketing et de publicité qui l'accompagnent;
- (ii) Les droits concédés par chaque partie;
- (iii) Les conditions générales de l'accord;
- (iv) Le territoire sur lequel le jeu peut-être distribué;



- (v) Le partage entre les parties des recettes issues de l'exploitation du jeu et de tout autre contenu;
- (vi) Le calendrier des paiements effectués par le constructeur de consoles et la manière dont le développeur ou l'éditeur est informé de ces paiements; et
- (vii) Les éléments du jeu à fournir.

L'accord de distribution numérique régit en outre les conditions juridiques, celles-ci comprenant probablement en particulier les droits de propriété, les limites de responsabilité du constructeur de consoles, les conditions de résiliation, les garanties et les indemnisations (prévoyant au minimum que les éléments du jeu ne contreviennent pas aux droits de tierces parties), et d'autres dispositions courantes.

L'éditeur et le développeur peuvent tous deux conclure avec le constructeur de consoles un contrat de création de jeux pour une plateforme donnée, mais en général seul l'éditeur est en droit de distribuer les jeux par le biais de détaillants en vertu d'un accord de licence propre à la plateforme concernée. En conséquence, si un développeur souhaite faire distribuer son produit par des détaillants, il doit soit devenir lui-mêmes éditeur en concluant un accord en ce sens avec le constructeur de consoles (ce qui est très rare), soit établir un accord avec un éditeur²⁵⁴. Beaucoup de développeurs concluent ce dernier type d'accord pour pouvoir distribuer ainsi leur jeu et éventuellement obtenir d'autres droits, car l'éditeur assure généralement le financement de la distribution, de la fabrication, du marketing, des soumissions et des essais (assurance qualité) du jeu, et fournit des services connexes. De plus, un éditeur entretient généralement de bonnes relations avec les détaillants; le fait de disposer de plus de produits et d'actifs franchisés peut éventuellement lui conférer une meilleure position de négociation avec les détaillants et les constructeurs de consoles, ce qui peut lui permettre d'obtenir de meilleures conditions et un meilleur engagement de leur part, par exemple un appui marketing plus large pour un jeu donné.

Pour devenir éditeur agréé, une entreprise doit accepter l'accord de publication du constructeur de consoles, ce qui lui permet de publier des jeux pour une plateforme donnée. Cet accord lui confère généralement un droit non exclusif et intransmissible de publier, développer et distribuer des jeux destinés à une plateforme donnée²⁵⁵, ainsi que de se procurer des intrants auprès de fournisseurs agréés par le constructeur de consoles et de commercialiser des jeux destinés à une console particulière²⁵⁶.

L'éditeur doit également suivre des procédures particulières pour soumettre des jeux et se conformer à un certain nombre d'autres obligations importantes, notamment le paiement de droits de licence ou de redevances au constructeur de consoles, la demande d'approbations, des engagements et garanties, des indemnisations, des procédures de production, des garanties sur le produit, des niveaux minimaux

de commande, des procédures spécifiques concernant la livraison de contenus de l'éditeur au constructeur de consoles, des restrictions et des obligations relatives aux achats de contenus téléchargeables pour des jeux en ligne, et le recueil d'informations sur les utilisateurs finaux²⁵⁷.

6.3 Questions de développement et de production

6.3.1 Procédure de soumission et d'approbation

Les constructeurs de consoles exigent que tous les jeux, leurs emballages (pour les ventes chez les détaillants) et leurs messages publicitaires leur soient préalablement soumis pour approbation²⁵⁸. Chacun d'eux dispose de ses propres politiques et directives en matière de soumission, qui définissent les prescriptions techniques et les exigences de contenu dans le domaine du développement de jeux.

Si un développeur ou un éditeur peut commencer à développer un jeu à tout moment après avoir reçu les outils nécessaires et signé les accords requis, il lui faudra obtenir, avant que le jeu ne soit publié, l'approbation du constructeur de consoles à l'égard de certains éléments du jeu, et notamment du concept central de celui-ci²⁵⁹. Toutefois, il est sans doute préférable de faire approuver le concept du jeu aussitôt que possible pour éviter de consacrer inutilement de l'argent et du temps à un jeu dont le concept ne serait pas accepté. L'éditeur ou le développeur devra peut-être présenter des documents décrivant le jeu et sa conception technique; il lui faudra sans doute décrire aussi, en particulier, le concept envisagé pour le jeu, et notamment le contenu proposé en ligne, l'organisation des différents niveaux, les personnages et le style artistique. Il devra également expliquer comment le jeu se joue et comment on utilise les commandes de la console.

L'éditeur ou le développeur peut aussi être invité à soumettre le jeu au cours de ses différentes étapes de développement, et en particulier lorsqu'il sera proche de l'étape alpha ou bêta²⁶⁰, afin que le constructeur de consoles confirme que le jeu est acceptable sur le plan technique et correspond bien au concept qu'il a lui-mêmes proposé. Si par exemple le concept proposé était une simulation de course et que le jeu présenté est une simulation de course de combat, le jeu sera probablement refusé. Comme les politiques évoluent à mesure que de nouvelles consoles sont lancées sur le marché, il est conseillé aux développeurs de contacter le constructeur concerné avant de développer un jeu pour l'une de ses plateformes.

Avant de soumettre son jeu à l'approbation finale du constructeur de consoles, l'éditeur doit le tester pour s'assurer que le jeu est compatible avec la plateforme concernée dans ses différentes configurations²⁶¹, qu'il prend bien en charge les périphériques agréés et que le programme ne contient pas d'erreur susceptible d'empêcher son fonctionnement sur la plateforme²⁶². Une fois que les essais du



code sont achevés²⁶³, l'éditeur soumet une "proposition de version complète" ("Gold Master Candidate") à l'approbation du constructeur²⁶⁴ qui va s'assurer que le jeu répond à ses prescriptions techniques et de qualité et qu'il est fonctionnel. Si tel est le cas, le jeu est prêt à être distribué²⁶⁵. Une fois approuvée, la proposition de version complète devient la "version complète" ("Gold Master") et peut-être gravée sur des disques ou distribuée en ligne²⁶⁶.

L'éditeur devra aussi soumettre tous les éléments liés à l'emballage des produits vendus par des détaillants, et notamment les éléments artistiques, le manuel de l'utilisateur, la garantie, les brochures d'information et le style de l'emballage²⁶⁷. Au demeurant, tous les éléments de marketing et de publicité doivent être approuvés par le constructeur de consoles. Ces exigences ont une portée très large et couvrent pratiquement tous les éléments liés à ces activités et touchant aux marques ou à leur nom ainsi qu'à toute autre forme de propriété intellectuelle. Elles peuvent par exemple concerner des éléments de publicité tels que des annonces publicitaires diffusées en ligne, à la télévision, à la radio ou sur papier, des campagnes promotionnelles, des affiches, des campagnes de relations publiques, des communiqués de presse, des concours et des présentoirs dans les magasins détaillants. Tout manquement à ces exigences pourrait constituer une violation de l'accord.

Certains constructeurs de consoles peuvent prévoir des restrictions et des exigences supplémentaires, en particulier:

1. Tout jeu, qu'il soit vendu en magasin ou en ligne, doit faire l'objet d'une évaluation et doit comporter tous les descripteurs de contenu définis par le comité d'évaluation du pays ou de la région. À cet égard, l'évaluation ne peut-être plus contraignante qu'un système d'évaluation éprouvé employé aux États-Unis d'Amérique, ou que tout système équivalent employé dans un autre territoire²⁶⁸;
2. Sauf décision contraire approuvée par le constructeur de consoles, les restrictions peuvent aussi s'appliquer aux jeux vendus par lots et aux périphériques²⁶⁹;
3. Une fois le jeu commercialisé, l'éditeur est tenu d'assurer un service d'aide aux utilisateurs prenant en charge aussi bien les problèmes techniques que les questions sur la manière de jouer²⁷⁰; et
4. L'éditeur doit offrir une garantie courante contre tout défaut du produit vendu²⁷¹.

6.4 Questions commerciales

Les principales questions commerciales que l'éditeur doit examiner dans un accord de licence sont généralement les suivantes: i) le pourcentage du droit de licence ou de la redevance versé au constructeur de consoles sur les ventes de produits en magasin et le partage des recettes des ventes de produits en ligne; ii) les exigences de commandes minimales pour les produits vendus en magasin; et iii) l'éventuel appui publicitaire du constructeur de consoles. Pour un développeur indépendant qui ne passe pas par un éditeur et souhaite distribuer lui-même son produit en ligne par le biais du réseau du constructeur de consoles, le plus important est en général de définir le partage des recettes issues des ventes en ligne et de confirmer la fenêtre de lancement du jeu distribué de cette manière²⁷².

Les sources de revenus des constructeurs de consoles sont surtout les suivantes:

- (i) La vente de chaque exemplaire d'un jeu produit par l'éditeur, que les recettes finales proviennent ou non d'un droit de licence ou de redevances;
- (ii) Les ventes d'appareils, bien que ces comptes soient généralement déficitaires au départ²⁷³ car les constructeurs de consoles subventionnent l'achat des appareils pour stimuler les ventes de logiciels;
- (iii) Une partie des ventes de contenus numériques effectuées par le biais de leur réseau en ligne;
- (iv) Les ventes de jeux développés par les constructeurs de consoles eux-mêmes, que ce soit par des équipes internes ou par de tierces parties engagées au titre d'un accord de développement; et
- (v) Les ventes des droits de licence auxquels est soumis tout périphérique compatible avec leurs appareils²⁷⁴.

La question des droits de licence ou des redevances est l'une des questions commerciales les plus importantes à régler entre les parties. En effet, certains constructeurs de consoles prévoient un nombre de commandes minimum pour les produits vendus en magasin dans chaque région ou territoire définis, ce qui signifie que l'éditeur doit s'engager à payer un montant minimum. Ces exigences de commandes minimales s'accompagnent généralement d'un droit de licence à verser pour pouvoir utiliser le nom et les informations et technologies propriétaires du constructeur de consoles, ainsi que d'une taxe à la production, à l'impression et à l'emballage. Tous ces paiements doivent être effectués avant le lancement du jeu²⁷⁵. Même si l'éditeur ne parvient pas ensuite à vendre en magasin les unités qu'il a commandées, soit en raison du nombre de commandes minimum imposé, soit parce qu'il s'est trompé dans le nombre d'unités supplémentaires commandées par la suite (au regard de ses prévisions de ventes), il reste dans l'obligation de payer l'intégralité de sa commande et ne peut prétendre à un remboursement²⁷⁶. Il doit donc s'assurer,



avant même de développer un jeu, que le volume des ventes prévues en magasin et en ligne garantit la viabilité économique du projet.

Les droits de licence et les redevances, qui peuvent être modifiés unilatéralement par le constructeur de consoles²⁷⁷, varient en fonction d'un certain nombre de facteurs, notamment (mais pas uniquement) le constructeur lui-mêmes, la région dans laquelle le produit est vendu, le nombre d'unités commandées par l'éditeur²⁷⁸ et le prix du jeu²⁷⁹. Dans certains cas, l'éditeur peut obtenir une réduction du droit de production des versions vendues en magasin si le jeu fait partie des meilleures ventes du constructeur de consoles ou répond à tout autre critère du même genre²⁸⁰. Pour cela, le jeu doit atteindre un certain niveau de ventes et se vendre pendant une certaine période²⁸¹, qui sont définis par le constructeur. Il est ensuite à nouveau produit sous licence et reconditionné à un prix réduit au titre d'un programme de vente promotionnel mis en place par le constructeur. Le programme des meilleures ventes permet de mieux faire connaître le jeu et aide les utilisateurs finaux à se souvenir de son succès, ce qui les encourage à l'acheter lorsque son prix a baissé. Il permet aussi à l'éditeur de vendre son jeu dans une phase ultérieure de son cycle de distribution, après en avoir réduit le prix, ce qui fait aussi baisser le montant des redevances à verser. Enfin, pour le constructeur de consoles, ce programme peut stimuler les ventes de consoles et éventuellement attirer, par la réduction de prix, de nouveaux clients souhaitant essayer un jeu qu'ils n'avaient peut-être pas remarqué auparavant.

S'agissant des contenus distribués en ligne, le partage des recettes est beaucoup plus simple car il n'y a pas de frais de production et d'expédition, ni de nombre minimum d'unités à commander. Les recettes issues des contenus de l'éditeur ou du développeur sont directement perçues par le constructeur de consoles, qui reverse à ceux-ci les redevances dues selon un calendrier convenu.

Dans le monde du jeu vidéo, le budget du marketing représente l'une des dépenses les plus importantes à engager par l'éditeur en dehors des frais de développement et de production. Le marché étant extrêmement concurrentiel, un jeu peut avoir une fenêtre de temps très réduite pour attirer les clients, et une campagne de marketing peut faire progresser la notoriété du jeu²⁸². Le développeur devrait donc négocier avec le constructeur de consoles – bien que cela soit difficile – pour que celui-ci s'engage à mener une telle campagne. Les chances de réussir sont plus importantes pour un éditeur, pour autant que celui-ci accepte de conclure un accord de distribution exclusive avec le constructeur de consoles pendant un certain temps.

6.5 Questions juridiques

Tous les accords conclus avec le constructeur de consoles contiennent un grand nombre de dispositions juridiques qui sont à l'évidence favorables à celui-ci. Ces dispositions dépendent rarement de l'éditeur ou du développeur, qui ont en

général peu de marge de manœuvre pour les négocier. Si ces dispositions diffèrent selon le constructeur de consoles et le type d'accord conclu avec lui, elles traitent toujours au minimum de questions telles que les engagements et garanties, les indemnisations, la confidentialité, les restrictions au recueil de données sur les utilisateurs finaux, la résiliation de l'accord et les limites de responsabilité²⁸³. Nous examinerons dans la présente section certaines clauses juridiques susceptibles de figurer dans un accord de licence conclu entre l'éditeur et le constructeur de consoles, étant entendu que ces clauses vont probablement apparaître aussi dans d'autres contrats concernant les développeurs.

6.5.1 Engagements et garanties; indemnisations et limites de responsabilité

En général, dans leurs différents contrats, les constructeurs de consoles s'efforcent logiquement de modérer leurs engagements et leurs garanties afin de limiter leur responsabilité. La plupart du temps, leurs seuls engagements et garanties (qui peuvent varier légèrement d'un constructeur à l'autre) consistent à affirmer leur droit de conclure un accord et à s'engager à s'acquitter pleinement de leurs obligations, qui sont extrêmement restreintes²⁸⁴. Comme d'autres fabricants d'appareils, non seulement les constructeurs de consoles limitent leurs engagements et garanties, mais ils déclinent en outre explicitement toute responsabilité au cas où la plateforme et les équipements qu'ils fournissent à l'éditeur ou au développeur contreviendraient aux droits de tierces parties, et ils excluent toute garantie implicite de qualité marchande²⁸⁵. Les plateformes et équipements sont donc fournis aux éditeurs et développeurs "en l'état" dans toute la mesure autorisée par la législation²⁸⁶.

Les constructeurs de consoles limitent aussi leur responsabilité en fixant un plafond aux dommages pécuniaires qu'ils pourraient devoir verser en cas de faute de leur part, et en limitant le type de dommages que l'éditeur ou le développeur pourrait leur réclamer, notamment des dommages indirects et secondaires, comme des pertes de bénéfices, des coûts de substitution, la perte de clientèle et l'atteinte à la réputation²⁸⁷. En effet, un éditeur ou un développeur peut perdre des ventes potentielles si le réseau du constructeur de consoles connaît une panne.

Inversement, l'éditeur ou le développeur sera probablement contraint de prendre un certain nombre d'engagements et d'offrir des garanties réduisant dans toute la mesure du possible les risques et la responsabilité du constructeur de consoles. Ils devront aussi s'engager à indemniser celui-ci en cas de perte, de responsabilité ou de dépenses si le constructeur est poursuivi au titre de produits et de services²⁸⁸ fournis par l'éditeur ou le développeur, dès lors que l'objet de la poursuite est lié au développement, à la vente ou à l'utilisation des jeux de l'éditeur ou du développeur, ou à une campagne de marketing concernant ces jeux²⁸⁹. En outre, suivant l'importance des montants réclamés au titre d'une clause d'indemnisation, un constructeur de consoles peut exiger non seulement d'approuver l'avocat choisi par l'éditeur ou le



développeur, mais éventuellement de prendre le contrôle du contentieux. Enfin, il est possible, dans certains cas, que les intérêts des parties soient divergents, ce qui peut compliquer encore davantage la gestion de l’indemnisation.

Les engagements et garanties les plus importants que l’éditeur devra proposer seront sans doute liés aux contenus intégrés dans le jeu et aux outils employés pour produire celui-ci, ainsi qu’à tout autre élément créé en relation avec le jeu, comme des contenus téléchargeables ou des éléments de marketing. Dans ce cas, l’éditeur devra s’engager sur ou garantir le fait que tous les éléments et les contenus (à l’exclusion des outils de développement fournis par le constructeur de consoles) lui appartiennent ou lui ont été concédés sous licence et qu’ils ne violent pas les droits d’une autre partie. Ces droits peuvent être par exemple des noms, des marques, des droits d’auteur, des brevets, un habillage commercial, des secrets commerciaux, des droits de publicité, des droits au respect de la vie privée, un droit moral et tout autre droit de propriété intellectuelle en vigueur n’importe où dans le monde²⁹⁰. Ces engagements et garanties sont essentiels, et il est normal que le constructeur de consoles les exige car son nom pourrait apparaître dans un procès lié au jeu de l’éditeur s’il est possible que ce jeu contrevienne aux droits d’une tierce partie, que ce soit ou non le cas.

D’autres engagements et garanties peuvent aussi être exigés, par exemple les suivants: i) le jeu ne comporte aucun défaut majeur et aucun virus; ii) le jeu distribué peut-être évalué et ne peut-être modifié d’une manière qui rende l’évaluation caduque²⁹¹; et iii) le constructeur de consoles n’assume aucune responsabilité financière à l’égard des contenus employés dans le jeu (par exemple de la musique, ou l’expression d’un talent)²⁹². Si l’un de ces engagements et garanties ne devait pas être respecté et que l’éditeur ou le développeur ne remédiait pas à cette violation, le constructeur de consoles serait en droit de mettre fin à l’accord.

6.5.2 Confidentialité

Quand bien même l’éditeur ou le développeur aurait signé un accord de confidentialité distinct, les accords conclus par la suite comportent généralement une clause de confidentialité qui, la plupart du temps, annule et remplace le premier accord car la relation entre les parties a pris de l’ampleur depuis leurs premiers échanges. Comme l’éditeur et le constructeur de consoles vont échanger des informations extrêmement sensibles, que ce soit oralement, par écrit ou sous forme de données lisibles de manière automatique, et que ces informations concernent le cœur de métier de chacune des parties, celles-ci ont l’obligation de protéger la confidentialité des informations de la partie divulgateuse.

En général, l’éditeur communique notamment les informations suivantes au constructeur de consoles: i) sa situation financière pour attester qu’il a les moyens de payer les unités destinées à la vente en magasin et les redevances dues; ii) des

propositions de produit; et iii) des informations sur la conception des produits et d'autres renseignements sur les jeux qu'il envisage de développer. Par la suite, les parties peuvent échanger des projets commerciaux ou publicitaires, et éventuellement des jeux ou des éléments de marketing qui ne sont pas encore révélés au public. Parallèlement, le constructeur de consoles communique des informations confidentielles sur son matériel et ses logiciels, notamment ses outils de développement, ainsi que sur des stratégies de marketing et de commercialisation.

Compte tenu de l'importance des informations confidentielles échangées, chaque partie est tenue de respecter leur confidentialité pendant une période de temps définie et de prendre les mesures nécessaires pour protéger cette confidentialité. En outre, les deux parties ne sont généralement autorisées à partager des informations confidentielles avec des employés, des développeurs et des soustraitants qu'en cas de nécessité et sous réserve que ceux-ci signent un accord distinct de confidentialité et de non-divulgation. Cependant, dans certains cas, des informations confidentielles peuvent être révélées au public, par exemple par un tribunal ou un État, ou en vertu d'une ordonnance administrative²⁹³.

6.5.3 Cession

Comme dans la relation entre un donneur et un preneur de licence, le constructeur de consoles décide de conclure un accord avec un éditeur particulier pour un certain nombre de raisons, notamment la compétence technique et la stabilité financière de celui-ci. C'est pourquoi il est interdit à l'éditeur de céder l'accord à une tierce partie sans l'approbation du constructeur, et l'éditeur ne peut transférer ses droits et obligations à un tiers sans l'approbation préalable du constructeur.

6.5.4 Durée et fin de l'accord

La durée de validité de l'accord est définie par le constructeur de consoles. L'accord peut soit prendre fin à sa date butoir, soit être résilié dans certaines circonstances si l'éditeur n'a pas remédié à une violation substantielle d'un accord²⁹⁴. La clause relative à la violation substantielle est généralement rédigée de manière à avoir une portée très large et elle peut viser tout accord conclu entre l'éditeur et le constructeur de consoles. Dès lors, toute violation d'un accord à laquelle l'éditeur n'a pas remédié peut éventuellement entraîner la résiliation d'autres accords²⁹⁵. Une violation peut donc avoir des conséquences considérables.

Bien que la situation puisse être légèrement différente selon l'accord et le constructeur de consoles, les éléments suivants sont généralement considérés comme une violation substantielle:

1. Le fait de ne pas verser des sommes dues au constructeur de consoles;



2. Le fait de ne pas remédier à une violation d'un engagement ou d'une garantie, ou de toute autre condition majeure de l'accord;
3. Le fait de ne pas avoir respecté la procédure de soumission et d'approbation des jeux ou de tout autre élément;
4. Le fait de ne pas avoir conservé en toute sécurité les éléments fournis au développeur ou à l'éditeur, par exemple des outils de développement;
5. L'emploi inapproprié d'une marque du constructeur de consoles;
6. L'emploi d'éléments n'ayant pas été approuvés par le constructeur de consoles;
7. Le fait de ne pas avoir respecté les règles et réglementations en matière d'évaluation; et
8. La faillite ou l'insolvabilité²⁹⁶.

Si un éditeur ou un développeur contrevient à ses obligations, il se voit généralement accorder un délai défini pour remédier à la violation en fonction du type de violation, dans l'hypothèse où il est possible de remédier à celle-ci. Un dépôt de bilan ou la cession d'actifs à des créateurs, par exemple, ne donnent pas nécessairement droit à un délai de réparation. Au demeurant, dans certains cas de violation, le constructeur de consoles peut-être en droit de demander une mesure injonctive²⁹⁷.

Lorsqu'un accord parvient à expiration, l'éditeur peut-être autorisé dans certains cas à vendre le reste de son stock pendant une période pouvant aller de 90 à 180 jours selon l'accord conclu avec le constructeur de consoles²⁹⁸. Tout stock restant au-delà de cette période doit ensuite être détruit dans un délai donné²⁹⁹. De plus, l'éditeur peut encore être tenu d'assurer un service d'aide aux utilisateurs concernant certains éléments disponibles en ligne. Tout élément appartenant au constructeur de consoles et se trouvant chez l'éditeur (que ce soient des kits de développement ou des informations confidentielles) doit être restitué ou détruit, selon la décision du constructeur.

6.5.5 Droit applicable et for juridique

Cette partie de l'accord définit le droit applicable par le tribunal ou l'arbitre, selon le cas, ainsi que le for juridique compétent pour connaître du litige. Compte tenu du fait que le constructeur de consoles occupe une position de négociation favorable, l'éditeur ou le développeur doit accepter son choix du droit applicable et du for juridique. Ce point peut-être délicat pour l'éditeur ou le développeur, surtout s'il s'agit d'une petite entreprise, car en cas de litige les frais de déplacement, le recrutement d'un avocat local et les autres dépenses connexes peuvent représenter une charge

financière considérable. Ainsi, une entreprise située en Floride peut-être contrainte d'envoyer un représentant dans l'État de Washington pour régler un différend soumis au droit de cet État.

6.6 Perspectives

Le rôle des constructeurs de consoles va changer au cours des prochaines années, à mesure que la manière de jouer évolue parmi les consommateurs. Beaucoup de personnes ayant joué sur des appareils de poche et des consoles passent désormais la majeure partie de leur temps de jeu sur des plateformes différentes, que ce soient des téléphones mobiles ou des tablettes. Néanmoins, si certains joueurs ont ainsi modifié leurs habitudes, nombreux sont ceux qui vont continuer à jouer sur des consoles, et de nouvelles personnes vont même passer à la console après avoir appris à jouer sur un mobile (ces nouveaux joueurs pouvant aussi bien acheter des jeux chez un détaillant que jouer en ligne). S'il reste plus difficile actuellement, en raison d'obstacles économiques et procéduraux, de développer et publier des jeux destinés à des consoles par rapport à d'autres plateformes et méthodes de distribution, les bénéfices retirés de ces jeux peuvent encore être considérables, surtout pour des jeux très connus. Les développeurs doivent donc envisager cette possibilité lorsqu'ils décident de créer un nouveau jeu. Toutefois, avant d'entreprendre le moindre travail de développement, le développeur ou l'éditeur se doit de connaître la manière dont fonctionne chacun des constructeurs de consoles, ainsi que ses exigences et les directives et obligations (notamment financières) qu'il impose.



CHAPITRE 7

DISTRIBUTION NUMÉRIQUE

7.1 Introduction à la distribution numérique pour PC

Au cours de ces dernières années, avec les progrès technologiques, la réduction de l'espace disponible en magasin pour les jeux sur ordinateur personnel (PC), l'augmentation de la capacité de la bande passante et l'utilisation croissante de l'Internet, la distribution numérique est devenue la forme la plus courante de vente de jeux sur PC, et elle devient également une méthode de plus en plus fréquente de distribution des jeux sur console³⁰⁰. Cette évolution majeure va avoir des conséquences notables sur le secteur du jeu dans les années à venir, comme en témoigne le nombre sans précédent de jeux distribués de manière numérique par des développeurs³⁰¹ et des éditeurs indépendants.

La distribution numérique consiste à fournir des contenus par l'Internet ou par le biais de consoles de jeux sans avoir recours à des supports physiques. Elle permet aux utilisateurs finaux d'acheter³⁰² ou d'utiliser sous licence instantanément des jeux, des contenus téléchargeables supplémentaires³⁰³, des mises à jour et des améliorations³⁰⁴. Ce passage de la vente en magasin à la vente en ligne a ouvert de nouvelles perspectives de publication aux développeurs³⁰⁵, en leur offrant un accès direct et plus large aux utilisateurs finaux du monde entier. Il leur a aussi permis d'éviter les coûts les plus importants liés à la vente en magasin. Par ailleurs, comme l'espace accordé aux jeux ne cesse de se réduire sur les rayons de nombreux détaillants³⁰⁶, la distribution numérique offre une alternative majeure, et potentiellement moins coûteuse, pour commercialiser de nouveaux produits tout en constituant une nouvelle source de revenus issus de produits plus anciens³⁰⁷. Cependant, ce sont précisément ces avantages qui ont conduit à l'apparition d'une pléthora de jeux, et beaucoup de développeurs ont des difficultés croissantes à différencier leurs jeux³⁰⁸. En outre, les développeurs doivent aussi être conscients du fait qu'une plateforme de distribution sur PC donnée ne va pas forcément accepter de distribuer tous les jeux³⁰⁹.

Dans le présent chapitre, nous examinerons quelques-uns des grands problèmes auxquels les développeurs sont confrontés, ainsi que les relations entre distributeur et développeur et les questions majeures que les parties doivent régler sur les plans juridique et commercial. Nous étudierons notamment les principales conditions de l'accord en vertu duquel le développeur accorde une licence permettant de distribuer son ou ses jeux à partir de la plateforme du distributeur.

7.2 L'accord complet: introduction

Dans la plupart des cas, l'accord de distribution numérique ("l'accord" aux fins du présent chapitre) est rédigé par le distributeur car celui-ci est propriétaire de la plateforme; le texte lui est donc généralement favorable. Cependant, chaque accord est différent et un développeur devrait être en mesure de négocier de nombreuses conditions, compte tenu des positions de négociation respectives, des autres marchés auxquels le développeur pourrait s'adresser, de la demande pour le ou les jeux considérés et de la qualité de ces derniers³¹⁰.

7.2.1 Droits concédés

Cette partie de l'accord traite des droits que le développeur accorde au distributeur. Elle couvre généralement trois domaines: i) les biens concédés sous licence au distributeur, et notamment les jeux concernés, les contenus téléchargeables, les mises à jour, les versions de démonstration, etc. ("les produits"); ii) le territoire sur lequel les produits peuvent être exploités; et iii) les droits d'exploitation du distributeur sur les produits, notamment les droits de vente et de marketing. En général, le développeur concède une licence non exclusive et non transmissible pendant une durée et sur un territoire définis, qui autorise le distributeur à vendre, céder sous licence, faire connaître, promouvoir, commercialiser, modifier³¹¹ et distribuer de toute autre manière les produits par le biais de son système de distribution. La durée de validité et le territoire indiqués dans l'accord peuvent varier selon le produit s'il existe des restrictions aux droits sous-jacents. Il est important de ne concéder que des droits non exclusifs, car cela permet au développeur d'accorder aussi des droits à d'autres distributeurs pendant la durée de validité et sur le territoire définis dans le premier accord. Si le développeur n'obtient pas d'autre compensation que le versement d'une redevance, il doit toujours être attentif à ne concéder que des droits non exclusifs. Par ailleurs, l'accord doit prévoir que le distributeur peut, au titre d'une licence non exclusive, utiliser la marque du développeur dans le cadre de ses campagnes de vente et de marketing des produits du développeur, sous réserve du consentement préalable de celui-ci.

7.2.2 Livraison des éléments

Cette partie de l'accord contient la définition des éléments du jeu (avec leur format) et de tout autre contenu devant être remis au distributeur, ainsi que la date à laquelle la livraison doit intervenir. Ces questions doivent être réglées par les deux parties car le développeur doit livrer ses produits et autres contenus conformément aux prescriptions du distributeur, afin que celui-ci puisse respecter la date de lancement recommandée pour chaque produit.



Le développeur est tenu de remettre au distributeur le jeu sous forme de code objet (version finale). Il peut éventuellement décider d'intégrer un système de gestion des droits numériques à son jeu. Le distributeur peut lui aussi intégrer un tel système à la version finale. Certains distributeurs exigent que le jeu leur soit remis sans système de gestion des droits numériques. Dans certains cas, le développeur peut aussi choisir de créer un SDK³¹² particulier pour un distributeur. Celui-ci peut en outre lui demander de fournir certains éléments de marketing, par exemple une description du jeu, des emblèmes, des captures d'écran et des vidéos qu'il utilisera pour promouvoir le jeu sur sa plateforme. Une fois qu'il a reçu la version finale exploitable, le distributeur détermine si celle-ci est techniquement conforme au système de distribution.

Bien que de nombreux jeux sur PC ne soient publiés que de manière numérique, s'il existe à la fois une version physique et une version numérique d'un jeu donné, le distributeur exigera que les deux versions soient publiées simultanément. En d'autres termes, la version numérique ne doit pas être diffusée avant la version vendue en magasin pour ne pas défavoriser celle-ci. De même, le distributeur voudra disposer de la version finale³¹³ et des autres éléments et documents connexes en temps utile pour pouvoir lancer simultanément les deux versions du jeu³¹⁴. Enfin, il voudra être en mesure de lancer le jeu en même temps qu'un éventuel autre distributeur³¹⁵. Si le jeu a déjà été publié, la date de livraison n'est plus réellement un problème puisqu'il n'y a pas de contrainte de coordination avec la version vendue en magasin. Néanmoins, l'ensemble des distributeurs vont exiger de pouvoir commercialiser le jeu en même temps.

Que se passe-t-il lorsque le développeur n'est pas en mesure de fournir les éléments requis au distributeur? La réponse dépend du type d'accord conclu entre les parties, et de l'éventuel paiement de redevances au développeur au titre des droits de distribution. Si le problème est dû aux exigences techniques du distributeur, c'est-à-dire que le développeur ne peut répondre à ces exigences, celui-ci doit pouvoir retirer son jeu de l'accord sans autre conséquence. En revanche, si une avance a été versée au titre du futur jeu, la situation est plus délicate et peut-être réglée de différentes manières. Le développeur peut par exemple rembourser les avances versées, ou remplacer le jeu par un autre si les deux parties y consentent.

7.2.3 Persistance des obligations

Pendant toute la durée de validité de l'accord, le développeur doit fournir tout supplément, mise à jour, amélioration, version localisée (le cas échéant), changement ou réparation pour tout jeu qu'il a créé et mis à la disposition des utilisateurs finaux (les "mises à jour"). Il est important pour lui de négocier avec le distributeur pour préciser le contenu de chacune de ses obligations, notamment la correction de bogues, et de déterminer si ces obligations entraînent un volume de travail imprévu

pour lui, qui pourrait représenter une charge financière inattendue. Bien entendu, si le jeu est très bogué, il semble être dans l'intérêt direct du développeur de corriger les bogues pour éviter l'érosion des ventes et une atteinte à la réputation de sa société. Cependant, le développeur ne veut pas non plus se trouver obligé contractuellement de corriger des bogues coûteux si ce n'est pas justifié sur le plan commercial.

En outre, si le développeur décide de communiquer une mise à jour à une tierce partie ou au public, le distributeur voudra obtenir cette mise à jour en même temps afin d'être traité sur un pied d'égalité avec les autres distributeurs et les détaillants, sauf s'il a lancé une campagne promotionnelle³¹⁶.

Chacune des parties peut avoir l'obligation d'assurer un service d'aide aux utilisateurs au titre de la persistance des obligations³¹⁷. En général, le distributeur est chargé de l'aide technique et des autres types d'aide aux utilisateurs finaux pour tout ce qui concerne le téléchargement du jeu depuis son site et toutes les questions de facturation. Le développeur, pour sa part, est chargé de l'aide technique au distributeur pour les questions spécifiquement liées au jeu lui-mêmes, et notamment les problèmes de fonctionnement du jeu ou la manière d'y jouer. Les deux parties s'efforcent de fournir une aide de haute qualité (dont le niveau est au moins équivalent à celui de l'aide fournie pour d'autres jeux de qualité comparable) et de répondre aux questions en temps utile.

7.2.4 Durée de validité de l'accord

Les parties conviennent de définir le nombre d'années pendant lesquelles le distributeur aura le droit de distribuer le jeu, généralement à titre non exclusif. La période de validité de l'accord pour chaque jeu (dans l'hypothèse où les parties concluraient un accord portant sur plusieurs jeux) débute à la signature de l'accord et s'étend sur une durée convenue à compter de la date à laquelle le distributeur a reçu et accepté les éléments requis, ou de la date de publication du jeu concerné sur la plateforme³¹⁸. En outre, les conditions des accords portant sur plusieurs jeux peuvent varier car chaque jeu peut avoir sa propre date de livraison.

Dans certains accords, et pour autant qu'aucune des parties ne soit contrevenue à l'accord, le contrat prévoit un renouvellement automatique de sa durée de validité³¹⁹, généralement pour des périodes successives d'un an. Si une partie souhaite mettre fin à l'accord, elle doit en informer l'autre dans un délai défini (généralement 30 jours) avant l'expiration de la période de validité renouvelée. Il est important que les parties soient conscientes de cette clause pour ne pas laisser passer le délai de résiliation (sauf si elles ont le droit de résilier le contrat pour des raisons de commodité). Enfin, la durée de validité peut aussi être prorogée d'une période supplémentaire en cas de force majeure³²⁰.



Une durée de validité peut par ailleurs être abrégée si une partie a commis une violation de l'accord et n'y pas remédié, ou si elle a décidé de résilier l'accord pour des raisons de commodité³²¹. Les parties doivent aussi déterminer si une violation de l'accord à l'égard d'un jeu particulier entraîne la résiliation de l'accord complet ou uniquement celle de la partie de l'accord relative à ce jeu³²².

7.2.5 Questions de marketing

À mesure que le nombre de jeux diffusés sur les plateformes numériques continue d'augmenter, les consommateurs ont de plus en plus de difficultés à les différencier. Même si le développeur a créé un jeu à succès, il lui est généralement difficile de le faire connaître aux joueurs. Pour surmonter ce problème, le développeur devrait négocier avec le distributeur pour que celui-ci mène une campagne de marketing, même si elle est minimale, ou pour qu'il accorde au jeu une position favorable pendant une période convenue. Dans certains cas, le développeur peut choisir de travailler avec un éditeur si celui-ci est en meilleure position pour négocier avec le distributeur et peut donc lui obtenir de meilleurs engagements en matière de marketing et de campagnes promotionnelles³²³.

Certains jeux, notamment les plus connus, sont placés bien en vue sur le site Web du distributeur car ils vont faire progresser les ventes de celui-ci. Toutefois, les jeux moins recherchés ont eux aussi besoin d'être bien placés pour soutenir les ventes, même si leur durée de vie est brève. Il est donc nécessaire de négocier un engagement de marketing avec le distributeur. Le fait de placer un jeu sur la page d'accueil de la plateforme du distributeur peut générer un trafic considérable sur la page de ce jeu et faire bondir les ventes.

Le distributeur est généralement autorisé à commercialiser le jeu à ses frais, sous réserve du consentement préalable du développeur. À cet égard, si le développeur tient à exprimer un consentement, il ne veut pas en revanche que cette procédure soit trop longue car cela pourrait compromettre la promotion du jeu, les occasions de le promouvoir pouvant être rares. Le développeur doit donc donner son consentement avec prudence, mais il doit parfois le faire rapidement. Pour réduire les problèmes liés au processus de consentement, les accords prévoient souvent un délai de consentement extrêmement court ou la fourniture de jeux préapprouvés que le distributeur peut diffuser directement (pour autant que les jeux n'aient pas été modifiés). Le seul problème qui pourrait alors se poser au développeur est le contexte dans lequel le jeu préapprouvé est présenté. Si le développeur n'est pas satisfait de la campagne de marketing, il peut en informer le distributeur, qui corrigera la campagne ou retirera le jeu.

Il existe un moyen très efficace d'attirer l'attention des consommateurs: le distributeur peut-être autorisé à mener une campagne de promotion spéciale pendant une

période limitée, au cours de laquelle le jeu sera placé en position avantageuse sur le site Web du distributeur en échange d'une réduction du prix de vente au détail conseillé. Le distributeur peut choisir de réduire le prix du jeu pendant un certain temps (par exemple pendant des vacances ou un autre événement particulier) avec le consentement du développeur. La redevance minimum sur la vente de chaque unité qu'il est tenu de verser n'est alors plus calculée sur le prix de vente conseillé, mais sur le prix réduit dont le montant a été convenu avec le développeur aux fins de la campagne promotionnelle. Si le développeur envisage d'accepter ce type de promotion limitée dans le temps, il doit s'assurer qu'il n'est pas tenu de conclure le même accord avec d'autres distributeurs, sauf si ceux-ci lui accordent un avantage analogue en retour (par exemple une place avantageuse sur leur site). Si les revenus issus de la vente promotionnelle d'un jeu peuvent être inférieurs pour les deux parties, la promotion peut présenter d'autres avantages, par exemple le fait de stimuler le trafic vers un site ou de mieux faire connaître un jeu. Au demeurant, la campagne promotionnelle permet souvent de générer des ventes suffisamment importantes pour que la baisse des recettes résultant du prix promotionnel soit compensée par l'augmentation des volumes de vente.

7.2.6 Partage des recettes et détermination des prix

La principale question commerciale à régler pour le développeur tient au pourcentage qu'il va obtenir sur les recettes des ventes de son jeu, et à l'assiette de calcul de ce pourcentage (revenu net ou prix de vente au détail conseillé). Le développeur et le distributeur se répartissent le revenu net obtenu par le distributeur selon un pourcentage convenu. Pour certains jeux sur PC distribués de manière électronique, il semble que le développeur obtienne une part de 70%, le reste revenant au distributeur³²⁴.

Après avoir récolté les recettes issues de l'exploitation du produit, le distributeur les partage selon le pourcentage convenu. Le gain du développeur dépend du succès des produits et de la commission prélevée par le distributeur, sauf si la répartition des recettes est calculée à partir du prix de vente au détail conseillé, qui est fixé et publié par le développeur. Quant au prix de vente du jeu sur la plateforme d'un distributeur, il peut-être déterminé par l'une ou l'autre partie selon l'accord.

Lorsque le prix est déterminé par le distributeur, comment le développeur peut-il se protéger si le distributeur décide de réduire le prix, ce qui risque de compromettre la valeur du jeu et de modifier les prévisions de vente? Dans cette situation, le développeur doit exiger un paiement minimum, calculé au regard du prix de vente au détail conseillé, pour la vente de chaque unité du jeu ou de tout autre contenu connexe, quel que soit le prix réellement facturé au consommateur. Il peut toutefois être difficile de négocier un tel accord. Dans ce scénario, c'est le distributeur qui fixe le prix, mais il doit verser au développeur une redevance correspondant au montant *le plus élevé* des deux montants suivants: i) un pourcentage fixe calculé à partir du



prix de vente réel du jeu et de tout autre contenu; ou ii) un montant minimum qui peut correspondre à un certain pourcentage du prix de vente au détail conseillé. Ce montant minimum versé pour chaque unité vendue offre une certaine protection au développeur, car il garantit tout au moins que celui-ci percevra une somme fixe à chaque téléchargement du jeu. Néanmoins, si le développeur n'est pas d'accord avec le prix, il peut toujours choisir de mettre fin à l'accord pour des raisons de commodité³²⁵.

À l'inverse de ce qui se produit dans une relation "classique" entre détaillant et éditeur ou développeur, un distributeur prend moins de commissions car il n'a pas à constituer de stock (en d'autres termes, la distribution numérique ne connaît pas de problème de protection des prix et de production). Avant de reverser ses revenus au développeur, le distributeur prélève ses droits sur les recettes totales, puis déduit les coûts convenus. Dans la plupart des contrats, ces coûts correspondent aux frais réels liés aux retours, aux réductions, aux remboursements, à la fraude, aux impôts et aux rejets de débits des sociétés de cartes de crédit³²⁶.

Encadré 5 : La filière classique de la vente en magasin

La filière classique de la vente en magasin reste une source de revenus essentielle aux éditeurs ayant établi les relations et les infrastructures nécessaires pour favoriser la distribution des produits physiques. En général, hormis si le développeur a conclu avec un éditeur un accord de distribution de son jeu sur PC, la vente en magasin ne représente probablement pas une option viable pour un développeur indépendant en raison des coûts et de la logistique que représente la gestion de ce type de distributeurs.

Le fait de distribuer des produits physiques par le biais de la filière classique de la vente en magasin nécessite en effet d'engager des coûts substantiels, notamment pour la production, l'expédition et le stockage des produits, ainsi que pour la couverture du risque d'inventaire, les campagnes conjointes de marketing et la protection des prix.

Néanmoins, vendre des jeux en magasin présente certains avantages, en particulier le fait que c'est une bonne alternative pour les consommateurs ne disposant pas d'un accès rapide à l'Internet ou de carte de crédit. Dans la plupart des cas, ce type de vente contribue aussi à mieux faire connaître le jeu auprès du public pendant un certain temps³²⁷.

Si le développeur a conclu un certain nombre d'accords non exclusifs, les distributeurs exigeront d'être traités sur un pied d'égalité au regard de la détermination des prix, afin de ne pas être pénalisés les uns par rapport aux autres sur le plan économique. Le prix de vente au détail conseillé que le développeur va publier sera donc le même pour tous les distributeurs; en revanche, la répartition des recettes peut varier d'un distributeur à l'autre.

