



NOUVELLES PRECISIONS SUR LE REGIME JURIDIQUE DES PLATEFORMES DE JEUX VIDEO

Note sous CA Paris, Pôle 5, 2^{ème} Ch., 21 octobre 2022, RG n° 20/15768, *Valve Corporation c./ UFC Que Choisir*

Revue Lamy Droit de l'Immatériel, n° 198, décembre 2022, pp. 10-16

Philippe MOURON

Gaylor RABU

Maîtres de conférences HDR en droit privé

LID2MS et CDE – Aix-Marseille Université

Des antiques disquettes *Amiga*, *Nes* et *Sega* jusqu'aux jeux en ligne massivement multijoueur, le jeu vidéo a connu, comme d'autres formes de création, un important processus de « dématérialisation ».

Si les supports matériels n'ont pas disparu, et continuent même d'alimenter un important marché de l'occasion, le jeu vidéo se pratique de plus en plus *via* un accès distant à une plateforme, reposant sur un abonnement. De là, l'industrie a adapté son modèle commercial pour fidéliser le joueur et lui proposer un renouvellement constant de contenus et d'évolutions¹, faisant des jeux vidéo l'objet de services plus que des produits. Cette plateformesation de la pratique vidéoludique génère elle-même de nouvelles problématiques juridiques dans le domaine, à l'instar de celles qui intéressent d'autres types de plateformes de contenus. Ainsi en est-il pour ce qui concerne le régime et la portée des traitements de données personnelles des joueurs, souvent indispensables à son évolution dans l'univers du jeu, ou encore les droits dont ceux-ci disposent sur leurs propres créations ou les services accessoires auxquels ils accèdent.

¹ GENVO S., *Le jeu à son ère numérique – Comprendre et analyser les jeux vidéo*, L'Harmattan, Paris, 2009, pp. 65-69

C'était là l'objet principal de l'affaire portée devant la Cour d'appel de Paris, dans son arrêt du 21 octobre 2022. À l'origine, l'Union fédérale des consommateurs (UFC - Que Choisir) fit assigner la société Valve devant le Tribunal de grande instance de Paris aux fins de faire constater le caractère abusif et/ou illicite de certaines clauses des conditions générales d'utilisation de la plateforme « Steam ». L'affaire s'insère ainsi dans une importante « saga » jurisprudentielle, au cours de laquelle ce même tribunal, saisi par l'UFC - Que Choisir, avait déjà pu qualifier les CGU de plusieurs réseaux sociaux en contrats de consommation et annuler plusieurs dizaines de clauses abusives². Le tribunal fit de même à l'égard de plusieurs clauses des CGU de « Steam » dans son jugement du 14 septembre 2019³.

Tel a été le cas pour ce qui concerne les cessions de droits patrimoniaux portant sur les créations des joueurs, jugées non conformes aux prescriptions des articles L 131-1 et suivants du Code de la propriété intellectuelle. Il en est de même pour les clauses exonérant Valve de toute responsabilité du fait des dommages causés aux ordinateurs des clients bénéficiaires d'un jeu vidéo en version *bêta*, ainsi que pour plusieurs clauses encadrant les collectes de données personnelles des utilisateurs. Mais c'est surtout le sort des clauses relatives à la revente des droits d'accès et licences d'utilisation par les joueurs qui a suscité le plus d'intérêt dans la décision du tribunal. En effet, celui-ci a estimé que la mise à disposition par le titulaire de droits d'une œuvre dans un format numérique dématérialisé, que ce soit par téléchargement ou accès distant, devait être considérée comme une vente épuisant le droit de distribution. La clause interdisant la revente ou le transfert des souscriptions des utilisateurs se trouvait dès lors illicite, ce qui revenait à autoriser la revente de jeux vidéo « d'occasion », y compris sous un format dématérialisé.