Par ailleurs, le développeur peut aussi distribuer un jeu gratuit, ses revenus étant alors assurés par le placement de produits virtuels et de publicités dans le jeu. Dans ce cas, les parties doivent également négocier le partage des recettes, qui peut varier selon la source de celles-ci (par exemple des achats effectués au cours du jeu), ainsi que toutes les déductions autorisées.

7.2.7 Relevés de paiement et contrôles

Dans tout contrat prévoyant le versement de redevances, la partie recevant les paiements doit également recevoir des relevés de ceux-ci et dispose d'un droit de contrôle. Le développeur doit insister sur l'obligation de lui adresser des relevés trimestriels ou mensuels; certains distributeurs peuvent communiquer des informations aux développeurs tous les jours, mais ils ne s'engagent que sur des relevés trimestriels et n'effectuent les paiements qu'à l'occasion de la publication des relevés. Si le développeur doit gérer différents territoires et éventuellement différents jeux, il doit demander les éléments suivants:

- (i) Des relevés détaillant les revenus par produit et par territoire, indiquant les recettes brutes issues de toutes les formes d'exploitation du jeu;
- (ii) Les déductions autorisées;
- (iii) Le revenu net du développeur;
- (iv) Le prix de chaque produit; et
- (v) Le nombre d'unités vendues.

De plus, tous les montants nets des ventes doivent être indiqués dans la devise de la vente ainsi que dans la devise dans laquelle le paiement final est effectué³²⁸.

7.2.8 Résiliation

Comme dans tous les autres types d'accords évoqués jusqu'ici, la clause de résiliation confère à chaque partie le droit, mais pas l'obligation, de mettre fin à l'accord si l'une des parties a violé celui-ci et n'a pas remédié à la violation dans le délai imparti. Le droit de résiliation peut-être exercé par toute partie en cas de violation substantielle de l'accord³²⁹.

Une violation substantielle peut par exemple survenir lorsque le distributeur commet de l'un des actes suivants:

1. Ne pas payer des montants dus au développeur;
2. Ne pas établir de relevés de paiement;
3. Distribuer un jeu avant la date de lancement convenue;
4. Distribuer un jeu en dehors du territoire ou au-delà de la période convenus;
5. Contrevénir à ses engagements ou garanties;
6. Ne pas avoir obtenu d'approbation; ou
7. Ne pas fournir l'aide requise aux utilisateurs.



Une violation substantielle peut également survenir lorsque le développeur commet de l'un des actes suivants:

1. Ne pas respecter un engagement ou une garantie;
2. Ne pas fournir les éléments d'un jeu à un distributeur alors qu'il les a fournis à d'autres, notamment dans le cas d'une mise à jour; ou
3. Ne pas assurer l'aide aux utilisateurs requise.

En outre, les deux parties ont généralement le droit de résilier l'accord avec effet immédiat sans accorder à l'autre partie le droit de remédier à la violation s'il est impossible de remédier à celle-ci ou si l'autre partie est devenue insolvable, ou qu'elle n'est pas en mesure de payer ses dettes à la date prescrite, ou encore si elle a cédé le jeu à des créditeurs.

Chacune des parties peut aussi mettre fin à l'accord pour des raisons de commodité, dès lors qu'aucune avance n'a été versée pour prolonger la durée de l'accord³³⁰. Dans ce scénario, une partie peut résilier l'accord sans motif après en avoir informé l'autre partie dans un délai convenu (généralement 30 ou 60 jours). Le motif de la résiliation n'a pas d'importance pour autant qu'il ne s'agisse pas, pour la partie qui résilie, de se soustraire à ses obligations (c'est-à-dire un paiement). Au demeurant, certaines clauses perdurent après la résiliation de l'accord, notamment celles qui concernent les paiements éventuellement dus, les engagements et garanties et les indemnisations.

Lorsque l'accord parvient à expiration ou est résilié, tous les droits accordés au distributeur prennent fin et le distributeur doit cesser de vendre, distribuer et annoncer le ou les produits sous licence, ce qui peut-être fait presque immédiatement. Tout élément restant en sa possession doit être soit retourné au développeur, soit détruit par les soins du distributeur, selon le choix du développeur. Néanmoins, le distributeur devrait être en droit de continuer à fournir une aide aux utilisateurs finaux et de mettre à jour le jeu pour corriger d'éventuelles erreurs. Les autres obligations sont notamment les suivantes:

- (i) Le distributeur doit procéder aux paiements finaux des redevances et envoyer un relevé final;
- (ii) Le développeur conserve son droit de contrôle;
- (iii) Les garanties, engagements et indemnisations restent en vigueur;
- (iv) Les limites de responsabilité restent en vigueur;
- (v) La clause de confidentialité reste en vigueur;
- (vi) Le droit applicable et le for juridique restent en vigueur; et
- (vii) Les mesures correctives cumulatives restent en vigueur³³¹.

7.2.9 Limites de responsabilité

Dans de nombreux accords, les parties conviennent généralement de limiter leur responsabilité; elles disposent essentiellement de trois manières de le faire. Premièrement, elles peuvent limiter le montant des dommages qu'une partie peut demander en raison d'une résiliation de l'accord liée à la violation de celui-ci. Si les deux parties s'entendent à cet égard, elles doivent trouver une formule permettant de plafonner les dommages. Le distributeur insiste souvent pour lier le plafond aux sommes versées au développeur, y compris les redevances et les avances. Toutefois, cette formule n'est pas nécessairement avantageuse pour le développeur, d'autant que la gravité de la violation peut-être sans rapport avec le montant des dommages auxquels le développeur peut prétendre (ce problème peut aussi se poser au distributeur, mais celui-ci a généralement fixé un plafond aux dommages). Dès lors, il peut-être plus intéressant pour le développeur de demander que le plafond soit calculé en pourcentage des redevances obtenues (par exemple au moins 200%), ou qu'il soit lié au plafond de l'assurance contre les erreurs et omissions du distributeur (par exemple, celui-ci peut avoir limité sa responsabilité à 1 million de dollars É.-U.). Il convient de noter que le plafond limitant les dommages n'est généralement pas applicable en cas d'indemnisation, de violation de confidentialité ou de négligence grave.

Deuxièmement, les parties peuvent en général convenir de limiter le type de dommages pouvant être exclus des recours entre les parties, notamment les réparations pour préjudice moral, les dommages indirects, les dommages spéciaux et les dommages conjecturaux.

Troisièmement, les deux parties peuvent souhaiter limiter davantage leur responsabilité au regard de leurs produits en déclinant toute responsabilité statutaire, explicite ou implicite, sauf disposition expresse de l'accord (par exemple en cas d'atteinte à la propriété intellectuelle de tierces parties), y compris, mais pas uniquement, les garanties de qualité marchande et d'adéquation à une fin déterminée, et toute garantie découlant de la gestion, de l'utilisation ou de la commercialisation du produit, ou découlant du logiciel employé pour distribuer le produit³³².

7.2.10 Cession

Les parties devront aussi négocier pour déterminer si elles sont en droit de céder les droits que leur confère l'accord. Il s'agit du cas de figure où la partie transfère ses droits et obligations à une autre partie. Certains accords prévoient qu'une partie peut céder ses droits sous réserve du consentement de l'autre partie, étant entendu que celle-ci ne peut refuser son consentement de manière injustifiée. Cependant, un refus peut-être valablement justifié par exemple si la cession devait contraindre le



développeur à travailler avec une entreprise concurrente, ou avec une entreprise ayant auparavant eu des relations difficiles avec lui.

Dans d'autres accords, le développeur aura peut-être tenu à indiquer qu'il peut, à sa discrétion et sans restriction, déterminer s'il approuve une cession sauf si les droits sont cédés à une société parente. Très souvent, l'accord conclu entre un développeur et un distributeur repose essentiellement sur une relation particulière entre les deux parties, et tout changement risque de remettre en cause cette relation.

Si la cession est autorisée, la partie non cédante devrait exiger que l'acquéreur accepte et assume toutes les obligations et responsabilités du distributeur initial, et que celui-ci soit tenu responsable de tout dommage si l'acquéreur viole l'accord.

7.2.11 Autres dispositions

D'autres dispositions importantes devraient figurer dans l'accord, notamment les suivantes:

1. Une clause stipulant que tout nouvel élément créé entièrement ou partiellement par le distributeur à l'égard du jeu est considéré comme une œuvre créée dans le cadre d'un contrat de louage d'ouvrage ou de services, et qu'il appartient par conséquent au développeur et non au distributeur;
2. Des engagements, garanties et indemnisations indiquant en particulier que:
 - (i) Le distributeur demandera au développeur de garantir qu'il détient ou contrôle tous les droits sur ou en rapport avec le jeu et ses mises à jour;
 - (ii) L'exploitation du jeu et de ses mises à jour autorisée en vertu de l'accord ne donne pas lieu à une violation de droits de tierces parties; et
 - (iii) Le jeu et ses mises à jour ne contiennent aucun virus informatique, bombe à retardement, ver informatique ou autre logiciel malveillant destiné à modifier, endommager ou désactiver le système informatique du distributeur ou de toute autre partie.

Il est également important que le développeur obtienne des engagements, garanties et indemnisations concernant les actes du distributeur. Ainsi, le distributeur devrait garantir i) que sa plateforme de distribution et tout élément de marketing qu'il a créés sans consulter le développeur ni demander son approbation ne donne pas lieu à une violation de droits de tierces parties, notamment des droits d'auteur, des marques et des brevets; et ii) qu'il s'acquittera de ses obligations en conformité avec toute législation et réglementation internationales, nationales, régionales et locales applicables.

Enfin, l'accord devrait généralement régir les domaines suivants:

- (i) La confidentialité;
- (ii) Les approbations relatives aux éléments créés par le distributeur et le contexte dans lequel le jeu et les éléments connexes doivent être présentés et vendus à l'utilisateur final;
- (iii) La mention de l'auteur, l'utilisation des emblèmes du développeur et les mentions juridiques, notamment l'endroit où elles doivent apparaître;
- (iv) Les communiqués de presse;
- (v) Les contrats de licence pour l'utilisateur final³³³;
- (vi) Les procédures appliquées et les précautions prises dans les négociations avec les contrevenants; et
- (vii) Les évaluations³³⁴.



CHAPITRE 8

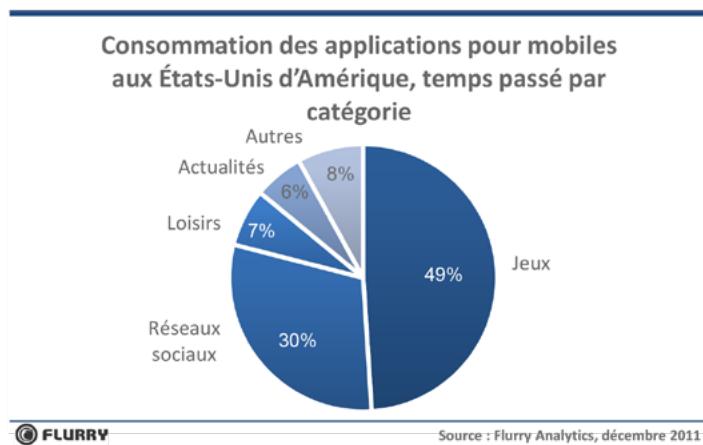
LE MARCHÉ DU JEU SUR MOBILE

8.1 Introduction

Le secteur du jeu sur mobile, c'est-à-dire du jeu qui se joue sur des appareils tels qu'un téléphone intelligent, un téléphone à fonctions spéciales³³⁵ ou une tablette³³⁶, connaît désormais la croissance la plus rapide dans le monde du jeu vidéo³³⁷.

Au demeurant, les jeux constituent à présent la principale utilisation des téléphones intelligents. Ainsi, la société d'analyse Flurry estimait en décembre 2011 que les jeux sur mobiles représentaient 49% de toute la consommation d'applications pour mobiles aux États-Unis d'Amérique:

Figure 5: Consommation des applications pour mobiles



Ce marché est véritablement mondial. Si par exemple les marchés du mobile les plus importants actuellement se trouvent dans des pays relativement riches comme les États-Unis d'Amérique, le Royaume-Uni, le Japon et la République de Corée, le taux de croissance le plus élevé en matière d'adoption du téléphone intelligent est observé dans des pays tels que la Chine, le Viet Nam, la Colombie et la Turquie³³⁸.

Pour le développeur, le marché du mobile offre des avantages que d'autres domaines du jeu vidéo ne peuvent proposer: les barrières à l'entrée sont relativement basses, notamment du fait que les coûts de développement sont plus faibles par rapport à d'autres plateformes³³⁹, il est facile de publier des jeux à l'échelle mondiale, le jeu est disponible immédiatement par les réseaux mobiles, et à mesure que les appareils mobiles se répandent partout dans le monde, il est de plus en plus facile pour le consommateur d'accéder à des applications de jeu³⁴⁰.

D'un autre côté, certains développeurs peuvent avoir des difficultés à gagner de l'argent dans le secteur du jeu sur mobile, car ce marché se caractérise par une abondance de produits³⁴¹ de qualité variable, l'apparition constante de nouveaux appareils et de nouvelles technologies³⁴², la diversité des systèmes d'exploitation³⁴³, et des modèles commerciaux³⁴⁴ et une réglementation³⁴⁵ qui se renouvellement et évoluent sans cesse. Il n'en demeure pas moins que ce marché est devenu extrêmement rentable pour beaucoup de développeurs et d'éditeurs. Tous ces éléments contribuent à faire du jeu sur mobile le marché qui évolue le plus rapidement dans l'ensemble du secteur du jeu vidéo, et la concurrence est très élevée, chacun s'efforçant de distinguer son jeu.

Dans le présent chapitre, nous examinerons quelques-unes des questions liées aux aspects commerciaux et juridiques du marché du jeu sur mobile, et notamment celles qui apparaissent dans les différents contrats qu'un développeur est susceptible de conclure pour pouvoir faire distribuer son application. À de nombreux égards, beaucoup de questions étudiées dans l'ensemble du présent ouvrage sont applicables au marché du mobile, notamment les questions de développement, de gestion de la propriété intellectuelle et de licences, ainsi que les relations entre éditeur et développeur, les évaluations, les restrictions réglementaires et les clauses juridiques apparaissant fréquemment dans de nombreux autres accords de publication, de distribution et de licence en vigueur dans le domaine des jeux vidéo.

8.2 Relations avec les distributeurs (plateformes de distribution)

Le consommateur peut se procurer des applications en accédant à des plateformes de distribution, c'est-à-dire des magasins en ligne, au moyen de son appareil mobile ou de sa tablette connectés à un réseau mobile ou un réseau sans fil. Le développeur doit donc conclure au préalable un accord avec les différents distributeurs tels que l'App Store d'Apple, Google Play ou Samsung Apps³⁴⁶, qui disposent de leur propre plateforme de distribution. Dans certains cas, le développeur peut aussi conclure un accord avec un constructeur d'appareils pour créer un jeu (ou accorder une licence sur ce jeu) exclusivement destiné à un appareil précis, ce jeu étant alors distribué sur le site consacré à l'appareil concerné. Toutefois, cette situation est relativement rare, sauf si le développeur ou la propriété intellectuelle sont particulièrement recherchés et que la plateforme tente activement de se développer en offrant des avantages directs.

Pour la plupart des développeurs, il est facile de conclure un accord de distribution avec un distributeur: il suffit d'accepter le contrat type en quelques clics. Ce contrat, qui n'est pas négociable (sauf éventuellement si le développeur est en excellente position de négociation, mais même dans ce cas il est difficile de savoir ce qui peut-être négocié avec les responsables de la plateforme), énonce les droits et obligations du développeur comme du distributeur. Bien que les accords varient selon le distributeur, ils régissent généralement le processus de soumission, les



approbations³⁴⁷, la licence non exclusive permettant d'utiliser la technologie de la plateforme³⁴⁸, les redevances prélevées par le distributeur en échange de la distribution de l'application³⁴⁹, la date des paiements au développeur, la durée du contrat, le territoire sur lequel il est valable, les droits octroyés au développeur, les droits de propriété, la détermination des prix, les notifications lorsque le jeu est retiré de la plateforme³⁵⁰, les restrictions en matière de recueil de données³⁵¹, les exigences en matière d'évaluation³⁵², les essais, les obligations d'assurance³⁵³, les limites d'utilisation des logiciels libres et la certification de l'application par le distributeur.

L'accord prévoit aussi des engagements et des garanties en vertu desquels le développeur affirme que toute la propriété intellectuelle liée à l'application est soit sa propriété, soit exploitée sous une licence concédée par un tiers. Elle prévoit en outre des indemnisations et protège le distributeur de toute responsabilité, perte et autre coût découlant d'une quelconque violation d'un droit d'auteur, d'une marque ou d'un brevet qui pourrait être invoquée à son encontre. L'accord couvre également, comme tous les autres contrats examinés dans le présent ouvrage, un certain nombre de questions juridiques, notamment la méthode et le lieu de règlement des différends, la résiliation, la confidentialité³⁵⁴, les limites de responsabilité, le droit du distributeur de réviser les conditions de l'accord, l'avertissement concernant la garantie et d'autres dispositions courantes³⁵⁵.

Dans certains cas, un distributeur qui fabrique également un appareil mobile peut souhaiter avoir l'exclusivité d'une application particulière pendant une période donnée si le développeur n'a pas encore publié son jeu. Cet accord peut par exemple constituer une manière, pour le distributeur, de promouvoir un appareil qu'il prévoit de commercialiser ou qu'il vient de lancer. Dans ce cas relativement rare, les parties concluent un accord distinct³⁵⁶ qui modifie en général l'accord de distribution et précise les services requis. Selon les conditions, l'accord peut concerner le développement de l'application, les dates de livraison, les obligations de localisation, la procédure de fourniture (y compris les procédures d'acceptation), la durée de l'accord, le territoire et les conditions de financement³⁵⁷ et de marketing. Dans la pratique, les clauses les plus importantes de l'accord sont souvent les engagements en matière de marketing: le développeur s'efforcera dans toute la mesure du possible de tirer parti des moyens promotionnels dont dispose le distributeur, car la publicité peut faire bondir ses ventes³⁵⁸.

8.3 La relation éditeur-développeur

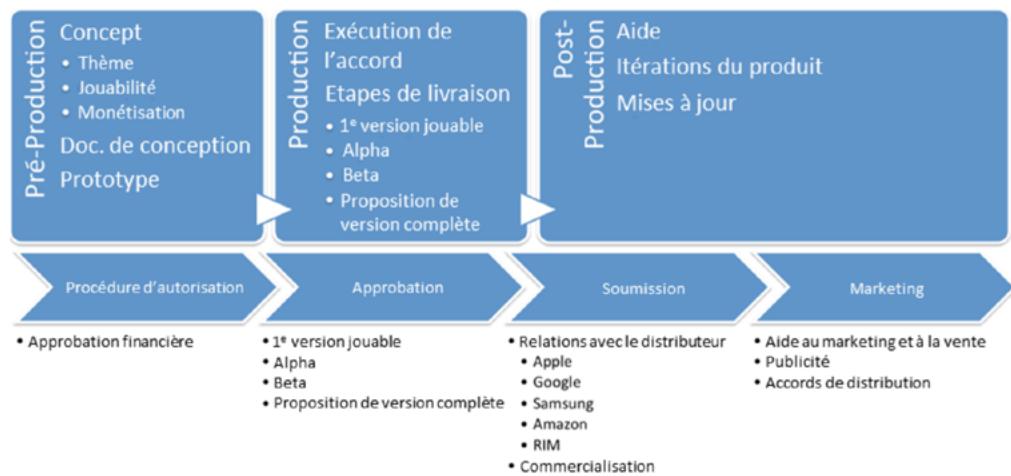
En raison du coût relativement faible de développement d'une application et de la facilité avec laquelle celle-ci peut-être diffusée sur une plateforme de distribution, de nombreux développeurs choisissent de publier eux-mêmes leurs applications, surtout si le coût de développement est vraiment bas. Le principal avantage pour eux tient bien entendu au fait qu'ils peuvent conserver la totalité des recettes et qu'ils n'ont

pas à demander d'approbation en dehors de celle du distributeur et de tout donneur de licence ayant éventuellement fourni des contenus pour l'application. En revanche, dans ce cas le développeur assume seul tous les risques de développement du jeu et la responsabilité de sa publication.

Néanmoins, dans certains cas le développeur peut choisir de travailler avec un éditeur selon différents scénarios. Mais pourquoi prendre cette décision alors qu'il peut distribuer l'application lui-mêmes sur une plateforme destinée aux mobiles? Il existe deux raisons à cela: premièrement, les éditeurs sont généralement bien capitalisés et peuvent donc contribuer à financer le développement. Deuxièmement, les éditeurs peuvent tirer parti de leur présence importante sur le marché pour accorder un soutien marketing au développeur, soutien que celui-ci ne pourrait obtenir (ou se payer) autrement. De même, les éditeurs peuvent avoir intérêt à conclure un accord avec un développeur, car si beaucoup d'entre eux ont une expérience considérable (et des développeurs internes de talent) dans le domaine des jeux sur console et PC, tel n'est pas le cas dans le domaine des jeux sur mobile. Il est donc logique qu'ils recherchent un studio de développement indépendant pour les aider à créer un jeu sur mobile (souvent, mais pas toujours, en utilisant une propriété intellectuelle appartenant déjà à l'éditeur).

Dès lors, on peut trouver les scénarios suivants dans les accords entre développeur et éditeur portant sur les jeux pour mobile: i) l'éditeur fournit des fonds pour contribuer à financer une partie ou l'ensemble du développement et couvrir d'autres coûts liés à la promotion et au marketing de l'application, et en retour obtient certains droits sur celle-ci, notamment des droits de distribution; ii) l'éditeur engage un développeur pour créer un jeu dont l'éditeur sera propriétaire; iii) l'éditeur est simplement associé à la campagne de marketing de l'application mais n'intervient ni dans le financement ni dans la distribution de celle-ci³⁵⁹; ou iv) l'éditeur distribue l'application du développeur et conclut des accords avec les distributeurs (notamment en-dehors de sa propre zone d'activité, par exemple lorsqu'un jeu européen doit être distribué sur une plateforme chinoise). Dans les scénarios i) et ii), l'accord comporte les éléments illustrés dans la figure 6 ci-après:

Figure 6: Processus de développement d'un jeu sur mobile



Les obligations incombant au développeur et à l'éditeur varient considérablement en fonction du type d'accord conclu entre eux. Si par exemple l'éditeur paie le développeur pour que celui-ci crée une application pour le propre compte de l'éditeur, ou si le développeur crée une application dans le cadre d'un contrat de louage de services établi par l'éditeur, les principales dispositions du contrat seront notamment les suivantes:

- (i) La fourniture d'une application assortie d'une liste des étapes;
- (ii) Les formats de livraison (par exemple la compatibilité avec iOS ou Android);
- (iii) La procédure applicable en cas de retard dans la livraison ou de non-livraison de l'application, qui peut-être la résiliation du contrat ou une réduction du montant des redevances;
- (iv) Les obligations en matière de mise à jour³⁶⁰;
- (v) Les essais à effectuer sur les différents éléments soumis pour les différents appareils;
- (vi) La localisation de l'application;
- (vii) L'adaptation de l'application à des appareils supplémentaires;
- (viii) Les responsabilités en matière d'aide aux utilisateurs;
- (ix) Les questions de propriété³⁶¹;
- (x) Le partage des revenus (vois plus bas);
- (xi) Les obligations en matière de distribution et de marketing;

(xii) Les relevés de paiement et les droits de contrôle; et

(xiii) Les éventuelles approbations à obtenir.

Parmi ces différents éléments, le plus délicat à négocier est en général le partage des revenus. Comme souvent dans le monde du jeu vidéo, les accords de publication conclus dans le domaine des jeux sur mobile prévoient un partage des recettes entre l'éditeur et le développeur. Et comme pour les autres accords de partage de revenus décrits ailleurs dans le présent ouvrage, le montant exact à verser au développeur et à l'éditeur, ainsi que le mode et les dates de paiement font l'objet d'une négociation. Un grand nombre de facteurs ont une incidence sur celle-ci, en particulier la position de négociation de chaque partie et l'éventuel financement du développement par l'éditeur, ce dernier voulant alors rentabiliser son investissement. Toutefois, dans les accords de publication de jeux sur mobile, le partage des recettes entre les deux parties ne peut intervenir avant que le distributeur (par exemple Apple ou Google) n'ait prélevé sa redevance contractuelle³⁶². En outre, suivant le modèle commercial choisi pour l'application, il sera peut-être nécessaire de négocier aussi la définition de ce qui constitue un revenu et la manière dont celui-ci est obtenu. Si par exemple le jeu comporte des objets virtuels pouvant être vendus, l'éditeur et le développeur doivent s'entendre sur la définition et le partage des revenus issus de ces ventes, en sus des recettes issues de la vente de l'application elle-même, le cas échéant.

Plus généralement, quel que soit le type d'accord conclu entre éditeur et développeur, tous ces contrats vont aussi comporter un certain nombre de clauses juridiques semblables à celles qui figurent dans les accords de distribution courants en vigueur dans le monde du jeu vidéo. Ces clauses portent notamment sur les engagements et garanties, l'indemnisation, le mode de règlement des différends et le for juridique, la résiliation de l'accord, la confidentialité, les limites de responsabilité et l'assurance, entre autres dispositions courantes.

8.4 Modèles de monétisation auprès de l'utilisateur final

Compte tenu de l'abondance des applications distribuées sur le marché du mobile, du coût croissant de production des applications, et du fait que de nombreuses applications sont distribuées gratuitement, il devient de plus en plus difficile de gagner de l'argent pour le développeur comme pour l'éditeur. En conséquence, plusieurs modèles commerciaux ont été repris ou adaptés à partir d'autres domaines



du jeu vidéo (en particulier les jeux joués dans un navigateur et les jeux en ligne). Les modes de revenus peuvent aller du paiement d'un montant fixe à l'achat d'une application complète (par exemple l'achat de la version supérieure ou "premium") jusqu'à des jeux gratuits produisant des recettes publicitaires ou des recettes issues d'achats effectués au cours du jeu³⁶³.

Dans certains cas, les modèles commerciaux d'une application évoluent en fonction de la réaction initiale des utilisateurs finaux. Dans d'autres, le modèle de détermination des prix de l'application varie suivant la plateforme de distribution, le territoire et la marque. Ainsi, une marque connue peut imposer différents types de paiements car son application est appréciée des consommateurs. Certains modèles ont fonctionné pour certains développeurs mais pas pour d'autres, mais il faut se souvenir que les facteurs intervenant dans le succès ou l'échec d'un jeu sont nombreux. Dès lors, le développeur doit déterminer avec précision le modèle commercial qui lui convient le mieux, car une fois le modèle choisi, il sera difficile d'en changer en raison des attentes du public et des limites imposées par le distributeur ou par la technologie.

Si les modèles commerciaux vont sans doute continuer à évoluer, les modèles de monétisation les plus répandus vont tous s'appuyer sur une forme quelconque de paiement initial ou sur une redevance permettant d'accéder à des éléments supplémentaires en cours de jeu, voire sur une combinaison des deux³⁶⁴. Le tableau 8 ci-dessous illustre les différentes manières possibles de gagner de l'argent pour un développeur ou un éditeur à différents stades du jeu selon différents modèles commerciaux.

Au stade de début du jeu, l'utilisateur final paie un certain montant pour commencer à jouer, ou accède gratuitement à l'application. Pendant le jeu, il peut continuer à jouer sans coût supplémentaire ou choisir de payer un certain montant pour améliorer le déroulement du jeu, par exemple en disposant de nouveaux personnages ou costumes ou en renforçant ses compétences de jeu par des fonctionnalités supplémentaires ou améliorées. Enfin, au stade de la fin du jeu, il n'a rien à payer dans la plupart des modèles commerciaux, sauf dans une version de démonstration déverrouillable, dans laquelle il peut utiliser gratuitement une partie du jeu mais doit payer pour disposer du jeu complet.

Tableau 8 : Différentes manières de gagner de l'argent à différents stades du jeu

Modèle commercial	Début du jeu	Pendant le jeu	Fin du jeu	Exemple
Version complète ("premium")	Payant	Gratuit	Gratuit	<i>Angry Birds</i>
Financement par la publicité	Gratuit	Gratuita	Gratuit	<i>Pool Pro Online 3</i>
Jeu gratuit³⁶⁵	Gratuit	Payant ou Gratuita	Gratuit	<i>Candy Crush</i>
Version complète avec paiements supplémentaires ("paymium")	Payant	Payant ou Gratuit	Gratuit	<i>Infinity Blade</i>
Version de démonstration déverrouillable³⁶⁶	Gratuit	Payant ou Gratuit	Gratuit ou Payant	

8.5 Questions de réglementation

Comme tous les jeux, les jeux sur mobile doivent être conformes à des réglementations très diverses allant de la protection du consommateur à la protection de l'enfant en passant par la protection de la vie privée. Les principaux domaines visés par la réglementation des jeux sont examinés au chapitre 9.

Cependant, il est important de se souvenir que ces questions de réglementation sont à la fois particulièrement pertinentes et particulièrement opaques dans le monde du jeu sur mobile. En effet, ce type de jeux touche le marché réel et potentiel le plus large de toutes les plateformes de jeu, et les appareils intelligents mobiles exploitent les technologies les plus récentes. Le régulateur commence donc tout juste à comprendre comment il peut appliquer les réglementations en vigueur aux jeux sur mobile et quelles réglementations supplémentaires il va devoir établir à l'avenir.

Ainsi, aux États-Unis d'Amérique, la Commission fédérale du commerce publie depuis 2012 une série de rapports sur la protection de la vie privée dans le contexte des appareils mobiles et sur l'accès des enfants à ces appareils³⁶⁷. De même, en 2013, le groupe de travail "article 29" de l'Union européenne a publié un rapport dans lequel il recommandait d'apporter des changements en profondeur dans tout l'écosystème du mobile, depuis les plateformes jusqu'aux développeurs, afin de faire respecter la législation européenne sur la protection de la vie privée³⁶⁸. D'autres pays comme l'Australie³⁶⁹ et le Canada³⁷⁰ ont publié des rapports allant dans le même sens. Tous ces rapports mettaient l'accent sur la nécessité de faire en sorte que les appareils mobiles et les applications qui leur sont destinées (notamment les jeux) respectent la législation en vigueur, en particulier dans le domaine de la protection



de la vie privée, compte tenu de l'importance que ces appareils prennent dans la vie de nombreux consommateurs (et du fait que les consommateurs emportent ces appareils partout avec eux en raison de leur facilité de transport). Or à ce jour peu de mesures ont été prises pour faire respecter la législation ou orienter les développeurs et les éditeurs sur la manière d'appliquer les règles (souvent très différentes entre elles) dans la pratique.

Par ailleurs, le développeur comme l'éditeur de jeux sur mobile doivent tenir compte de la dimension mondiale des réglementations, qui constitue un facteur essentiel: en effet, s'il est prévu de distribuer une application particulière à l'échelle de la planète, c'est en principe la législation nationale qui devrait s'appliquer dans chaque pays. Bien entendu, cette situation est ingérable pour n'importe quelle entreprise (même le plus grand des éditeurs dans le monde du jeu); il faut donc faire appel à un avocat pour indiquer à l'entreprise quelles sont les réglementations les plus importantes et comment elle peut s'y conformer.

8.6 Fiscalité

L'un des éléments juridiques incontournables à l'échelle internationale tient à l'application des règles de fiscalité nationales aux applications. Dans la plupart des pays, la vente d'une application (ou de contenus au sein d'une application) est soumise à une taxe. L'éditeur ou le développeur doit en outre acquitter une taxe sur les revenus que son entreprise retire de ces ventes. Or il peut-être difficile de définir et reconnaître, en termes juridiques et comptables, ce qui constitue un revenu.

Ces éléments posent problème non seulement au développeur et à l'éditeur, mais aussi au distributeur. Comment faire pour qu'une plateforme de distribution destinée aux mobiles puisse appliquer une TVA ou d'autres taxes à la vente d'une application? L'application de cette fiscalité relève-t-elle de la responsabilité du distributeur, puisque sa plateforme est la source auprès de laquelle le consommateur a téléchargé l'application, ou de la responsabilité du développeur ou de l'éditeur, qui a créé l'application ou l'a publiée sur la plateforme de distribution? Quelle attitude le consommateur doit-il adopter à cet égard? Compte tenu de la dimension mondiale de ces questions, il faudrait, pour y répondre, aborder des questions de fiscalité internationale qui dépassent largement la portée du présent ouvrage, et qui de surcroît ne cessent de changer au fil du temps.

Néanmoins, à la date de rédaction du présent ouvrage, on pouvait dire les choses suivantes à propos des deux principales plateformes de distribution, l'App Store et Google Play. D'une manière générale, l'App Store d'Apple offre une certaine aide en matière de fiscalité. Il indique par exemple quel État des États-Unis d'Amérique applique la taxe en cas de vente en ligne. Dans l'Union européenne, Apple effectue toutes ses ventes d'applications à travers sa filiale située au Luxembourg, pays

qui pratique un taux de TVA très faible par rapport à d'autres États européens (la situation devrait cependant changer car la loi fiscale de l'Union européenne sera modifiée en 2015 afin d'empêcher une entreprise de choisir un taux de TVA unique pour l'ensemble de l'Union: elle prévoira l'application de la TVA du pays où se trouve l'acheteur et non le vendeur). Google, pour sa part, semble avoir essentiellement laissé le développeur ou l'éditeur s'occuper des questions de fiscalité: ce sont en effet ces derniers qui sont chargés de s'assurer que la bonne taxe est appliquée et comptabilisée dans chaque juridiction fiscale. Rappelons toutefois à nouveau que l'application de la législation fiscale aux jeux sur mobile reste un problème en suspens et que ce domaine devrait considérablement évoluer à l'avenir.

8.7 Questions de propriété intellectuelle

Les jeux sur mobile, comme tous les autres jeux, sont bien entendu soumis aux principes de base de la législation sur la propriété intellectuelle visant les jeux, qui est décrite au chapitre 3. Cependant, il est important de garder trois éléments particuliers à l'esprit en matière de jeux sur mobile.

Le premier tient au fait que la copie de jeux reste un problème endémique sur les plateformes destinées aux mobiles, et qu'il peut-être difficile d'y apporter une solution juridique. La copie de jeu, ou "clonage", est extrêmement fréquente dans le monde du mobile parce qu'elle est très facile: comme nous l'avons indiqué plus haut, les coûts de développement sont relativement bas et les coûts de distribution sont liés aux ventes. Le développeur n'a donc aucune difficulté à copier des éléments entiers d'un jeu particulier (par exemple son nom, le déroulement du jeu, les décors ou les personnages), voire à copier intégralement le jeu (d'où l'expression "clonage") et à le faire passer pour sa propre création afin de gagner de l'argent à peu de frais, aux dépens de l'inventeur original³⁷¹. Étant donné qu'il y a un très grand nombre d'applications en circulation, les distributeurs font généralement valoir qu'il ne leur est pas possible de vérifier chacune d'elles pour s'assurer qu'elle peut légitimement figurer sur la plateforme. C'est donc au développeur ou à l'éditeur lui-mêmes qu'il incombe de protéger ses applications contre la copie ou le clonage. La méthode la plus fréquemment employée consiste à vérifier les produits analogues sur les plateformes de distribution pertinentes tout en gardant le contact avec la communauté des joueurs, qui peut aussi les avertir. Si une copie est détectée, une demande de retrait est envoyée au propriétaire de la plateforme pour mobiles.

Le deuxième grand problème en matière de propriété intellectuelle dans le domaine des jeux sur mobile est celui du piratage. Ce problème ne cesse de s'aggraver, en particulier sur Android, en raison du fait que l'emploi de cette technologie n'est pas très surveillé. Le piratage intervient généralement lorsqu'un utilisateur contourne le logiciel de sécurité sur son téléphone intelligent (cette technique s'appelle "débridage" ou "jailbreaking"), ce qui lui permet de télécharger des applications



gratuitement au lieu de les payer. Il n'existe cependant pas pour le moment d'étude faisant autorité sur cette évolution et son incidence sur le monde des applications, ou des jeux sur mobile en particulier. Certaines données empiriques semblent indiquer que le problème est de plus en plus grave pour les développeurs de jeux sur mobile³⁷², et que la meilleure solution pour le moment est d'innover dans les modèles commerciaux, et notamment de recourir à des modèles de jeu gratuit (comme ces modèles n'exigent pas de versement initial, il importe peu que l'utilisateur emploie un téléphone licite ou débridé). Toutefois, cette solution pourrait ne pas suffire à elle seule (en particulier si les pirates parviennent à contourner aussi les éléments protégés des jeux gratuits); il reste donc à déterminer l'incidence que le piratage aura à l'avenir sur les jeux sur mobile.

Le troisième et dernier problème de propriété intellectuelle qu'il convient de mentionner à l'égard des jeux sur mobile est lié au fait que ces jeux se sont popularisés dans un contexte de conflits croissants en matière de brevets entre les grands acteurs du monde du mobile, notamment des constructeurs de téléphones intelligents, des propriétaires de plateformes pour mobiles, de grands éditeurs de logiciels, des entités non productrices (également appelées "trolls de brevets"), et même, dans certains cas, de petits développeurs³⁷³. À ce stade, ces gigantesques batailles de brevets ne semblent pas avoir eu d'effet particulier sur les développeurs et les éditeurs de jeux sur mobiles, sauf dans quelques cas isolés³⁷⁴, mais il reste à voir quelles conséquences elles auront (le cas échéant) sur le paysage du secteur mobile, et donc indirectement sur les jeux sur mobile.

8.8 Conformité aux règles de la plateforme de distribution

L'une des contraintes essentielles, quoique souvent négligée, de la publication d'une application tient au fait que celle-ci doit être conforme aux conditions d'utilisation de la plateforme destinée aux mobiles, faute de quoi elle sera refusée ou, peut-être pire encore, elle sera retirée après son lancement. Il est essentiel de comprendre les conditions d'admission d'Apple, non seulement parce que l'App Store est l'une des plateformes mobiles les plus importantes, mais aussi parce qu'Apple applique ses conditions aux applications de manière très stricte. Il lui est arrivé de retirer ou de refuser des applications parce que leur contenu était jugé inapproprié³⁷⁵ ou qu'elles contrevenaient aux règles de promotion des autres applications³⁷⁶. Certaines données empiriques semblent indiquer que d'autres développeurs ont dû se justifier dans différents domaines allant de la titularité des droits de propriété intellectuelle à la conformité à la législation sur les paris avant que les responsables de l'App Store n'acceptent leur jeu. Il est donc fortement conseillé d'étudier attentivement les conditions d'utilisation de la plateforme concernée dès l'étape de la conception du jeu, et de s'assurer au cours du développement de celui-ci que les principales règles sont toutes respectées, faute de quoi il faudra peut-être revoir entièrement

l'application après l'achèvement de celle-ci (avec toutes les pertes de temps et d'argent que cela implique) si elle est refusée.

8.8 Perspectives: un paysage en évolution constante

Le monde du jeu sur mobile offre des perspectives immenses en raison de ses coûts de développement relativement faibles, du fait que les consommateurs peuvent trouver les jeux plus facilement et plus vite dans le monde entier, que les appareils mobiles se répandent de manière croissante, que les applications disponibles pour ces appareils sont très variées et que les jeux sont peu coûteux. Toutefois, ces avantages ont aussi eu pour effet de faire véritablement proliférer les jeux sur le marché, quelle que soit la plateforme considérée, ainsi que les modèles commerciaux visant à attirer le consommateur, qui a de plus en plus de problèmes à distinguer un produit de l'autre. Il est donc devenu difficile de gagner de l'argent sur ce marché. Pourtant, celui-ci s'est révélé extraordinairement rentable pour certains développeurs, et il permet à tous les développeurs de créer et de vendre leurs jeux d'une manière qui serait impossible sur d'autres plateformes. Cette tendance ne peut que se poursuivre à mesure que le nombre d'utilisateurs de téléphones intelligents augmente dans le monde (en particulier dans les pays en développement) et que de nouvelles technologies et de nouveaux modes d'utilisation des téléphones mobiles (et donc des jeux sur mobile), depuis les applications choisies en fonction de l'emplacement de l'utilisateur jusqu'aux applications intégrant la télévision et d'autres technologies, apparaissent et parviennent à maturité.

Parallèlement, l'utilisation croissante des appareils mobiles soulève des problèmes juridiques et commerciaux sans précédent. Le développeur et l'éditeur constateront donc qu'il est extrêmement utile d'accorder une certaine attention à ces questions avant de se lancer dans un investissement coûteux dans ce secteur particulier du jeu vidéo à l'échelle mondiale. Le secteur est certes rentable mais il évolue rapidement et sa complexité ne cesse de croître.



CHAPITRE 9

LA RÉGLEMENTATION DU SECTEUR DU JEU

9.1 Introduction

À mesure qu'un secteur économique se développe, il fait l'objet, au fil du temps, d'un nombre croissant de réglementations qui découlent non seulement de la législation mais aussi de la jurisprudence, des orientations réglementaires et des normes d'autorégulation. Le secteur du jeu vidéo ne fait pas exception à cette règle, mais en raison de sa situation particulière, au carrefour de la créativité et des technologies, l'application des réglementations en vigueur manque souvent de clarté. Nous commençons d'ailleurs à voir apparaître des règlements propres à ce secteur. Le présent chapitre contient un très bref aperçu des principaux domaines de réglementation que le développeur comme l'éditeur se doivent de connaître avant de créer un jeu; il s'agit du respect des données sur la vie privée, de la protection des consommateurs, de la publicité et du marketing, ainsi que de quelques autres réglementations.

9.2 Respect des données sur la vie privée

Beaucoup de jeux modernes, notamment parmi les jeux en ligne, sur les réseaux sociaux et sur les mobiles, sont conçus de manière à recueillir et à exploiter des données³⁷⁷. L'utilisation des données se répand rapidement parmi les jeux les plus récents en raison d'un certain nombre de facteurs, qui sont tous liés entre eux. Les nouvelles plateformes, notamment les téléphones intelligents et les navigateurs modernes, permettent de recueillir assez facilement toutes sortes de données, depuis des adresses de courriel jusqu'au nombre de clics qu'un joueur a effectués sur un bouton particulier pendant une période donnée. Les utilisateurs sont désormais habitués (du moins le prétend-on) à fournir des données personnelles, alors qu'ils hésitaient à le faire par le passé. Les studios de jeux ont mis au point des modèles de développement de jeux qui non seulement autorisent, mais encouragent activement un recueil régulier de données en vue d'adapter le jeu aux souhaits des consommateurs. C'est ainsi que le recueil, le stockage et l'exploitation de données sont favorisés en permanence et de manière croissante.

Parallèlement, les données personnelles sont désormais protégées de façon systématique, y compris dans le monde du jeu vidéo. Si une réglementation existe en la matière aux États-Unis d'Amérique depuis de nombreuses années³⁷⁸, c'est actuellement l'Union européenne qui a sans doute la réglementation la plus exhaustive et la plus stricte à cet égard. Néanmoins, les États-Unis d'Amérique ont entrepris d'élaborer et de faire évoluer rapidement leurs règles en matière

de protection de la vie privée (voir plus loin). En résumé, les développeurs ont actuellement besoin de données pour créer la plupart, voire la totalité de leurs jeux, mais pour obtenir ces données de manière licite, ils doivent avoir une bonne compréhension générale de la législation pertinente.

Le système de l'Union européenne découle essentiellement de la directive sur la protection des données (DPD)³⁷⁹ adoptée dans les années 90, qui a été complétée par d'autres textes, notamment la directive vie privée et communications électroniques³⁸⁰. La directive DPD repose sur la notion de "données personnelles", c'est-à-dire, pour l'essentiel, des données qui permettent, individuellement ou en combinaison avec d'autres données, de déterminer l'identité d'une personne. Elle prévoit huit obligations fondamentales que toute personne privée ou morale chargée de recueillir et de contrôler des données à caractère personnel (le "responsable du traitement") doit respecter. Ces données doivent être traitées loyalement et licitement; collectées uniquement pour des finalités déterminées et légitimes; être adéquates, pertinentes et non excessives au regard des finalités pour lesquelles elles sont traitées; être exactes et, si nécessaire, mises à jour; être conservées pendant une durée n'excédant pas celle nécessaire à la réalisation des finalités pour lesquelles elles sont collectées; être traitées conformément aux droits des personnes concernées; être protégées par des mesures techniques ou organisationnelles adéquates contre tout traitement non autorisé ou illicite et contre toute perte, destruction ou dommage accidentels; et enfin, ne pas être transférées en dehors de la zone économique européenne, hormis dans des circonstances particulières. Le sens précis de ces obligations et la manière dont elles sont appliquées varient malheureusement d'un État membre à l'autre; c'est pourquoi cette directive est célèbre pour son incapacité à fournir un guide de comportement simple et applicable dans l'ensemble des 28 États membres. Pourtant, le respect des données personnelles reste un problème grave, comme Sony a pu s'en apercevoir par exemple après avoir constaté plusieurs failles de sécurité dans le réseau de la PlayStation, en raison desquelles de nombreuses données ont été volées sur le territoire de l'Union européenne³⁸¹.

Aux États-Unis d'Amérique, le système est moins normatif que dans l'Union européenne; il s'est étoffé au fil du temps mais son développement n'est pas homogène. La législation américaine sur la protection des données personnelles est partiellement reprise d'un texte fédéral, mais elle comporte aussi d'importants éléments provenant de la législation de chaque État, ainsi que des éléments de jurisprudence, et de manière croissante, des éléments issus de décisions et d'orientations de la Commission fédérale du commerce. En conséquence, on peut dire que si dans l'ensemble les États-Unis d'Amérique ont moins de lois en matière de protection des données personnelles que l'Union européenne, les textes dont ils disposent sont très éclectiques – ce qui rend la situation relativement complexe. Néanmoins, leur législation en matière de protection de la vie privée doit être prise



au sérieux: en 2011, par exemple, la Commission fédérale du commerce et la société de jeux Playdom sont parvenues à un règlement à l'amiable pour un montant de 3 millions de dollars É.-U. dans une affaire de violation de la Loi sur la protection de la vie privée des enfants en ligne³⁸² (loi qui a été étoffée depuis et impose désormais des contraintes encore plus strictes aux sociétés de jeux).

Le point de départ, aux États-Unis d'Amérique, consiste à déterminer si les données considérées constituent des "informations permettant de reconnaître la personne". En principe, le sens de cette expression est proche du sens de l'expression "données à caractère personnel" employée dans l'Union européenne, mais dans la pratique l'expression s'entend de catégories de données plus restreintes que les catégories visées par les réglementations de l'Union.

En dehors des États-Unis d'Amérique et de l'Union européenne, la situation est aussi diverse qu'on peut l'imaginer, depuis les pays n'ayant tout simplement aucun système réel de protection des données jusqu'à ceux qui disposent d'un système relativement bien établi. C'est pourquoi, à moins d'avoir des liens particuliers avec un pays donné (par exemple s'il a son siège dans ce pays ou si le pays constitue l'un de ses principaux marchés), le développeur devrait surtout s'efforcer de respecter, dans un premier temps, la législation des États-Unis d'Amérique et de l'Union européenne (en commençant généralement par les États-Unis d'Amérique, sauf si le développeur vise plus particulièrement le marché européen).

Compte tenu des profondes différences entre la législation en matière de données personnelles des États-Unis d'Amérique, de l'Union européenne et du reste du monde, et du fait que les besoins de données et leur exploitation dépendent de chaque secteur dans le monde du jeu, le respect des données personnelles est l'un des domaines dans lesquels il est particulièrement recommandé de prendre conseil auprès d'un juriste. Les spécialistes du domaine pourront aider le développeur à prendre des décisions en faisant un compromis entre le coût de la mise en conformité du jeu sur un plan pratique et le risque encouru en cas de non-conformité. Néanmoins, les quelques conseils proposés ci-après offriront au développeur un point de départ dans son travail de mise en conformité:

1. Ne recueillir que les données nécessaires.
2. Déterminer la meilleure manière de recueillir les données.
3. Ne conserver les données que pendant la durée nécessaire.
4. Réfléchir au lieu et à la méthode de stockage des données.
5. Prendre des précautions raisonnables pour protéger les données.

6. Mettre en place des mécanismes permettant de répondre aux demandes des utilisateurs concernant les données.
7. Obtenir un consentement avant de recueillir, de stocker et d'exploiter des données.
8. Si vous ne savez pas si des données particulières sont réglementées ou non, choisissez la prudence.
9. Regroupez toutes les mesures prises dans ce domaine dans une politique en matière de protection des données personnelles.
10. Soyez conscient du fait que vous devrez peut-être prendre des mesures supplémentaires dans des juridictions particulières (il pourrait être nécessaire par exemple d'appliquer une politique spéciale en matière de *cookies* (fichiers mouchards) dans l'Union européenne).

9.3 Protection du consommateur

Le consommateur dispose depuis longtemps de certains droits et recours à l'égard des produits qu'il achète ou utilise. En théorie, la plupart de ces droits et recours s'appliquent aux jeux vidéo de la même manière qu'aux films, aux livres ou à un nouvel appareil électroménager. Cependant, leur application pratique aux jeux manque de clarté, ne serait-ce qu'en raison de la constante évolution de ceux-ci. Pour compliquer la situation encore davantage, et comme dans le cas des lois en matière de protection des données personnelles, il n'y a pas de cohérence entre les différents systèmes juridiques de la planète; la législation protégeant le consommateur varie donc considérablement d'un pays à l'autre.

Aux États-Unis d'Amérique, la législation sur la protection du consommateur est faite à la fois de lois fédérales et étatiques, ainsi que de jurisprudence et d'orientations réglementaires. De même, dans l'Union européenne, la législation découle de lois nationales, mais elle comporte aussi des éléments créés à l'échelle de l'Union et des éléments issus de la jurisprudence et des orientations réglementaires.

La plupart, voire la totalité des pays disposent de leur propre système de protection du consommateur (bien que beaucoup de ces législations visent les biens et services physiques davantage que ceux du monde numérique). Là encore, le développeur de jeu moyen s'expose donc à des difficultés s'il veut se protéger dans un domaine où la pleine protection à l'échelle mondiale est de fait impossible, et où même une protection substantielle reste complexe à mettre en place. Il lui faudra combiner l'avis d'experts juridiques avec une stratégie ciblant en priorité le pays dans lequel il a son siège, puis les territoires sur lesquels ses activités et ses revenus sont les plus importants. Néanmoins, les quelques conseils essentiels ci-après peuvent lui être proposés:



1. Pensez en consommateur: comment, en tant que consommateur, réagiriez-vous à un élément, une évolution ou une fin particuliers du jeu? Cette démarche, effectuée dans un premier temps, peut contribuer à régler de nombreux problèmes avant qu'ils ne prennent une tournure juridique.
2. La plupart des pays imposent un minimum d'obligations au développeur vis-à-vis du consommateur. Ainsi, dans la plupart des pays de l'Union européenne, les produits et services fournis au consommateur doivent réellement être de "qualité satisfaisante": un logiciel doit par exemple fonctionner vraiment. (Ce critère peut provoquer – et l'a déjà fait – des controverses lorsqu'un jeu récemment lancé contient des bogues ou des erreurs, ou qu'il lui manque des éléments qui en faisaient partie auparavant.)
3. La majeure partie des plaintes déposées par des consommateurs peuvent être réglées directement avec eux, pour autant qu'on soit à l'écoute.
4. Toutefois, dans certains cas les consommateurs peuvent se regrouper pour intenter une action en justice à l'encontre du développeur (par exemple en menant une action collective aux États-Unis d'Amérique), ou l'organisme chargé de la protection du consommateur peut se joindre à une plainte contre le développeur, voire contre le secteur tout entier.

Pour gérer efficacement les questions de protection du consommateur, il est utile de prévoir un contrat de licence pour l'utilisateur final ou des conditions générales de vente définissant avec précision ce que l'utilisateur peut et ne peut pas faire avec le jeu, et définir les conséquences d'une utilisation non conforme au contrat. À noter que ces documents vont dans les deux sens: ils définissent ce que le consommateur mais également le développeur peuvent et ne peuvent pas faire. En outre, comme ces documents sont destinés au consommateur, ils doivent pouvoir être compris par celui-ci, ce qui nécessite de réduire autant que possible les technicalités et le jargon juridiques. Au demeurant, dans de nombreux pays, le développeur doit entièrement localiser le contrat pour qu'il soit valable. Si par exemple le développeur veut faire appliquer un contrat de licence pour l'utilisateur final en France ou en Chine, cela lui sera très difficile de faire valoir le document s'il n'est pas rédigé respectivement en français ou en chinois. Faire établir des documents juridiquement valables à un coût raisonnable peut donc être souvent beaucoup plus complexe qu'on ne pourrait l'imaginer en voyant la quantité de ces documents en circulation dans le monde du jeu vidéo.

1. Là encore, chaque pays peut avoir sa propre démarche vis-à-vis de tel ou tel problème concernant le consommateur. Dans l'Union européenne, par exemple, le consommateur a le droit de retourner un jeu physique non utilisé pendant un certain temps après l'achat. De plus, l'Union envisage d'autoriser le consommateur à vendre un jeu physique ou numérique qu'il aurait acheté.

En revanche, ces règles n'existent pas aux États-Unis d'Amérique, et certains estiment que ce pays s'éloigne de l'Union européenne à cet égard. De nombreux marchés du jeu qui se développent très vite actuellement, comme celui de la Chine ou du Brésil, ne disposent d'ailleurs pas de ce type de règles pour le moment.

9.4 Publicité et marketing

Le coût d'une campagne de marketing concernant un jeu donné représente généralement un très fort pourcentage du budget total de ce jeu (y compris désormais dans le secteur du jeu sur mobile, qui pendant un temps nécessitait des dépenses proportionnellement beaucoup plus faibles que dans les secteurs du jeu sur console ou sur PC). Sur le plan juridique, la publicité et le marketing d'un jeu doivent être conformes à la réglementation locale. Là encore, la situation dépend du pays et il convient de se concentrer d'abord sur le pays où se trouve le siège du développeur, puis sur les territoires représentant les activités et les recettes les plus importantes. Cependant, il faut se souvenir que la législation locale concernant le marketing d'un jeu, ainsi que le contenu du jeu lui-mêmes, découle autant de la culture que du droit; elle varie donc encore davantage d'un pays à l'autre. Ainsi, l'Allemagne est connue pour ses exigences strictes en matière de contenu et de marketing des jeux, et certains pays d'Asie du Sud-Est et du Moyen-Orient ont une législation très exigeante, découlant souvent de règles de morale, sur ce qui peut faire l'objet d'une publicité de manière générale (y compris dans le monde des jeux).

Il convient de souligner la particularité de la législation sur les enfants. Le marketing de produits destinés à des enfants, depuis les produits alimentaires jusqu'aux jouets, est particulièrement surveillé, et ces restrictions juridiques touchent aussi les jeux. Il existe par exemple dans le monde entier un large consensus juridique et réglementaire sur le fait que les enfants âgés de moins de 13 ans ne devraient faire l'objet d'aucune campagne de marketing (sauf éventuellement avec l'accord de leurs parents). Le marketing de jeux destinés aux enfants est un domaine en pleine évolution sur le plan juridique et fait encore l'objet de nombreuses recherches. Ainsi, au cours de la rédaction du présent ouvrage, deux autorités distinctes au sein de l'Union européenne (le Bureau du commerce équitable au Royaume-Uni et le Tribunal fédéral en Allemagne) ont mené des enquêtes sur le marketing de jeux gratuits destinés aux enfants³⁸³. De même, aux États-Unis d'Amérique, la Commission fédérale du commerce continue de suivre attentivement le marketing et l'emploi de produits numériques visant les enfants³⁸⁴.

La règle fondamentale qui sous-tend ces obligations veut que le marketing d'un jeu soit sincère et puisse être étayé par des faits, qu'il n'induise pas le consommateur en erreur et qu'il vise le public adéquat. Tout manquement à ces principes peut conduire



les consommateurs comme les autorités judiciaires locales chargées du marketing à intenter une action en justice à l'encontre des développeurs de jeux.

9.5 Autres réglementations

La réglementation du secteur du jeu se poursuit dans de nombreux autres domaines qui se situent au-delà de la portée du présent ouvrage. Ainsi, les lois visant le secteur des paris ont une incidence croissante sur le secteur des jeux (notamment en raison de la convergence qui apparaît ici et là entre les deux secteurs). Cependant, il existe de profondes différences entre les États-Unis d'Amérique, les pays de l'Union européenne et le reste du monde en matière de légalité des jeux de hasard (ceux-ci constituant une infraction pénale dans de nombreux pays). Les produits physiques (que ce soient des jeux ou des marchandises) sont soumis à une législation établissant certaines responsabilités. Des actions en justice sont parfois intentées au titre de la législation antimonopole (également appelée législation sur la concurrence en dehors des États-Unis d'Amérique) à l'encontre des plus grands acteurs du secteur du jeu. Les jeux tendant à s'exporter de plus en plus, il peut-être nécessaire d'intégrer des règles relatives au sport dans certaines parties de certains jeux. D'autre part, les interactions entre les jeux et certaines plateformes de diffusion comme YouTube peuvent, au fil du temps, amener le régulateur des radiodiffusions à intervenir dans le monde du jeu. Enfin, à mesure que l'informatique en nuage devient un moyen de production et de distribution des jeux de plus en plus courant, certains problèmes apparaissent et cette technologie devrait faire l'objet d'une réglementation croissante au fil du temps. Fondamentalement, toutes ces évolutions interviennent en raison du succès du secteur du jeu et de la place croissante qu'il occupe, ainsi que de sa convergence avec d'autres médias numériques favorisant la créativité.

Nous ne savons pas encore jusqu'à quel point le secteur du jeu vidéo sera réglementé dans les années à venir, mais la tendance à une réglementation croissante est claire. Tout ce que nous pouvons dire, c'est que le moment approche (s'il n'est pas déjà là) où les développeurs et les éditeurs de jeux devront être très prudents dans leurs projets commerciaux et devront de plus en plus souvent rechercher de l'aide sur le plan juridique, à mesure que le secteur va gagner en complexité.

Encadré 6 : Comment le système juridique de l'Union européenne fonctionne-t-il?

L'Union européenne est une association économique et politique de 28 pays européens souverains. Chaque pays (appelé "État membre") dispose de son propre système juridique et crée ses lois. Parallèlement, l'Union européenne elle-même adopte ses propres lois. Dans certains cas, celles-ci sont automatiquement intégrées dans le système juridique de chaque État membre, mais la plupart du temps la législation de l'Union énonce des principes que chaque État membre est chargé de mettre en œuvre à sa manière. Dès lors, bien qu'il existe un certain degré de similitude entre les 28 États membres dans de nombreux domaines juridiques, on observe très souvent des différences considérables entre les législations nationales (différences qui sont parfois clarifiées mais parfois aussi exacerbées par l'État membre et les systèmes judiciaires de l'Union). Il est donc souvent difficile de définir la position de l'Union européenne sur un sujet juridique particulier.

9.6 Systèmes d'évaluation

9.6.1 Classement par tranche d'âge et descripteurs de contenu

Dans tous les grands marchés du jeu vidéo, un développeur ou un éditeur ("le soumissionnaire")³⁸⁵ doit en général obtenir un classement par tranche d'âge de son jeu avant que celui-ci ne soit publié, que le jeu soit vendu en magasin ou téléchargeable en ligne sur PC ou appareil mobile. Comme ce processus d'évaluation peut faire intervenir plusieurs parties différentes, surtout si le jeu est publié dans le monde entier, la procédure peut-être difficile à accomplir pour un novice. Cependant, il est essentiel de définir correctement la tranche d'âge à laquelle le jeu s'adresse, non seulement parce que c'est obligatoire dans de nombreux pays, mais aussi pour s'assurer que les enfants soient protégés et que les consommateurs ne soient pas induits en erreur (ces deux facteurs pouvant causer un tort considérable à la réputation de l'entreprise à l'origine du jeu). Dans la présente section, nous examinerons brièvement et en termes généraux les différentes questions liées à l'obtention d'un classement par tranche d'âge pour un jeu donné.

Le classement indique à quels groupes d'âge³⁸⁶ le jeu convient et, suivant les différents comités chargés de cette évaluation, peut aussi comporter des conseils à l'intention des consommateurs (généralement les parents) lorsque le jeu ne convient pas à des personnes en dessous d'un certain âge³⁸⁷. De plus, l'évaluation du jeu s'accompagne généralement d'un descripteur de contenu indiquant les raisons pour lesquelles un jeu a reçu un classement particulier. Le descripteur peut ainsi indiquer que le jeu contient des scènes très violentes, ce qui explique son classement.

Dans les pays européens ayant par exemple adopté le système d'évaluation PEGI (actuellement utilisé par 30 pays)³⁸⁸, il existe cinq tranches d'âge qui sont décrites dans le tableau 9 ci-dessous.

Selon le système PEGI, un jeu classé PEGI 7 ne convient pas aux enfants âgés de moins de 7 ans, et un jeu classé PEGI 18 est réservé aux adultes de 18 ans et plus.



Tableau 9 : Classement selon le système PEGI (*Pan European Game Information ou informations sur les jeux à l'échelle paneuropéenne*)

 www.pegi.info PEGI 3	Avec cette classification, le contenu du jeu est considéré comme adapté à toutes les classes d'âge. Une certaine violence dans un contexte comique (par exemple les formes de violence présentes dans les dessins animés de type cartoon comme Bugs Bunny ou Tom & Jerry) est acceptable. L'enfant ne doit pas pouvoir associer le personnage à l'écran avec des personnages réels, ils doivent être totalement imaginaires. Le jeu ne doit pas comporter de sons ou d'images susceptibles d'effrayer ou de faire peur à de jeunes enfants. Le jeu ne doit faire entendre aucun langage grossier.
 www.pegi.info PEGI 7	Tout jeu qui obtiendrait normalement une classification 3 mais qui contient certaines scènes ou sons potentiellement effrayants peut-être considéré comme convenant à cette classe.
 www.pegi.info PEGI 12	Les jeux vidéo montrant de la violence sous une forme plus graphique par rapport à des personnages imaginaires et/ou une violence non graphique envers des personnages à figure humaine ou représentant des animaux identifiables, ainsi que des jeux vidéo montrant des scènes de nudité d'une nature légèrement plus graphique tomberaient dans cette classe d'âge. Toute grossièreté doit rester légère et ne pas inclure d'insultes à caractère sexuel.
 www.pegi.info PEGI 16	Cette classification s'applique lorsque la représentation de la violence (ou d'un contact sexuel) atteint un niveau semblable à celui que l'on retrouverait dans la réalité. Les jeunes gens de cette classe d'âge doivent également être en mesure de gérer un langage grossier plus extrême, le concept de l'utilisation de tabac et de drogues, et la représentation d'activités criminelles.
 www.pegi.info PEGI 18	La classification destinée aux adultes s'applique lorsque le degré de violence atteint un niveau où il rejoint une représentation de violence crue et/ou inclut des éléments de violence de type spécifique. La violence crue est la plus difficile à définir car, dans de nombreux cas, elle peut-être très subjective, mais de manière générale elle peut regrouper les représentations de violence qui donnent au spectateur un sentiment de dégoût ³⁸⁹ .

© PEGI S.A. Tous droits réservés

En outre, l'évaluation s'accompagne généralement d'un descripteur de contenu, et éventuellement d'icônes³⁹⁰. Les descripteurs du système PEGI, qui sont indiqués dans le tableau 10 ci-après, couvrent les domaines suivants: i) langage grossier; ii) discrimination; iii) drogue; iv) peur; v) jeux de hasard; vi) sexe; et vii) violence: ce jeu contient des scènes violentes³⁹¹.

Tableau 10 : Descripteurs de contenu du système PEGI

	LANGAGE GROSSIER – Ce jeu contient des expressions grossières.
---	---

	DISCRIMINATION – Ce jeu contient des images ou des éléments susceptibles d'inciter à la discrimination.
	DROGUE – Ce jeu illustre ou se réfère à la consommation de drogues.
	PEUR – Ce jeu risque de faire peur aux jeunes enfants.
	JEUX DE HASARD – Ce jeu incite à jouer aux jeux de hasard ou enseigne leurs règles.
	SEX – Ce jeu montre des scènes de nudité et/ou des comportements ou des allusions de nature sexuelle.
	VIOLENCE – Ce jeu contient des scènes violentes.
	EN LIGNE – Possibilité de jouer à ce jeu en ligne.

© PEGI S.A. Tous droits réservés

Aux États-Unis d'Amérique et au Canada, le comité d'évaluation appelé ESRB (*Entertainment Software Rating Board* ou Conseil d'évaluation de logiciels de divertissement) fournit deux types d'informations: i) des symboles suggérant l'âge adéquat de l'utilisateur final; et ii) des descripteurs de contenu. L'ESRB a défini six catégories, qui sont décrites dans le tableau 11 ci-dessous.

Tableau 11 : Catégories de classement et descripteurs de contenu du Conseil d'évaluation de logiciels de divertissement (ESRB)

	JEUNES ENFANTS Le contenu est destiné aux jeunes enfants.
--	---



	ENFANTS ET ADULTES Le contenu convient de manière générale à tous les âges. Peut comporter quelques éléments de violence animée, fictive ou légère ou l'usage occasionnel d'un langage grossier.
	ENFANTS ET ADULTES 10+ Le contenu convient de manière générale aux enfants de 10 ans et plus. Peut comporter un plus haut degré de violence animée, fictive ou légère, de langage grossier ou quelques scènes suggestives.
	ADOLESCENTS Le contenu convient de manière générale aux enfants de 13 ans et plus. Peut comporter des éléments de violence, des thèmes suggestifs, un humour grossier, quelques représentations de sang, des jeux de hasard simulés ou un langage parfois ordurier.
	JEUNES ADULTES Le contenu convient généralement aux personnes de 17 ans et plus. Peut comporter un haut degré de violence, des représentations de sang et de carnage, des scènes sexuelles ou un langage ordurier.
	ADULTES SEULEMENT Le contenu convient uniquement aux adultes de 18 ans et plus. Peut comporter des scènes prolongées de violence intense, des contenus graphiques à caractère sexuel ou des jeux d'argent ³⁹² .

Les icônes et les autres marques des cotes de l'ESRB sont des marques de produit ou des marques de produit déposées de l'*Entertainment Software Association*.

Le système ESRB comporte plus de 30 descripteurs correspondant à différents niveaux de violence, de sexe, de nudité, de jeux de hasard et d'usage de drogues, d'alcool et de tabac. Un jeu peut ainsi comporter des descripteurs de violence allant de la violence de dessin animé à une violence intense³⁹³.

Dans la plupart des cas, suivant la plateforme, l'évaluation est rendue obligatoire par un organisme public, par le constructeur de la console³⁹⁴ ou par la plateforme de distribution³⁹⁵. Certains systèmes d'évaluation sont supervisés par un organisme public d'évaluation et d'autres par des associations d'autorégulation intervenant à titre volontaire³⁹⁶, ou encore par des plateformes de distribution; chacun d'eux évalue le jeu selon des critères légèrement différents³⁹⁷.

L'une des difficultés tient au fait que le soumissionnaire³⁹⁸ doit traiter avec différents comités d'évaluation, qui ont chacun leurs propres procédures et critères. Plus précisément, les éléments propres à chacun de ces comités peuvent être les

suivants: i) les normes de classement; ii) les politiques de soumission des jeux, et notamment les éléments particuliers à soumettre pour chaque plateforme; iii) les classifications et les descripteurs de contenu; iv) les délais d'examen; v) les procédures permettant de contester un classement; et vi) les frais de soumission.

9.6.2 Facteurs intervenant dans le classement d'un jeu

Pour déterminer le classement d'un jeu, la plupart des comités d'évaluation prennent surtout en compte les éléments susceptibles de choquer, et en particulier: i) la violence, ii) le langage, iii) le sexe et la nudité, iv) la consommation de drogue, v) le sujet du jeu, vi) des actes criminels, notamment des crimes de haine, et vii) des contenus jugés inappropriés d'un point de vue culturel ou autre. Beaucoup de comités d'évaluation prennent aussi en compte la présence de jeux de hasard, d'éventuelles discriminations, et le fait que le joueur soit récompensé s'il a commis certains actes de violence, consommé de la drogue ou pratiqué des actes sexuels³⁹⁹.

Bien que les comités d'évaluation indiquent les critères employés pour déterminer un classement, les limites entre les catégories peuvent être perçues différemment selon le comité. Il peut donc être difficile pour le soumissionnaire de déterminer ce qui est acceptable dans une tranche d'âge donnée, voire dans un jeu. Ainsi, le Comité d'évaluation de la République de Corée (GRB) peut prendre en compte le fait que le jeu comporte des messages antisociaux ou antigouvernementaux⁴⁰⁰. De même, l'Association pour l'évaluation des logiciels ludiques de la République islamique d'Iran, qui est chargée de classer les jeux, vérifie notamment si le jeu comporte une "violation des valeurs religieuses" ou une "violation des normes sociales"⁴⁰¹. Par ailleurs, certains pays peuvent traiter différemment un critère donné, par exemple celui de la violence: des scènes de violence qui peuvent être jugées acceptables dans un pays peuvent être refusées ailleurs⁴⁰².

9.6.3 Soumission et examen

Si les soumissions de jeux individuels varient selon le pays ou la région, le soumissionnaire doit généralement présenter: i) une demande complète accompagnée d'une description du jeu et des scènes les plus susceptibles de choquer le public, par exemple celles qui contiennent de la violence ou du sexe; ii) un DVD contenant un aperçu du jeu et de ses contenus pertinents, notamment le déroulement du jeu, les scènes cinématiques, les contenus cachés et les situations les plus extrêmes dans lesquelles les contenus précités apparaissent dans le jeu; iii) le paiement des frais de soumission requis; et iv) un contrat signé portant acceptation des conditions du comité d'évaluation. De plus, certains comités exigent aussi que leur soit soumise une version bêta ou quasi finale du jeu pour examen. Une fois ces éléments reçus, le comité les examine, attribue un classement au jeu et établit des descripteurs de contenu.



Pour les jeux qui ne sont accessibles que par téléchargement, par exemple depuis une plateforme numérique ou destinée à des mobiles, certains comités d'évaluation comme l'ESRB fournissent immédiatement le classement et les descripteurs de contenu en se fondant sur des réponses à un questionnaire (appelé "formulaire court")⁴⁰³, aucun membre du comité n'examinant le jeu dans un premier temps. Certains jeux sont cependant examinés par la suite pour confirmer l'exactitude de leur classement et vérifier que les informations fournies par le soumissionnaire dans le questionnaire sont vraies⁴⁰⁴. Le PEGI, quant à lui, examine les jeux en ligne ou numériques de la même manière que les jeux vendus en magasin.

Si les informations communiquées à propos d'un jeu vendu en magasin ou en ligne ne sont pas exactes ou complètes, le soumissionnaire s'expose à de graves conséquences, en particulier i) des amendes, ii) le retrait de son jeu de la vente, iii) l'annulation d'un classement, ou iv) l'obligation de modifier l'étiquette apposée sur le jeu pour indiquer le nouveau classement⁴⁰⁵. Il est donc essentiel que le soumissionnaire comprenne bien et respecte les procédures et réglementations imposées par les différents comités d'évaluation.

Lorsqu'un classement est attribué à un jeu, le soumissionnaire peut généralement: i) accepter le classement; ou ii) modifier le jeu ou supprimer les scènes susceptibles de choquer pour obtenir un classement moins restrictif; ou encore iii) faire appel du classement. Il est important que le soumissionnaire prenne bien le temps non seulement d'appliquer la procédure de soumission, mais aussi d'apporter toute modification nécessaire dans un pays ou une région donnés pour obtenir le classement souhaité.

Le soumissionnaire doit avoir bien compris les différentes règles et réglementations avant même de concevoir le jeu afin d'avoir une idée générale du classement qu'il souhaite obtenir et des scènes susceptibles de poser problème. Il doit aussi déterminer si une scène particulière peut contenir des éléments choquants, par exemple si un personnage est blessé par balle ou emploie un langage vulgaire, et décider de conserver ou non la scène, au risque de ne pas obtenir le classement visé, sachant qu'un classement plus restrictif risque de retarder la publication du jeu ou de réduire son public potentiel.

Une fois que le jeu a obtenu un classement, le soumissionnaire doit s'assurer que celui-ci est affiché avec tout descripteur pertinent à l'endroit adéquat sur le jeu, son emballage et ses documents de marketing, le cas échéant, conformément aux directives du comité d'évaluation. De plus, il lui faudra peut-être se conformer à des règles limitant les emplacements publicitaires et les contenus qu'il est possible de montrer pour certaines catégories de jeu⁴⁰⁶. Selon les circonstances, le soumissionnaire peut donc avoir d'excellentes raisons de rechercher un classement particulier, notamment si le fait d'avoir un classement plus restrictif risque de

l'empêcher d'atteindre un public plus large (quoique les créateurs de jeux ne déplient pas encore autant d'efforts que les réalisateurs de films pour atteindre un public le plus large possible).

Pour les contenus supplémentaires téléchargeables, il n'est généralement pas nécessaire de procéder à un autre examen, dès lors que ces contenus sont cohérents avec le classement et les descripteurs de contenu du reste du jeu. Si tel est le cas, le classement attribué au jeu est aussi valable pour ces contenus supplémentaires. L'ESRB comme le PEGI exigent que ces contenus leur soient soumis uniquement s'ils vont au-delà des contenus du jeu existant⁴⁰⁷. Les contenus supplémentaires peuvent par exemple comporter des scènes de violence plus intenses que le jeu; ils reçoivent alors un classement différent de celui du jeu initial.

9.6.4 Évaluation des jeux en ligne

Jusqu'à présent, les organismes d'évaluation s'étaient surtout concentrés sur le classement des jeux joués localement sur PC ou sur console (en partie du fait que ces jeux ont longtemps représenté la majeure partie du marché). Toutefois, comme nous l'avons indiqué plus haut, le jeu en ligne s'est considérablement répandu ces dernières années, et permet souvent aux joueurs d'interagir entre eux par le biais de la fonctionnalité multijoueur.

D'une manière générale, il est devenu assez courant que des jeux originaux "classiques" sur PC et console, comme les jeux en ligne massivement multijoueurs (tels que *World of Warcraft* de la société Activision-Blizzard) soient classés par des comités comme l'ESRB, le PEGI et d'autres. Cette situation est relativement logique en un sens car ces jeux sont très semblables aux jeux traditionnels que ces comités ont pour tâche de classer. Cependant, la méthode employée est souvent un peu différente: si un examinateur peut jouer seul à un jeu traditionnel comme *Super Mario*, au besoin plusieurs fois et dans le même ordre pour pouvoir en explorer le contenu, un jeu purement en ligne comme *World of Tanks* de la société Wargaming nécessite la présence de plusieurs personnes jouant simultanément. Dès lors, le contenu audiovisuel affiché au cours d'une session peut varier considérablement.

Il existe aussi une catégorie différente de jeux en ligne: il s'agit des jeux joués dans un navigateur. Ces jeux, comme *Farmville* de la société Zynga, ne font généralement pas l'objet d'un classement de la part des comités d'évaluation. Généralement, s'ils sont hébergés par la plateforme d'une tierce partie (la version sur navigateur de *Farmville* est hébergée par Facebook), le classement de ces jeux est assuré par cette tierce partie selon ses propres règles. Dans les autres cas, ces jeux ne font pour le moment l'objet d'aucune réglementation en dehors de celle que l'auteur du jeu peut s'être imposée à lui-mêmes. Il n'en reste pas moins que le développeur ou l'éditeur publiant un jeu sur navigateur ou tout autre type de jeu en ligne doit accorder une certaine



importance aux critères d'âge afin de protéger les enfants et d'expliquer le contenu du jeu au consommateur.

9.6.5 Évaluation des jeux destinés à des appareils mobiles

Les jeux destinés à des mobiles sont évalués différemment des jeux sur console ou sur PC, car ils sont avant tout soumis aux prescriptions d'âge définies par les propriétaires de la plateforme. Ainsi, les plateformes d'Apple, de Google, de Barnes & Nobles et de Samsung ont chacune leur système de classement, qui sont tous différents mais fonctionnent tous par tranche d'âge. En général, le classement est fixé immédiatement, dès lors que le soumissionnaire a respecté les directives de la plateforme en matière de contenus.

Les jeux disponibles sur l'App Store d'Apple sont classés en quatre catégories:

- 4+ Les applications de cette catégorie ne contiennent aucun élément litigieux.

9+ Les applications de cette catégorie peuvent contenir des scènes peu choquantes ou rares de violence dessinées, imaginaires ou réalistes, et des scènes peu choquantes ou rares destinées à des adultes, ou suggestives, ou contenant de l'horreur qui pourraient ne pas convenir à un enfant de moins de 9 ans.

12+ Les applications de cette catégorie peuvent aussi contenir des dialogues légèrement vulgaires, des scènes fréquentes ou intenses de violence dessinées, imaginaires ou réalistes, et des scènes peu choquantes ou rares destinées à des adultes, ou suggestives, ainsi que des simulations de jeux de hasard qui pourraient ne pas convenir à un enfant de moins de 12 ans.

17+ Le consommateur final doit être âgé de plus de 17 ans pour pouvoir acheter l'application. Les applications de cette catégorie peuvent contenir des dialogues vulgaires fréquents et intenses, des scènes fréquentes et intenses de violence dessinées, imaginaires ou réalistes, et des scènes fréquentes et intenses destinées à des adultes, ou suggestives, ou contenant de l'horreur, ainsi que des contenus à caractère sexuel, de la nudité et des scènes incitant à consommer de l'alcool, du tabac ou de la drogue qui pourraient ne pas convenir à un enfant de moins de 17 ans⁴⁰⁸.

Le système d'évaluation de la plateforme Google Play comporte aussi quatre catégories:

Tout le monde

Jeunes

Maturité moyenne

Maturité élevée

Tous les contenus faisant partie de l'application, notamment le déroulement du jeu, les produits à acheter en cours de jeu ou les publicités doivent être pris en compte dans le choix du classement. Le niveau de chaque contenu particulier détermine la cote à attribuer. Ainsi, des applications contenant des scènes de violence peu choquantes qui sont dessinées ou imaginaires doivent être classées dans la catégorie

des jeunes ou une catégorie supérieure. En revanche, les applications contenant des scènes de violence imaginaires qui sont réalistes ou intenses doivent être classées en maturité moyenne ou élevée, et les applications contenant de la violence crue doivent être réservées aux personnes à maturité élevée. Google Play n'autorise pas les applications contenant de la violence réelle et gratuite. Par ailleurs, en dehors du jeu lui-mêmes, d'autres facteurs peuvent intervenir dans le classement. Ainsi, une application qui indique publiquement l'emplacement géographique de l'utilisateur ou le communique à d'autres personnes doit être classée en maturité moyenne ou élevée. Le soumissionnaire peut modifier son propre classement, mais si Google estime que ce classement n'est pas justifié, il peut le modifier en fonction de ses propres directives. Le soumissionnaire ayant attribué un classement jugé inadéquat peut faire l'objet de mesures disciplinaires pouvant aller jusqu'à la fermeture de son compte⁴⁰⁹.

Dans la pratique, toute cette procédure peut représenter une contrainte pour le développeur ou l'éditeur, car celui-ci doit vraiment s'efforcer de se conformer à différents types de classement par tranche d'âge pour une même application s'il veut pouvoir la distribuer sur plusieurs plateformes. Des tentatives ont été faites pour harmoniser le processus de classement des jeux sur mobile⁴¹⁰, mais en réalité peu de progrès ont été accomplis à ce jour, notamment du fait que les principaux développeurs de systèmes d'exploitation pour les téléphones intelligents (Apple et Google) ont tenu à conserver leur propre système. Pour compliquer encore plus les choses, dans certains pays, les jeux ou applications destinés aux téléphones mobiles doivent avoir aussi fait l'objet d'un classement par le comité d'évaluation du pays. Le classement effectué par une plateforme, comme Google Play ou l'App Store, ne suffit donc pas.

L'évaluation est devenue une étape importante dans le développement et la publication des jeux, mais il peut-être difficile de déterminer ce que le soumissionnaire doit faire pour se conformer aux différentes règles et réglementations. Il est donc essentiel que le soumissionnaire d'un jeu comprenne bien à quel moment les jeux doivent être évalués, comment ils sont classés et quels facteurs sont pris en compte dans le processus appliqué dans chaque pays ou région ainsi que pour chaque appareil, afin de réduire les coûts et les éventuels retards de publication du jeu.



CHAPITRE 10

L'ACCORD DE CONFIDENTIALITÉ

L'accord de non-divulgation et le mémorandum d'affaires

10.1 But de l'accord de confidentialité

L'accord de confidentialité, également appelé accord de non-divulgation, est généralement le premier accord que le développeur devra conclure s'il souhaite établir une relation d'affaires avec une tierce partie, que celle-ci soit i) un éditeur disposé à distribuer ou financer le jeu du développeur, ii) un donneur de licence propriétaire d'un élément ou d'un logiciel que le développeur souhaite intégrer dans le jeu, ou iii) le constructeur d'une nouvelle console ou d'un nouvel appareil mobile souhaitant distribuer le jeu en cours de développement. Dans ce cas, une partie va fournir à l'autre, ou les deux parties vont échanger des informations qui ne sont pas connues du public et dont elles souhaitent préserver la confidentialité, car ces informations peuvent conférer un avantage compétitif à la partie divulgateuse. Celle-ci communique donc des informations confidentielles à la partie réceptrice à la condition que ces informations demeurent confidentielles, sauf dans des circonstances précises et limitées.

Les points à négocier dans l'accord de non-divulgation dépendent de la partie qui révèle les informations confidentielles. Dans la plupart des collaborations entre développeur et éditeur, c'est le développeur qui peut fournir les informations les plus sensibles, par exemple sur la conception du jeu. Cependant, l'éditeur peut lui aussi communiquer des informations qu'il ne veut pas révéler au public, en particulier des informations sur son entreprise, sur ses prévisions de ventes et sur ses projets de marketing.

Pour que l'éditeur puisse déterminer s'il est intéressant pour lui de publier le jeu du développeur, il doit obtenir des informations sur le jeu, en particulier le type de jeu dont le développeur souhaite parler avec lui, ainsi que l'histoire et le déroulement du jeu, le calendrier prévisionnel de sa publication et son budget. Le développeur, pour sa part, veut obtenir certaines informations sur l'éditeur pour vérifier la solidité financière de celui-ci et se renseigner sur son expérience passée en matière de publication. Il peut par exemple vouloir obtenir certaines informations financières sur l'éditeur; or ces informations ne sont peut-être pas publiques si la société d'édition n'est pas cotée en Bourse. Si les parties négocient un accord aux termes duquel l'éditeur va financer le jeu, le développeur doit obtenir des garanties sur le fait que l'éditeur dispose des ressources financières requises pour financer, distribuer, exploiter et vendre le jeu.

En cas d'octroi de licence, le donneur de licence (c'est-à-dire le titulaire de la propriété intellectuelle faisant l'objet de la licence) souhaite généralement se renseigner sur le preneur de licence (la partie voulant exploiter le produit sous licence, par exemple un jeu vidéo) pour s'assurer que celui-ci dispose des ressources et des compétences requises pour distribuer le produit couvert par la licence.

Par ailleurs, le constructeur de consoles et l'éditeur doivent aussi conclure un accord de confidentialité lors du lancement de nouvelles plateformes ou de nouveaux appareils. En effet, compte tenu du temps nécessaire pour développer un jeu, l'éditeur souhaitera commencer le développement aussi rapidement que possible afin que le jeu puisse être commercialisé au moment où la console apparaît sur le marché, ou juste après. Le constructeur de console ou de mobile doit donc partager des informations sur son appareil, et notamment sur sa conception, avant le lancement de celui-ci pour permettre à l'éditeur de développer le jeu. Parallèlement, l'éditeur doit partager avec le constructeur des informations non publiques sur le jeu, en particulier sur sa conception et sa date de lancement prévue. Généralement, lorsque le constructeur communique des informations sur une nouvelle plateforme ou un nouvel appareil, l'accord de non-divulgation lui est très favorable car il est essentiel, pour lui, qu'aucun des éléments de la console ou de l'appareil ne soit révélé avant toute annonce publique à ce sujet.

Les accords de non-divulgation sont en général temporaires car ils sont remplacés par la suite par des clauses de confidentialité dans l'accord conclu ultérieurement entre les parties. Certains accords de non-divulgation sont mentionnés et intégrés dans l'accord final.

10.2 Points délicats d'un accord de confidentialité

Les points délicats d'un accord de confidentialité, au-delà du nom des parties, sont notamment la définition des éléments jugés confidentiels pour les besoins de l'accord, l'usage pouvant être fait des informations confidentielles, la définition des éléments jugés non confidentiels, la prudence exigée dans le traitement des informations confidentielles, les circonstances dans lesquelles il peut-être nécessaire de divulguer des informations confidentielles, les conséquences d'une divulgation non autorisée des informations confidentielles, et la reconnaissance du fait que les négociations menées entre les parties ne signifient pas que celles-ci aient conclu d'autre accord que l'accord de confidentialité.

Le point qui est peut-être le plus litigieux dans un accord de confidentialité entre un éditeur et un développeur, ou entre un constructeur de console et un développeur, tient au fait que l'éditeur peut demander au développeur de lui reconnaître le droit de recevoir d'autres soumissions de jeux et de travailler à des projets qui peuvent sembler analogues au jeu révélé par le développeur. Comme l'éditeur peut



travailler sur plusieurs jeux et échanger avec de tierces parties des informations sur ceux-ci, il doit s'assurer que le développeur lui ayant communiqué des informations confidentielles ne va pas le poursuivre pour détournement de concept si les deux parties décident de ne pas faire affaire, et que par la suite un jeu paru sur le marché comporte des éléments ressemblant, selon le développeur, au jeu initialement proposé. L'accord peut donc contenir une clause en vertu de laquelle le développeur reconnaît que l'éditeur reçoit de nombreuses soumissions de concepts analogues de la part de différentes parties, qu'il peut travailler sur un autre projet semblable, et qu'il n'aura aucun compte à rendre s'il publie un jeu analogue.

Ce point est très délicat du fait que le développeur doit trouver des parties disposées à distribuer ou financer son jeu tout en reconnaissant que l'éditeur peut publier un jeu comportant des éléments analogues au sien. Dès lors, s'il accepte cette clause (et la plupart du temps il est obligé de le faire), il doit demander à l'éditeur de prouver que les éléments ou conceptions analogues ont été créés de manière indépendante pour un autre jeu avant que le développeur et l'éditeur n'aient conclu d'accord de confidentialité.

L'accord comporte aussi un autre point litigieux: la partie recevant les informations confidentielles doit demander à la partie divulgateuse de reconnaître que certaines personnes recevant ces informations peuvent les conserver du simple fait qu'elles leur restent en mémoire (le "reliquat de la négociation")⁴¹¹. Si la partie ayant reçu les informations protégées par l'accord de non-divulgation s'engage à ne pas les utiliser, il reste toujours possible que quelqu'un utilise le reliquat de la négociation dans un projet différent. Il est souvent difficile de déterminer quelles sont les informations qui relèvent de cette exception accordée au titre du reliquat. Le développeur devrait éviter cette clause car elle présente un risque pour lui; toutefois, suivant la position de négociation des parties, il peut lui être difficile de la faire retirer de l'accord de non-divulgation.

10.3 Principales dispositions de l'accord de confidentialité

10.3.1 Préambule

La première partie comporte généralement un préambule dans lequel les parties à l'accord sont présentées. Elle devrait aussi indiquer l'adresse du siège de la société et la date à laquelle l'accord a été signé par les deux parties. En général, ces informations sont fournies par la seconde partie signant l'accord. Il est aussi conseillé d'indiquer, le cas échéant, l'État dans lequel la société a été constituée ou le lieu de création de l'entité commerciale. Ces informations seront utiles en cas de différend entre les parties à l'accord.

Outre le préambule, certaines parties ajoutent aussi des informations sur l'accord lui-mêmes et sur les raisons ayant conduit les parties à le conclure. Une clause peut ainsi indiquer que les parties pourraient être amenées à établir une relation d'affaires et ont par conséquent décidé de conclure un accord de confidentialité en vertu duquel une partie va fournir à l'autre, ou les deux parties vont échanger des informations confidentielles. Le préambule comportera aussi probablement une description des activités de chaque partie. Dans le cas d'un accord entre un éditeur et un développeur, il peut-être indiqué que l'éditeur a pour activité la publication, la distribution, le marketing et la vente de jeux vidéo, et que le développeur a développé ou a entrepris de développer un jeu.

Le préambule peut-être utile car il aide à déterminer l'intention des parties lorsqu'elles négocient l'accord de confidentialité. Néanmoins, les tribunaux des États-Unis d'Amérique ont des avis divergents sur le fait de savoir si les informations du préambule indiquant les raisons pour lesquelles les parties concluent un accord peuvent être d'une aide quelconque pour déterminer l'intention des parties. Quoi qu'il en soit, chaque partie devrait au moins s'assurer que le préambule est formulé de manière précise pour éviter tout problème si un différend survient ultérieurement.

10.3.2 Quelles informations sont-elles confidentielles? Exclusions et autorisation d'usage des informations confidentielles

Les informations que les parties jugent confidentielles font l'objet d'une autre clause à négocier, et dépendent du type d'accord conclu entre les parties. Il s'agit le plus souvent des informations fournies par la partie divulgateuse, que les informations soient communiquées oralement ou par écrit, et qui sont qualifiées de confidentielles, ou dont la partie réceptrice devrait connaître la nature confidentielle compte tenu des circonstances. Dans un accord de non-divulgation entre un développeur et un éditeur, la teneur de l'accord de confidentialité et des négociations menées entre les parties, ainsi que la conception, l'histoire, le budget, la programmation et les informations techniques du jeu sont considérés comme confidentiels. L'éditeur voudra en outre qualifier de confidentielles les informations sur le marketing et les ventes potentielles, les prévisions commerciales et les informations sur l'activité de l'entreprise, informations que le développeur aura demandées pour s'assurer de la viabilité financière de l'éditeur. De plus, le développeur devrait considérer que toute information créée à partie des informations confidentielles communiquées à la partie réceptrice est également confidentielle et appartient à la partie divulgateuse. Il peut s'agir par exemple d'éléments de conception d'un jeu proposé par l'éditeur à partir d'informations confidentielles fournies par le développeur.

Certaines informations jugées confidentielles peuvent néanmoins être divulguées si elles relèvent de l'une des exceptions généralement prévues par les parties.

En général, ces exceptions sont notamment les suivantes:



- (i) Des informations ayant été élaborées de manière indépendante et avant que les parties n'entament la négociation, ce fait pouvant être démontré, documents à l'appui;
- (ii) Des informations confidentielles ayant déjà été révélées au public sans que la partie réceptrice n'ait commis de faute;
- (iii) Des informations confidentielles divulguées à la partie réceptrice par une tierce partie qui n'était pas soumise à l'obligation de préserver leur confidentialité; et
- (iv) Des informations confidentielles révélées par la partie divulgatrice elle-même.

Si chacune des parties souhaite s'assurer que certaines informations soient classées confidentielles et ne soient donc pas révélées au public, elle peut parfois prévoir aussi que ces informations soient divulguées dans certaines circonstances. Il peut s'agir par exemple d'un procès qui les concerne ou qui concerne une tierce partie, dans le cadre duquel l'une des parties au procès demande la divulgation de ces informations au titre de la procédure judiciaire ou réglementaire. La divulgation des informations confidentielles peut-être autorisée à condition que la partie qui s'apprête à le faire informe la partie divulgatrice suffisamment à l'avance pour que celle-ci puisse demander une injonction permettant d'empêcher ou de limiter cette révélation.

L'accord de non-divulgation définit par ailleurs ce que la partie réceptrice est autorisée à faire des informations confidentielles. Il indique généralement que ces informations ne peuvent servir qu'à déterminer si les parties souhaitent établir une relation d'affaires. Il précise donc qui peut obtenir et examiner ces informations, le nombre de personnes autorisées étant en général limité au strict nécessaire. Ces personnes sont en principe celles qui sont chargées de prendre la décision d'établir la relation d'affaires.

10.3.3 Niveau de précautions et durée de la confidentialité

Les parties conviennent de prendre un minimum de précautions dans le traitement des informations confidentielles. Cette clause prévoit que la partie réceptrice prendra au moins les précautions qu'elle aurait prises pour traiter ses propres informations confidentielles. Si telles sont les dispositions convenues, chaque partie doit s'assurer qu'elle sait exactement ce qui correspond à ce niveau de précaution.

Selon l'importance des informations confidentielles, la partie divulgatrice peut aussi demander que certaines mesures soient prises pour protéger ces informations, et en particulier:

- (i) Que l'accès des employés de la partie réceptrice à ces informations soit limité afin que seules les personnes associées à la prise de décision sur la relation d'affaires puissent les consulter;
- (ii) Que les employés ayant accès à ces informations signent un accord de confidentialité distinct; et
- (iii) Que les informations soient stockées dans un endroit sécurisé dont l'accès est limité (par exemple un meuble à tiroirs verrouillés).

Les parties devront aussi convenir de la durée pendant laquelle les informations doivent demeurer confidentielles. Cette durée peut varier considérablement et dépend en général du type d'informations échangées, ainsi que de l'accord potentiel envisagé entre les parties. Elle peut-être de quelques années dans certains cas et être permanente dans d'autres, mais elle devrait toujours être raisonnable au regard du type d'informations échangées. Le développeur doit donc étudier le type d'informations qu'il divulgue: s'il s'agit du programme de conception et de développement du jeu, et qu'il souhaite communiquer ce programme à un éditeur ou un constructeur de console, la durée de la confidentialité peut-être de quelques années. En effet, étant donné qu'un accord pourrait être conclu avec la partie signataire de l'accord de confidentialité ou une autre partie, le jeu serait ensuite publié et éventuellement commercialisé, et certaines informations précédemment confidentielles deviendraient publiques.

En cas d'expiration ou de résiliation d'un accord de non-divulgation, celui-ci prévoit une procédure en vertu de laquelle les informations confidentielles doivent être retournées ou détruites, au choix de la partie divulgateuse. S'il reste beaucoup de documents ou d'autres éléments, il peut-être plus facile et moins coûteux pour la partie réceptrice de les détruire; elle doit alors présenter une preuve de la destruction, généralement sous la forme d'un certificat de destruction signé par un responsable de la partie réceptrice ayant vérifié la destruction.

10.3.4 Violation de l'accord; mesure injonctive

Que se passe-t-il si une partie révèle des informations confidentielles? La partie lésée va d'abord s'efforcer de mettre fin à la diffusion des informations. Dans certains cas, elle va peut-être tenter d'obtenir une injonction du tribunal pour empêcher la poursuite de la diffusion des informations. Elle peut par exemple demander une mesure injonctive en vertu de laquelle le tribunal ordonne l'arrêt de la diffusion de toute information confidentielle. Pour obtenir une mesure injonctive aux États-Unis d'Amérique, le demandeur doit démontrer que le dommage est irréparable et qu'il n'a pas été possible de fixer des dommages pécuniaires. Comme la valeur des informations repose sur leur confidentialité, il peut-être difficile de les évaluer une fois qu'elles ont été divulguées, ce qui justifie une demande de réparation



équitable. En général, aux termes de l'accord, la partie ayant révélé des informations confidentielles en violation de l'accord reconnaît que les conditions précitées sont satisfaites sans qu'il soit nécessaire de demander à un tribunal de trancher, ce qui facilite la demande de mesure injonctive; de plus, la partie lésée n'a pas non plus besoin de déposer un cautionnement.

Outre le droit de demander une mesure injonctive en vertu de l'accord, la partie lésée a aussi le droit de demander toute autre réparation en application de la législation ou des principes d'équité.

10.3.5 Absence de tout accord de licence

L'accord de confidentialité comporte souvent des dispositions indiquant que son exécution ne signifie nullement que les parties vont conclure ultérieurement d'autres types d'accord, qu'il s'agisse d'accords de distribution, de licence ou de publication, et que les parties ne prévoient pas de conclure d'autre accord. Par ailleurs, quand bien même la propriété des informations confidentielles partagées ou la titularité des droits sur celles-ci est détenue par l'une des parties ou par les deux, la partie divulgateuse doit noter qu'elle ne prend aucun engagement et n'offre aucune garantie quant à l'exactitude de ces informations, et que celles-ci sont fournies "en l'état". Elle peut ainsi éviter toute revendication ultérieure de la partie réceptrice au motif que celle-ci se serait fondée sur les engagements et garanties de la partie divulgateuse pour décider de signer l'accord de confidentialité.

10.3.6 Dispositions supplémentaires

L'accord de confidentialité comporte en outre des clauses généralement appelées "dispositions courantes", ainsi que quelques-unes des dispositions évoquées au chapitre 11. Bien que les "dispositions courantes" se retrouvent dans la plupart des accords, il est très important que le développeur les examine pour s'assurer qu'elles sont acceptables. Dans la plupart des cas, très peu de modifications seront sans doute nécessaires, sauf pour déterminer le droit applicable en cas de différend (c'est-à-dire le pays ou la région dont la législation sera applicable), le for juridique (c'est-à-dire si le tribunal compétent est celui du pays, de la région ou du département), et la manière dont le différend sera réglé (par exemple par arbitrage ou par décision de justice).

Ces questions sont importantes pour le développeur car le for juridique peut avoir une incidence considérable sur les coûts de règlement du différend. Ces coûts seront déterminants dans la décision d'engager ou non des poursuites. Les grandes sociétés ont bien compris que les frais juridiques peuvent être plus difficiles à couvrir pour une petite entreprise, et notamment un développeur, et elles savent que celui-ci hésitera à engager des poursuites. Le développeur doit donc ajouter une clause très importante

selon laquelle en cas de litige, la partie à laquelle il sera donné raison pourra réclamer le remboursement de tous ses frais de justice et autres frais engagés pour faire valoir ses droits. Généralement, seuls des coûts et dépenses "raisonnables" sont pris en charge, mais les frais de justice et les frais des experts appelés à témoigner en font partie.

10.4 Le mémorandum d'affaires: but et problèmes potentiels

"Rédiger les contrats de Mary Pickford a pris plus de temps que de tourner un film avec elle"⁴¹². C'est ce qu'avait déclaré Sam Goldwyn, l'un des patrons des grands studios de cinéma des années 30 et 40, à propos des négociations qu'il avait menées avec la célèbre actrice Mary Pickford, qui allait faire partie plus tard des fondateurs de la société United Artists.

Si la déclaration de Sam Goldwyn portait sur la négociation d'un contrat avec une vedette du secteur du cinéma, il en va parfois de même dans le secteur des loisirs, et notamment du jeu vidéo, de la musique et des accords de licences. Dans de nombreux cas, du fait qu'il est urgent de commencer à développer ou à distribuer le jeu, ou à acquérir une licence sur un jeu, les parties n'ont pas toujours le temps de négocier un contrat complet reprenant l'ensemble de l'accord et toutes les conditions fixées par les parties. L'urgence est encore plus évidente si le développeur s'efforce de lancer son jeu à la date de sortie d'un film, ou au début d'un événement particulier (par exemple le début d'une saison de sport), ou encore pour les vacances de fin d'année. Les parties vont alors négocier ce qui est généralement appelé un mémorandum d'affaires. Celui-ci est le plus souvent un accord contraignant entre les parties visant à définir les principaux éléments commerciaux de leur collaboration. Il permet aux parties de commencer à travailler, étant entendu qu'un accord complet sera mis en place par la suite.

Imaginons par exemple qu'un éditeur souhaite publier un jeu en novembre et décembre, qui sont incontestablement les mois où les ventes les plus importantes sont réalisées dans le monde du jeu vidéo⁴¹³. Comme il faut en moyenne 18 mois à deux ans pour produire un jeu sur console ou PC (sauf pour les jeux de sports annuels, dont le développement prend moins d'un an), l'éditeur voudra sans doute conclure un accord rapidement s'il espère commercialiser le jeu pour les fêtes de fin d'année. La signature d'un mémorandum d'affaires lui permet de lancer le développement immédiatement.

Si le mémorandum d'affaires est conclu entre un éditeur et un développeur, il devrait comporter notamment les éléments suivants:

1. Une description du jeu à développer;



2. Une liste des étapes assortie des montants à verser au développeur et de la date des versements, sous réserve que des éléments du jeu aient été livrés aux dates convenues;
3. Les droits octroyés, y compris les droits sur d'éventuelles suites au jeu;
4. Diverses questions de propriété concernant le jeu, les outils de développement et le code source;
5. Le montant des redevances et la manière dont elles sont calculées;
6. La date de publication des relevés de paiement;
7. Des engagements et garanties couvrant au moins les droits sur le jeu; et
8. Certaines questions juridiques particulières, notamment: a) le for juridique en cas de différend; b) la législation applicable; et c) la confirmation du fait que le mémorandum d'affaires restera en vigueur jusqu'à la conclusion d'un accord complet entre les parties.

Si le mémorandum d'affaires est utile à de nombreux égards, il présente aussi quelques risques potentiels importants. Comme il ne couvre généralement que les principales questions commerciales, il peut comporter des omissions ou des ambiguïtés qui risquent de poser problème par la suite. Ainsi, pendant le développement, on peut voir apparaître des problèmes qui n'ont pas été prévus dans le mémorandum d'affaires et qui ne pourront peut-être pas être résolus en l'absence d'accord complet, ce qui peut faire naître un différend entre les parties.

Comme il faut du temps pour négocier, rédiger et mettre en œuvre un accord complet, on a désormais recours à des mémorandums d'affaire comportant un plus grand nombre de clauses, notamment des engagements et garanties, ou encore des clauses comptables. Néanmoins, à mesure que le nombre de clauses augmente, les négociations risquent de prendre de plus en plus de temps, ce qui remet en cause l'intérêt du mémorandum. Les dispositions qui seront intégrées en fin de compte dans le mémorandum peuvent dépendre de la relation entre les parties ainsi que des montants en jeu. S'il s'agit d'une nouvelle relation d'affaires et que les parties se connaissent mal, le mémorandum comportera sans doute un plus grand nombre de dispositions pour étendre la protection des parties et leur accorder plus de garanties. Si les parties ont déjà fait affaire par le passé, le nombre de clauses dans le mémorandum sera plus réduit en raison de la confiance déjà établie. Quoi qu'il en soit, le développeur doit être prudent s'il se fonde uniquement sur un mémorandum d'affaires: il doit s'assurer que ses droits sont protégés et que ses obligations sont clairement énoncées pour éviter d'engager des coûts ou de prendre des risques inutiles.

CHAPITRE 11

CLAUSES COMMUNES DANS LES ACCORDS

11.1 Clauses communes dans les accords

Tous les accords comportent des clauses communes, généralement appelées “dispositions courantes”, qui figurent en général à la fin de l'accord, au chapitre “Divers”. Il ne faut cependant pas se laisser abuser par ce titre: bien que les avocats soient sans doute les seuls à lire cette partie, celle-ci contient des dispositions importantes qui auront une incidence sur les deux parties en cas de différend. Ces clauses peuvent avoir une portée différente selon l'accord, et certains accords ne les contiennent pas toutes.

11.1.1 Questions juridictionnelles

Dans cette section, les parties conviennent de la manière de régler les différends, de la législation applicable et du for juridique. Elles doivent choisir dans un premier temps de recourir à une procédure judiciaire ou à un arbitrage⁴¹⁴ pour régler un éventuel différend. Chacune de ces instances a ses avantages et ses inconvénients; de l'avis commun, leur principale différence tient au fait que l'arbitrage peut déboucher sur une solution plus rapide et être moins coûteux⁴¹⁵, quoique cela dépende de la complexité du litige⁴¹⁶. Comme l'arbitrage est moins coûteux, certaines parties le refusent car elles espèrent que des coûts plus importants dissuaderont leur adversaire d'engager des poursuites. Comme une procédure judiciaire coûte très cher, il est important de déterminer quelle partie doit prendre en charge les frais de procédure, et en particulier les frais d'avocat, les frais de justice et les dépenses engagées au titre des témoins. Dans certains accords, c'est la partie ayant perdu le procès qui doit couvrir ces frais, étant entendu que ceux-ci doivent être raisonnables. Toutefois, cette disposition peut elle-même poser problème car il peut-être difficile de définir un coût raisonnable.

Outre le choix de la manière de régler un différend, les parties doivent aussi convenir du for juridique et de la législation applicable. Aux États-Unis d'Amérique, la législation peut-être interprétée différemment selon l'État, et chaque État dispose de ses propres lois. En outre, le droit est différent d'un pays à l'autre. Suivant le lieu où sont situées les parties et le lieu où elles mènent leurs activités commerciales, elles peuvent convenir d'appliquer la législation de l'État dans lequel elles se trouvent; toutefois, il arrive souvent qu'elles mènent des activités dans différents États ou pays, ce qui pose alors un problème. Dans la plupart des cas, c'est la partie ayant la meilleure position de négociation qui va imposer la législation applicable et le for juridique. Cette situation a son importance en raison des coûts que l'autre partie devra débourser pour se déplacer et engager un avocat local.



Si les parties ont un pouvoir de négociation égal mais que chacune entend choisir un for juridique différent, il existe un certain nombre de solutions. L'une des possibilités consiste à choisir un site neutre, pour autant que les parties mènent une activité quelconque dans cette juridiction. Ainsi, un éditeur situé en Californie et un développeur situé dans le Michigan peuvent choisir New York comme for juridique. Comme le secteur des loisirs joue traditionnellement un rôle majeur aussi bien en Californie qu'à New York, il peut-être intéressant de choisir ce for juridique car les acteurs du procès auront de l'expérience dans le domaine. Un scénario analogue peut-être envisagé lorsqu'un différend surgit entre deux entreprises situées dans des pays différents, ce qui arrive de plus en plus souvent, à présent que l'on trouve des développeurs partout dans le monde. Un développeur de jeux en Europe et un éditeur aux États-Unis d'Amérique peuvent convenir de régler leur différend en Angleterre. Au demeurant, le fait que les deux sociétés doivent engager des sommes importantes pour régler leur différend peut les inciter à trouver une autre solution.

Les parties peuvent aussi convenir que le plaignant forme un recours dans la juridiction où se trouve l'autre partie. Ainsi, une entreprise située à New York qui poursuit un éditeur situé en Californie devrait mener la procédure judiciaire en Californie.

11.1.2 Renonciation

Dans cette section, la décision d'une partie de ne pas obliger l'autre à appliquer de manière stricte une disposition quelconque de l'accord ne constitue pas une renonciation à ses droits de faire appliquer par la suite cette disposition ou toute autre disposition de l'accord. Ainsi, un éditeur ne perd pas son droit de mener ultérieurement une action en justice à l'encontre du développeur s'il estime qu'un problème peut-être réglé sans poursuites judiciaires.

11.1.3 Absence de coentreprise

Cette section stipule que l'accord ne vaut pas constitution d'une coentreprise ni de tout autre type de partenariat commercial qui permettrait à une partie de lier ou contraindre l'autre partie à d'autres accords.

11.1.4 Divisibilité

Il est indiqué dans cette section que si une disposition particulière est inapplicable ou nulle au regard de la législation, et pour autant que cette disposition n'ait pas pour effet de modifier l'intention des parties, celles-ci conviennent que l'accord reste pleinement en vigueur comme si la disposition concernée n'en faisait pas partie.

11.1.5 Cession

La section relative à la cession prévoit le droit d'un signataire de transférer soit l'ensemble, soit une partie de ses droits et obligations à une autre partie. Cette disposition est importante car un signataire de l'accord peut souhaiter n'avoir à traiter qu'avec l'autre signataire. Ainsi, pour déterminer si elle veut établir une relation d'affaires avec une autre partie, une partie va généralement prendre en compte certains facteurs comme la qualité du travail ou la réputation de cette autre partie. Elle peut par conséquent limiter le droit de cession de l'autre partie, ou lui imposer des obligations supplémentaires à cet égard. Si par exemple une partie veut céder ses droits, elle pourrait être soumise aux contraintes suivantes: i) obtenir au préalable l'approbation écrite de la partie non cédante⁴¹⁷; ii) garantir que le cessionnaire assumera toutes les responsabilités prévues par l'accord; et iii) si le cessionnaire ne s'acquitte pas de ses responsabilités, la partie ayant cédé ses droits est tenue responsable des torts du cessionnaire.

La possibilité pour une partie de céder ses droits dépend aussi de son pouvoir de négociation et du type d'accord. Dans un accord entre éditeur et développeur, ce dernier n'est généralement pas autorisé à céder ses droits car l'éditeur l'a spécialement choisi en raison de ses talents de créateur de jeux. En revanche, l'éditeur peut-être autorisé à céder ses droits sous réserve des conditions précitées.

Dans un accord de licence, le donneur de licence dispose généralement d'un droit illimité de céder ses droits tandis que le preneur de licence ne pourra le faire qu'avec le consentement du donneur de licence. En outre, dans certains cas, le donneur de licence peut exiger un paiement supplémentaire ou toute autre obligation pour consentir à la cession. En effet, il peut estimer que le bien cédé sous licence présente une valeur supplémentaire pour les parties à la cession, et qu'il est par conséquent fondé à demander une compensation.

Les parties conviennent généralement de prévoir une exception aux conditions de cession lorsque le cessionnaire est une société parente de la partie cédante. Une société parente est souvent définie comme une entité ayant une relation directe ou indirecte de contrôle ou de subordination avec le cédant, ou qui est contrôlée par la même entité que le cédant.

Il est important de prévoir dans l'accord une clause accordant le droit de cession, car aux États-Unis d'Amérique certaines juridictions peuvent interdire un accord s'il ne comporte pas cette clause.

11.1.6 Persistance des obligations

Cette section informe les signataires du fait que certaines parties de l'accord restent en vigueur après l'expiration ou la résiliation de celui-ci. En général, cette obligation



vise notamment certains engagements et garanties ainsi que des indemnisations et éventuellement des paiements si des sommes restent dues après l'expiration de l'accord. Elle prévoit également l'établissement de relevés de paiement, une période de liquidation, des droits de contrôle et des obligations liées à d'éventuelles poursuites judiciaires. En outre, si l'accord porte sur des jeux intégrés dans un appareil mobile ou faisant partie d'un service par abonnement, le droit du distributeur de continuer à honorer de précédents engagements est généralement maintenu après la résiliation ou l'expiration de l'accord.

11.1.7 Notifications

Cette disposition détaille les procédures à suivre et le personnel à avertir lorsque l'accord fait obligation d'adresser une notification à l'autre partie. Un éditeur doit par exemple envoyer une notification à un développeur en cas de violation de l'accord. Cette clause précise les conditions dans lesquelles une notification doit être envoyée; en général, il s'agit d'une violation de l'accord, d'un changement d'adresse ou d'une cession des droits. L'accord doit aussi indiquer les personnes ou les parties devant être notifiées pour que la notification soit valable. Le plus souvent, la notification doit être adressée au signataire de l'accord avec copie au service juridique de la société. Il est parfois préférable de notifier plusieurs personnes pour s'assurer que les informations parviennent bien aux personnes concernées. Au demeurant, les employés quittent parfois leur entreprise; il faut donc s'assurer que la notification envoyée est bien parvenue à l'autre partie.

La clause de notification doit aussi préciser le lieu auquel la notification doit être envoyée (il s'agit d'ordinaire de l'adresse indiquée dans le préambule de l'accord) et la manière dont elle doit être envoyée. La notification devrait être envoyée d'une manière permettant de prouver son envoi et la date de celui-ci. La plupart des entreprises conviennent donc qu'un service de livraison en 24 heures, une remise en mains propres ou un courrier avec accusé de réception suffisent pour prouver que la notification a été envoyée ou reçue. Cette disposition est importante car l'accord précise à quel moment la notification prend effet; de plus, si une partie doit répondre dans un délai donné, il faut disposer d'une preuve quelconque de l'envoi de la notification. Enfin, l'accord peut stipuler à quel moment la notification est réputée avoir pris effet; c'est généralement quelques jours après l'envoi de la notification, mais l'effet peut aussi débuter à la date de réception de la notification. Cette date est particulièrement importante lorsqu'une partie doit remédier à une violation potentielle dans un délai défini.

11.1.8 Intégralité de l'accord; révisions

Il est indiqué dans cette section que ce sont les dispositions de l'accord qui régissent la relation entre les parties, et que toute discussion antérieure ou postérieure menée

à cet égard n'a aucune incidence sur l'accord. En conséquence, toute révision de l'accord doit être effectuée par écrit et signée soit par les deux parties, soit par la partie visée par la révision. Cette condition est importante car si l'une des parties s'engage à s'acquitter de certaines obligations mais que celles-ci ne figurent pas dans l'accord, les obligations en question ne font pas partie de l'accord.

11.1.9 Droits réservés

Dans un accord en vertu duquel l'exploitation d'un bien est autorisée sous licence, ou un bien est octroyé à un preneur de licence, le titulaire de la propriété intellectuelle devrait ajouter une clause aux termes de laquelle tous les droits qui ne sont pas expressément concédés au preneur de licence par le donneur de licence sont réservés par ce dernier. Cette clause est importante car le preneur de licence cherche à obtenir des droits aussi étendus que possible, tandis que le donneur de licence s'efforce de limiter les droits accordés, tout droit supplémentaire devant faire l'objet d'une autre négociation. Par ailleurs, à mesure que de nouvelles formes de distribution et de nouvelles plateformes apparaissent, le donneur de licence ne souhaite sans doute pas accorder de droits sans avoir bien compris les modèles d'affaires qui peuvent être exploités par le biais de ces nouveaux modes et autres plateformes de distribution.

11.1.10 Force majeure

Cette clause protège une partie, voire les deux en cas de violation de l'accord résultant d'une action indépendante de la volonté de la partie défaillante mais pouvant entraîner la suspension de l'accord. Elle couvre par exemple les cas de force majeure⁴¹⁸ ayant une incidence matérielle sur la capacité d'une partie de s'acquitter de ses obligations ou de remédier à une violation.

Les cas relevant généralement de la clause de force majeure sont en particulier des situations imprévisibles, des catastrophes naturelles (tremblements de terre, inondations), des guerres, des épidémies, des actes terroristes, des explosions ou des émeutes. La situation ne doit pas avoir été causée par la partie invoquant la clause de force majeure, ni être le fait d'un État, par exemple si celui-ci a promulgué une nouvelle loi. Certains accords définissent aussi comme cas de force majeure tout litige survenant dans le monde du travail, les pénuries de matières premières ou toute autre cause sur lesquelles les parties ne peuvent raisonnablement avoir aucun contrôle.

En cas de force majeure, l'accord est suspendu pendant la durée de l'événement. Au cours de cette période, il est néanmoins possible de demander à la partie défaillante de faire au moins son possible de bonne foi pour s'acquitter de ses obligations ou remédier à la violation. La suspension de l'accord ne pouvant



cependant se poursuivre indéfiniment, une limite lui est fixée, généralement de 30 à 90 jours. Si la partie défaillante ne peut s'acquitter de ses obligations ou remédier à la violation avant l'expiration de la période de suspension, l'autre partie est alors en droit de mettre fin à l'accord.

ANNEXE

Exemple d'étapes dans le développement d'un jeu sur console

La liste ci-dessous n'illustre que quelques-unes des étapes les plus importantes et variera selon le projet entrepris, le temps de développement prévu et la plateforme pour laquelle le jeu est conçu. Les parties doivent s'entendre sur une description plus détaillée des éléments à fournir à chaque étape, et chacun de ces éléments devrait être entièrement défini avant l'étape suivante. Toutes les étapes n'étant pas établies au moment de la signature de l'accord, les parties doivent indiquer que les étapes manquantes sont "à définir". Il est essentiel qu'elles déterminent ce qui doit être finalement livré lors d'une étape qui n'est pas encore définie pour éviter toute confusion au moment où les éléments seront livrés et où des paiements seront éventuellement dus. Au demeurant, les étapes pouvant changer, les parties doivent prévoir que chaque étape peut-être modifiée d'un commun accord.

Exemple d'étapes

1. Pleine exécution du mémorandum d'affaire, le cas échéant
2. Pleine exécution de l'accord
3. Fourniture des documents relatifs à la conception*
4. Examen de la conception technique*
5. Prototype fonctionnel
6. "Tranche verticale" de la structure complète du logiciel *
7. Version préalpha
8. Remise du code et du contenu complets ("alpha") *
9. Proposition de version finale ("beta") *
10. Achèvement de la localisation
11. Version soumise au contrôle de qualité. Élimination de tous les bogues.
Début du contrôle de qualité.
12. Livraison de la proposition de version complète
13. Version complète (version NTSC)
14. Version complète (version PAL)



15. Archivage/restitution des éléments prêtés (par exemple les kits de développement), livraison de la documentation (par exemple les contrats de louage de services et les pages convenues d'impression du code pour l'enregistrement du droit d'auteur aux États-Unis d'Amérique), et remise des éléments créés par le développeur (c'est-à-dire le code source et les données du jeu, le cas échéant) à l'éditeur.

* Cette étape présente souvent une importance particulière car c'est le moment où l'éditeur décide de passer au stade suivant du développement.

REMERCIEMENTS

J'aimerais tout d'abord remercier les autres auteurs ayant participé à ce projet: leurs contributions majeures ont été essentielles à la parution du présent ouvrage.

Je voudrais tout particulièrement remercier Mme Donna M. A. Hill, de l'OMPI, de son aide, de son dévouement et de son soutien indéfectible. Sans son appui et sa patience hors du commun, cet ouvrage n'aurait pu voir le jour. Il était en projet depuis quelques années déjà, et c'est grâce au soutien constant et à la clairvoyance de Mme Hill qu'il a pu se réaliser.

Je suis profondément reconnaissant envers un certain nombre de personnes qui m'ont généreusement offert leur aide, leur temps, leur savoir et leurs idées précieuses. Ces personnes sont en particulier les suivantes:

Adrienne Lauer, une responsable des ventes ayant plus de 22 années d'expérience dans le domaine du jeu vidéo, et qui a notamment travaillé six ans dans le secteur de la distribution numérique et les stratégies de développement commercial à l'échelle mondiale. Mme Lauer est actuellement consultante dans le domaine de la vente; elle élabore et met en œuvre des projets de développement des ventes et des activités commerciales pour le compte de plusieurs clients dans le monde du jeu. Elle avait auparavant travaillé pendant 14 ans au sein de la société THQ Inc., où elle a été chargée de gérer les ventes en magasin, puis de mettre en place et de diriger les activités en ligne de THQ à l'échelle mondiale.

Gary Rosenfeld, qui a plus de 20 ans d'expérience dans le développement des activités commerciales, l'acquisition de produits, les accords de licence et les affaires commerciales et juridiques pour le compte de sociétés d'édition de jeux interactifs, de loisirs généraux et de produits de consommation. M. Rosenfeld avait auparavant occupé différents postes de direction au sein des sociétés 20th Century Fox, THQ, The Endeavor Agency et Playmates Toys.

Patrick Sweeney, avocat situé à Los Angeles, qui s'est spécialisé dans le secteur du jeu depuis une quinzaine d'années. Au cours de cette période, il a négocié différents accords de licence ou de développement ainsi que d'autres types de transactions qui ont conduit à la publication de plus de 250 titres. Outre le fait qu'il est lui-même passionné de jeux vidéo, il est membre fondateur de la *Video Game Bar Association* et professeur adjoint à la *Southwestern Law School*, où son cours porte sur les accords en matière de jeux vidéo.

Justin Lucas, un spécialiste du marketing ayant 15 ans d'expérience dans le domaine du jeu vidéo. Il a travaillé sur quelques jeux culte dans la culture *underground*, comme *Vanguard Bandits*, *Eternal Eyes*, *Robotech*, *R.A.D.* ou *Armored Core*. Plus récemment,



il a dirigé la campagne de marketing menée aux États-Unis d'Amérique pour le jeu *TEKKEN Revolution*, qui est destiné à la PlayStation®3 F2P.

Robert Johnson, producteur ayant plus de 18 ans d'expérience du monde du jeu vidéo, dans lequel il a travaillé aussi bien dans les domaines du marketing et du développement commercial que de la production. M. Johnson a supervisé la production de plus de 150 produits différents; il s'est spécialisé dans la gestion de projet et la gestion des comptes clients et travaille pour les sociétés Capcom Entertainment et Namco Bandai Games.

Carlos Martin, avocat travaillant aux États-Unis d'Amérique dans le domaine du jeu vidéo, où il s'est spécialisé dans le développement commercial. Il a œuvré à l'établissement de relations avec des éditeurs, à la mise en place de studios, à la conception de jeux et au développement commercial pour Sony Computer Entertainment, Activision et Namco Bandai Games America.

Rob Aft, un spécialiste du financement et de la distribution de films, qui m'a beaucoup aidé et encouragé. Son ouvrage intitulé "*From Script to Screen*", qu'il a publié dans le cadre de l'OMPI, a servi de modèle au présent livre; il est disponible sur le site Web de l'OMPI.

Ron Goldberg, vice-président de la société Manhattan Production Music, qui a 22 années d'expérience des accords de licence relatifs à l'utilisation de musique de réserve ou de musique produite par des maisons de disques dans des jeux vidéo, des films, des émissions de télévision, des bandes-annonces, des publicités, des actualités et des événements sportifs. M. Goldberg participe aussi au recrutement d'artistes et de compositeurs et supervise toute la production musicale destinée au catalogue de Manhattan Production Music, qui ne cesse de s'étoffer.

Rudy Medrano, producteur de jeux sur mobile pour le compte de la société Namco Bandai Games America, qui a plus de sept ans d'expérience dans le monde du jeu sur mobile. Il a débuté sa carrière dans le secteur du jeu en 2005 en tant que spécialiste de l'assurance qualité au sein de la société Vivendi Games; il a également travaillé pour SGN et Disney Playdom.

Lee Jacobson, un spécialiste du secteur des loisirs qui a plus de 20 ans d'expérience dans le monde du jeu vidéo. Il a travaillé avec Virgin Entertainment, Viacom, Midway Games et plus récemment Atari, où il était premier vice-président chargé des publications et des accords de licence. M. Jacobson est actuellement PDG de la société Apmetrix, qui est spécialisée dans l'analyse du secteur du mobile et propose des informations et des analyses commerciales sur des applications et des jeux vidéo destinés aux mobiles.

Christopher R. Chase, avocat spécialisé dans la propriété intellectuelle et le conseil juridique au sein de la société Frankfurt Kurnit Klein & Selz. Il conseille des clients

dans les secteurs des médias, du marketing et des loisirs sur des sujets aussi divers que les marques et le droit d'auteur, en vue de conclure des accords de production, de distribution et d'endossement dans les domaines de la musique, de la vidéo et d'autres contenus.

Enfin, je tiens à remercier Martin Nguyen, David Wang, Tad Hirabayashi, Kelly Flock, Michael Herz, Lloyd Kaufman, Ted Hagelin, David Localio, Jim Kennedy, Dan Mueller, Ivar Posthumus, Maurice Molyneaux, James Shelton, Jerome Markota, Mark Litwak, Brian Pyne, Randy Walker, Eliot Mizrachi, Seth Steinberg et Donald Polden, ainsi que ma mère et mon père.

David Greenspan



BIBLIOGRAPHIE

Ouvrages juridiques et commerciaux

- [1] Battersby, G and Grimes, C, 2001. *License Agreements: Forms and Checklists*. Aspen Publishers/Wolters Kluwer.
- [2] Battersby, GJ and Simon, D, 2012. *Basics of Licensing: How to Extend Brand and Entertainment Properties for Profit*. Kent Press.
- [3] Boyd, SG and Green, B, 2007. *Business & Legal Primer for Game Development*. Charles River Media/Thomson.
- [4] Brabec, J and Brabec, T, 2006. *Music Money and Success: The Insider's Guide to Making Money in the Music Business* 5th edition. Schirmer Trade Books.
- [5] Brinson, JD and Radcliffe, M, 1994. *Multimedia Law Handbook*. Ladera Press.
- [6] Brown, P, Neuburger, J, Bandon, W and Raysman R, 2012. *Emerging Technologies and the Law: Forms & Analysis*. Law Seminar Press.
- [7] Cannady, C, 2013. *Technology Licensing and Development Agreements*. Oxford University Press.
- [8] Chandler, HM, 2013. *The Game Production Handbook* 3rd edition. Jones and Bartlett Publishers.
- [9] Cohen, JE, Loren, LP, Okediji, RL and O'Rourke, MA, 2006. *Copyright In a Global Information Economy*. Aspen Publishers.
- [10] Conkey, EH and Jones, P (eds), 2010. *Counseling Content Providers in the Digital Age*. New York State Bar Association.
- [11] Dinwoodie, G, Hennessy, W and Perlmutter, S, 2001. *International Intellectual Property Law and Policy*. Lexis Nexis.
- [12] Donaldson, M, 2008. *Clearance & Copyright*, 3rd Edition. Silman James Press.
- [13] Fishman, S, 2012. *The Public Domain: How to Find & Use Copyright-Free Writings, Music, Art & More*. 6th edition. Nolo.
- [14] Hagelin, T, 2011. *Technology Innovation Law and Practice*. LexisNexis.
- [15] Haggard, T and Kuney, G, 2007. *Legal Drafting: Process, Techniques, and Exercises*. Thomson West.
- [16] *IGDA Contract Walk-Through-First Edition* (2003 www.igda.org/biz)
- [17] *IGDA Contract Walk-Through-Release 3: Effects on Quality of Life* (2006 www.igda.org/biz)
- [18] *IGDA Contract Walk-Through-Second Release* (2003 www.igda.org/biz)
- [19] Kuney, G, 2011. *The Elements of Contract Drafting with Questions and Clauses for Consideration* 3rd Edition. West.
- [20] Lipson, A and Brain, R, 2009. *Computer and Video Game Law*. Carolina Academic Press.

- [21] Litwak, M, 1998. *Litwak's Multimedia Producer's Handbook: A Legal and Distribution Guide*. Silman James Press.
- [22] Luton, W, 2013. *Free-to-play: Making Money From Games You Give Away*. New Riders.
- [23] Myers, G, 2008. *Concise Hornbooks: Principles of Intellectual Property Law*. Thomson West.
- [24] Nimmer, R, 2007. *Licensing of Intellectual Property and Other Information Assets* 2nd edition. Lexis Nexis.
- [25] Ramos, A, Lopez, L, Rodriguez, A, Meng, T and Abrams, S, 2013. *The Legal Status of Video Games: Comparative Analysis in National Approaches*. WIPO.
- [26] Scott, M, 2008. *Scott on Multimedia Law* 3rd edition (updated annually). Walter Kluwer.
- [27] Simensky, M, Selz, T, Lind, R, Burnett, B, Palmer, C and Dougherty, F, 2004 with 2010 Supplement. *Entertainment Law* 3rd edition. Lexis Nexis.
- [28] *Technology & Entertainment Convergence 2010: Hot Business & Legal Issues in Technotainment*. Chair: Cydney Tune. Practising Law Institute.
- [29] Weaver, R, Shoben, E and Kelly M, 2007. *Concise Hornbooks: Principles of Remedies Law*. Thomson West.
- [30] Weiler, P and Myers, G, 2011. *Entertainment, Media and the Law* 4th edition. West.
- [31] Welkowitz, D and Ochoa, T, 2010. *Celebrity Rights: Right of Publicity and Related Rights in the United States and Abroad*. Carolina Academic Press.

Ouvrages sur les jeux vidéo et leur secteur économique

- [1] Festinger, J, Metcalfe, C and Ripley, R, 2012. *Video Game Law* 2nd edition. Lexis Nexis.
- [2] Dannenberg, R (ed), 2011. *The American Bar Association's Legal Guide to Video Game Development*. American Bar Association.
- [3] Asakura, Reiji, 2000. *Revolutionaries at Sony*. McGraw-Hill.
- [4] Berens, K and Howard, G, 2008. *The Rough Guide to Videogames*. Rough Guides.
- [5] Demaria, N and Wilson, JI, 2002. *High Score! The Illustrated History of Electronic Games*. McGraw Hill-Osborne.
- [6] Donovan, T, 2010. *Replay: The History of Video Games*. Yellow Ant.
- [7] *Game Development Essentials Series*, 2008. Delmar Cengage.
- [8] Goldberg, H, 2011. *All Your Base Belongs To US: How Fifty Years of Videogames Conquered Pop Culture*. Three Rivers Press.
- [9] Kent, S, 2001. *The Ultimate History of Video Games: From Pong to Pokemon – The Story Behind the Craze That Touched Our Lives and Changed the World*. Three Rivers Press.



- [10] Kent, SL, 2000. *The First Quarter: A 25-Year History of Video Games*. BWD Press.
- [11] Ryan, J, 2011. *Super Mario: How Nintendo Conquered America*. Penguin Group.
- [12] Sheff, D, with new chapter by Eddy, A, 1999. *Game Over Press Start To Continue: The Maturing of Mario*. Cyberactive Media Group Inc/Game Pr.
- [13] Takahashi, D, 2002. *Opening the Xbox*. Prima Publishing.
- [14] *The Economist Special Report: Video Games*. December 10, 2011.
- [15] Wolf, MJP, 2008. *The Video Game Explosion: A History From Pong to PlayStation and Beyond*. Greenwood Press.

Ressources en ligne

Les sites Web consacrés aux jeux vidéo se comptent par centaines. On trouvera ci-après la référence de quelques excellents sites concernant les aspects commerciaux, marketing et juridiques, ainsi que des commentaires et des analyses sur certains jeux.

- Bluesnews.com
- Eurogamer.net
- G4TV.com
- Gamasutra.com
- Game Industry International
- Gamesindustry.biz
- Gameinformer.com
- Gamepolitics.com
- Gamespot.com
- igda.com
- ign.com
- kotaku.com
- metacritic.com
- vgchartz.com

Sources d'informations supplémentaires relatives au chapitre 3

- [1] EUROPA: http://europa.eu/legislation_summaries/internal_market/businesses/intellectual_property/
- [2] United States Patent and Trademark Office (USPTO, Office des brevets et des marques des États-Unis d'Amérique): www.uspto.gov/
- [3] US Copyright Office (Office du droit d'auteur des États-Unis d'Amérique): www.copyright.gov/
- [4] Organisation Mondiale de la Propriété Intellectuelle (OMPI): <http://www.wipo.int/portal/fr/>

Notes de fin de document

- ¹ D'après 2011 *Essential Facts About the Computer and Video Game Industry*, publié par la Entertainment Software Association.
- ² www.venturebeat.com/2013/06/06/global-games-market-to-hit-86-1b-by-2016-as-mobile-charges-ahead/; <http://in.reuters.com/article/2013/06/10/gameshow-e-idINDEE9590DW20130610>
- ³ Il est difficile de définir avec précision la taille de l'industrie au vu des différentes définitions de la notion de plateforme, notamment dans la catégorie "jeux pour format mobile". Les chiffres d'affaires, notamment en ce qui concerne la distribution numérique et les jeux pour format mobile, sont généralement des estimations, et ces estimations peuvent varier considérablement. Bien que les jeux pour format mobile représentent le secteur de l'industrie qui affiche la croissance la plus rapide, les jeux traditionnels représentent toujours l'essentiel du chiffre d'affaires de l'industrie. Voir Reuters, *Factbox – A look at the \$66 billion video-games industry* et Takahashi, la croissance des appareils mobiles va alimenter le marché mondial des jeux, qui s'établissait à 86,1 milliards de dollars É.-U. en 2016.
- ⁴ VGChartz, www.vgchartz.com
- ⁵ VGChartz
- ⁶ www.gamesindustry.biz/articles/2012-11-22-steam-still-at-50-million-users-500-000-use-big-picture
- ⁷ www.gamasutra.com/view/news/180646/Origin_continues_to_creep_up_on_Steam_with_30M_registered_users.php
- ⁸ Voir Reuters, *Factbox – A look at the \$66 billion video-games industry*
- ⁹ <http://bgr.com/2012/12/04/mobile-market-share-2012-android/>
- ¹⁰ http://en.wikipedia.org/wiki/Category:_First-party_video_game_developers
- ¹¹ Rapport annuel 2012 de Microsoft
- ¹² Rapport annuel 2013 de Nintendo
- ¹³ Rapport annuel 2012 de Sony
- ¹⁴ www.forbes.com/sites/oliverchiang/2011/02/15/valve-and-steam-worth-billions/
- ¹⁵ Rapport annuel 2012 d'Electronic Arts Inc.; rapport annuel 2012 d'Activision Blizzard Inc.; rapport annuel 2012 d'Ubisoft Entertainment U.A.; rapport annuel 2011 de Sega Sammy Holdings Inc.; rapport annuel 2012 de Take-Two Interactive Software, Inc.; rapport annuel 2012 de Square-Enix Holdings Co. Ltd.; rapport annuel 2012 de Namco Bandai Holdings Inc.; rapport annuel 2012 de Konami Corporation; rapport annuel 2012 de Capcom Co. Ltd.
- ¹⁶ Le lancement par Nintendo de la Wii U a été une grande déception en raison de la pénurie de jeux emportant l'adhésion des utilisateurs. Voir www.gamespot.com/news/wii-u-struggling-mightily-says-analyst-6409358; www.nbcnews.com/technology/nintendo-ceo-we-are-blame-poor-wii-u-sales-6C10378098
- ¹⁷ www.gamesindustry.biz/articles/2012-07-09-square-enix-on-next-gen-and-why-the-uncanny-valley-will-always-exist
- ¹⁸ Vgchartz



¹⁹ [http://en.wikipedia.org/wiki/History_of_video_game_consoles_\(seventh_generation\)](http://en.wikipedia.org/wiki/History_of_video_game_consoles_(seventh_generation)); www.engadget.com/2012/09/19/sony-announces-a-new-ps3-the-latest-redesign-of-its-gaming/

²⁰ <http://business.time.com/2013/02/11/game-over-why-video-game-console-sales-are-plummeting/>; www.cbc.ca/news/technology/story/2013/05/17/f-video-game-console-analysis-nowak.html

²¹ http://gamasutra.com/view/news/184899/US_retail_software_in_2012_What_you_need_to_know.php

²² Les jeux étiquetés "AAA" ou "triple A" sont généralement définis comme des jeux haut de gamme, à gros budget.

²³ Wiki invest

²⁴ La version initiale de la Wii U de Nintendo a été décevante, notamment en raison de logiciels peu convaincants. www.nbcnews.com/technology/nintendo-ceo-we-are-blame-poor-wii-u-sales-6C10378098; Invest, www.theverge.com/2013/2/15/3990934/npd-january-2013-sales-figures-wii-u

²⁵ www.vg247.com/2013/07/11/sony-boss-the-steven-spielbergs-of-our-industry-are-indies/

²⁶ www.theverge.com/2013/6/19/4445984/xbox-one-policy-reversal-changes

²⁷ www.techradar.com/us/news/gaming/valve-steam-box-release-date-news-and-features-1127072

²⁸ www.pcgamer.com/2012/06/06/ea-senior-vp-comments-on-steam-sales-%E2%80%9Ci-just-think-it-cheapens-your-intellectual-property-%E2%80%9D/; http://business.financialpost.com/2012/04/18/are-steep-discounts-for-online-game-sales-bad-for-business/?__lsa=06aa-4bd7

²⁹ www.gamasutra.com/blogs/DanielMacedo/20121219/183701/Why_Steam_sales_are_good.php; www.eurogamer.net/articles/2012-07-11-valve-counters-eas-steam-sales-cheapen-intellectual-property-accusation

³⁰ <http://venturebeat.com/2013/02/15/the-deanbeat-the-state-of-free-to-play-mobile-gaming-by-the-numbers/>

³¹ *Star Wars: The Old Republic (SWTOR)*, www.forbes.com/sites/erikkain/2012/11/21/star-wars-the-old-republic-goes-free-to-play-but-not-too-free/; Tera, www.eurogamer.net/articles/2013-02-05-fantasy-mmo-tera-goes-free-to-play-with-rousing-new-trailer; *Star Trek Online*, www.theverge.com/gaming/2012/1/18/2715087/star-trek-online-free-to-play. Never winter, www.ign.com/articles/2011/10/05/big-changes-to-cryptics-neverwinter

³² www.gamasutra.com/view/news/191079/At_EA_packaged_games_are_sliding_as_digital_nudges_upward.php

³³ Voir *The Legal Status of Video Games: Comparative Analysis in National Approaches*, Organisation Mondiale de la Propriété Intellectuelle (OMPI), juillet 2013, une étude comprenant une enquête sur la législation relative à la protection du droit d'auteur en matière de jeux vidéo dans les pays suivants: Afrique du Sud, Allemagne, Argentine, Belgique, Brésil, Canada, Chine, Danemark, Égypte, Espagne, États-Unis d'Amérique, Inde, Inde, Italie, Japon, Kenya, République de Corée, Rwanda, Russie, Sénégal, Suède, République de Corée et Uruguay. Andy Ramos, Laura Lopez, Anxo Rodriguez, Tim Meng et Stan Abrams. www.wipo.int/export/sites/www/copyright/en/activities/pdf/comparative_analysis_on_video_games.pdf

- ³⁴ Les bogues sont des erreurs du logiciel qui donnent lieu à des résultats inattendus en matière de jouabilité et empêchent le joueur d'exécuter certaines fonctions. Les bogues sont généralement classés en fonction de leur gravité (A, B, C, etc., A étant le degré de gravité le plus élevé); à partir d'un certain degré de gravité, ils peuvent empêcher le lancement du jeu tant qu'ils ne sont pas corrigés. Un bogue de catégorie A peut empêcher le joueur de jouer (blocage du jeu, par exemple). Un bogue de catégorie B n'empêche pas le joueur de jouer, mais peut dégrader le fonctionnement du jeu de façon importante et, selon le type de bogue, empêcher ou non la sortie du jeu. Un bogue de catégorie C est généralement une anomalie non bloquante (c'est-à-dire une anomalie graphique, une faute d'orthographe) et n'empêche pas la sortie du jeu. Voir Heather Maxwell Chandler, *The Game Production Handbook*, 241 (Jones & Bartlett Learning, 3e édition, 2013).
- ³⁵ Dans certains cas, l'éditeur constitue sa propre équipe de développement interne pour mettre au point un jeu et, dans d'autres cas, il s'appuie sur les studios de développement tiers qu'il a acquis, ainsi que sur le personnel et la propriété intellectuelle qui y sont associés. L'éditeur détient tous les droits liés aux jeux, à moins que le jeu ne soit sous licence.
- ³⁶ Même si l'éditeur n'agit qu'en qualité de distributeur, il peut contribuer dans une certaine mesure au financement d'un jeu pour aider à en achever la réalisation. En échange, il pourrait recevoir une redevance de distribution plus importante ou des droits additionnels. Les développeurs peuvent autofinancer leurs jeux mais cela peut s'avérer extrêmement difficile en fonction des coûts et des plateformes. Il est beaucoup plus facile d'autofinancer un jeu sur mobile que sur console car les coûts de développement sont plus faibles. Certains développeurs ont obtenu un financement via un spécialiste du capital-risque ou des sites Web de dons comme Kickstarter. Heather Maxwell Chandler. *The Game Production Handbook*. Jones & Bartlett Learning, troisième édition, 2013, p. 70-71. Dans des initiatives comme Kickstarter, le public fait des contributions et reçoit généralement quelque chose en échange (p. ex. une copie du jeu). Voir: www.kickstarter.com/discover/categories/games?ref=sidebar. Voir aussi: http://gamasutra.com/view/feature/182962/what_do_investors_look_for_in_a_.php, au sujet des spécialistes du capital-risque.
- ³⁷ À moins d'être également éditeur, un développeur doit passer un accord avec un éditeur ayant conclu un contrat de licence avec un fabricant de consoles pour pouvoir distribuer ses jeux au détail. Voir www.warioworld.com/apply/ et chapitre 6.2.
- ³⁸ Un éditeur peut fournir d'autres services, notamment: 1) superviser le développement du jeu; 2) corriger les bogues et tester le jeu; 3) travailler avec les détaillants pour commercialiser le produit dans les magasins; et 4) obtenir les licences de tierce partie pour utiliser par exemple les marques, les talents et la musique. La collaboration d'un éditeur avec des développeurs tiers présente aussi des avantages, notamment: i) compétences dans certaines catégories de jeux et techniques; ii) réduction possible des coûts de développement et partage des risques; et iii) nouvelle propriété intellectuelle à distribuer. Activision Blizzard Inc. Rapport annuel. 2012.
- ³⁹ L'éditeur souhaitera peut-être aussi: i) interroger d'autres éditeurs qui travaillent ou ont travaillé avec le développeur; ii) effectuer une inspection sur site afin d'examiner les installations du développeur.
- ⁴⁰ L'éditeur établit souvent un document exposant la rentabilité potentielle d'un jeu, appelé "analyse des profits et des pertes". Cette analyse donne des informations détaillées sur le volume des recettes que l'éditeur s'attend à réaliser sur la base de différents scénarios de vente et sur le montant des dépenses qui devraient être engagées pour l'exploitation du jeu, afin d'en évaluer la rentabilité.
- ⁴¹ Pour les besoins du présent chapitre, l'utilisation d'un contrat d'édition concerne deux situations: i) l'éditeur est impliqué dans le développement et la distribution d'un jeu ou ii) l'éditeur agit seulement en qualité de distributeur. Dans de nombreux



cas, du fait des contraintes de temps et du temps nécessaire à l'établissement d'un contrat détaillé, les parties peuvent s'entendre pour signer une lettre d'entente afin de démarrer le projet le plus tôt possible. Cette lettre énonce en général les principaux points de la transaction et, éventuellement, certaines déclarations et garanties. Voir le chapitre 10.4 consacré aux lettres d'entente.

- ⁴² Dans ce cas, l'éditeur verse au développeur une avance récupérable fixée d'un commun accord. Le montant des avances varie selon le type de jeu et de plateforme mais certaines avances peuvent facilement atteindre plusieurs millions de dollars.
- ⁴³ Si le jeu repose sur une œuvre sous licence, il sera soumis aux restrictions imposées à l'éditeur conformément à l'accord de licence prévu. Voir chapitre 4.
- ⁴⁴ Une œuvre peut-être considérée comme une œuvre créée dans le cadre d'un contrat de louage dans deux cas de figure. Le premier concerne une situation dans laquelle l'œuvre a été réalisée dans le cadre du travail d'un employé. Par exemple, si un ingénieur crée un code dans le cadre de son travail, ce code appartiendra à l'employeur. Le deuxième concerne une situation dans laquelle une œuvre est créée par un entrepreneur indépendant et où trois conditions sont réunies: i) l'œuvre répond à une commande spéciale (l'entrepreneur indépendant est payé pour créer quelque chose de nouveau); ii) l'œuvre doit relever d'une des neuf catégories énoncées dans la loi sur le droit d'auteur (contribution à une œuvre collective, contribution à un film ou à toute autre œuvre audiovisuelle, traduction, évaluation, supports d'évaluation, atlas, instructions, compilation ou supports complémentaires; et iii) avant de commencer tout travail, les parties conviennent expressément dans un document écrit, signé par les deux parties, que l'œuvre sera considérée comme une œuvre créée dans le cadre d'un contrat de louage d'ouvrage ou de services. Gary Myers. Concise Hornbooks: *Principles of Intellectual Property Law*. Thomson West. 2008, p. 42-47; www.copylaw.com/new_articles/wfh.html. Dans le cas où un employeur ne parvient pas à établir un accord avant le début des travaux, il doit intégrer un libellé dans le contrat stipulant que l'œuvre sera attribuée à l'employeur ou, au minimum, cédée sous licence.
- ⁴⁵ Julie E. Cohen, Lydia Pallas Loren, Ruth L. Okediji et Maureen A. O'Rourke. *Copyright In A Global Information Economy*. Aspen Publishers, deuxième édition, 2006, p. 126. Le principe des "droits moraux" est aussi applicable aux jeux créés par des Européens ou liés à des Européens. Voir le chapitre 3 sur les droits de propriété intellectuelle.
- ⁴⁶ S'il obtient la propriété de tous les droits sur le jeu, l'éditeur détiendrait également, souvent sans aucune restriction, le droit d'exploiter tous les éléments du jeu (personnages, scénarios) par tous les moyens possibles, notamment via des œuvres dérivées, des objets commerciaux, des films, etc. Voir www.toynews-online.biz/news/38372/Video-game-toy-sales-rise-28. Pour des informations intéressantes sur des objets commerciaux inspirés des jeux vidéo, voir: www.toptenz.net/top-10-most-baffling-pieces-of-video-game-merchandise.php. Voir aussi *Encyclopedia of Video Games: The Culture, Technology, and Art of Gaming*. Mark J. P. Wolf (ed.). Greenwood. 2012, p. 392.
- ⁴⁷ Les parties devraient énumérer dans l'accord les outils et technologies préexistantes du développeur. Lorsqu'ils existent, l'éditeur doit obtenir les licences nécessaires pour que le développeur puisse les utiliser dans le jeu.
- ⁴⁸ Les droits concédés pour un jeu sont souvent influencés par le montant du paiement qui peut-être fait en faveur du développeur, qui peut comprendre des avances, une garantie, des redevances et, le cas échéant, un engagement en matière de commercialisation. En général, plus la somme versée au développeur est importante, plus les droits concédés à l'éditeur sont importants. L'éditeur cherchera à obtenir le plus de droits possible afin de pouvoir rentabiliser son investissement, surtout s'il fournit une avance ou une garantie. Pour certains jeux, comme les titres AAA, le pouvoir de négociation repose essentiellement entre les mains de l'éditeur, étant

donné que très peu nombreuses sont les parties à pouvoir offrir le financement et d'autres ressources nécessaires pour soutenir ces types de titres. En outre, si le nombre d'éditeurs est réduit, les développeurs ont des possibilités de collaboration moins nombreuses pour ces jeux.

- ⁴⁹ Selon la longueur du contrat, un jeu peut obtenir de bons résultats sur une plateforme; le développeur ou l'éditeur pourrait en conséquence décider de développer ledit jeu sur d'autres plateformes ou de le transférer vers des plateformes qui n'étaient pas envisagées au départ avec le lancement initial du jeu. En outre, un éditeur pourrait également vouloir obtenir les droits associés à toutes les plateformes, quelle que soit la plateforme sur laquelle le développeur a diffusé le jeu, étant donné que l'éditeur voudra peut-être empêcher d'autres entreprises de distribuer le même jeu sur différentes plateformes. Si un jeu est réussi, l'éditeur pourrait faire valoir que son investissement a contribué aux ventes du jeu et, partant, que d'autres éditeurs ne devraient pas avoir le droit de profiter du succès découlant des actions de l'éditeur original. Du point de vue du développeur, le développeur pourrait ne pas vouloir concéder les droits pour d'autres plateformes étant donné que l'éditeur pourrait ne pas avoir les compétences nécessaires pour distribuer le jeu sur certaines plateformes. Par exemple, un éditeur qui se spécialise dans la distribution de jeux sur console et sur PC pourrait ne pas avoir les capacités ou les relations suffisantes pour distribuer les jeux via le marché mobile.
- ⁵⁰ Dans certains cas, des éléments d'un jeu peuvent être vendus avec d'autres jeux, sous la forme d'un pack. La redevance versée au développeur correspond en général à un pourcentage proportionnel basé sur le nombre de titres compris dans le pack. Par exemple, si deux titres différents sont vendus ensemble à un certain prix, une redevance correspondant à 50% des recettes reçues est appliquée pour chaque titre. Traditionnellement, un développeur lié par un accord de distribution avec un éditeur demandera à ce que tout accord de groupage soit d'abord approuvé par le développeur, en particulier si un jeu a plus de valeur (au regard des ventes précédentes) que d'autres jeux compris dans le pack.
- ⁵¹ Si le concept du jeu a été créé par le développeur, mais que l'éditeur détient le droit d'auteur ou que l'éditeur veut utiliser le code source du développeur et que le développeur ne participe pas au développement des œuvres dérivées, le développeur pourrait solliciter une redevance passive à partir des recettes tirées de l'exploitation des œuvres dérivées. Dans ce cas, même si le développeur ne travaille pas sur l'œuvre dérivée, il pourrait toujours prétendre à une redevance arrêtée d'un commun accord. Par exemple, le développeur pourrait recevoir une redevance passive de 2%.
- ⁵² À condition que l'éditeur continue de respecter les termes du contrat et qu'il ne constitue pas de nouveaux stocks, l'éditeur pourrait disposer d'une période limitée non exclusive pendant laquelle il pourrait céder tout stock restant après l'expiration du contrat. Cette période de liquidation court en général sur une période de trois à six mois.
- ⁵³ Les spécifications de conception portent généralement sur les aspects visuels du jeu et elles pourraient changer en cours de développement selon ce que les parties conviennent ou selon ce que demande un donneur de licence s'il y a lieu (p. ex. le jeu est fondé sur un élément sous licence). Si le calendrier des étapes change du fait de l'orientation du jeu, les paiements devront être révisés si le développeur doit encourir des coûts additionnels. Les spécifications techniques concernent les systèmes et logiciels de programmation utilisés pour le développement du jeu ainsi que les risques techniques et autres solutions possibles.
- ⁵⁴ Pour les jeux financés par un éditeur, celui-ci voudra en général approuver les descriptifs de conception du jeu et les spécifications techniques connexes et jouera habituellement un rôle actif dans la supervision du développement. Dans la plupart des cas, l'éditeur jouera un rôle semblable à celui d'un studio chargé de financer la production d'un film, en fournissant recommandations et commentaires, et dans



d'autres cas, il pourrait moins intervenir dans la supervision, en fonction de l'histoire du développeur; dans certains cas, l'éditeur est plus rassuré et autorise le développeur à prendre certaines décisions dans le développement du jeu. Toutefois, dans la plupart des cas où l'éditeur finance le développement et détient les droits de propriété intellectuelle, il contrôlera en général pleinement la chaîne de créativité et de qualité. En outre, la taille du budget pourrait déterminer le niveau d'engagement de l'éditeur dans la supervision du projet. Un titre "AAA", doté d'un budget plus important, fera souvent l'objet d'une surveillance intense de la part de l'éditeur mais un jeu sur mobile à 50 000 dollars pourrait bien moins mobiliser l'éditeur après acceptation du descriptif de conception et du calendrier des étapes par les parties. Dans de nombreux accords de distribution, le développeur livre un jeu complet et le processus d'approbation de l'éditeur peut donc ne pas être pertinent même si certains propriétaires de plateformes comme Sony ou Valve doivent approuver les produits finaux pour s'assurer que le jeu est adapté à leur plateforme. En outre, si l'éditeur verse une garantie minimale ou une avance, l'éditeur, pour se protéger dans l'éventualité où il ne pourrait accepter le jeu, devrait avoir le droit d'examiner le jeu à différentes étapes du développement.

- ⁵⁵ À moins que l'éditeur ne fournit des actifs de propriété intellectuelle, le développeur sera en général chargé de fournir tous les services et matériels nécessaires au développement de l'ensemble des versions du jeu et de ses démos éventuelles décidées par les parties, selon des formats convenus (NTSC/PAL). Les services porteront essentiellement sur les éléments suivants: programmation, création artistique, logiciel, graphisme, animation, cinématique, vidéo, textes, son, dialogues, musique et certains tests d'assurance qualité. Le développeur pourrait également être chargé de fournir des versions localisées du jeu pour différents pays, ce qui suppose des travaux de traduction et de révision dans les langues visées, si nécessaire, à des fins de classification et peut-être de coutumes locales (voir le chapitre 9 sur la classification). Traditionnellement, les jeux sont adaptés en anglais, français, italien, allemand et espagnol mais, avec l'essor de nouveaux marchés, il peut-être nécessaire de faire localiser un plus grand nombre de jeux, en supposant que les coûts de localisation soient justifiés par des ventes additionnelles. La localisation peut engendrer des coûts très importants et il peut-être nécessaire d'y consacrer beaucoup de temps s'il convient d'adapter les voix, les textes et les interfaces au contexte local. Les parties doivent donc soigneusement estimer les dépenses et le temps nécessaires, de façon à ne pas retarder la sortie du jeu. Les coûts de localisation sont en général couverts par l'éditeur. Les contrats autorisent généralement le développeur à engager des sous-traitants pour réaliser certains aspects du développement, sous réserve de l'approbation de l'éditeur.
- ⁵⁶ Les dates de réalisation de chaque étape sont essentielles pour garantir la sortie du jeu à temps. Souvent, le paiement du développeur sera subordonné à la réalisation des produits associés à chaque étape. Si du retard est pris concernant une étape du fait d'un manquement de l'éditeur (non-livraison de la musique ou des produits de localisation) ou d'un donneur de licence tiers qui ne donnerait pas les autorisations en temps voulu, le développeur ne serait pas tenu responsable des étapes manquées. Les parties doivent rédiger le contrat de façon à envisager les conséquences en cas de retard de livraison lié à un manquement et pourraient avoir à réviser le calendrier des étapes pour refléter ces retards.
- ⁵⁷ Pour les paiements d'étape, il est également possible, quoique très rare, de diviser le paiement d'étape en deux paiements. Un paiement serait effectué à l'acceptation d'un produit d'étape et l'autre prendrait la forme d'un versement mensuel. Dans ce cas, si le développeur prend du retard dans la livraison d'un produit acceptable, il aurait toujours le droit de recevoir une certaine somme d'argent pour lui permettre de poursuivre le développement. Autrement, on pourrait également rencontrer des situations où le développeur pourrait avoir un problème alors qu'il travaille sur le jeu si son financement est retardé, même s'il peut-être à l'origine du retard. C'est peut-être l'une des situations les plus difficiles à gérer étant donné que l'éditeur doit évaluer les conséquences du retard ou interrompre le financement d'un jeu sur la base de produits non acceptables.

- ⁵⁸ Voir <http://www.technewsdaily.com/17477-development-costs-crash-industry.html>. Voir aussi: www.vg247.com/2013/03/27/analyst-tomb-raider-cost-100-million-needs-10-million-sales-to-succeed/; www.gameranx.com/updates/id/13977/article/the-cost-of-making-games-examined/; www.gamespot.com/news/star-wars-the-old-republic-cost-200-million-to-develop-6348959; <http://1985fm.com/blog/2013/1/30/high-cost-of-video-game-development>; <http://leviathyn.com/games/opinion/2013/04/12/the-costs-of-aaa-games-development/>. Voir également les articles ci-après concernant les coûts liés au développement de jeux sur mobile: <http://online.wsj.com/article/SB10001424127887324345804578425252956831668.html>; www.forbes.com/sites/terokuittinens/2012/02/14/mobile-game-revenue-math/; www.nytimes.com/2012/03/19/technology/game-makers-give-away-freemium-products.html?pagewanted=all&_r=0.
- ⁵⁹ Tous les contrats devraient énoncer clairement les procédures de livraison et d'acceptation pour chaque élément de projet à fournir. Il faut notamment déterminer, en cas d'absence de réponse de l'éditeur au cours de la période d'examen, si l'élément de projet à fournir est réputé accepté. En outre, quelles normes sont utilisées pour déterminer l'acceptation ou le rejet d'un élément de projet à fournir? Dans la plupart des contrats, les critères sont quelque peu vagues et laissent une grande marge de manœuvre à l'éditeur.
- ⁶⁰ Bien que des dispositions soient généralement prévues dans le cas où le développeur contreviendrait à l'accord pendant la phase de développement pour qu'il restitue les fonds reçus de l'éditeur, il pourrait être difficile de faire respecter les droits de ce dernier. Dans bien des cas, le développeur pourrait être financièrement incapable de rendre ces fonds, étant donné que les sommes reçues auraient été utilisées pour le développement du jeu. Pour vérifier que les sommes versées pour le développement ont effectivement été utilisées à cette fin, les éditeurs peuvent solliciter le droit de vérifier les états financiers du développeur. Cette question peut-être très litigieuse, le développeur étant susceptible d'indiquer que les dépenses engagées et la manière dont elles ont été engagées ont un caractère confidentiel ou relève du secret d'affaires et qu'il ne devrait pas être tenu de révéler ces informations à l'éditeur.
- ⁶¹ En fonction du contenu des négociations, le développeur pourrait également être chargé de localiser le jeu, d'obtenir une classification et d'avancer certains coûts, par exemple en matière de commercialisation. Voir le chapitre 2.2.12.
- ⁶² À l'instar des studios de cinéma, l'éditeur pourrait avoir besoin d'acquérir des mois à l'avance les placements nécessaires à la commercialisation et à la distribution du produit. Dans certains cas, le retrait des publicités ou promotions initialement prévues pourrait être impossible, et l'éditeur devrait tout de même assumer les coûts y relatifs.
- ⁶³ Selon la plateforme, mais à l'exclusion des accords de distribution, le développeur pourrait également être tenu de fournir des mises à jour et du contenu additionnels après la sortie initiale du jeu. L'éditeur accorderait toutefois une rémunération supplémentaire pour ces éléments.
- ⁶⁴ Le personnel que l'éditeur voudrait voir travailler sur son jeu pourrait être affecté à un autre projet car il arrive que le studio de développement s'occupe de plusieurs projets en même temps. Cette disposition contractuelle permettra de résoudre cette question.
- ⁶⁵ S'il est vrai qu'un éditeur voudra souvent travailler avec certaines personnes sur un jeu précis, aucun employeur ne peut empêcher un employé de partir, étant entendu que l'employé ne pourra pas détourner les secrets d'affaires et autres renseignements confidentiels. Voir chapitre 3.1.2.2.
- ⁶⁶ Dans certaines situations, l'éditeur verse une rémunération unique au développeur pour le développement du jeu sans aucun autre paiement supplémentaire. Ce type de transaction est généralement associée au développement de produits à coûts plus faibles, tels que des jeux sur mobiles. Cependant, dans certains cas, si le jeu comprend



un logiciel créé précédemment par le développeur, celui-ci pourrait demander à bénéficier d'une redevance pour les droits de licence. Le cas échéant, cette redevance ne serait pas versée tant que l'éditeur n'a pas récupéré ses coûts de développement sur la part des recettes revenant au développeur.

- 67 Dans cette situation, l'avance récupérable consiste en un ou plusieurs paiements effectués par l'éditeur au bénéfice du développeur. L'éditeur récupère ensuite ces sommes sur les redevances dues au développeur.
- 68 Les déductions convenues seront imputées sur les recettes brutes et non sur la part des recettes revenant au développeur, quoique cela puisse affecter la part du développeur dans la mesure où les fonds disponibles pour les redevances seraient moins importants.
- 69 Un exemple de calendrier d'étapes relatif à un jeu sur console figure dans l'appendice.
- 70 Avant que les parties ne conviennent d'un calendrier d'étapes pour le projet, l'éditeur exigera souvent du développeur qu'il fasse une présentation des coûts de développement. De cette manière, l'éditeur pourra vérifier que les coûts sont cohérents avec le type de développement entrepris par le développeur.
- 71 En fonction des négociations et de la titularité des actifs de propriété intellectuelle, le développeur pourrait également profiter d'autres formes de revenus tirés de l'exploitation du bien, p. ex. des produits sous licence dérivés du jeu (livres d'astuces, jouets).
- 72 Les recettes effectivement perçues par l'éditeur déterminent le montant des redevances revenant au développeur, dans la mesure où les distributeurs (via mobile ou canal numérique) ont souvent le droit de déduire un pourcentage convenu à titre de rétribution avant de remettre les fonds à l'éditeur. En outre, si l'éditeur fait appel aux services de sous-distributeurs, il ne comptabilisera en général que les sommes réellement perçues car le sous-distributeur prélèvera sa rétribution ainsi que toute dépense éventuelle avant de remettre les fonds à l'éditeur.
- 73 Les recettes brutes proviennent des ventes du jeu, des contenus téléchargeables (DLC), des achats intégrés, des abonnements, des locations, des publicités intégrées, des ventes dérivées et de tout autre revenu généré par l'exploitation du jeu.
- 74 Le développeur souhaitera que l'éditeur engage des dépenses pour la commercialisation et la distribution du jeu dans la mesure où des dépenses judicieuses encourageront les ventes. En même temps, le développeur voudra avoir le droit d'approuver les dépenses dans la mesure où, si les dépenses de commercialisation sont déduites des recettes brutes, les revenus du développeur en seront affectés. En conséquence, le développeur voudra avoir le droit d'approuver ou d'examiner la stratégie de commercialisation du jeu, qui énonce en détail les dépenses que l'éditeur envisage d'engager et pourquoi.
- 75 Les coûts des marchandises englobent les coûts de fabrication, d'assemblage et de conditionnement des éléments d'un jeu (non applicable aux jeux numériques) ainsi que les redevances dues aux fabricants de consoles ou aux donneurs de licence. En règle générale, aucune redevance n'est versée sur i) les unités vendues à un prix inférieur aux coûts des marchandises car l'éditeur ne gagne rien sur ces ventes; ii) les copies de remplacement; et iii) les produits gratuits – bien qu'ils puissent être plafonnés, à moins qu'ils soient offerts à la presse.
- 76 En général, les grands magasins demandent un rabais supplémentaire en raison des grandes quantités d'unités de jeu achetées. Ce coût concerne les ventes physiques d'un jeu.

- ⁷⁷ Dans certains accords, en fonction des négociations, les parties pourraient s'entendre pour que tous les coûts associés à la commercialisation d'un jeu puissent être récupérés par l'éditeur. Ces coûts seraient amortis sur les recettes brutes et non sur la part des recettes dévolue au développeur. Si les coûts sont récupérables – en cas de mauvais résultats d'un jeu, il est fort probable que l'éditeur n'amortisse pas ses coûts –, le développeur doit avoir le droit d'approuver la façon dont les fonds sont dépensés, bien que la décision finale revienne très probablement à l'éditeur. Les parties pourraient vouloir envisager de plafonner les dépenses de commercialisation et tout montant dépassant ce seuil devrait être négocié par les parties. La publicité conjointe désigne ici une pratique selon laquelle l'éditeur prend en charge une partie de la publicité créée par les détaillants pour le(s) jeu(x) vidéo de l'éditeur. Ces coûts sont généralement liés à la promotion en magasins, en points de vente, sous la forme de prospectus et d'autres promotions similaires, payées par l'éditeur au détaillant ou décomptées des sommes dues par le détaillant à l'éditeur.
- ⁷⁸ Un éditeur sera souvent autorisé à déduire des recettes brutes les retours sur ventes et les remboursements dans la mesure où ces jeux ne lui rapportent rien. Ce point peut-être particulièrement important dans des pays où la législation sur les retours est forte. Par exemple, en Allemagne, la grande majorité des détaillants ont le droit de retourner les invendus à leurs fournisseurs à leur prix de vente intégral. Par conséquent, les accords de distribution européens devront généralement répartir ce risque entre les parties (en général à l'avantage de l'éditeur).
- ⁷⁹ Dans ce cas, la protection de prix représente généralement une somme versée ou créditez à un détaillant par l'éditeur, lorsque ce dernier décide de réduire le prix de gros d'un certain montant et de payer la différence entre le prix de gros payé par le détaillant et le nouveau prix de gros. La protection de prix ne s'applique qu'aux stocks encore en possession du détaillant. Par exemple, l'éditeur vend un jeu vidéo à un prix de gros initial de 30 dollars. Plus tard, l'éditeur décide d'abaisser le prix de gros à 20 dollars pour encourager les ventes du jeu. L'éditeur doit ainsi au détaillant un crédit de 10 dollars pour chaque unité encore en stock chez le détaillant. En général, pour que le détaillant puisse prétendre à une protection de prix, il doit remplir certaines conditions et notamment se conformer aux conditions de paiement applicables et aux informations de vente (p. ex. confirmation des niveaux de stocks). Activision Blizzard Inc. Rapport annuel 2012; Take-Two Interactive Software, Inc. Rapport annuel 2012.
- ⁸⁰ Dans cette situation, l'éditeur paie une tierce partie pour assurer des services relatifs à la distribution d'un jeu vidéo, tels que des frais d'hébergement Internet, des droits de distribution pour les jeux sur mobiles et des publicités intégrées aux jeux.
- ⁸¹ Si le développeur est tenu par voie contractuelle de fournir certains services (p. ex correction de bogues, localisation, musique) et qu'il n'est pas en mesure de les fournir, les coûts que l'éditeur engage pour qu'un tiers effectue les services en question seront généralement déduits du montant des redevances dévolues au développeur ou des recettes brutes.
- ⁸² Des taxes sur les ventes et la consommation peuvent être appliquées dans le monde entier. Par exemple, les États-Unis d'Amérique ont différents niveaux et règles en ce qui concerne la taxation des ventes, de même que l'Union européenne dispose d'un système de taxe sur la valeur ajoutée avec des taux différents dans chaque pays. Par conséquent, une taxe d'environ 10% peut s'appliquer sur les ventes d'un jeu en Californie contre 20% au Royaume-Uni. Il existe également des règles différentes dans le monde concernant l'imposition des sociétés et la constatation des produits. Il est donc utile d'avoir une connaissance pratique des règles fiscales et financières applicables lorsque l'on négocie un contrat de développement.
- ⁸³ Le taux de redevance pourrait aussi varier si le développeur prend du retard sur la livraison du jeu. Par exemple, en fonction du retard du développeur, le montant de sa redevance pourrait être réduit.



- ⁸⁴ Les taux de redevance pourraient varier en fonction des plateformes sur lesquelles le jeu vidéo est vendu. Par exemple, un jeu sur PC peut donner lieu à une redevance légèrement plus élevée car aucune redevance ne doit être versée à un fabricant de consoles de première partie. De plus, les taux de redevance pourraient varier en fonction de l'élément vendu. Le taux de redevance applicable pour des produits annexes pourrait donner lieu à un taux de redevance plus élevé pour le développeur qu'un jeu ou qu'un contenu téléchargeable.
- ⁸⁵ L'éditeur doit être prudent lorsqu'il fournit des chiffres prévisionnels afin de ne pas faire des promesses exagérées, mais en même temps, il ne doit pas prévoir un volume des ventes trop faible, ni en deçà des attentes du développeur, dans la mesure où celui-ci pourrait perdre confiance dans les capacités de l'éditeur.
- ⁸⁶ Gregory J. Battersby et Danny Simon. *Basics of licensing: How to Extend Brand and Entertainment Properties for Profit 84*. Kent Press. 2012.
- ⁸⁷ Don Thornburgh. "The Reserve". Dans *IGDA Contract WalkThrough*. International Game Developers Association. 2003 p. 34. Disponible à l'adresse: http://legacy.igda.org/sites/default/files/IGDA_Contract_Walk-Through_v1.pdf; les éditeurs doivent être prudents lorsqu'ils commandent des produits au détail afin de réduire les risques liés aux retours, à la protection de prix et aux coûts des marchandises vendues (CMV).
- ⁸⁸ Le pourcentage de la réserve peut varier d'une grande réserve pour la période couvrant les 6 premiers mois après le lancement, à une plus petite par la suite. Par ailleurs, les éditeurs, au lieu de constituer une réserve en fonction d'un pourcentage, peuvent exiger davantage de souplesse et établir une réserve raisonnable basée sur les attentes de l'éditeur.
- ⁸⁹ Thornburgh. *Supra*, p. 88.
- ⁹⁰ La plupart des contrats se fondent sur les notes attribuées par l'entreprise Metacritic. Celle-ci collecte les notes d'évaluation de différents jeux auprès des critiques qu'elle juge les plus éminents, puis effectue une pondération (certains critiques ont plus de poids que d'autres selon leur parcours et la publication pour laquelle ils travaillent) pour déterminer une note moyenne au final. Voir le site: <http://www.metacritic.com/about-metascores>. Cependant, cette méthode peut poser des problèmes. Que se passe-t-il si la note du développeur est inférieure de 1 point à la note convenue?
- ⁹¹ Le marketing englobe généralement la publicité (en ligne, hors ligne, à la télévision), les relations publiques, les bandes-annonces, les salons et toute autre activité destinée à favoriser la consommation.
- ⁹² La commercialisation via des canaux de distribution consiste généralement à placer des produits dans les magasins de détail. Les détaillants font la promotion des jeux vidéo via leur magasin et leur marque de magasin – également appelés dans le secteur "canaux". Le consensus dans le secteur veut que cette promotion en magasin (magasin spécialisé de jeux vidéo comme GameStop ou grand magasin doté d'un rayon spécial jeux vidéo, comme Wal-Mart ou Target) soit valorisée car la simple présence dans le magasin des personnes qui reçoivent la publicité diffusée, les prédispose à être intéressées par l'achat d'un jeu.
- ⁹³ C'est le principe des sûretés croisées, qui autoriserait l'éditeur à récupérer toutes les avances ou tous les coûts de développement sur tout ou partie des redevances perçues, indépendamment de la plateforme. Les sûretés croisées sont également admises si l'éditeur finance plusieurs jeux, ce qui lui permettrait d'amortir toutes les avances versées au développeur sur la base des recettes totales tirées de l'ensemble des jeux qu'il distribue. Par conséquent, si un jeu n'obtient pas de bons résultats et qu'il est impossible de le rentabiliser, il est possible de combler la différence en s'appuyant sur les recettes provenant des autres jeux. Les sûretés croisées permettent à l'éditeur de recouvrer ses coûts plus rapidement. Sans ces sûretés croisées, l'éditeur

pourrait seulement recouvrir les coûts associés au jeu en question sur la base des recettes tirées dudit jeu.

- ⁹⁴ Lauditeur sera tenu de signer un accord de confidentialité au préalable.
- ⁹⁵ Lauditeur pourrait notamment demander à voir les documents concernant les coûts des marchandises, les dépenses de commercialisation, notamment celles engagées par des tiers fournisseurs, et les protections de prix. En outre, si un jeu est distribué par un sous-traitant, l'auditeur pourrait vouloir examiner les relevés que le sous-traitant a fournis à l'éditeur. Cependant, l'éditeur ne pourra peut-être fournir qu'un relevé, sans données justificatives, car il se peut que celles-ci ne soient pas fournies par le sous-traitant.
- ⁹⁶ Un éditeur fera en général cette demande dans la mesure où un auditeur qui travaille sur la base d'éventualités tend à passer plus de temps sur l'audit et à soulever des problèmes, car sa rémunération dépend de ses découvertes.
- ⁹⁷ Les parties doivent aussi se mettre d'accord sur les coûts à rembourser. Il s'agit de dépenses réelles et raisonnables engagées par l'auditeur. De plus, il convient de déterminer si ces dépenses comprennent non seulement les coûts liés à la réalisation de l'audit, mais aussi les éventuels frais de déplacement et d'hébergement de l'auditeur.
- ⁹⁸ Dans certains accords de distribution mettant en jeu des produits de détail, le développeur pourrait choisir de traiter avec les premières parties concernant la filière d'agrément, mais demanderait à l'éditeur de participer au financement des coûts de fabrication.
- ⁹⁹ En dehors d'une situation où l'éditeur détient les droits de propriété intellectuelle du jeu ou d'une situation où il engage un développeur pour créer un jeu basé sur les actifs de propriété intellectuelle appartenant à un tiers, le développeur pourrait demander à l'éditeur de fournir des services convenus comparables à ceux fournis pour d'autres jeux distribués par l'éditeur.
- ¹⁰⁰ Pour les accords de distribution, le développeur aura généralement bien davantage son mot à dire sur les plans de commercialisation et les questions créatives concernant le jeu puisque son investissement pécuniaire sera plus important.
- ¹⁰¹ Un "œuf de Pâques" est un élément ou une fonction de jeu cachés dans un programme qui apparaît en exécutant certaines commandes en dehors de la jouabilité normale.
- ¹⁰² Généralement, la seule obligation acceptable consiste à mentionner le nom des collaborateurs. Pour une analyse concernant les logiciels libres, voir Nimmer, Raymond T., *Licensing of Intellectual Property and Other Information Assets*, p. 808-825 (LexisNexis, deuxième édition, 2007).
- ¹⁰³ Voir également le chapitre 4.3.9 relatif à l'indemnisation intéressant la concession de licences.
- ¹⁰⁴ Voir également le chapitre 4.3.9.
- ¹⁰⁵ Le formulaire d'assurance "erreur et omissions" contient des questions qui permettent à l'assureur d'évaluer les risques associés à l'assurance du jeu. On trouvera par exemple les questions suivantes: i) Le jeu est-il original et des droits ont-ils été attribués par une partie tierce? ii) Des accords ont-ils été signés avec des tiers pour concéder des droits permettant au développeur d'exploiter le jeu ? iii) Toutes les autorisations nécessaires ont-elles été obtenues? iv) La musique est-elle originale ou des licences ont-elles été octroyées ? iv) Le développeur a-t-il déjà fait l'objet de poursuites pour une quelconque réclamation ? v) Quelles recettes l'exploitation du jeu



devrait-elle rapporter? vi) Quelles mesures le concepteur a-t-il prises pour faire en sorte qu'aucune violation ne soit possible?

- ¹⁰⁶ Si bien una franquicia alta resultará en una prima más baja, existe la posibilidad de que si la franquicia es demasiado elevada el desarrollador no pueda cubrir ese monto si se verifica un reclamo.
- ¹⁰⁷ Peu de développeurs pensent à se munir d'une assurance et il est possible que certains d'entre eux n'y aient pas consacré de ressources en raison de leur budget. Il n'est pas rare que les petits développeurs soient dépourvus d'une assurance, soit parce qu'ils ne savent pas que cela existe, soit parce qu'ils n'ont pas les moyens financiers de contracter une police d'assurance.
- ¹⁰⁸ Pour une excellente analyse de la gestion des problèmes de faillite, voir Cannady, Cynthia. *Technology Licensing and Development Agreements*. Oxford University Press, 2013, p. 208-213.
- ¹⁰⁹ Par S. Gregory Boyd et Jas Purewal. Gregory Boyd est associé et président du département du divertissement interactif du cabinet Kurnit Klein & Selz de Francfort; Jas Purewal est avocat au cabinet Osborne Clarke et auteur du blog juridique Gamer Law – <http://www.gamerlaw.co.uk/>.
- ¹¹⁰ *Are Big Budgets Killing the Video Game Industry?* 25 octobre 2012, Nachiket Mhatre, <http://tech2.in.com/opinions/gaming/are-big-budgets-killing-the-video-game-industry/536622>.
- ¹¹¹ On trouvera un examen et des renseignements plus approfondis sur les législations en matière de propriété intellectuelle des divers pays sur le site Web de l'Organisation Mondiale de la Propriété Intellectuelle (OMPI), à l'adresse: www.wipo.int.
- ¹¹² Les activités de l'OMPI en matière de jeux vidéo sont présentées brièvement à l'adresse suivante: http://www.wipo.int/copyright/fr/activities/video_games.html.
- ¹¹³ Voir l'étude intitulée *The Legal Status of Video Games: Comparative Analysis in National Approaches* (Situation juridique des jeux vidéo: analyse comparative des approches nationales), Organisation Mondiale de la Propriété Intellectuelle (OMPI), juillet 2013: www.wipo.int/copyright/fr/activities/video_games.html.
- ¹¹⁴ Des exceptions juridiques font qu'il n'est normalement pas nécessaire d'obtenir une licence pour intégrer au décor d'un jeu vidéo une œuvre d'architecture visible dans un espace public. Il convient toutefois de bien réfléchir avant de donner une place de premier plan à un bâtiment (par exemple en lui faisant jouer un rôle central dans un niveau de jeu), de détruire des bâtiments ou d'utiliser l'intérieur de bâtiments ou des éléments sculpturaux distinctifs de bâtiments, car toutes ces utilisations peuvent poser problème. La société Sony s'est par exemple trouvée en difficulté lorsqu'elle a utilisé l'intérieur de la cathédrale de Manchester comme zone de combat dans un jeu. http://en.wikipedia.org/wiki/Controversy_over_the_use_of_Manchester_Cathedral_in_Resistance:_Fall_of_Man.
- ¹¹⁵ Aux États-Unis d'Amérique, l'Office du droit d'auteur met un site Web à la disposition du public, à l'adresse www.copyright.gov, dans lequel il explique le processus d'enregistrement du droit d'auteur et donne accès à des documents d'information appelés "circulaires", dans lesquels les usagers peuvent se renseigner sur l'enregistrement de droits, ainsi que sur d'autres sujets relatifs aux œuvres de création. À la date de la présente étude, la circulaire 61 de l'Office du droit d'auteur était librement accessible sur ce site Web, et donnait des informations détaillées sur l'enregistrement de droits portant sur des jeux d'ordinateur et vidéo.

¹¹⁶ On peut citer comme exemples à cet égard la Terre du Milieu (*Middle Earth*), la planète Pandore (*Pandora*) de la série *Borderlands*, la ville de Mos Eisley dans *Star Wars*, Azeroth dans *Warcraft* et le monde et les villes post-apocalyptiques dans *Fallout*.

¹¹⁷ Dans les premiers temps du jeu vidéo, Pac-Man a été à l'origine d'un procès en contrefaçon de droit d'auteur contre K.C. Munchkin! (Glouton et voraces). *Atari, Inc. c. North American*, 672 F.2d 607 (7th Cir. 1982).

¹¹⁸ Pour plus de renseignements, voir www.wipo.int/copyright/fr/.

¹¹⁹ Pour plus de renseignements sur l'enregistrement du droit d'auteur et la documentation s'y rapportant, voir www.wipo.int/copyright/fr/activities/copyright_registration/.

¹²⁰ *Atari Games Corp. c. Oman*, 979 F.2d 242 (D.C. Cir. 1992).

¹²¹ <http://www.gamesindustry.biz/articles/2012-10-15-spry-fox-wins-ownership-of-yeti-town-as-part-of-triple-town-settlement>.

¹²² www.gamespot.com/special_feature/attack-clones/image-feature/?image=3.

¹²³ www.copyright.gov/help/faq/.

¹²⁴ Pour plus d'informations en ce qui concerne, entre autres, la notion de publication, voir www.copyright.gov/help/faq/faq-definitions.html.

¹²⁵ Le chiffre d'affaires du jeu *Angry Birds* s'est élevé en 2012 à environ 200 millions de dollars É.-U. Voir <http://mashable.com/2013/04/03/angry-birds-2012-earnings-report/>.

¹²⁶ www.gamasutra.com/view/news/94949/Midway_Sue_Sony_Ericsson.php.

¹²⁷ http://en.wikipedia.org/wiki/Operation_Buccaneer et www.gamespot.com/news/game-pirate-gets-four-years-jail-time-6089247.

¹²⁸ Voir par exemple la procédure engagée au Royaume-Uni dans l'affaire *Nintendo Company Ltd & Anor c. Playables Ltd & Anor* [2010] EWHC 1932 (Ch) (28 juillet 2010), à l'adresse www.bailii.org/ew/cases/EWHC/Ch/2010/1932.html.

¹²⁹ L'affirmation relative à l'absence d'atteinte au droit d'auteur a commencé à être quelque peu mise à mal en 2012, lorsque la société Electronic Arts a engagé une action contre Textron (le fabricant des hélicoptères Bell) afin d'obtenir un jugement déclaratoire sur cette question. Voir www.patentarcade.com/2012/07/new-cases-electronic-arts-inc-v-textron.html. L'affaire a fait l'objet d'un règlement amiable. La société Electronic Arts a annoncé en mai 2013 sa décision de mettre fin à toute représentation d'armes sous licence dans ses jeux. Voir <http://www.reuters.com/article/2013/05/07/videogames-guns-idUSL2N0CS2A220130507>.

¹³⁰ Voir l'affaire *Fort Apache* relative à un film mettant en vedette Paul Newman. *Walker c. Time Life Films, Inc.*, 784 F.2d 44 (2d Cir. 1986).

¹³¹ P. B. Hugenholtz, Martin Senftleben, Fair Use in Europe: In Search of Flexibilities, 14 novembre 2011. Voir http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1959554.

¹³² Certains pays, dont notamment le Royaume-Uni, ont cependant instauré des exceptions au droit d'auteur en faveur des œuvres de parodie ou se proposent de le faire.

¹³³ Grâce aux moyens d'analyse chimique modernes, découvrir la composition d'un produit alimentaire quelconque est presque devenu un jeu d'enfant, mais l'exemple de cette formule est un classique en matière juridique.



¹³⁴ Voir www.wto.org/english/tratop_e/trips_e/t_agm0_e.htm.

¹³⁵ La notion de "squelette" désigne ici un canevas ou une ossature de base que les développeurs étoffent et modifient à mesure qu'ils peaufinent un niveau.

¹³⁶ On trouvera une liste de marques moins conventionnelles dans les articles accessibles aux adresses suivantes: http://en.wikipedia.org/wiki/Sound_trademark et http://en.wikipedia.org/wiki/Tiffany_Blue.

¹³⁷ www.theregister.co.uk/2001/06/18/microsoft_buys_xbox_name_off/.

¹³⁸ www.seattlepi.com/business/article/Microsoft-ends-development-of-Mythica-game-1137016.php.

¹³⁹ Il existe des entreprises spécialisées dans la détection des actes d'exploitation illicite de marques, qui procèdent à une veille régulière et font parvenir aux sociétés de développement de jeux des rapports sur les éventuels contrefacteurs. Comme pour la plupart des autres types de droits de propriété intellectuelle, la première réponse à une atteinte à des droits de marque est l'envoi d'un courrier de mise en demeure. Les étapes suivantes peuvent aller jusqu'à l'engagement d'une action en contrefaçon de marque.

¹⁴⁰ Une demande d'enregistrement doit être déposée à cet effet auprès de l'Office de l'harmonisation dans le marché intérieur (OHMI): <http://oami.europa.eu/ows/rw/pages/index.fr.do>.

¹⁴¹ Voir <http://www.wipo.int/madrid/fr/>.

¹⁴² www.inta.org/TrademarkBasics/FactSheets/Pages/CTMMadridComparisonFactSheet.aspx.

¹⁴³ Section 1202.08(b) du manuel de procédure d'examen des demandes d'enregistrement de marques de l'USPTO: *What Does Not Constitute a Single Creative Work*. Il est intéressant de noter que les titres d'albums de coloriage sont également susceptibles de protection par le droit des marques, ces derniers n'étant pas traités comme des œuvres de création uniques.

¹⁴⁴ http://en.wikipedia.org/wiki/History_of_United_States_patent_law.

¹⁴⁵ La loi de 2011 dite "America Invents Act" a été la première réforme du système des brevets des États-Unis d'Amérique depuis 1952. http://en.wikipedia.org/wiki/Leahy-Smith_America_Invents_Act.

¹⁴⁶ https://fr.wikipedia.org/wiki/Accord_relatif_à_une_juridiction_unifiée_du_brevet.

¹⁴⁷ Article 101 du titre 35 du Code des États-Unis d'Amérique.

¹⁴⁸ Cette interdiction est prévue par une disposition de la Convention qui exclut la brevetabilité des "programmes d'ordinateur" dans la mesure où la demande de brevet concerne un programme d'ordinateur "considéré en tant que tel". Cette phrase plutôt ambiguë a fait l'objet d'interprétations diverses au fil du temps, quoique la tendance, à la date du présent document, semble être à un relâchement de l'hostilité de l'Europe à l'égard des brevets logiciels. La brevetabilité a par exemple été reconnue à des logiciels parce qu'ils produisaient un effet technique sur du matériel ou même parce qu'ils permettaient une nette amélioration du fonctionnement d'autres logiciels.

¹⁴⁹ Les brevets d'utilité s'inspirent du concept allemand de *Gebrauchsmuster*, c'est-à-dire du modèle d'utilité de la loi allemande sur les brevets: <http://en.wikipedia.org/wiki/Gebrauchsmuster>.

¹⁵⁰ http://www.gamasutra.com/view/feature/2457/nintendo_entertainment_system__.php.

¹⁵¹ <http://www.uspto.gov/web/offices/pac/mpep/s2590.html>.

¹⁵² http://en.wikipedia.org/wiki/Leahy-Smith_America_Invents_Act.

¹⁵³ <http://www.patentlyo.com/patent/2011/12/patents-litigation-and-reexaminations.html>
and <http://www.ipwatchdog.com/2011/08/02/patent-litigation-statistics-1980-2010/id=17995/>.

¹⁵⁴ Divers aspects du droit à l'image sont également susceptibles de protection aux États-Unis d'Amérique par la législation fédérale sur les marques et la concurrence déloyale. David Welkowitz & Tyler Ochoa, *Celebrity Rights: The Rights of Publicity and Related Rights in the United States and Abroad* xix, (Carolina Academic Press 2010).

¹⁵⁵ L'une des principales difficultés liées à la transmission des droits attachés à l'image d'une personne décédée consiste à déterminer qui en est le titulaire effectif.

¹⁵⁶ Voir *Hart c. Electronic Arts, Inc.*, n° 11-3750 (3e circuit, 21 mai 2013) et *Keller c. Electronic Arts, Inc.* n° 10-15387 (9e circuit, 31 juillet 2013), deux affaires récentes dans lesquelles d'anciens athlètes universitaires poursuivaient, entre autres pour exploitation non autorisée de leur image, un certain nombre de parties ayant contribué au développement de plusieurs jeux vidéo à caractère sportif édités par Electronic Arts. Si leurs noms n'étaient mentionnés dans aucun des jeux en cause, les demandeurs avaient fait valoir avec succès que le développeur avait utilisé divers éléments caractéristiques de leur personnalité tels que leur couleur de peau, leur chevelure, leurs traits, le numéro de leur maillot, les statistiques sportives les concernant, leurs compétences athlétiques, ainsi que des détails de leur biographie (État d'origine, équipe, année de promotion, poids, taille, etc.), et que ces éléments, pris ensemble, permettaient de les reconnaître dans les avatars de ces jeux, d'où il résultait une atteinte à leur droit à l'image, lequel prévalait sur la liberté d'expression d'Electronic Arts en vertu du Premier amendement de la Constitution des États-Unis d'Amérique. Voir aussi les affaires *Kirby c. Sega of America Inc.*, 144 Cal. App. 4th 47 (2006) et *No Doubt c. Activision Publishing, Inc.*, 192 Cal. App. 4th 1018 (2011), dans lesquelles des musiciens invoquaient des atteintes au droit à l'image, constituées par l'utilisation de leur apparence dans des jeux vidéo.

¹⁵⁷ Selon l'étendue de l'utilisation envisagée, d'autres aspects tels que l'exclusivité et les approbations doivent également être réglés dans le cadre de la négociation d'une licence pour un jeu.

¹⁵⁸ La SAG et l'AFTRA sont deux organisations syndicales qui représentent la quasi-totalité des acteurs et célébrités de l'écran, de la radio et de la télévision aux États-Unis d'Amérique. Elles ont fusionné en 2012, après avoir été indépendantes l'une de l'autre pendant 60 ans. <http://www.sagaftra.org/>.

¹⁵⁹ Voir, par exemple, les affaires *Pacific Dunlop Limited c. Paul Hogan and Ors* [1989] FCA 185, en Australie ("l'affaire Crocodile Dundee") et *Robyn Rihanna Fenty c. Arcadia* [2013] EWHC 2310 (Ch) ("l'affaire des tee-shirts Rihanna") au Royaume-Uni.

¹⁶⁰ Voir l'article 9 du Code civil français et l'article 226-1 du Code pénal français qui, ensemble, consacrent le droit au respect de la vie privée et en sanctionnent la violation.

¹⁶¹ En Allemagne, la doctrine du droit à l'image, dite *Allgemeines Persönlichkeitsrecht* (droit général de la personnalité), est une construction fondée sur la constitution, le Code civil et la jurisprudence.

¹⁶² Voir l'article 99 des principes généraux du droit civil de la République populaire de Chine.

¹⁶³ Convention de Berne pour la protection des œuvres littéraires et artistiques: <http://www.wipo.int/treaties/fr/ip/berne/>.



¹⁶⁴ Plus une production est importante, plus les droits de propriété intellectuelle à protéger sont nombreux, et plus le développeur doit y consacrer de ressources. Un grand nombre d'enregistrements de droits a souvent pour corollaire un risque d'atteinte – et donc de procédures contentieuses – plus élevé. Un développeur important peut donc avoir à défendre simultanément plusieurs enregistrements de plusieurs types de droits de propriété intellectuelle ou un seul, si l'atteinte porte sur un seul élément (par exemple la musique d'un jeu).

¹⁶⁵ Le livre blanc peut-être téléchargé gratuitement sur le site Web de l'IGDA: www.igda.org/.

¹⁶⁶ Pour être compétitifs sur le marché actuel des jeux vidéo sportifs, certains jeux doivent acquérir des licences auprès de ligues sportives et d'associations de joueurs, afin d'avoir le droit de représenter les joueurs et leurs équipes avec les signes qui les caractérisent, tels que les logos, les maillots et les statistiques du sport concerné. En outre, les preneurs de licences souhaiteront également intégrer le nom et l'architecture des stades, ainsi que tous les panneaux, statues et images pouvant figurer dans ces lieux, afin de donner à l'utilisateur la sensation d'être à la place de l'athlète ou de l'équipe au cours d'une partie ou d'un événement. L'accord d'EA en 1984 avec Larry Bird et Julius Erving ("Dr. J"), deux des meilleurs joueurs de basketball de l'époque, semble avoir été le premier accord de licence sportive dans l'industrie du jeu vidéo. Leurs noms et leur apparence (bien que difficilement reconnaissables en raison des limitations des technologies d'alors) furent utilisés dans le jeu *Dr. J and Larry Bird Go One-On-One*, sorti sur Apple II et Commodore 64. *The licensing Game, Next Generation*, juillet 1998.

¹⁶⁷ En raison des coûts associés à la plupart des licences, les donneurs de licence ne traitaient normalement qu'avec des éditeurs ayant les moyens de supporter les garanties et autres engagements qu'ils exigent. Cependant, avec la possibilité croissante pour les développeurs de publier leurs jeux sans éditeur, directement auprès du consommateur, les donneurs de licence concèdent désormais des licences directes à des développeurs indépendants, en particulier pour les jeux sur mobiles et tablettes.

¹⁶⁸ Le sujet des licences cinématographiques a été couvert au fil des ans dans un certain nombre d'articles dont les suivants: Chris Kohler, *Why Games Based on Movies Disappeared (And Why They're Coming Back)* *Wired*, www.wired.com/gamelife/2013/02/movie-games/, Robert Levine, *Story Line Is Changing for Game Makers and Their Movie Deals*, *The New York Times*, 21 février 2005, pages 1B, 5, www.nytimes.com/2005/02/21/technology/21game.html?_r=0. Pour les fabricants de jeux: <http://tvropes.org/pmwiki/pmwiki.php/Main/TheProblemWithlicensedGames>.

¹⁶⁹ Les jeux basés sur des jouets tels que Lego ou Tortues Ninja, par exemple, ont connu un très large succès au cours des trois dernières décennies.

¹⁷⁰ Par exemple, les logos d'équipes sportives (le jeu de football *Madden* de la société EA, basé sur des licences de la NFL (ligue nationale de football américain) et de l'association des joueurs de la NFL), de la FIFA et de divers constructeurs d'automobiles. La prise de licence sur un logiciel tel qu'un intergiciel pour aider au développement d'un jeu est également une possibilité.

¹⁷¹ En règle générale, le preneur de licence souhaitera lancer son jeu au moment de la sortie cinématographique du film pour profiter de la couverture de presse, de la publicité et de la promotion qui l'accompagnent à travers le monde, ainsi que de l'association instinctive qui se fait dans l'esprit du consommateur entre les péripéties et les personnages du film et son jeu. Il peut en outre bénéficier de possibilités de promotion croisée entre le jeu vidéo et le film (par exemple la mention du jeu sur les affiches du film ou l'insertion dans le jeu d'annonces faisant la promotion du film).

¹⁷² Il peut y avoir des cas où une licence, tout en offrant des avantages supplémentaires au preneur de licence, en présente également pour le donneur de licence, du fait de son association à un jeu. Il existe ainsi, quoique à une échelle moins importante, des licences qui prévoient des possibilités de promotion croisée et de placement de produits ou des licences gratuites. Dans un accord de promotion croisée, le preneur de licence intègre la marque du donneur de licence dans le jeu, et en échange, le donneur de licence fait la promotion du jeu avec sa marque. Par exemple, un fabricant de ballons de football accorde à un preneur de licence le droit de faire figurer son nom de fabricant sur les ballons qui apparaissent dans le jeu, et place en échange sur les ballons qu'il commercialise une étiquette faisant référence au jeu. Dans un accord de placement de produit, le donneur de licence verse une somme d'argent au preneur de licence ou le compense d'une autre manière pour que sa marque soit représentée dans le jeu. Le raisonnement est le même que pour les films, et le donneur de licence peut estimer que le bénéfice du placement de son produit dans le jeu justifie une rémunération du preneur de licence. Les personnages d'un jeu peuvent, par exemple, porter une ligne de vêtements particulière. Dans le cas d'une licence gratuite, le preneur de licence reçoit l'autorisation du donneur de licence de placer sa marque dans son jeu sans contrepartie monétaire ou commerciale. Le but est d'améliorer le réalisme du jeu en échange de la possibilité pour le donneur de licence de promouvoir son image de marque. Par exemple, le nom et l'architecture d'un stade peuvent être mis à la disposition des développeurs d'un jeu vidéo de sport. L'avantage recherché par le donneur de licence est alors que le jeu augmente la notoriété du stade auprès de la clientèle cible du preneur de licence, a fortiori lorsque le nom du stade est inspiré par une marque (par exemple AT&T Park, qui est le stade de l'équipe américaine de baseball des Giants de San Francisco).

¹⁷³ Voir www.canada.com/topics/technology/games/story.html?id=2285e0f0-a77a-4536-bec8-6aca99027d7c&k=10775.

¹⁷⁴ Dans l'affaire *Brown c. Entertainment Merchants Association*, 131 S. Ct. 2729 (2011), la Cour suprême des États-Unis d'Amérique a déclaré inconstitutionnelle la section 1746-1746.5 du Code civil de la Californie, qui interdisait la vente ou la location des "jeux vidéo violents" à des mineurs et exigeait l'apposition de la mention "18" sur leur emballage, statuant que les jeux vidéo comme les livres, les pièces de théâtre et les films bénéficient de la protection du Premier amendement de la Constitution aux États-Unis d'Amérique sous réserve de quelques exceptions limitées telles que l'obscénité, l'incitation à la violence et les propos provocateurs.

Le texte en question s'appliquait aux jeux "dans lesquels l'éventail des possibilités offertes au joueur comprend le fait de tuer, mutiler, démembrer ou agresser sexuellement l'image d'un être humain, si ces actes sont représentés" d'une manière "i) qu'une personne raisonnable, considérant le jeu dans son ensemble, verrait comme une incitation pour les mineurs à un comportement déviant ou morbide, ii) qui serait manifestement choquante au regard des normes en vigueur dans la communauté quant à ce qui est adapté aux mineurs et iii) qui ferait que le jeu, dans son ensemble, serait dénué de valeur littéraire, artistique, politique ou scientifique sérieuse pour les mineurs." 1746(d)(1)(A). L'inobservation de cette disposition était sanctionnée par une amende pouvant atteindre 1000 dollars. La Cour a rejeté l'argument de l'État de Californie selon laquelle les jeux vidéo "interactifs" présentent des problèmes particuliers en ce sens que le joueur participe à l'action violente à l'écran et détermine son résultat, observant que la rédaction de la loi était trop large et ne pouvait répondre aux exigences du contrôle de légalité. La Cour a ajouté que les jeux vidéo "communiquent des idées à travers des procédés littéraires connus et des mécanismes propres au support" et que "les principes fondamentaux de la liberté d'expression (...) ne varient pas lorsque apparaît un moyen de communication nouveau et différent." *Joseph Burstyn, Inc. c. Wilson*, 343 US 495, 503. Eu égard à cette protection nouvelle dont bénéficient les jeux vidéo en vertu du Premier amendement, il est possible que les preneurs de licence soient plus enclins à contester la nécessité



des licences dans certaines situations, dans la mesure où elles ne sont peut-être pas requises dans d'autres formes de divertissement. Voir <http://www.gamesindustry.biz/articles/2013-05-08-ea-drops-gun-licenses-will-use-them-anyway>. Voir aussi http://lsglegal.com/index.php?option=com_content&view=article&id=162&Itemid=60 à propos d'un litige sur l'utilisation par Electronic Arts des hélicoptères Bell. L'affaire a été réglée à l'amiable.

¹⁷⁵ Rapport annuel THQ, 2011.

¹⁷⁶ Voir le chapitre 3.

¹⁷⁷ Un donneur de licence peut avoir une équipe interne dédiée à la concession de licences ou être représenté par des agents chargés de négocier avec les preneurs de licence potentiels. En effet, le donneur de licence n'a peut-être pas les ressources ou les compétences nécessaires pour s'engager dans un programme de licence, et engage par conséquent un agent en contrepartie d'une redevance basée sur les ventes, pour négocier les contrats, examiner les états financiers, approuver divers éléments et traiter au quotidien avec le preneur de licence.

¹⁷⁸ Cet aspect fait souvent l'objet de débats interminables entre les parties. Le preneur de licence veut généralement avoir la possibilité de reproduire aussi fidèlement que possible dans son jeu la propriété intellectuelle concédée. Le donneur de licence veut généralement avoir un apport créatif, voire un véritable contrôle créatif, sur la réalisation de cette reproduction. De plus, il souhaitera souvent également avoir un droit de regard, ou même un droit de veto, sur la façon dont la propriété intellectuelle concédée est utilisée dans le jeu (en reprenant l'exemple des voitures, il est très courant pour les donneurs de licence d'insister sur le fait que tout dommage causé aux voitures concédées doit être réaliste, non disproportionné et en accord avec les directives globales de la marque en matière d'image et de politique commerciale).

¹⁷⁹ La négociation d'une licence cinématographique peut nécessiter la participation du producteur, du réalisateur et des acteurs du film, ainsi que celle de personnes travaillant dans la division des jeux vidéo. Coordonner les droits d'approbation de chacun peut parfois être difficile, prendre du temps et aboutir à des réponses contradictoires.

¹⁸⁰ Il arrive que deux donneurs de licence soient en mesure de concéder des droits sur un objet de propriété intellectuelle. Si le preneur de licence ne réussit pas à obtenir une licence de l'un, il a donc la possibilité, dans une telle situation, de se tourner vers l'autre, quoique les droits qui lui seront concédés ne seront pas exactement les mêmes. Par exemple, une bande dessinée adaptée au cinéma a potentiellement deux donneurs de licence, l'un étant le créateur initial de la bande dessinée et l'autre, le titulaire du droit d'auteur sur le film. Sous réserve de son accord avec le studio titulaire des droits sur le film, le créateur de la bande dessinée pourrait accorder une licence sur le scénario et les personnages de la bande dessinée, mais pas sur les acteurs (c'est-à-dire sur leur nom et leur apparence) et les révisions du scénario de la bande dessinée effectuées par le studio. Par conséquent, ce dernier pourrait avoir le droit d'accorder une licence sur le film adapté de la bande dessinée, qui viserait tous les éléments présents dans le film. Pour le jeu vidéo *Walking Dead*, les droits de l'auteur de la série de bandes dessinées étaient détenus par le studio Telltale Games, et les droits sur la série télévisée de la chaîne AMC étaient détenus par Activision.

¹⁸¹ Dès lors qu'un syndicat d'artistes est impliqué, les preneurs de licence doivent payer des salaires conformes aux normes syndicales, accorder les avantages sociaux médicaux et se conformer aux exigences en matière de temps de travail ainsi qu'aux différentes limitations professionnelles. En outre, le jeu est alors soumis à une redevance de réutilisation. Voir la convention collective interactive à l'adresse <http://www.sagaftra.org/production-center/interactive/documents>. Une fois que le preneur de licence a signé la convention du syndicat professionnel américain SAG-AFTRA

(Screen Actors Guild-American Federation of Television and Radio Artists), il est tenu de contracter par l'intermédiaire de l'union des artistes pour tous les jeux qu'il développe par la suite. C'est pourquoi de nombreux preneurs de licence utilisent une entité tierce pour engager des talents syndiqués.

¹⁸² Voir le chapitre 4.3.10.

¹⁸³ Certains contrats (généralement exclusifs) prévoient que si le preneur de licence n'exploite pas certains droits dans un laps de temps donné, ou peut-être même sur un territoire particulier, ces droits deviennent non exclusifs ou reviennent au donneur de licence sans entraîner de réduction sur les garanties fournies. Une ligue de sport ou d'autres donneurs de licence titulaires de droits sur des créations très connues (par exemple *Star Wars* ou *Harry Potter*) pourraient préférer accorder des licences non exclusives, et cela pour plusieurs raisons: i) la concurrence peut conduire à de meilleurs produits, ii) plusieurs entreprises fournissant des garanties en échange d'une licence pourraient rapporter plus de revenus qu'une seule licence exclusive ou iii) cela réduit les risques dans l'hypothèse où un preneur de licence aurait des problèmes de développement et serait incapable de procéder au lancement d'un jeu, ou celle où son jeu serait retardé, car les autres preneurs de licence sont encore là pour sortir un jeu à temps. En revanche, le donneur de licence pourrait décider d'accorder une licence exclusive parce qu'il pense que les garanties et les redevances seront ainsi supérieures à celles versées par plusieurs preneurs de licence et qu'une moins grande supervision sera nécessaire de sa part, puisqu'il travaillera avec un seul preneur de licence.

¹⁸⁴ La somme d'argent payée en contrepartie des droits sera probablement le paramètre le plus important lors du choix des plateformes à accorder à un preneur de licence, mais le donneur de licence devra également prendre en compte la capacité du preneur de licence à développer, vendre, distribuer et commercialiser le jeu sur différentes plateformes. Il aura, par exemple, tout intérêt à enquêter sur les antécédents du preneur de licence pour apprécier le succès de ses jeux précédents, ainsi que sa compétence à distribuer et commercialiser des jeux sur le territoire et les différentes plateformes pour lesquels il demande des droits.

¹⁸⁵ En outre, s'il y a une clause de retenue, le donneur de licence demandera qu'une date limite de lancement par le preneur de licence principal soit fixée, afin d'éviter tout retard de la part de ce dernier.

¹⁸⁶ Bien que les ventes des jeux diminuent au fil du temps, un jeu à succès peut encore connaître d'excellents résultats plusieurs mois après son premier lancement, grâce à des baisses de prix et en se qualifiant pour participer à des opérations susceptibles de générer des revenus supplémentaires comme les "palmarès du meilleur jeu" proposés par les fabricants de consoles.

¹⁸⁷ Par exemple, un preneur de licence qui est intéressé par un nouveau film ne peut pas en prédire le succès, mais cela ne l'empêche pas d'espérer qu'en associant son jeu à un film proposant une distribution prestigieuse, un budget adéquat, une date de lancement réaliste, ainsi que des engagements précis en matière de date de lancement et d'efforts de commercialisation, il augmente ses chances de rentabiliser son investissement et de limiter le plus possible ses risques. En outre, la contrepartie versée au donneur de licence peut dépendre du montant des recettes que réalisera le film lors de sa sortie en salle.

¹⁸⁸ Gregory J. Battersby & Danny Simon, *Basics of Licensing: How to Extend Brand and Entertainment Properties for Profit*, 84 (Kent Press 2012).

¹⁸⁹ Les taux de redevance varieront selon certains paramètres, mais il n'y a pas de plafond autre que celui imposé par les conditions du marché. Voir Theodore M. Hagelin, *Technology Innovation Law and Practice: Case and Materials* 396 (LexisNexis 2011).



- ¹⁹⁰ Dans certains accords, les donneurs de licence peuvent insister pour que les taux de redevance soient calculés, non pas sur la base des recettes perçues, mais sur le total des produits vendus, expédiés ou distribués par le preneur de licence, même si les recettes ne sont pas perçues, ce qui place le risque sur le preneur de licence en cas de défaut de paiement d'une tierce partie. Les autres points qui devront être abordés lors de la détermination des redevances concerteront les unités soldées et les copies distribuées gratuitement à des tiers, éventuellement sous réserve d'un plafond.
- ¹⁹¹ Même si les coûts sont inférieurs à certains égards en ce qui concerne le lancement d'un jeu, il est possible que le preneur de licence soit tout de même obligé d'engager certaines autres dépenses propres à la plateforme utilisée, et que cela justifie de ne pas augmenter le taux de redevance. Un exemple serait le coût de mise à jour des jeux.
- ¹⁹² Si une échelle variable est utilisée, il est important d'établir la manière dont ces niveaux de ventes seront calculés. Toutes les ventes du jeu, quel qu'en soit le prix, seront-elles comptabilisées ou le jeu doit-il être vendu à un prix minimum?
- ¹⁹³ Un scénario envisageable est celui d'un partage des coûts de commercialisation entre les parties permettant de déduire des revenus un certain pourcentage des coûts, avec possibilité d'augmentation du plafond fixé sous réserve de l'accord des deux parties.
- ¹⁹⁴ Article 101 du Copyright Act. Voir Gary Myers, Concise Hornbooks: *Principles of Intellectual Property Law* (Thomson West 2008).
- ¹⁹⁵ Le preneur de licence ne peut pas transférer le code source et les outils concédés par des fabricants de consoles et des tiers.
- ¹⁹⁶ Il est souvent recommandé de joindre au contrat un modèle d'état financier acceptable par les deux parties, afin d'éviter tout désaccord sur ce que le preneur de licence fera figurer dans les siens.
- ¹⁹⁷ Sauf en cas d'erreur légitime ou de bonne foi, le défaut du preneur de licence d'effectuer un versement de redevances en temps voulu l'oblige à payer des intérêts de retard sur le montant dû. Il peut arriver que l'auditeur révèle une erreur favorable au preneur de licence, auquel cas le donneur de licence doit rembourser le surplus des sommes payées par le preneur de licence ou, le cas échéant, émettre un avoir à déduire des redevances futures.
- ¹⁹⁸ Le preneur de licence ne veut pas se trouver dans une situation où un tiers revendiquerait des droits sur l'objet concédé, car cela pourrait donner lieu à un contentieux et à une ordonnance de cessation de la distribution d'un jeu.
- ¹⁹⁹ Le donneur de licence cherchera à limiter cette déclaration et garantie sur la base de son droit d'approbation et de l'exclusion de toute modification de l'objet concédé, que cette dernière ait ou non reçu son approbation.
- ²⁰⁰ Les risques d'un contentieux peuvent primer sur les avantages potentiels si ce dernier est susceptible d'entraver le développement du jeu.
- ²⁰¹ Voir le chapitre 4.3.9.
- ²⁰² Dans de nombreux contrats de licence, le donneur de licence exigera également que le preneur de licence s'engage sur des actions commerciales convenues entre les parties, en garantissant qu'il dépensera une somme déterminée dans ces actions. Le montant en question pourra aussi bien être un forfait qu'un pourcentage basé sur les ventes prévisionnelles du jeu (par exemple 5% des recettes nettes prévues). La formule des ventes prévisionnelles peut poser problème au preneur de licence si celles-ci sont largement supérieures aux ventes réelles, de sorte que les recettes ne suffisent pas à couvrir les coûts de commercialisation.

Les actions commerciales peuvent utiliser des supports tels que la télévision, la presse écrite, Internet, l'organisation d'événements, etc. Si le preneur de licence accepte cette condition, il a tout intérêt à intégrer les dépenses correspondantes dans le calcul de la contrepartie versée au donneur de licence, quoiqu'elles favoriseront au final les deux parties en augmentant la notoriété du jeu, ce qui se traduit normalement par une augmentation des ventes. Par exemple, un engagement à consacrer plus d'argent à des actions commerciales peut conduire à une réduction du taux de redevance ou du minimum garanti. Les parties devront décider ensemble des actions sur lesquelles l'argent sera dépensé, du moment où il le sera (généralement dans les premiers mois suivant la sortie du jeu), et des pays dans lesquels il le sera. Dans certains cas, le donneur de licence voudra qu'une partie de l'argent soit consacrée à des actions commerciales dont il aura l'initiative – par exemple, le parrainage d'un événement du donneur de licence. Cela ne devrait être accepté que si l'événement contribue à dynamiser les ventes.

²⁰³ Cynthia Cannady, *Technology Licensing and Development Agreements* 171 (Oxford University Press 2013).

²⁰⁴ Voir le chapitre 4.3.11.

²⁰⁵ Dans la plupart des cas, les donneurs de licence exigeront également du preneur de licence qu'il souscrive une assurance responsabilité du fait des produits, une assurance responsabilité civile et éventuellement une assurance publicitaire pendant toute la durée du contrat. Le preneur de licence doit alors fournir dans un délai déterminé (généralement 30 jours) au donneur de licence une attestation d'assurance indiquant le montant assuré et désignant le donneur de licence comme assuré supplémentaire. Les preneurs de licence devraient également exiger que les donneurs de licence souscrivent à une assurance responsabilité pour erreurs et omissions.

²⁰⁶ Il existe généralement deux types de plafonds dans les polices d'assurance responsabilité pour erreurs et omissions, l'un par réclamation, et l'autre pour le total des réclamations. Les polices sont habituellement plafonnées à 1 million de dollars par réclamation et 3 millions de dollars pour le total des réclamations. Par conséquent, avec une police de ce type, la compagnie d'assurance ne versera jamais plus de 1 million de dollars pour une réclamation, quelle qu'elle soit. De plus, l'assuré doit bien comprendre comment la police est rédigée, et vérifier s'il s'agit d'une couverture par réclamation ou par événement, car cela entraînera également une limitation supplémentaire. Avec une couverture par réclamation, la police d'assurance ne couvre que les réclamations faites au cours de la période d'assurance. Par exemple, si une police d'assurance court du 1er janvier 2012 au 1er janvier 2013 et qu'une réclamation est déposée contre l'assuré le 1er février 2013, pour une atteinte au droit d'auteur survenue en décembre 2012, l'assurance ne couvrira pas la réclamation, bien que la date de l'atteinte alléguée se situe pendant la période assurée. Autrement dit, la date à laquelle s'est produite l'infraction n'a aucune incidence. En revanche, avec une couverture par événement, le contrat n'entre pas en vigueur lors du dépôt de la réclamation, mais lors de la survenance de l'événement donnant lieu à la réclamation. Dans l'exemple ci-dessus, si l'assuré avait eu une couverture par événement, l'atteinte alléguée au droit d'auteur aurait été couverte par la police d'assurance. Voir Ted Gerges, *Providers in the Digital Age*, in *Counseling Content Providers In The Digital Age* 281-291 (Kathleen Conkey, Elissa D. Hecker & Pamela C. Jones eds., New York State Bar Association 2010).

²⁰⁷ Dans le cadre d'une police d'assurance responsabilité pour erreurs et omissions, les compagnies d'assurance voudront généralement orienter l'assuré vers un certain cabinet d'avocats, et cela afin de s'assurer qu'il soit représenté par un cabinet compétent, capable de le défendre dans le ressort où est introduite la réclamation et dont les honoraires sont à la portée de la compagnie d'assurance. Ce point devrait cependant être discuté avec la compagnie d'assurance, car l'assuré peut préférer travailler avec son propre cabinet.



²⁰⁸ Aux États-Unis d'Amérique, la partie qui sollicite une injonction doit démontrer qu'elle subira un préjudice irréparable si une compensation équitable lui est refusée. Lorsque les dommages-intérêts constituent une réparation adéquate, aucune mesure d'injonction n'est accordée. *Delphine Software International c. Electronic Arts, Inc.*. Cour fédérale du district sud de New York, 18 août 1999, No. Civ. 4454 AG AS, 1999 WL 627413. L'affaire Delphine traite d'une mesure d'injonction visant des informations confidentielles.

²⁰⁹ Voir Russell Weaver, Elaine Shoben & Michael Kelly, Concise Hornbooks: *Principles of Remedies Law* (Thomson West 2007).

²¹⁰ Voir la note 289.

²¹¹ Russell Weaver, Elaine Shoben & Michael Kelly, *supra*, 224-7.

²¹² La musique, ou plus précisément chaque "chanson" comporte deux éléments distincts susceptibles d'être protégés par le droit d'auteur: i) la composition (qui comprend les paroles, les notes, l'accompagnement musical et les arrangements musicaux), et ii) l'enregistrement sonore original (qui est la version réellement enregistrée d'une composition particulière). Sauf indication contraire, dans le présent chapitre le terme "musique" s'entend à la fois de la composition et de l'enregistrement sonore original.

²¹³ Des problèmes de manque de mémoire et d'espace sur le disque pourraient apparaître selon le volume de données musicales prévu dans le jeu.

²¹⁴ Une fois que le scénario du jeu est prêt, les développeurs organisent ce qu'on appelle une session de repérage, au cours de laquelle ils analysent le scénario pour déterminer quelles scènes ont besoin de musique, quel type de musique convient à chacune, et s'il faut écrire une musique originale ou utiliser une musique existante sous licence.

²¹⁵ Danny Elfman, qui a écrit la musique de nombreux films de Tim Burton, et qui faisait autrefois partie du groupe de musique Oingo Boingo, a également écrit des musiques de jeux (www.giantbomb.com/danny-elfman/3040-45016/). Hans Zimmer, qui a composé plus de 50 musiques de films, notamment pour *Rain Man*, *le Roi lion*, *Gladiator* et *The Dark Knight Rises*, a aussi écrit la musique de nombreux jeux, en particulier *Modern Warfare 2*. Ramim Djawadi a composé la musique du film *Iron Man* et du jeu vidéo *Medal of Honor: Warfighter* <http://herocomplex.latimes.com/games/for-composers-video-games-are-the-surreal-land-of-opportunity/>.

²¹⁶ Pamela C. Jones & Melinda L. Lee, Rights and Clearances, in *Counseling Content Providers in the Digital Age* (Kathleen Conkey, Elissa D. Hecker & Pamela C. Jones eds., New York State Bar Association 2010).

²¹⁷ Un développeur peut envisager d'engager un compositeur uniquement pour créer une chanson originale pour un jeu.

²¹⁸ La musique de réserve provient de bases de données spécialisées; elle s'accompagne de droits de synchronisation et de droits sur l'enregistrement original qui autorisent généralement toute utilisation.

²¹⁹ Les droits de synchronisation sont généralement obtenus auprès de l'auteur ou de l'éditeur de la composition. Les droits d'exploitation de l'original sont généralement obtenus auprès de la maison de disques qui est propriétaire de l'enregistrement sonore original ou titulaire de ses droits.

²²⁰ En général, les droits de licence sont non exclusifs.

²²¹ En général, les maisons de disques limitent leurs engagements et garanties; elles n'accordent parfois que des droits en échange d'un acte de renonciation ou des droits sur le produit "en l'état", notamment pour des musiques plus anciennes, et

transfèrent ainsi le risque vers le preneur de licence. Gary Morris & Richard Beyman, *Licensing Intellectual Property, in Business & Legal Primer for Game Development*, 2007 (S. Gregory Boyd & Brian J. Green eds., Charles River Media 2007). C'est donc au développeur qu'il incombe de déterminer si une procédure judiciaire est en cours ou s'il existe un litige à l'égard d'une chanson particulière.

- ²²² D'une manière générale, le développeur devrait éviter de verser des redevances et insister pour acquitter une somme forfaitaire en échange des droits, sauf si le fait de verser des redevances lui permet de réduire le montant initial à verser et présente un avantage économique. S'il doit verser des redevances, il doit alors envisager de leur fixer un plafond. Si le développeur accepte de payer des redevances, il devra envoyer des relevés de paiement, et il peut faire l'objet d'un contrôle à cet égard. Les parties peuvent aussi décider de fixer un montant forfaitaire tout en prévoyant des montants supplémentaires si les ventes du jeu atteignent un niveau donné. Si par exemple le jeu se vend à 500 000 exemplaires au prix de détail initialement proposé, un paiement supplémentaire de 5000 dollars É.-U. est versé au titulaire des droits sur la musique. Si les parties décident de prévoir le paiement d'une prime, il est important qu'elles définissent le prix de vente du jeu et de le prendre en compte dans le calcul de la prime. Ainsi, la vente du jeu à 50% du prix de gros initialement conseillé pourrait ne pas donner lieu au versement d'une prime. Le développeur doit aussi déterminer s'il doit acquitter d'autres droits sur la musique que celui de l'enregistrement original et de la synchronisation. Des droits doivent-ils par exemple être versés à des musiciens au titre d'une cotisation syndicale, ou existe-t-il des droits de réutilisation ou des taxes résiduelles? Tel pourrait être le cas si la partition originale a été écrite avec l'aide d'un orchestre qui l'a exécutée en direct aux États-Unis d'Amérique, ou dans certains cas si une musique d'orchestre dont les droits appartiennent à une maison de disque a été jouée en direct par un orchestre.
- ²²³ Le développeur devra souvent s'engager sur ou garantir le fait que le jeu et tout message publicitaire comportant la musique ne portent pas atteinte aux droits de tierces parties, et devra prévoir d'indemniser le donneur de licence en cas de violation de cet engagement ou garantie.
- ²²⁴ Voir Jeffrey Brabec & Todd Brabec, *Music Money and Success: The Insider's Guide to Making Money in the Music Business*, 481-484 (Schirmer Trade Books, cinquième édition, 2006). C'est un ouvrage remarquable sur le secteur de la musique et les différentes questions liées aux types de contrats concernant la musique. Sa sixième édition est parue en 2009.
- ²²⁵ Il existe différentes sociétés spécialisées dans la musique de réserve aux États-Unis d'Amérique, notamment Associated Production Music (APM), Manhattan Production Music, Megatrax, Killer Tracks et Opus 1.
- ²²⁶ Voir Dianne Brinson & Mark Radcliffe, *Multimedia Law and Business Handbook* (Ladera Press 1997).
- ²²⁷ Stephen Fishman, *The Public Domain: How to Find and Use Copyright-free Writings, Music, Art and More*, 87-126, 297-314 (nolo, sixième édition, 2012). Voir aussi www.copyrightfree.blogspot.com.
- ²²⁸ Sony et Nintendo fabriquent tous deux des consoles de jeux ainsi que des appareils portatifs de poche, comme la 3DS de Nintendo et la PSP ou la Vita de Sony. Le présent chapitre porte surtout sur les consoles de jeux, quoique de nombreuses politiques adoptées par les propriétaires de ces plateformes s'appliquent aussi aux appareils de poche.
- ²²⁹ Il faut entre 12 mois et 3 ans pour développer un jeu destiné à une console, et le coût moyen de production des jeux les plus connus se situe généralement entre 10 et 60 millions de dollars É.-U. (rapport annuel de la société Take-Two Interactive Software Inc.) Le coût de certains jeux a dépassé les 100 millions de dollars É.-U. (voir <http://>



tech2.in/opinions/gaming/are-big-budgets-killing-the-video-game-industry/536622). Peu de jeux très connus sont développés en moins d'un an, sauf s'il s'agit de grands jeux de sport, qui sont généralement liés à une association professionnelle sportive et qui tendent à paraître chaque année pour la nouvelle saison de sport.

²³⁰ Cette baisse des ventes en magasin de jeux destinés aux consoles observée au cours des dernières années s'explique par de nombreux facteurs, notamment: i) la croissance des jeux sur téléphone mobile, qui ont acquis la majeure partie du marché du jeu occasionnel; ii) la croissance des achats de jeux en ligne; iii) le ralentissement économique mondial; et iv) la fin du cycle de vie des consoles telles que la PlayStation 3, la Xbox 360 de Microsoft et la Wii de Nintendo. En général, lorsque de nouvelles consoles sont annoncées et commercialisées, les consommateurs tendent à réduire leurs achats de jeux en prévision de l'achat de la nouvelle console (Majesco Entertainment Company et Electronic Arts Inc., rapport annuel 2012).

²³¹ http://www.theesa.com/facts/pdfs/ESA_EF_2013.pdf.

²³² Nintendo a lancé sa nouvelle console, la Wii U, en décembre 2012, mais celle-ci a connu des débuts très difficiles, notamment du fait que pour beaucoup de joueurs, il n'existe pas suffisamment de jeux de bonne qualité pour contribuer à faire décoller les ventes (Matt Martin, *Nintendo Misses Profits Forecasts by 50% Due to weak Wii U, 3DS Sales* (24 avril 2013), <http://www.gamesindustry.biz/articles/2013-04-24-nintendo-misses-profitsforecasts-by-50-percent-due-to-weak-wii-u-3ds-sales>). Sans l'appui de tierces parties pour développer des jeux, la Wii U pourrait connaître un triste sort, bien que Nintendo ait toujours développé ses propres jeux pour soutenir les ventes de ses consoles. Traditionnellement, si une plateforme connaît peu de succès sur le marché, les éditeurs et développeurs de jeux hésitent à s'engager dans la création de jeux pour celle-ci du fait qu'ils pourraient utiliser leurs ressources (finances et personnel) pour développer des jeux destinés à d'autres consoles. Les éditeurs doivent engager des ressources bien avant la commercialisation d'une nouvelle console, et en général le coût de développement d'un jeu pour une nouvelle console est supérieur à celui d'un jeu destiné à une console plus ancienne, en raison des nouvelles capacités et des nouvelles technologies. Qu'il s'agisse d'une console ou d'un appareil de poche, toute nouvelle plateforme peut connaître le succès comme l'échec; il peut donc être difficile pour un éditeur ou un développeur de jeux de décider de la plateforme avec laquelle il va travailler.

²³³ Ainsi, en 2012, 79,5% des revenus nets de la société Take-Two provenaient des ventes de consoles (rapports annuels 2012 des sociétés Take-Two Interactive Software, Inc. et Activision Blizzard Inc.). Les ventes de produits pour console représentaient 45% des recettes de d'activision/blizzard en 2012, selon son rapport annuel. Soixante pour cent des revenus de la société EA provenaient des ventes de produits et services destinés à la PlayStation 3 et à la Xbox 360 (rapport annuel 2012 de la société Electronic Arts Inc.) On observe deux grandes tendances dans les ventes en magasin: i) l'importance croissante des jeux très connus, qui tendent à être développés sous franchise et ont les budgets de développement les plus élevés. Selon le New York Times, les 20 jeux les plus vendus en 2012 représentaient 41% des ventes totales de jeux vidéo en magasin aux États-Unis d'Amérique, soit près de deux fois plus qu'une décennie plus tôt (www.nytimes.com/2013/09/30/technology/a-shrinking-list-of-blockbusters-dominates-video-games.html); et ii) une forte proportion des ventes est réalisée pendant les fêtes de fin d'année, au quatrième trimestre (rapport annuel 2012 de la société Activision Blizzard Inc.).

²³⁴ Avec l'apparition des générations de plateformes les plus récentes, certains constructeurs ont annoncé qu'il serait plus facile, pour les développeurs indépendants, de créer des jeux que par le passé. Voir www.gamasutra.com/view/news/189271/Sony_kills_concept_approval_makes_moves_to_get_indies_onto_PS4.php; www.gamasutra.com/view/news/189180/; <http://wiiudaily.com/2013/04/wii-u-developers-free-dev-kits/>; www.xbox.com/en-US/developers/faq.

²³⁵ www.gamesindustry.biz/articles/2013-10-03-digital-console-revenue-to-surpass-pc-this-year.

²³⁶ Avec le lancement récent de la PlayStation 4 et de la Xbox One, qui sont dotées de nouvelles fonctionnalités, avec l'importance croissante des jeux téléchargeables par le biais de la plateforme de distribution numérique des constructeurs de consoles, et avec la reconnaissance de l'importance croissante des développeurs indépendants, on peut s'attendre à ce que les procédures, les difficultés d'entrée, les questions juridiques et les directives établies par les constructeurs de consoles continuent à évoluer pour tenir compte des bouleversements intervenant dans le monde du jeu vidéo.

²³⁷ Les droits au respect de la vie privée, les droits de propriété intellectuelle, les droits de publicité, la création de contenus par les utilisateurs finaux, la réglementation des contenus et les politiques de monétisation, notamment celles qui concernent des monnaies virtuelles, font partie des questions qui pourraient prendre une importance croissante à l'avenir dans le domaine juridique.

²³⁸ Beaucoup de commentaires figurant dans ce chapitre reposent sur différents rapports présentés à la Commission des titres et de la Bourse des États-Unis d'Amérique (SEC) au titre du formulaire 10Q. La plupart de ces documents ont déjà quelques années, mais ce sont les seuls documents publics disponibles illustrant la relation contractuelle entre les grands constructeurs de consoles de jeux et divers éditeurs de jeux vidéo. Aux fins du présent chapitre, l'auteur a analysé les dispositions de ces documents publics et a formé des hypothèses sur ce qui pourrait faire l'objet de nouveaux accords. Il a formé l'hypothèse que malgré les modifications apportées à ces documents, de nombreuses conditions devraient probablement rester identiques à celles des précédents accords.

²³⁹ Depuis le lancement de la Xbox de Microsoft en 2001, les principaux constructeurs de consoles sont Nintendo, Sony et Microsoft. Nintendo, la seule entreprise sur les trois à être active uniquement dans le secteur des jeux vidéo, produit des consoles de jeux depuis les années 70. Elle a mis en place le *Nintendo Entertainment System* (NES), que beaucoup considèrent comme la première plateforme moderne de jeux vidéo; ce système a été d'abord lancé au Japon en 1983, puis aux États-Unis d'Amérique deux ans plus tard. La console de jeux vidéo de poche de Nintendo, appelé la DS, est celle qui a rencontré le plus grand succès commercial parmi les systèmes exclusivement consacrés aux jeux. La grande console de jeux de Nintendo, appelée la Wii, a été lancée en 2006 et a contribué à élargir le marché du jeu vidéo grâce à sa technologie sensible au mouvement. Voir www.xbitlabs.com/news/mobile/display/20121219125234_Nintendo_DS_Becomes_World_s_Best_Selling_Video_Game_Console_Ever.html. Nintendo a aussi été la première à commercialiser la dernière génération de consoles avec le lancement de la Wii en 2012. Sony est entré sur le marché de la console de jeux vidéo en 1995 avec la PlayStation, et elle a révolutionné le secteur avec sa technologie de jeu particulière. À un moment donné, Sony était en pourparlers avec Nintendo pour établir un partenariat en vue de construire un lecteur de CD-ROM pour le SNES de Nintendo (voir http://reviews.cnet.com/2300-9020_7-10015764.html). Sony a vendu plus de 100 millions de PlayStations et elle est rapidement devenue le premier constructeur de consoles de jeux au monde. Elle a ensuite lancé la PS2, qui a connu le plus grand succès commercial de l'histoire des consoles avec plus de 140 millions d'unités vendues. Elle a depuis lancé la PS3 en 2006 (voir http://en.wikipedia.org/wiki/Video_game_console). Microsoft est entrée sur le marché de la console en 2001 avec la Xbox, puis la Xbox Live, un service de jeu en ligne permettant aux utilisateurs finaux abonnés de télécharger des contenus. Quatre ans plus tard, Microsoft a lancé la Xbox 360. En novembre 2013, Sony avec la PlayStation 4 et Microsoft avec la Xbox One ont lancé la dernière génération de consoles dans plusieurs pays. Voir également les chapitres 1.1.1, 1.2.1 et 1.2.2.

²⁴⁰ Les développeurs et les éditeurs trouveront des informations les concernant sur les sites de constructeurs de consoles suivants: <http://us.playstation.com/develop>; <http://>



www.warioworld.com/apply/; www.xbox.com/en-US/developers?xr=footnav; <http://www.xbox.com/en-us/developers/id>; et <https://msdn.microsoft.com/fr-FR/dn308572>.

- ²⁴¹ Par le passé, pour certains constructeurs de consoles, les éditeurs devaient présenter des offres distinctes selon la région (États-Unis d'Amérique, Europe, Japon), les critères d'acceptation pouvant différer à chaque fois. Ainsi, un jeu accepté en Europe pouvait être refusé au Japon. Les constructeurs de consoles s'efforcent désormais de mettre en place une procédure d'offre unique, et la version originale d'un jeu peut se décliner en plusieurs versions répondant aux critères de différents comités d'évaluation et à différentes habitudes régionales. Les joueurs ne sont autorisés à utiliser que la version prévue pour leur pays.
- ²⁴² Un développeur ne peut vendre ses jeux en magasin, sauf s'il devient aussi éditeur ou s'il conclut un accord de distribution avec un éditeur. Voir www.xbox.com/en-US/developers/faq et www.warioworld.com/apply/. Voir aussi la partie du chapitre 2 concernant les relations entre développeur et éditeur.
- ²⁴³ L'éditeur ou le développeur doit signer un accord de confidentialité avec le constructeur de consoles avant que toute relation commerciale puisse être établie entre les parties. Du fait que les parties peuvent échanger des informations non publiques ou susceptibles de représenter un secret d'affaires, elles concluent un accord interdisant à la partie recevant les informations de révéler au public des informations confidentielles, sauf si cette révélation a été approuvée au préalable. Voir www.xbox.com/en-US/developers/faq. On trouvera aussi au chapitre 10 une analyse des accords de confidentialité.
- ²⁴⁴ Les constructeurs de consoles exigent un certain degré d'agrément ou imposent des conditions de confidentialité lorsqu'un sous-traitant est engagé pour travailler sur un jeu. Electronic Arts Inc., rapport trimestriel (formulaire 10-Q/A), Ex. 10.1 (30 avril 2010); Electronic Arts Inc., rapport trimestriel (formulaire 10-Q/A), Ex. 10.5 (10 novembre 2009).
- ²⁴⁵ www.xbox.com/en-US/developers/faq; <http://warioworld.com/apply/>. Avant d'établir une relation d'affaires avec un éditeur ou un développeur, certains constructeurs de consoles souhaitent parfois s'assurer aussi que les éléments fournis par leurs soins (par exemple des kits de développement) seront conservés dans un endroit sûr. <http://warioworld.com/apply/>.
- ²⁴⁶ www.xbox.com/en-US/developers/faq
- ²⁴⁷ Par exemple, selon le rapport annuel 2013 de la société EA, celle-ci ne prévoit pas de volume minimum d'achat.
- ²⁴⁸ Voir www.gamesradar.com/paying-exclusivity-why-its-here-stay/
- ²⁴⁹ THQ, rapport annuel 2011. Le matériel de développement dont les développeurs et les éditeurs ont besoin peut-être coûteux, surtout lorsque le développeur a besoin de nombreux équipements. L'éditeur et le développeur doivent donc prendre en compte ces coûts dans leur budget de développement, en particulier s'ils développent des jeux pour plusieurs plateformes. Dans certains cas, le constructeur de consoles accorde une réduction de certains coûts liés aux kits de développement pour encourager le développement de jeux destinés à ses différents systèmes. Voir <http://us.playstation.com/develop> et <http://www.xbox.com/en-us/developers/id>.
- ²⁵⁰ On trouvera au chapitre 11 une analyse des dispositions courantes figurant dans de nombreux accords. Ces dispositions se retrouveront probablement aussi dans les différents accords relatifs aux outils mis à disposition par les constructeurs de consoles.

²⁵¹ Le PlayStation Network de Sony, la Xbox Marketplace de Microsoft et le Nintendo Shop.

²⁵² Voir le chapitre 7.

²⁵³ Les prescriptions techniques sont différentes pour la vente en ligne et la vente en magasin.

²⁵⁴ Voir la partie du chapitre 2 concernant la relation entre l'éditeur et le développeur.

²⁵⁵ THQ, rapport annuel 2011. Les nouveaux accords de licence destinés aux éditeurs prévoient généralement aussi des droits sur la distribution numérique.

²⁵⁶ De plus, l'éditeur peut utiliser les marques du constructeur de consoles s'il a le consentement de ce dernier, et uniquement en liaison avec le travail nécessaire à la publication (production, vente et marketing) du jeu. Electronic Arts Inc., rapport trimestriel (formulaire 10-Q/A), Ex. 10.1 (30 avril 2010); Electronic Arts Inc., rapport trimestriel (formulaire 10-Q/A), Ex. 10.5 (10 novembre 2009); Majesco Entertainment Company, rapport trimestriel (formulaire 10-Q/A), Ex. 10.1 (17 janvier 2007).

²⁵⁷ Electronic Arts Inc., rapport trimestriel (formulaire 10-Q/A) Ex. 10.1 (30 avril 2010); rapport trimestriel (formulaire 10-Q/A), Ex. 10.5 (10 novembre 2009); rapport trimestriel (formulaire 10-Q/A), Ex. 10.1 (17 janvier 2007).

²⁵⁸ Activision Blizzard Inc., rapport annuel 2012.

²⁵⁹ Voir cependant le rapport trimestriel (formulaire 10-Q/A), Ex. 10.1 (17 janvier 2007) de Majesco Entertainment Company concernant les différentes politiques de soumission de jeux dans des cas particuliers et pour des jeux destinés à des territoires particuliers. Certains constructeurs de consoles peuvent exiger des développeurs qu'ils intègrent des éléments mettant en valeur les capacités de leurs plateformes (qu'il s'agisse de grandes consoles ou d'appareils portatifs). Un jeu permettant d'exploiter les spécificités matérielles d'une plateforme a donc une meilleure chance d'être approuvé par le constructeur. Pour la console Vita, Sony exige que le développeur intègre au moins dans son jeu la possibilité d'utiliser la caméra, l'application Near et les tablettes tactiles situées sur les faces avant et arrière de l'appareil. www.gamasutra.com/view/news/189271/

²⁶⁰ Voir la liste des étapes en annexe.

²⁶¹ THQ, rapport annuel 2011

²⁶² Electronic Arts Inc., rapport trimestriel (formulaire 10-Q/A), Ex. 10.1 (30 avril 2010); Electronic Arts Inc., rapport trimestriel (formulaire 10-Q/A), Ex. 10.5 (10 novembre 2009); Majesco Entertainment Company, rapport trimestriel (formulaire 10-Q/A), Ex. 10.1 (17 janvier 2007).

²⁶³ Le code peut-être soumis soit de manière électronique, soit sur un disque.

²⁶⁴ Le constructeur de consoles effectue ce qu'on appelle généralement les vérifications du constructeur ("First party Checks") pour s'assurer que le logiciel fonctionne correctement sur la plateforme concernée et ne contrevient à aucune de ses prescriptions techniques ou autres directives. L'éditeur ou le développeur doit impérativement éviter de présenter un jeu au constructeur en espérant que c'est celui-ci qui procédera aux essais initiaux, car cette méthode ne fait que retarder le processus d'approbation et augmenter les coûts.

²⁶⁵ Si la version présentée est approuvée, le constructeur fait passer la version finale en production (copie et emballage). Il faut généralement deux à trois semaines pour que le jeu soit commercialisé. Take-Two Interactive Software Inc., rapport annuel 2012. Si la proposition de version finale est refusée, l'éditeur devra la soumettre à nouveau plus



tard et le constructeur devra à nouveau l'examiner. L'éditeur peut parfois être autorisé à demander un examen accéléré de son jeu, par exemple pour respecter une date de lancement programmée, mais la plupart du temps cette procédure s'accompagne de frais supplémentaires.

²⁶⁶ Actuellement, les constructeurs de consoles exigent que la production de disques et de cartouches de jeux ainsi que des versions de démonstration soit assurée par leurs propres soins ou par leurs vendeurs agréés. Take-Two Interactive Software Inc., rapport annuel 2012. Cette méthode garantit que les mesures d'assurance qualité et de sécurité prévues par le constructeur soient appliquées conformément à ses prescriptions. Tout constructeur de consoles dispose d'un numéro de fabricant agréé qui lui donne le droit de reproduire des jeux et de les distribuer dans le monde entier. Cependant, Nintendo exige que ses produits distribués sous forme de cartouche (par exemple pour des systèmes de poche tels que la 3DS) soient reproduits par ses propres fabricants. Les éditeurs doivent donc prévoir de commander à l'avance les cartouches nécessaires aux jeux destinés aux plateformes Nintendo, car la capacité de production est limitée et il faut tenir compte du temps nécessaire à l'acheminement des cartouches depuis les usines de production au Japon. En revanche, pour des jeux distribués sur DVD, l'éditeur peut conclure un contrat avec n'importe quelle société spécialisée dans la reproduction de ces disques.

Même après avoir approuvé un jeu, le constructeur de consoles conserve le droit de demander à l'éditeur ou au développeur de corriger un défaut du jeu ou toute autre erreur, par exemple l'emploi inappropriate de l'une de ses marques de fabrique. Il peut aller jusqu'à rappeler le produit ou publier une mise à jour du jeu pour corriger le problème. Electronic Arts Inc., rapport trimestriel (formulaire 10-Q/A), Ex. 10.1 (30 avril 2010); Electronic Arts Inc., rapport trimestriel (formulaire 10-Q/A), Ex. 10.5 (10 novembre 2009); Majesco Entertainment Company, rapport trimestriel (formulaire 10-Q/A), Ex. 10.1 (17 janvier 2007).

²⁶⁷ Take-Two Interactive Software Inc., rapport annuel 2012. Dans le cadre de la soumission des éléments d'emballage, l'éditeur doit présenter la couverture avant et arrière du DVD ainsi que le livret inséré dans la boîte du jeu.

²⁶⁸ Electronic Arts Inc., rapport trimestriel (formulaire 10-Q/A), Ex. 10.1 (30 avril 2010); Electronic Arts Inc., rapport trimestriel (formulaire 10-Q/A), Ex. 10.5 (10 novembre 2009); Majesco Entertainment Company, rapport trimestriel (formulaire 10-Q/A), Ex. 10.1 (17 janvier 2007). Voir aussi la section 9.6 relative aux évaluations.

²⁶⁹ Id.

²⁷⁰ Electronic Arts Inc., rapport trimestriel (formulaire 10-Q/A), Ex. 10.5 (10 novembre 2009).

²⁷¹ THQ, rapport annuel 2011. De plus, certains constructeurs de consoles ont déjà interdit par le passé de faire de la publicité pour de tierces parties ou de montrer des produits de tierces parties (placement de produits) dans le jeu. Electronic Arts Inc., rapport trimestriel (formulaire 10-Q/A), Ex. 10.5 (10 novembre 2009).

²⁷² Dans certains cas, le nombre de fenêtres de lancement prévues pour des jeux indépendants peut-être limité. Les jeux commercialisés par voie électronique ne sont alors pas nécessairement lancés immédiatement après avoir obtenu l'agrément du constructeur de consoles.

²⁷³ Voir <http://www.forbes.com/sites/erikkain/2013/09/20/sony-to-take-a-loss-on-playstation-4-sales/> et *Home Videogame Platforms*, de Robin Lee (mars 2011), pp. 6 et 7.

²⁷⁴ *Secrets of The Game Business* 103 (Francois Dominic Laramee ed., Charles River Media, deuxième édition, 2005).

²⁷⁵ THQ, rapport annuel 2011.

²⁷⁶ Activision Blizzard Inc., rapport annuel 2012.

²⁷⁷ Id.

²⁷⁸ Comme pour la vente de n'importe quel type de produits, le taux de la redevance peut baisser à mesure que le nombre de commandes augmente dans une région donnée. Electronic Arts Inc., rapport trimestriel (formulaire 10-Q), Ex. 10.2 (10 novembre 2009); Majesco Entertainment Company, rapport trimestriel (formulaire 10-Q/A), Ex. 10.1 (17 janvier 2007).

Contrairement aux constructeurs de consoles, qui exigent le versement d'une redevance pour chaque unité de jeu produite, les fabricants d'ordinateurs personnels n'imposent aucune redevance.

²⁷⁹ Le taux des redevances peut varier selon le prix de vente au détail conseillé ou le prix de vente en gros d'un jeu. Electronic Arts Inc., rapport trimestriel (formulaire 10-Q/A), Ex. 10.2 (10 novembre 2009); Majesco Entertainment Company, rapport trimestriel (formulaire 10-Q/A), Ex. 10.1 (17 janvier 2007). Ainsi, un prix de vente en gros plus bas peut expliquer qu'un constructeur de consoles applique un taux de redevance plus faible. Les éditeurs versent habituellement des droits de licence ou des redevances en fonction du prix de gros initial ou du prix de vente au détail conseillé, même si le prix est baissé par la suite. En outre, hormis si le jeu entre dans la liste des meilleures ventes, toute commande ultérieure donne à nouveau lieu au paiement de redevances ou de droits de licence calculés à partir du prix de gros ou du prix au détail conseillé originaux. Par contre, si le prix de gros ou le prix de vente au détail conseillé augmente à un moment donné, l'éditeur devra verser des redevances ou des droits plus élevés sur ces unités. Id.

²⁸⁰ Take-Two Interactive Software Inc., rapport annuel 2012.

²⁸¹ Id.

²⁸² En général, les dépenses de marketing engagées pour vendre en magasin un jeu destiné à une console sont proportionnelles aux prévisions de vente. Pour déterminer le montant de son budget marketing, l'éditeur prend souvent en compte les facteurs suivants: i) le nombre d'unités qu'il pense vendre; ii) le budget total du jeu; iii) les conditions courantes du marché; iv) le budget marketing attribué à des jeux analogues; et v) les ventes précédentes de jeux franchisés, le cas échéant. La campagne de marketing peut-être menée à la télévision, dans la presse et en ligne, ainsi que par le biais du financement de manifestations ou d'espaces publicitaires extérieurs, mais aussi par publipostage et par promotion croisée. Outre le marketing direct, les éditeurs mènent aussi des campagnes publicitaires auprès des détaillants et d'autres canaux de commercialisation, notamment en distribuant des échantillons gratuits avant le lancement, en fournissant des présentoirs et en menant des campagnes publicitaires communes avec les détaillants. Il est difficile d'obtenir des renseignements sur les budgets marketing réels des jeux, car ces budgets sont parfois intégrés dans les coûts de développement. Pour les jeux les plus connus, ces budgets peuvent facilement s'élever à des dizaines de millions de dollars É.-U., surtout en cas de campagne télévisée. Voir https://fr.wikipedia.org/wiki/Left_4_Dead_2 et www.edge-online.com/features/left-4-deads-10m-ad-campaign/; le jeu GTA5 a coûté 265 millions de dollars É.-U. en développement et en marketing, voir www.ibtimes.com/gta-5-costs-265-million-develop-market-making-it-most-expensive-video-game-ever-produced-report.

²⁸³ Electronic Arts Inc., rapport annuel 2012. Voir aussi Electronic Arts Inc., rapport trimestriel (formulaire 10-Q/A), Ex. 10.1 (30 avril 2010); Electronic Arts Inc., rapport trimestriel (formulaire 10-Q/A), Ex. 10.5 (10 novembre 2009); Majesco Entertainment Company, rapport trimestriel (formulaire 10-Q/A), Ex. 10.1 (17 janvier 2007).



²⁸⁴ Electronic Arts Inc., rapport trimestriel (formulaire 10-Q/A), Ex. 10.1 (30 avril 2010); Electronic Arts Inc., rapport trimestriel (formulaire 10-Q/A), Ex. 10.5 (10 novembre 2009); Majesco Entertainment Company, rapport trimestriel (formulaire 10-Q/A), Ex. 10.1 (17 janvier 2007).

²⁸⁵ Id. Aux États-Unis d'Amérique, une garantie implicite de qualité marchande signifie essentiellement que les produits répondent à certains critères (comme l'adéquation au but auquel le produit est destiné), qu'ils sont emballés et étiquetés correctement et qu'ils sont conformes à toute déclaration figurant sur la boîte ou l'étiquette. U.C.C. #2-315; 314(2)(c).

²⁸⁶ Electronic Arts Inc., rapport trimestriel (formulaire 10-Q/A), Ex. 10.1 (30 avril 2010); Electronic Arts Inc., rapport trimestriel (formulaire 10-Q/A), Ex. 10.5 (10 novembre 2009); Majesco Entertainment Company, rapport trimestriel (formulaire 10-Q/A), Ex. 10.1 (17 janvier 2007). Aux États-Unis d'Amérique, chaque État peut restreindre l'applicabilité des limitations de responsabilité et un tribunal ne reconnaîtra pas la limite de responsabilité si une partie a commis une négligence grave, une fraude, un acte illicite ou un délit intentionnel. Cynthia Cannady, *Technology Licensing and Development Agreements* 275 (Oxford University Press 2103). Voir le Code civil de Californie, #1668.

²⁸⁷ Id.

²⁸⁸ Electronic Arts Inc., rapport annuel 2012. En outre, le constructeur de consoles peut souvent exiger dans ses accords que l'éditeur ou le développeur contracte différents types d'assurance pour couvrir d'éventuelles poursuites judiciaires à leur encontre ou à l'encontre du constructeur (ces assurances devant prévoir une indemnisation du constructeur). Certains types d'assurance peuvent prévoir une protection contre les blessures corporelles, couvrir la responsabilité sur le produit et assurer une protection en cas d'erreur ou d'omission. Ils couvrent également les poursuites engagées au titre d'une violation de la propriété intellectuelle. Voir les sections 2.2.15 et 4.3.9. Par ailleurs, comme tout donneur de licence, le constructeur de consoles va probablement exiger les éléments suivants: i) la définition des montants couverts et des franchises à certains niveaux selon le territoire ou la région; ii) une preuve d'assurance indiquant la couverture contractée et précisant que le constructeur fait partie des bénéficiaires supplémentaires de la police; et iii) l'obligation d'informer le constructeur dans un délai défini si l'assurance est résiliée ou modifiée. Majesco Entertainment Company, rapport trimestriel (formulaire 10-Q/A), Ex. 10.1 (17 janvier 2007).

²⁸⁹ THQ, rapport annuel 2011

²⁹⁰ Electronic Arts Inc., rapport trimestriel (formulaire 10-Q/A), Ex. 10.1 (30 avril 2010); Electronic Arts Inc., rapport trimestriel (formulaire 10-Q/A), Ex. 10.5 (10 novembre 2009); Majesco Entertainment Company, rapport trimestriel (formulaire 10-Q/A), Ex. 10.1 (17 janvier 2007).

²⁹¹ Electronic Arts Inc., rapport trimestriel (formulaire 10-Q/A), Ex. 10.1 (30 avril 2010).

²⁹² Electronic Arts Inc., rapport trimestriel (formulaire 10-Q/A), Ex. 10.1 (30 avril 2010); Electronic Arts Inc., rapport trimestriel (formulaire 10-Q/A), Ex. 10.5 (10 novembre 2009).

²⁹³ Voir la section 10.3.2 concernant les exceptions courantes aux accords de confidentialité.

²⁹⁴ Electronic Arts Inc., rapport annuel 2012. Il est parfois impossible de remédier à une violation; dans ce cas, l'accord peut-être résilié avec effet immédiat. Electronic Arts Inc., rapport trimestriel (formulaire 10-Q/A), Ex. 10.1 (30 avril 2010); Electronic Arts Inc., rapport trimestriel (formulaire 10-Q/A), Ex. 10.5 (10 novembre 2009);

Majesco Entertainment Company, rapport trimestriel (formulaire 10-Q/A), Ex. 10.1 (17 janvier 2007).

²⁹⁵ Id.

²⁹⁶ On trouvera d'autres exemples d'actes susceptibles de constituer une violation substantielle dans différents rapports déposés au titre du formulaire 10-Q. Electronic Arts Inc., rapport trimestriel (formulaire 10-Q/A), Ex. 10.1 (30 avril 2010); Electronic Arts Inc., rapport trimestriel (formulaire 10-Q/A), Ex. 10.5 (10 novembre 2009).

²⁹⁷ On trouvera aussi une analyse des mesures injonctives dans la section 10.3.4.

²⁹⁸ THQ, rapport annuel 2011.

²⁹⁹ Id.

³⁰⁰ Voir au premier chapitre les statistiques sur les revenus issus de la distribution numérique, et au chapitre 6 les revenus des jeux sur console issus de la distribution numérique. Plusieurs distributeurs ont créé leur propre plateforme de téléchargement de contenus numériques. Le marché des produits destinés aux PC est dominé par la société Steam, qui a acquis environ 70% des parts de marché des jeux téléchargeables pour PC et dont la base d'utilisateurs dépasse les 50 millions de comptes actifs. www.giantbomb.com/steam/3015-718/ http://store.steampowered.com/news/?feed=steam_press. Il existe d'autres distributeurs sur le marché du PC, notamment EA Origin, Amazon Digital Services, GamersGate, Good Old Games, GameTap et Impulse, qui appartient à la société Gamestop (le plus grand détaillant au monde de matériels et de logiciels de jeu vidéo). En outre, chaque grand type de console dispose de sa propre plateforme numérique, sur laquelle on trouve exclusivement des produits destinés à l'appareil correspondant. On trouvera par ailleurs sur les sites http://indiegamebundle.wikia.com/wiki/Humble_Bundle et https://fr.wikipedia.org/wiki/Humble_Bundle des informations concernant un nouveau modèle commercial appelé "Payez ce que vous voulez" ("Pay What You Want"), qui a été créé par la société Humble Bundle. Ce modèle consiste à distribuer par voie numérique des jeux produits par une ou plusieurs entreprises et vendus en lots (c'est-à-dire que plusieurs jeux sont vendus ensemble) pendant une brève période, généralement une ou deux semaines, le prix étant fixé par l'acheteur. De plus, dans ce modèle, l'acheteur détermine de quelle manière la somme qu'il a versée va être répartie entre différents organismes caritatifs, les développeurs des jeux ou Humble Bundle, ou entre une combinaison quelconque de ces trois types d'acteurs. Voir www.humblebundle.com.

³⁰¹ Les développeurs indépendants développent généralement leurs jeux sans recourir à un financement de la part d'éditeurs ou de constructeurs tels que Sony ou Microsoft.

³⁰² Outre la vente de jeux, les développeurs et les éditeurs peuvent aussi proposer des jeux en utilisation libre. Dans ce modèle, l'utilisateur final peut jouer gratuitement, puis choisir d'acheter des éléments internes au jeu pour rendre celui-ci plus intéressant, ou d'acheter des services lui permettant de progresser plus vite alors qu'il faut normalement plusieurs heures pour arriver à la fin du jeu.

³⁰³ L'expression "contenus téléchargeables supplémentaires" s'entend généralement de contenus et d'éléments accessibles en ligne qui sont propres à un jeu particulier et peuvent être achetés, téléchargés ou exploités en-dehors du jeu ou pendant que l'utilisateur joue à celui-ci. Ces contenus et éléments disponibles en lignes sont notamment des objets virtuels, de nouveaux scénarios ou niveaux de jeu et des fonctionnalités supplémentaires qui rendent le jeu plus intéressant. En général, il faut d'abord acheter le jeu complet pour pouvoir accéder à ces contenus.

³⁰⁴ Les jeux et autres contenus peuvent être soit téléchargés, soit diffusés en continu. Le téléchargement consiste à copier un fichier situé sur un serveur distant sur un disque dur local de l'utilisateur (le disque de son ordinateur), tandis que la diffusion en continu



consiste à transmettre en permanence des données (le jeu) vers un appareil défini au lieu de télécharger et enregistrer le jeu complet. L'avantage de cette dernière méthode tient au fait que le jeu peut-être utilisé depuis plusieurs appareils différents, le joueur pouvant reprendre là où il s'était arrêté. www.pcmag.com/encyclopedia/term/64601/streaming-video-games. Contrairement à un fichier téléchargé, qui reste sur l'ordinateur de l'utilisateur jusqu'à ce que celui-ci le supprime, le contenu diffusé en continu est automatiquement supprimé de l'ordinateur par le système d'exploitation après avoir été utilisé. www.pcmag.com/encyclopedia/term/52131/streaming. Certains jeux contiennent une combinaison d'éléments téléchargés et diffusés en continu.

- ³⁰⁵ Aux fins du présent chapitre, le terme "développeur" s'entend également des "éditeurs", sauf indication contraire. Toutefois, il convient de noter que les éditeurs et les développeurs peuvent entretenir des relations différentes avec les distributeurs et connaître plus ou moins de succès dans leurs négociations avec ceux-ci en raison de leur différent pouvoir de négociation. Les éditeurs connus sont en meilleure position pour négocier avec les distributeurs car leurs droits de propriété intellectuelle peuvent être mieux établis et ils peuvent disposer d'un catalogue de jeux plus fourni qui est susceptible d'intéresser les distributeurs. Ils peuvent donc être en mesure d'obtenir de meilleures conditions de la part des distributeurs, notamment en termes de marketing et de placement de leurs produits.
- ³⁰⁶ L'espace attribué aux jeux sur PC s'est considérablement réduit ou a complètement disparu chez certains détaillants de certaines régions au fil des ans. Ces jeux ne représentent plus qu'une très petite fraction des jeux vidéo vendus en magasin. Les magasins disposant d'un espace limité, ils tendent à se concentrer sur la vente des 10 ou 20 jeux les plus connus, tandis que les distributeurs en ligne offrent un choix beaucoup plus large. Certains distributeurs peuvent proposer des centaines ou des milliers de jeux à tout moment.
- ³⁰⁷ La distribution numérique permet d'allonger le cycle de vie d'un produit, celui-ci pouvant être présenté dans un espace virtuel. Elle permet donc en définitive de produire des revenus supplémentaires à partir de jeux plus anciens figurant dans un catalogue. Toutefois, le développeur doit s'assurer que tout contenu soumis à licence, en particulier la musique, dispose encore d'une licence valable. Dans le cas contraire, il doit se procurer une nouvelle licence pour pouvoir utiliser ce contenu, ce qui peut prendre du temps et coûter cher, pour autant qu'il soit encore possible d'obtenir une licence.
- ³⁰⁸ Le problème d'espace a changé et tient désormais à la "visibilité" d'un jeu. C'est devenu l'un des principaux problèmes de certains développeurs sur certaines plateformes numériques de jeux pour PC. En effet, les distributeurs ne peuvent promouvoir qu'un nombre limité de jeux dans leurs bannières et sur la page d'accueil de leur site; or ce sont ces informations qui donnent la première impression (probablement la plus importante) aux consommateurs. Cet espace est devenu l'équivalent des emplacements les plus favorables dans un magasin (à savoir les têtes de gondole et les vitrines). Il est donc essentiel, pour un développeur, de chercher à obtenir du distributeur l'engagement d'accorder une bonne visibilité à son ou ses jeux.
- ³⁰⁹ Chaque distributeur a adopté sa propre politique en termes d'analyse et de placement des jeux indépendants sur sa plateforme de distribution. Plus le nombre de jeux proposés au distributeur est élevé, plus celui-ci va avoir de difficultés à les gérer. La société Valve a mis en place une plateforme appelée Steam Greenlight pour permettre aux développeurs indépendants et à quelques petits éditeurs de proposer des jeux. Cette plateforme permet aux consommateurs de voter en faveur des jeux que Valve devrait distribuer. Face à l'augmentation du nombre de jeux soumis, le système Steam Greenlight est la réponse que Valve a apportée pour alimenter son processus d'admission tout en associant les consommateurs au processus d'approbation. Néanmoins, Valve conserve le pouvoir de décision en dernier ressort. Voir <http://steamcommunity.com/workshop/about/?appid=765§ion=faq>; <https://fr.wikipedia.org>.

org/wiki/Steam. Certains distributeurs moins connus peuvent avoir un processus d'approbation moins exigeant, ou proposer de mieux placer les jeux, ou encore offrir de meilleures conditions financières et contractuelles; toutefois, ils ont probablement une clientèle moins nombreuse. www.forbes.com/sites/danielnyegriffiths/2013/08/28/greenlight-go-steams-greenlight-green-lights-100-games/.

- ³¹⁰ Comme il est possible d'ajouter des jeux supplémentaires à l'accord pendant toute la durée de validité de celui-ci, le distributeur et l'éditeur, voire le développeur (selon le nombre de jeux que celui-ci peut créer au cours de la période de validité de l'accord) signent souvent un accord type en vertu duquel les conditions courantes de la relation entre les parties seront définies dans un document distinct ajouté ultérieurement sous forme d'annexe (également appelée appendice, liste ou pièce jointe). Cette annexe énonce les modalités commerciales particulières concernant chaque jeu ajouté ultérieurement à l'accord. Elle indique le nom des jeux ajoutés à l'accord, le prix de vente au détail conseillé dans les différentes devises et les avances recouvrables, le cas échéant. Ce système d'annexes évite aux parties de devoir conclure un nouvel accord chaque fois qu'un jeu supplémentaire est cédé sous licence au distributeur.
- ³¹¹ Le distributeur peut se réservé le droit de modifier les jeux afin que ceux-ci puissent être téléchargés depuis sa plateforme. Il peut par exemple devoir adapter le jeu à son système de gestion du téléchargement ou à son système de gestion des droits numériques.
- ³¹² SDK est l'acronyme du terme "*Software Development Kit*", ou kit de développement de logiciels. Il s'agit généralement d'un ensemble d'outils de développement de logiciels permettant de créer des applications destinées à un progiciel, une plateforme matérielle, un cadre applicatif, un système informatique, une console de jeux vidéo, un système d'exploitation ou toute autre plateforme de développement analogue. https://fr.wikipedia.org/wiki/Kit_de_developpement. Le SDK de la société Steam, par exemple, peut comporter un système de gestion des droits numériques, des services d'appariement et un système de correction automatique. Voir <https://partner.steamgames.com/documentation/>.
- ³¹³ En général, la version finale est la version complète et définitive du jeu. Elle peut comporter un système de gestion des droits numériques, qui permet de chiffrer le jeu pour réduire les risques de copie illicite. Il n'est pas nécessaire de livrer des versions finales différentes selon le pays, sauf si une version localisée est obligatoire pour des raisons d'évaluation et de langue (par exemple une version en français pour le Québec).
- ³¹⁴ Le distributeur exige généralement de recevoir le jeu sous forme de code objet deux à quatre semaines avant la date de publication de la version vendue en magasin, afin d'avoir suffisamment de temps pour intégrer le jeu dans sa plateforme de distribution. Cette "intégration" consiste à adapter le jeu pour qu'il puisse être téléchargé depuis la plateforme.
- ³¹⁵ Le développeur détermine la date de publication du jeu, qui peut varier selon le pays. Il est souvent interdit au distributeur de publier un jeu avant que celui-ci ne soit disponible en magasin, si ce type de distribution est prévu.
- ³¹⁶ Voir la section 7.2.5.
- ³¹⁷ Les sociétés offrent le plus souvent une aide aux utilisateurs pendant au moins un an.
- ³¹⁸ La période de validité de l'accord débute en principe au moment de l'exécution de celui-ci pour permettre au distributeur de créer différents éléments tels que des documents de marketing et des communiqués de presse.
- ³¹⁹ Certains accords peuvent prévoir qu'une partie doit tenir l'autre informée dans un délai donné pour que la période de validité supplémentaire soit autorisée. À défaut de cette notification, le contrat prend fin.



³²⁰ Voir la section 11.1.10.

³²¹ Voir la section 7.2.8.

³²² Le développeur devrait aussi se réservé le droit de mettre fin à l'accord à l'égard d'un jeu particulier si une licence liée à ce jeu parvient à expiration, ou s'il estime que le jeu pourrait faire l'objet d'un différend et que la suppression du jeu permettrait de réduire les dommages éventuels liés à une procédure judiciaire en cours, annoncée ou possible, ou les dommages consécutifs à une atteinte éventuellement causée par le jeu.

³²³ Un éditeur peut disposer d'un catalogue de jeu plus étendu, et avoir en particulier des jeux distribuables sous franchise dont le distributeur souhaite acquérir la licence pour pouvoir les diffuser sur sa plateforme.

³²⁴ Dans le cadre d'une procédure judiciaire menée à l'encontre de la société THQ devant le tribunal des faillites, il a été révélé que les sociétés Sega et Valve s'étaient respectivement partagé les recettes à hauteur de 70%-30%. www.escapistmagazine.com/news/view/125846-Sega-Sues-Bankrupt-THQ-Claiming-941-000. Le site GameStop-Impulse indique également que le partage des recettes est en général de 70-30% (<https://developer.impulsedriven.com/>). Voir aussi www.pcgamer.com/2013/05/02/steam-and-gog-take-30-revenue-cut-suggests-fez-creator-phil-fish/.

³²⁵ Dans certains cas, relativement rares de nos jours, le distributeur peut choisir de verser au développeur une avance sur les droits de distribution d'un jeu. Cette avance est généralement calculée par rapport aux futures redevances dues au développeur. Le distributeur attend alors d'avoir récupéré le montant correspondant à l'avance avant de verser de nouvelles redevances au développeur. À une certaine époque et dans certaines conditions, en raison de la concurrence entre les distributeurs, ceux-ci payaient des avances déductibles en échange de contenus pour favoriser la croissance de leur plateforme. Comme de nouveaux distributeurs font leur apparition sur le marché, il est possible que certains d'entre eux acceptent de verser une avance sous une forme ou une autre. Cela étant, si un distributeur verse une avance ou accorde une garantie minimum, cette modalité peut avoir une incidence sur d'autres conditions financières de l'accord telles que le partage des recettes et le délai de paiement. Celui-ci peut par exemple être plus long, et le distributeur peut chercher à obtenir une part plus importante des recettes.

³²⁶ S'agissant de la fiscalité sur les revenus provenant des ventes, les parties conviennent généralement que tous les montants à partager sont calculés après les taxes et droits sur les ventes, l'utilisation, la valeur ajoutée et autres impositions. La plupart du temps, le distributeur a aussi l'obligation d'acquitter tous les droits et taxes prévus dans l'accord, sauf les impôts sur le revenu net que le développeur perçoit au titre de l'accord. Cette clause doit être ajoutée aux engagements et garanties afin que ce soit le distributeur, et non le développeur, qui soit chargé de payer les taxes en vigueur dans les différents pays du territoire considéré. Toutefois, comme dans le cas d'un accord classique de distribution de films, le distributeur réserve en général son droit de retenir des montants qui pourraient être dus au titre d'une loi ou ordonnance du pays concerné, pour autant i) qu'il s'efforce de réduire autant que possible le montant à retenir; ii) qu'il fasse valoir tout abattement fiscal auquel le développeur pourrait avoir droit; et iii) qu'il fournis à celui-ci tous les documents nécessaires pour demander les abattements fiscaux éventuellement applicables.

³²⁷ Voir Sean Kane, "Technology Remains the Driver of Evolution of Interactive Entertainment: Gaming Beyond the Consoles and Applications That Are Much More Than Games", *Technology And Entertainment Convergence 2010: Hot Business And Legal Issues*, in "Technotainment", 20 novembre 2010, pp. 873-891. Voir aussi la section 2.2.8.

³²⁸ Les parties doivent convenir des éléments suivants: i) la devise dans laquelle le développeur est payé; ii) le taux de change applicable; iii) la date de calcul de la conversion des devises; et iv) la partie prenant en charge le coût de la conversion. En général, c'est le distributeur qui prend en charge ces coûts ainsi que toute baisse de valeur de la devise après la date à laquelle il avait l'obligation de payer le développeur.

³²⁹ Le droit de résiliation, qui peut avoir des conséquences considérables, ne devrait être exercé qu'en cas de violation substantielle de l'accord, à l'exclusion de tout autre type de violation. Le développeur aura en outre intérêt à ajouter d'autres dispositions lui permettant, dans le cas de certaines violations substantielles, d'obtenir une injonction pour mettre fin à la violation, celle-ci pouvant être par exemple le fait de vendre un jeu au-delà de la durée autorisée de l'accord ou en dehors du territoire prévu.

³³⁰ Si une avance a été versée, la résiliation pose problème car le distributeur n'aura peut-être pas reçu sa part de l'échange si le jeu est retiré avant la fin de la durée prévue du contrat.

³³¹ Cette clause confirme pour les deux parties que les droits et mesures correctives prévus dans l'accord sont cumulatifs et non exclusifs des autres droits et mesures correctives découlant de la législation ou des principes d'équité, ou encore de tout autre accord conclu entre les parties.

³³² Le développeur a intérêt à prévoir des clauses stipulant que ses produits sont fournis "en l'état", ce qui l'exonère de tout engagement ou garantie, sauf ceux qui figurent expressément dans l'accord et qui indiquent notamment que le produit et tout autre élément sont dépourvus de toute erreur et fonctionnent sans interruption, ou sont compatibles avec le système du distributeur. De même, le distributeur va se protéger en déclarant que le système de distribution fonctionne conformément au but prévu, qu'il ne comporte pas d'erreur et que l'emploi de ce système pour télécharger le produit ne produira pas d'erreur irrécupérable.

³³³ Le distributeur et le développeur peuvent tous deux disposer de leur propre contrat de licence pour l'utilisateur final. Ce contrat établit les conditions et les limites d'utilisation à l'intention de l'utilisateur final du jeu (c'est-à-dire le consommateur). En outre, il contient des dispositions sur i) la propriété et d'autres droits; ii) les comportements acceptables de la part des utilisateurs finaux, notamment dans le cadre des sessions de jeu et de discussion en ligne; iii) les motifs de résiliation; iv) les limites des dommages; v) le respect de la vie privée; vi) le processus par lequel le développeur peut modifier le contrat de licence; vii) les indemnisations; et viii) les voies de règlement des différends. Si l'utilisateur final n'accepte pas les conditions du contrat de licence, il ne peut jouer au jeu et doit retourner celui-ci contre remboursement. Par ailleurs, le distributeur établit ses propres directives que l'utilisateur final doit accepter avant d'utiliser le système.

³³⁴ Voir la section 9.6.

³³⁵ Il fut un temps où les téléphones à fonctions spéciales représentaient la principale source de revenus du secteur du téléphone mobile. Si cette source de revenus a diminué, le téléphone à fonctions spéciales reste très répandu dans certaines parties du monde, en particulier en Inde, en Amérique latine, en Afrique et au Moyen-Orient. Ce téléphone, qui fonctionne sur une plateforme Java ou Brew, se caractérise généralement par un écran plus petit, moins de nuances de couleurs et une puissance de calcul plus faible, ce qui limite la complexité des jeux. Le téléphone intelligent, pour sa part, est de plus en plus répandu depuis son lancement par Apple en 2007 avec le premier iPhone. Selon un rapport de la société Gartner, il représentait 51,8% des ventes de téléphones mobiles au deuxième trimestre de 2013, dépassant pour la première fois les ventes de téléphones à fonctions spéciales. Voir www.gartner.com/newsroom/id/2573415.



³³⁶ Selon des travaux de la société de recherche Magid Associates, 69% des propriétaires de tablette jouent régulièrement à des jeux, et chaque propriétaire de tablette avait téléchargé en moyenne 25 jeux au cours de l'année 2012. Voir <http://www.gamesindustry.biz/articles/2013-07-10-in-game-purchases-on-tablets-nearly-tripling-sales-on-smartphones>.

³³⁷ Les statistiques concernant les revenus issus des jeux sur mobile varient, mais selon l'indice de la société App Annie, au deuxième trimestre de 2013, c'est la catégorie des jeux qui représentait la part de revenus la plus importante sur l'App Store comme sur Google Play, cette part s'élevant respectivement à 80% et 75%. Voir http://blog.appannie.com/app-annie-index-market-q2-2013/?utm_campaign=weeklydigest&utm_source=hs_email&utm_medium=email&utm_content=9829145&_hsenc=p2ANqtz9evugPNhAao1tSB7UnMNsTMA2XP7QxT6mtCOimCLIIVRa1yCt8t7oangDdeTidvhhzDRgP6LdFLutA0DSbn0pqVvNNop6yPoO00cLn-HyBuySqvAM&_hsmi=9829145. Selon le rapport annuel 2012 de la société Capcom, les revenus issus des appareils mobiles sont passés de 8,6 milliards à 12,3 milliards de dollars É.-U. entre 2011 et 2012, soit une augmentation de 43%. Le rapport indique en outre que le marché du téléphone intelligent devrait augmenter pour atteindre 950 millions d'unités (soit un accroissement de 32,7% par rapport à 2011) et les revenus issus des tablettes devraient dépasser ceux du marché du jeu vidéo domestique. Ces chiffres sont d'autant plus extraordinaires que le prix d'une application destinée à un appareil mobile ne représente qu'une fraction du prix des jeux destinés à d'autres plateformes. Voir www.nytimes.com/2013/10/22/business/international/asia-where-mobile-games-flowered-extends-its-reach.html?_r=1&.

³³⁸ Voir <http://blog.flurry.com/bid/91911/Electric-Technology-Apps-and-The-New-Global-Village>.

³³⁹ Les coûts de développement des applications sur mobile peuvent varier considérablement en fonction des ressources et du temps consacrés à ce développement, ainsi que de la complexité de l'application. En général, ces coûts représentent en moyenne quelques centaines de milliers de dollars, mais cette moyenne est artificiellement basse du fait que beaucoup de jeux ont un coût d'environ 30 000 dollars É.-U., voire moins. En revanche, les jeux plus haut de gamme ont un coût moyen supérieur au million de dollars. Les coûts de développement devraient augmenter à l'avenir, à mesure que les progrès technologiques permettront aux développeurs d'enrichir les jeux et de proposer des créations artistiques plus élaborées. Parallèlement, les coûts de marketing augmentent rapidement du fait que l'écosystème des jeux sur mobile se peuple rapidement.

³⁴⁰ Le consommateur qui ne souhaite pas forcément dépenser des centaines de dollars pour acheter une console et des jeux peut désormais jouer à des jeux très sophistiqués sur un téléphone. Les téléphones intelligents actuels disposent d'une capacité de calcul supérieure à celle de la première PlayStation. Voir "All the World's Game", *The Economist*, 10 décembre 2011, parag. 4.

³⁴¹ On compte actuellement plus de 160 000 jeux actifs rien que dans l'App Store d'Apple aux États-Unis d'Amérique, selon un rapport de 148apps.biz. Voir <http://148apps.biz/app-store-metrics/?mpage=appcount>. Selon certaines estimations, les applications de l'App Store ont déjà été téléchargées plus de 60 milliards de fois: <http://www.google.com/url?sa=t&rct=j&q=&esrc=s&source=web&cd=1&ved=0C-CwQFjAA&url=http%3A%2F%2Fwww.engadget.com%2F2013%2F10%2F22%2Fapple-ios-7-downloaded-over-200-million-times-in-5-days%2F&ei=Cw98UoPKDcmsiQLcuYCQBw&usg=AFQjCNGFU0817MnC2BDSwt2DTjiYh4TY9Q&sig2=w8l-CUFN77T3LENDtq2qJ-Q&bvm=bv.56146854,d.cGE>.

³⁴² Parmi les nouveautés qui vont bouleverser le monde des jeux sur mobile, les appareils mobiles vont à présent se connecter aux téléviseurs intelligents, les ordinateurs vestimentaires (comme Google Glass) devraient faire leur apparition, et les mobiles

devraient s'intégrer avec d'autres technologies, depuis les consoles vidéo jusqu'aux appareils domestiques. Parallèlement, les réseaux sociaux devraient intervenir de manière croissante dans la manière de jouer.

³⁴³ Le fait qu'une application soit conçue pour fonctionner sur un certain type de mobiles ne signifie pas qu'elle peut fonctionner sur d'autres. Apple utilise le système d'exploitation iOS, tandis que d'autres constructeurs de mobiles comme Samsung, Google, Nokia, Amazon et Barnes & Noble utilisent le système Android. Les autres systèmes d'exploitation les plus répandus (quoique moins de 5% des appareils mobiles les utilisaient à la date de rédaction du présent ouvrage) sont notamment Windows Phone de Microsoft et BlackBerry de la société portant le même nom (auparavant développé par la société Research in Motion). Les systèmes BlackBerry et Windows Phone représentent actuellement entre 2 et 3% du marché chacun. Voir www.gamesindustry.biz/articles/2013-08-09-mobile-game-market-growth-opportunity <http://www.gameindustry>.

Chaque système d'exploitation a ses avantages et ses inconvénients, qui peuvent changer au fil du temps. Les avantages de l'iOS sont notamment les suivants: i) un langage de codage uniforme, qui permet de développer des applications plus rapidement; ii) une visibilité considérable si l'application est présentée sur la page principale de l'App Store; et iii) moins d'appareils à prendre en compte, car le développeur peut se concentrer sur moins d'une dizaine d'appareils, tandis que pour Android il existe près de 1200 appareils dotés de tailles d'écran, de processeurs et de versions d'Android différents, ce qui complique le choix de l'appareil pour lequel le jeu sera développé. Voir <http://www.theguardian.com/technology/appsblog/2013/aug/15/android-v-ios-apps-apple-google>. Les inconvénients sont en particulier les suivants: i) trop d'applications disponibles, le choix devenant difficile sauf si l'application est présentée en première page; et ii) le développeur est obligé d'utiliser un Mac pour créer des applications. Les avantages de développer pour Android sont notamment les suivants: le jeu aura peut-être une meilleure visibilité car il existe moins d'applications (encore que cette situation change rapidement à mesure qu'Android devient aussi répandu qu'iOS); et ii) il n'y a pas de contrôle qualité des applications proposées sur Google Play, ce qui permet de lancer n'importe quelle application rapidement sur la page principale. Les inconvénients sont en particulier les suivants: i) pas d'assistance concernant le système d'exploitation; et ii) le piratage: beaucoup de jeux sont faciles à pirater, et dans la pratique les responsables de la plateforme contribuent peu à faire respecter les règles.

³⁴⁴ Electronic Arts Inc., rapport annuel 2012.

³⁴⁵ Voir le chapitre 9.

³⁴⁶ Aux fins du présent chapitre, les places de marché ou "app stores" sont également considérés comme des distributeurs. On trouvera quelques exemples d'accords de distribution avec ces plateformes ici: <http://play.google.com/about/developer-distribution-agreement.html> et <https://developer.amazon.com/help/da.html>.

³⁴⁷ Avant de pouvoir publier une application, le développeur doit se conformer à un certain nombre de directives établies par le distributeur. En général, ces directives prévoient un contrôle de la qualité de l'application et la confirmation du fait que le contenu a été évalué et que les procédures requises ont été mises en place (il s'agit des procédures nécessaires pour gérer les paiements du consommateur). Il n'existe pas actuellement de procédure d'approbation pour soumettre une application sur Google Play: l'application peut-être publiée presque immédiatement. Cependant, le développeur doit tout de même la tester car si elle présente de nombreux problèmes, les critiques seront négatives, les ventes seront décevantes et le développeur se fera une mauvaise publicité. Au demeurant, toutes les plateformes de distribution d'applications disposent d'une procédure permettant de retirer une application si celle-ci contrevient aux directives, et notamment si son évaluation est fausse, si son contenu est offensant (par exemple



de la pornographie), si l’application encourage les paris ou si elle pose un problème de propriété intellectuelle (par exemple en cas d’utilisation illicite de contenus). On trouvera des exemples de directives de différentes plateformes ici: <http://developer.android.com/distribute/googleplay/publish/preparing.html>; <http://developer.samsung.com/distribute/certification-guide/certification-policy;jsessionid=YpvLRp3GWIKfFyBKg1gV1XvNqfwQ5GK9MvPp8Ng6YY7gXZGtwdkC!-1018311749>; <https://nookdeveloper.zendesk.com/entries/22345027-nook-app-submission-guide>; <https://developer.amazon.com/help/faq.html#AppDetails>.

- ³⁴⁸ Les distributeurs accordent une licence d'utilisation des logiciels non exclusive et inaccessible aux développeurs pour leur permettre d'intégrer différentes fonctionnalités dans leur application.
- ³⁴⁹ L'accord généralement conclu en matière de revenus attribue au distributeur 30% des revenus bruts et le solde au développeur. Il convient de noter que ce prélèvement n'est dû que si le jeu génère réellement des recettes. Pour les développeurs, cet aspect constitue l'un des principaux avantages du jeu sur mobile, puisque le développeur n'engage *aucun* frais de distribution tant que le jeu ne s'est pas réellement vendu. Voir <https://developer.amazon.com/help/da.html>.
- ³⁵⁰ Ces droits permettent au développeur de retirer ou de supprimer une application d'une plateforme sous certaines conditions: il doit notamment s'acquitter de ses obligations de remboursement aux consommateurs, assurer une aide aux utilisateurs et fournir tous les produits déjà achetés. <http://play.google.com/about/developer-distribution-agreement.html>. Le distributeur peut lui aussi retirer une application si elle contrevient à ses directives.
- ³⁵¹ Le distributeur impose un certain nombre de restrictions au développeur souhaitant recueillir des données concernant l'utilisateur ou l'appareil. Le développeur doit se conformer à toute la législation et la réglementation en matière de protection de la vie privée et de recueil de données applicables sur le territoire sur lequel l'application est distribuée, et il doit au moins obtenir le consentement de l'utilisateur avant de recueillir, d'utiliser et de stocker des données personnelles. Voir <https://developer.amazon.com/help/da.html>; http://seattleclouds.com/ticketfiles/8665/ios_program_standard_agreement_20120912.pdf.
- ³⁵² Voir la section 9.6.5.
- ³⁵³ Certains distributeurs peuvent exiger du développeur qu'il contracte certains types d'assurances et qu'il désigne le distributeur en qualité de bénéficiaire supplémentaire. Voir la section 2.2.15 pour une analyse des questions d'assurance entre un développeur et un éditeur; des éléments analogues doivent être prévus entre un développeur et un distributeur.
- ³⁵⁴ Certains accords de distribution indiquent expressément que les informations soumises par le développeur au distributeur, y compris les informations concernant l'application présentée, ne sont pas réputées confidentielles. Voir http://seattleclouds.com/ticketfiles/8665/ios_program_standard_agreement_20120912.pdf.
- ³⁵⁵ Voir le chapitre 11.
- ³⁵⁶ Si un distributeur et un développeur ou un éditeur concluent un accord ultérieur, les parties doivent confirmer que celui-ci (qu'il s'agisse d'un accord de développement ou de distribution) prévaut en cas d'incohérence entre les deux documents.
- ³⁵⁷ Dans certains cas exceptionnels, le distributeur peut participer au financement de l'application ou verser une avance pour obtenir des droits de distribution exclusifs. Le développeur doit alors s'assurer qu'il obtiendra une forme quelconque de compensation si la sortie de l'appareil concerné est annulée. Il s'agit non seulement d'une indemnisation au titre du travail effectué, mais également d'un montant convenu

versé au titre de futurs travaux, de la même manière que pour une résiliation pour des raisons de commodité, comme indiqué au chapitre 2. Par ailleurs, les parties doivent prévoir un retard éventuel du lancement de l'appareil et son incidence sur les étapes prévues (par exemple les dates de paiement et de livraison). S'il est extrêmement rare actuellement qu'un distributeur finance une application, cela pourrait devenir plus courant à l'avenir si la concurrence sur les contenus devient plus intense (ou plutôt, dès que cela se sera produit). Ainsi, à la date de rédaction du présent ouvrage, la société finlandaise de jeux pour mobile Supercell avait remporté un succès considérable avec ses jeux *Clash of Clans* et *Hay Day* (on dit souvent que ces jeux lui ont rapporté des millions par jour). Ces deux jeux étaient disponibles uniquement sur iOS et constituaient donc de facto une exclusivité. Voir <http://online.wsj.com/news/articles/SB10001424052702303376904579136873973130670>. Cela étant, le secteur du jeu sur mobile ne connaît pas (encore) la pratique courante dans le secteur du jeu sur console qui consiste à se réserver des droits de distribution exclusifs et permanents auprès des principaux développeurs de jeux.

³⁵⁸ La page principale de la plateforme de distribution donne une visibilité essentielle à l'application. Le distributeur choisit des endroits stratégiques sur cette page en fonction de l'application. Avec la prolifération des applications, il peut-être difficile de reconnaître un jeu particulier, celui-ci n'était pas nécessairement produit sous une marque connue.

³⁵⁹ Il s'agit d'une approche relativement nouvelle dans la relation entre développeur et éditeur, mais elle semble rencontrer un certain succès actuellement. Elle s'explique surtout par le fait que le développeur de jeu sur mobile est non seulement capable de contrôler le développement et la publication de son application, mais qu'il souhaite vivement le faire. Cependant, peu de développeurs ont de vraies compétences techniques en matière de marketing alors que la différentiation devient de plus en plus importante pour réussir sur le plan financier dans un écosystème des applications toujours plus peuplé. Cette approche permet au développeur de sous-traiter de manière efficace à un éditeur le marketing d'une application déjà prête (quoique dans la pratique, les entreprises proposant ce type de services de marketing ne soient considérées comme des "éditeurs" que par convention, et qu'elles aient peu de choses en commun avec des éditeurs de jeux classiques).

³⁶⁰ L'une des principales caractéristiques d'une application tient au fait qu'elle peut-être mise à jour en permanence, ce qui élargit les perspectives en matière de jouabilité et permet de prolonger la durée de vie de l'application. Ainsi, on peut ajouter de nouveaux véhicules et de nouvelles pistes à un jeu de course de voitures. Les mises à jour sont aussi importantes car le développeur peut avoir besoin de corriger une erreur dans l'application.

³⁶¹ Dans les contrats portant uniquement sur la distribution, le développeur est titulaire du droit d'auteur sur le jeu. En revanche, si l'une des parties a financé partiellement ou entièrement le développement du jeu, il convient de négocier la titularité du droit d'auteur. En général, cette négociation consiste surtout à déterminer quelle partie a créé la propriété intellectuelle, et notamment le code sous-jacent du jeu, ainsi que le montant investi par l'éditeur. Plus l'éditeur a investi d'argent, plus il est probable qu'il va réclamer les droits de propriété intellectuelle sur l'application. Si l'éditeur a engagé le développeur pour créer l'application, il est généralement titulaire de la propriété intellectuelle, sauf si une partie du contenu a été utilisée sous licence ou si l'application fait usage d'un code sous-jacent créé par le développeur. Il est essentiel de déterminer qui est titulaire des droits de propriété intellectuelle, car cette partie peut par la suite créer des œuvres dérivées, notamment une suite au jeu, et détient le droit d'exploiter l'application et son code source sur d'autres plateformes. Si l'éditeur n'est pas titulaire de la propriété intellectuelle, il va probablement vouloir distribuer les produits que le développeur créera par la suite à partir de l'application originale.



³⁶² Pour ce qui concerne les jeux sur PC et console, la situation n'est pas différente: dans la pratique, le détaillant va prélever sa part des recettes avant de transmettre le solde à l'éditeur, qui le partagera avec le développeur.

³⁶³ Le plus grand problème des modèles de monétisation consiste sans doute à déterminer si le nombre d'utilisateurs qui paient pour jouer est réellement suffisant. Selon la société Interpret, qui est spécialisée dans les études de marché, un joueur moyen sur téléphone intelligent et tablette dépense 0,92 dollar É.-U. par mois pour jouer à des jeux complets, et seulement 0,79 dollar É.-U. par mois pour acheter des éléments en cours de jeu depuis un mobile. Voir www.gamesindustry.biz/articles/2013-04-18-mobile-tablet-players-spend-just-92-cents-a-month-on-average. Mais voir aussi www.gamesindustry.biz/articles/2013-07-10-in-game-purchases-on-tablets-nearly-tripling-sales-on-smartphones. Selon la société Magid Associates, les achats de produits virtuels effectués en cours de jeu depuis une tablette ont atteint 914 millions de dollars É.-U., tandis que les achats effectués depuis un téléphone intelligent ont atteint 341 millions de dollars É.-U.

³⁶⁴ L'analyse de données est un domaine en plein essor dans le monde du mobile. Elle consiste à recueillir et interpréter des données sur le comportement et les habitudes d'achat des consommateurs pour aider les développeurs à mieux cibler leur public et définir les pratiques les plus efficaces. Les domaines analysés peuvent notamment être les suivants: i) le nombre de consommateurs acceptant de payer par rapport au nombre de ceux qui jouent gratuitement; ii) ce que les consommateurs achètent; iii) le temps que les consommateurs passent à jouer; iv) le nombre de consommateurs de produits gratuits devenant des consommateurs payants; et v) le montant dépensé en moyenne par un consommateur. Voir Will Luton, *Free-to-Play: Making Money from Games You Give Away* 107-132 (New Riders 2013). Il convient aussi de garder à l'esprit que les habitudes des consommateurs peuvent varier d'un territoire à l'autre, et qu'en conséquence, ce qui peut fonctionner sur un territoire n'est pas nécessairement efficace sur un autre.

³⁶⁵ Un jeu gratuit s'entend généralement d'une application permettant au joueur de disposer du jeu complet gratuitement, tout en lui offrant la possibilité d'acheter des contenus supplémentaires (par exemple de nouveaux personnages ou différents décors) pour profiter davantage du jeu, ou encore de payer pour obtenir des conseils ou des pouvoirs supplémentaires qui lui permettront de finir le jeu plus vite. Selon un rapport de la société Newzoo, les jeux gratuits ont constitué en 2012 le secteur le plus rentable; ils représentaient alors 70% des recettes issues des jeux sur mobile de la société Apple aux États-Unis d'Amérique, et environ 68% en Europe. http://www.newzoo.com/wp-content/uploads/Newzoo_Mobile_Games_Trend_Report_Free.pdf.

³⁶⁶ Une version de démonstration déverrouillable s'entend généralement d'une application offrant une jouabilité limitée, sauf si le consommateur paie un certain montant pour pouvoir accéder à un contenu auparavant "verrouillé". Le consommateur peut aller au bout de la version gratuite mais doit payer pour disposer du jeu complet, ce qui est considéré comme une montée en gamme.

³⁶⁷ Voir par exemple www.ftc.gov/os/2012/12/121210mobilekidsappreport.pdf et www.ftc.gov/os/2013/02/130201mobileprivacyreport.pdf.

³⁶⁸ Voir http://ec.europa.eu/justice/data-protection/article-29/documentation/opinion-recommendation/files/2013/wp202_en.pdf.

³⁶⁹ Voir www.oaic.gov.au/privacy/privacy-engaging-with-you/previous-privacy-consultations/mobile-privacy-may-2013/mobile-privacy-a-better-practice-guide-for-mobile-app-developers-consultation-draft-april-2013.

³⁷⁰ Voir www.priv.gc.ca/information/pub/gd_app_201210_e.asp.

³⁷¹ Voir les articles suivants sur le problème du clonage et les différents moyens dont disposent les développeurs pour s'en protéger: www.gamasutra.com/view/

[feature/187385/](http://www.gamesindustry.biz/articles/2012-05-31-how-to-protect-your-game-from-clones); <http://www.gamesindustry.biz/articles/2012-05-31-how-to-protect-your-game-from-clones>; <http://articles.latimes.com/2011/apr/17/entertainment/la-ca-cloner-20110417>.

³⁷² Voir les articles suivants concernant le piratage: www.gamezebo.com/news/2013/09/23/new-survey-shows-piracy-and-discoverability-are-still-pressing-issues-game-developers-today; www.gamesindustry.biz/articles/2013-09-23-app-devs-facing-major-problems-with-piracy-profitability;

www.joystiq.com/2013/08/24/indie-game-gentlemen-was-bought-144-times-pirated-over-50-000/.

³⁷³ Voir aussi www.economist.com/node/17309237 et http://en.wikipedia.org/wiki/Smartphone_wars.

³⁷⁴ En 2012, par exemple, la société Uniloc, spécialisée dans la concession de licences sur des brevets, a poursuivi plusieurs entreprises, et notamment les éditeurs de jeux Electronic Arts et Square Enix, ainsi que des développeurs comme Halfbrick Studios et Mojang, au motif qu'elles avaient porté atteinte à des brevets: www.pcworld.idg.com.au/article/431396/electronic_arts_other_game_developers_sued_patent_infringement.

³⁷⁵ Apple a retiré un jeu sur mobile au motif qu'il "consistait à gérer un atelier de travail clandestin": www.theguardian.com/commentisfree/2013/mar/22/sweatshop-game-apple-app-store.

³⁷⁶ En 2013, par exemple, Apple a décidé de retirer de la vente une application appelée AppGratis ayant pour but de faire la promotion d'autres applications: <http://appgratis.com/blog/2013/04/09/appgratis-pulled-from-the-app-store-heres-the-full-story>.

³⁷⁷ Voir par exemple cet article sur la manière dont la société Riot Games, créateur du célèbre jeu de sports League of Legends, tire parti des données sur les consommateurs: <http://slashdot.org/topic/bi/for-riot-games-big-data-is-serious-business>. L'exploitation de données est tellement devenue à la mode que la société Rovio, créatrice du jeu *Angry Birds*, est allée jusqu'à mettre en place une politique en matière d'analyse et d'utilisation des données dans ses jeux, parallèlement à sa politique de protection des données personnelles: www.rovio.com/en/news/blog/235/analytics-and-data-usage-in-rovio-games et <http://www.rovio.com/privacy-policy-française>.

³⁷⁸ Voir par exemple la Loi de 1978 sur le droit à la protection des données financières (*Right to Financial Privacy Act 1978*): www.ots.treas.gov/_files/422240.pdf.

³⁷⁹ La directive sur la protection des données s'intitule officiellement "Directive 95/46/CE du Parlement européen et du Conseil, du 24 octobre 1995, relative à la protection des personnes physiques à l'égard du traitement des données à caractère personnel et à la libre circulation de ces données":

<http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:31995L0046:fr:HTML>

³⁸⁰ La directive vie privée et communications électroniques s'intitule officiellement "Directive 2002/58/CE du Parlement européen et du Conseil du 12 juillet 2002 concernant le traitement des données à caractère personnel et la protection de la vie privée dans le secteur des communications électroniques (directive vie privée et communications électroniques)":

<http://eur-lex.europa.eu/legal-content/FR/ALL/?uri=CELEX%3A32002L0058>

³⁸¹ Suite à cet incident, Sony a été condamnée à une amende totale de 500 000 livres (soit environ 750 000 dollars É.-U.) par l'organisme britannique chargé de surveiller la protection des données personnelles: www.bbc.co.uk/news/technology-23313535.

³⁸² Voir <http://ftc.gov/opa/2011/05/playdom.shtm>



³⁸³ Voir www.oft.gov.uk/news-and-updates/press/2013/3313 et www.osborneclarke.co.uk/publications/sectors/digital-business/update/2013/federal-court-of-justice-bans-ads-for-purchase-of-virtual-items-in-free-to-play-online-game.aspx#.UicNRUvlyzA.twitter

³⁸⁴ Voir par exemple le rapport d'octobre 2012 de la Commission fédérale du commerce sur les applications pour mobile et les enfants: www.ftc.gov/os/2012/12/121210mobilekidsappreport.pdf

³⁸⁵ Aux fins du présent chapitre, le terme "soumissionnaire" s'entend aussi bien d'un éditeur que d'un développeur.

³⁸⁶ Les comités d'évaluation ne déterminent pas si un jeu est bon ou mauvais lorsqu'ils choisissent une classification, et ne se prononcent pas non plus sur le niveau de difficulté du jeu ou les compétences qu'il exige.

³⁸⁷ On trouvera un graphique des différents systèmes d'évaluation des jeux vidéo dans le monde ici: https://fr.wikipedia.org/wiki/Syst%C3%A8me_d%27%C3%A9valuation_des_jeux_vid%C3%A9o. Beaucoup de comités d'évaluation des jeux vidéo sont des organismes publics, et certains d'entre eux ont aussi pour tâche d'évaluer d'autres contenus ludiques comme ceux des films, des émissions de télévision et des publications.

³⁸⁸ Le système PEGI a été créé en 2003 et a remplacé un certain nombre de systèmes d'évaluation nationaux par un système unique. Il est utilisé dans les pays suivants: Autriche, Belgique, Bulgarie, Chypre, Danemark, Espagne, Estonie, Finlande, France, Grèce, Hongrie, Irlande, Islande, Israël, Italie, Lettonie, Lituanie, Luxembourg, Malte, Norvège, Pays-Bas, Pologne, Portugal, République slovaque, République tchèque, Roumanie, Royaume-Uni, Slovénie, Suède et Suisse. Voir <http://www.pegi.info/fr/>. L'Allemagne n'en fait pas partie et a mis en place son propre comité d'évaluation, appelé *Unterhaltungssoftware SelbstKontrolle* (USK). En raison du passé politique de ce pays, son comité d'évaluation est extrêmement strict notamment à l'égard des crimes et symboles de haine et des scènes extrêmement sanglantes, et il indique sur son site qu'il applique "les règles de classement par tranche d'âge les plus strictes au monde". Voir www.usk.de/en/classification/classification-procedure/. Compte tenu de la rigueur particulière de ce comité, les jeux paraissent souvent plus tard en Allemagne que dans le reste des autres grands marchés du jeu vidéo, et ils peuvent avoir subi des modifications considérables de certains éléments, notamment graphiques.

³⁸⁹ <http://www.pegi.info/fr/index/id/75/>.

³⁹⁰ Au Japon, par exemple, une icône de contenu figure au dos de l'emballage et indique la raison pour laquelle le comité d'évaluation ("CERO") a attribué un classement particulier au jeu. Les icônes sont regroupés selon les neuf catégories suivantes: i) amour; ii) contenu à caractère sexuel; iii) violence; iv) horreur; v) incitation à boire ou fumer; vi) jeu de hasard; vii) criminalité; viii) substances illicites (drogues); et ix) langage grossier. Voir www.cero.gr.jp.

³⁹¹ <http://www.pegi.info/fr/index/id/75/>.

³⁹² http://www.esrb.org/ratings/ratings_guide_fr.aspx. Il arrive souvent qu'un jeu (physique ou numérique dans sa version finale) comporte une référence à une catégorie d'âge dans ses documents publicitaires (comme une bande-annonce ou une affiche) alors même qu'il fait encore l'objet d'une évaluation à cet égard. En général, cette indication fait simplement référence au fait qu'une procédure d'évaluation est en cours, par exemple auprès du PEGI ou de l'ESRB (au demeurant, le jeu peut bénéficier parfois d'une évaluation provisoire dont il peut se prévaloir). Ainsi, l'ESRB a créé une catégorie appelée "cote en instance" signifiant que sa cote finale n'est pas encore attribuée. Cette cote n'apparaît que dans les publicités et les documents de marketing et de promotion d'un jeu qui devrait obtenir une cote ESRB sous peu. Comme les documents de marketing sont parfois publiés avant qu'un jeu ne reçoive sa cote,

l'éditeur ou le développeur a besoin de pouvoir indiquer une cote provisoire. Une fois que le jeu a reçu sa cote définitive, celle-ci remplace le symbole provisoire.

³⁹³ Id.

³⁹⁴ Les constructeurs de consoles exigent que les jeux fassent l'objet d'une évaluation avant leur publication. www.nytimes.com/2011/04/18/arts/video-games/video-games-rating-board-questionnaire.html?_r=0. Par ailleurs, lorsqu'un pays ne dispose pas de système d'évaluation, certains constructeurs de consoles peuvent refuser un jeu s'ils estiment qu'il contient des éléments excessifs de violence ou à caractère sexuel, ou un langage inapproprié, ou tout autre élément jugé inadéquat. Majesco Entertainment Company, rapport trimestriel (formulaire 10-Q/A), Ex. 10.1 (17 janvier 2007).

³⁹⁵ On trouvera des informations sur le système d'évaluation des plateformes de distribution dans la section 9.6.5.

³⁹⁶ Ainsi, les évaluations de l'ESRB sont établies au regard d'un modèle d'autorégulation du secteur du jeu vidéo, tandis que le système PEGI est appliqué en vertu d'une obligation juridique dans certaines parties d'Europe (notamment au Royaume-Uni) et à titre volontaire dans d'autres pays (par exemple en Russie). Voir aussi www.esrb.org/about/news/downloads/ESRB_Fact_Sheet.pdf.

³⁹⁷ Dans certains pays, dans lesquels il n'est pas obligatoire de soumettre un jeu à évaluation, la réalité du marché et d'autres obligations contractuelles découlant de la licence imposent de soumettre volontairement le jeu à un organisme reconnu du secteur, faute de quoi le soumissionnaire risque de ne pas pouvoir vendre son jeu en magasin. Heather Maxwell Chandler, *The Game Production Handbook*, 275 (Jones & Bartlett Learning, troisième édition, 2013). Voir aussi www.pegi.info/en/index/id/26/. En outre, les titulaires de la propriété intellectuelle qui concèdent des droits de licence sur leurs jeux aux soumissionnaires exigent généralement que chaque jeu soit évalué, et dans la plupart des cas le jeu obtient effectivement une cote. Aucun donneur de licence d'un produit destiné à des enfants ne veut voir son nom associé à un jeu dont l'évaluation indique qu'il ne convient pas à cette tranche d'âge.

Selon le rapport annuel 2012 du PEGI, un groupe rassemblant les comités d'évaluation de l'Europe, des États-Unis d'Amérique, de l'Australie, du Brésil et d'autres pays (ce groupe est actuellement appelé *International Alliance for Rating Content* ou Alliance internationale pour l'évaluation des contenus) travaille actuellement à l'établissement d'un questionnaire associant les différents critères employés par les différents comités d'évaluation dans le domaine du jeu sur mobile et du jeu en ligne. Voir www.isfe.eu/sites/isfe.eu/files/attachments/annual_report12_web.pdf.

³⁹⁸ Si un développeur a conclu un accord avec un éditeur pour faire distribuer son jeu, les parties doivent définir celle qui est chargée de soumettre le jeu aux différents comités d'évaluation. Selon le nombre de soumissions exigées par ces comités, les parties doivent aussi déterminer celle qui va assumer les coûts d'évaluation, et quels coûts peuvent être remboursés sur les recettes issues de la distribution du jeu.

³⁹⁹ C'est par exemple le cas du Comité d'évaluation australien (ACB), qui vérifie si le joueur doit commettre des actes de violence avant de classer un jeu. Voir www.classification.gov.au.

⁴⁰⁰ Voir www.grb.or.kr; Heather Maxwell Chandler, *The Game Production Handbook* 281 (Jones & Bartlett Learning, troisième édition, 2013).

⁴⁰¹ Voir <http://www.irvgame.com/Esra.aspx>.

⁴⁰² Aux États-Unis d'Amérique, le jeu vidéo *Saints Row IV* a reçu la cote "Jeunes adultes", tandis qu'en Australie, le comité d'évaluation en a interdit la vente au regard de la cote demandée dans la première soumission, au motif que le jeu contenait de la violence



sexuelle et récompensait le joueur s'il consommait des drogues illicites ou interdites. Ce jeu a été le premier à recevoir la cote de "classification refusée" dans le pays. Voir www.theguardian.com/commentisfree/2013/jun/26/saints-row-4-censorship-australia. Le jeu *Mortal Kombat*, qui est très violent mais a connu beaucoup de succès, a été interdit en Allemagne lors de sa première publication mondiale. Voir <http://mogi-translations.com/games-age-rating/video-game-age-rating-germany/>.

- ⁴⁰³ Le formulaire court de l'ESRB est présenté au soumissionnaire, qui doit remplir un questionnaire à choix multiple concernant le contenu du jeu et ses éléments interactifs. S'agissant de ces derniers, le soumissionnaire doit notamment fournir des informations sur les interactions entre l'utilisateur final et d'autres joueurs, ou le fait que le joueur doive ou non communiquer son emplacement géographique ou d'autres informations personnelles à de tierces parties. Si le jeu comporte de tels éléments, le soumissionnaire doit afficher des icônes de l'ESRB pour avertir les utilisateurs finaux. Voir www.esrb.org/ratings/enforcement.jsp.
- ⁴⁰⁴ En raison du nombre très élevé de jeux soumis sur les différentes plateformes, beaucoup de comités d'évaluation ne parviennent plus à examiner tous les jeux. Ils ont donc dû mettre en place des procédures de soumission différentes selon la plateforme pour pouvoir traiter les demandes plus rapidement. Voir le rapport annuel 2012 du PEGI: www.isfe.eu/sites/isfe.eu/files/attachments/annual_report12_web.pdf.
- ⁴⁰⁵ Id. En outre, dans certains cas le détaillant aura déjà retiré les jeux précédents de ses rayons et aura demandé à l'éditeur d'accepter que le jeu lui soit retourné. Activision Blizzard Inc., rapport annuel 2012.
- ⁴⁰⁶ www.esrb.org/ratings/ratings-guide.jsp.
- ⁴⁰⁷ www.esrb.org/ratings/enforcement.jsp; <http://www.pegi.info/en/index/id/952>.
- ⁴⁰⁸ <https://itunes.apple.com/WebObjects/MZStore.woa/wa/appRatings>.
- ⁴⁰⁹ <https://support.google.com/googleplay/android-developer/answer/188189?hl=en>. On trouvera d'autres exemples de systèmes d'évaluation pratiqués par différentes plateformes ici: <http://msdn.microsoft.com/en-us/library/windows/apps/hh452763.aspx>.
- ⁴¹⁰ Par exemple, en 2011 l'ESRB a annoncé un partenariat aux États-Unis d'Amérique avec l'association CTIA et six entreprises de télécommunications pour mettre en place un processus de classement unique pour les applications destinées aux mobiles: www.ctia.org/consumer_info/service/index.cfm/aid/12076.
- ⁴¹¹ Cynthia Cannady, *Technology Licensing and Development Agreements* 101 (Oxford University Press 2013).
- ⁴¹² <http://biography.yourdictionary.com/mary-pickford>.
- ⁴¹³ Les ventes de novembre et décembre représentent environ 40% des ventes annuelles de jeux vidéo. Voir <http://content.usatoday.com/communities/gamehunters/post/2012/01/video-game-sales-have-disappointing-december-and-annual-drop>.
- ⁴¹⁴ Dans un arbitrage contraignant, une tierce partie (qui peut compter un ou plusieurs arbitres, au choix des parties) résout le différend, ses décisions étant généralement contraignantes pour les parties. La plupart des décisions d'arbitrage n'offrent que des voies de recours très limitées. Voir le Code des États-Unis d'Amérique, titre 9, parag. 10. Cependant, dans certains cas, par exemple pour une demande d'injonction provisoire, la décision ne peut-être prise par arbitrage. Cynthia Cannady, *Technology Licensing and Development Agreements* 194-197 (Oxford University Press 2013).

⁴¹⁵ L'une des raisons pour lesquelles l'arbitrage peut-être moins coûteux tient au fait que les parties conviennent de limiter l'enquête et les interrogatoires, ce qui réduit les frais de procédure, qui constituent souvent les principales dépenses des parties.

⁴¹⁶ Les parties peuvent décider, sous certaines conditions, que l'arbitrage est confidentiel.

⁴¹⁷ En général, cette disposition peut préciser que l'approbation ne peut-être refusée de manière déraisonnable. Toutefois, une telle clause peut poser problème dans la mesure où les parties peuvent être en désaccord sur ce qui est jugé raisonnable. Elles peuvent donc convenir d'établir une liste des parties auxquelles l'accord ne peut-être cédé (par exemple des concurrents de l'un des signataires).

⁴¹⁸ Melvin Simensky, Thomas D. Selz, Robert C. Lind, Barbara Burnett, Charles A. Palmer & F. Jay Dougherty, *Entertainment Law* 1529 (Lexis Nexis, troisième édition, 2004).

Pour plus d'informations, veuillez contacter:

L'Organisation Mondiale de la Propriété Intellectuelle
34, chemin des Colombettes
Case Postale 18
CH-1211 Genève 20
Suisse

Téléphone
41 22 338 91 11

Télécopieur:
41 22 733 54 28