Saluée par les joueurs, la solution n'en était pas moins critiquable sur le fondement du droit dérivé de l'Union européenne en matière de droit d'auteur, que le tribunal mobilisait pourtant à l'appui de son argumentation. Elle allait être désavouée quelques semaines plus tard par la

² Twitter : TGI Paris, 7 août 2018, RG n° 14/07300, *PI*, n° 69, octobre 2018, pp. 38-41, obs. J.-M. Bruguière ; *CCE*, octobre 2018, pp. 32-33, obs. G. Loiseau ; *REM*, n° 48, automne 2018, pp. 26-27, obs. P. Mouron ; *RLDC*, décembre 2018, pp. 9-11, obs. S. Hagani ; *Dalloz IP/IT*, janvier 2018, pp. 57-59, obs. D. Forest ; Google + : TGI Paris, 12 février 2019, RG n° 14/07224, *CCE*, avril 2019, pp. 29-31, obs. G. Loiseau ; *Dalloz IP/IT*, avril 2019, pp. 258-261, note D. Lebeau-Marianna et A. Balducci ; Facebook : TGI Paris, 9 avril 2019, RG n° 14/07298, *REM*, n° 50, avril 2019, pp. 16-18, obs. P. Mouron ; *Cont. Conc. Cons.*, juin 2019, pp. 56-58, obs. S. Bernheim-Desvaux

³ TGI Paris, 14 septembre 2019, RG n° 16/01008, *PI*, n° 74, janvier 2020, pp. 51-54, obs. A. Lucas, et pp. 58-60, obs. J.-M. Bruguière ; *Dalloz IP/IT*, février 2020, pp. 118-122, note G. Brunaux

Cour de justice de l'Union européenne, dans son arrêt *Tom Kabinet* du 19 décembre 2019⁴. Surtout, le problème invitait à se pencher une nouvelle fois sur la qualification du jeu vidéo pour en établir le régime juridique. C'est à cet exercice, indispensable s'il en est, que s'est dûment prêtée la Cour d'appel dans l'arrêt présentement commenté, et qui la conduit à infirmer le jugement sur ce point. Plus contrastée reste cependant la solution de l'arrêt quant aux droits des joueurs sur leurs créations et sur les services accessoires qui leurs sont proposés. La plateformes des jeux vidéo induit en effet une articulation de droits spéciaux et de qualifications concurrentes qui peuvent être appliquées aux joueurs, lesquels sont à la fois des consommateurs mais aussi des créateurs.

Aussi, l'intérêt de l'arrêt est double. Il tient tout d'abord à la clarification du régime du jeu vidéo s'agissant de la portée des droits patrimoniaux qui lui sont afférents, lesquels relèvent incontestablement du droit commun du droit d'auteur. C'est pour cette raison que la clause interdisant la revente de jeux vidéo au format dématérialisé se trouve finalement confirmée (I). Il s'exprime par ailleurs dans le traitement de clauses intéressant l'économie des jeux vidéo en ce qu'elles étendent la sphère de leur exploitation (II).

I. – La validation de la clause interdisant la revente de jeux vidéo au format dématérialisé

À l'inverse du Tribunal de grande instance, la Cour d'appel de Paris juge parfaitement licite la clause des CGU interdisant aux utilisateurs de la plateforme *Steam* de revendre ou transférer les copies de jeux et souscriptions dont ils bénéficient. Pour ce faire, la Cour rappelle la qualification d'œuvre complexe du jeu vidéo pour le ramener dans l'orbite du droit commun du droit d'auteur (A). Loin de relever du droit de distribution propre aux logiciels, la mise à disposition d'un jeu vidéo sous un format dématérialisé constitue un exercice du droit de communication au public qui ne saurait faire l'objet d'un épuisement (B).

⁴ CJUE, GC, 19 décembre 2019, *Nederlands Uitgeversverbond, Groep Algemene Uitgevers c./ Tom Kabinet Internet BV et a.*, n° C-263/18, *RTD-Com.*, janvier 2020, pp. 62-73, note F. Pollaud-Dulian ; *PI*, n° 74, janvier 2020, pp. 46-51, obs. A. Lucas ; *LP*, n° 380, mars 2020, pp. 166-170, note C. Alleaume ; *D.*, 2020, pp. 471-474, note C. Maréchal Pollaud-Dulian ; *CCE*, avril 2020, pp. 26-27, obs. C. Caron, *Dalloz IP/IT*, pp. 250-253, obs. J. Lapousterle ; voir également : MEZEI P., « The Doctrine of Exhaustion in Limbo – Critical Remarks on the CJEU's *Tom Kabinet* Ruling », *Jagiellonian Univ. Int. Prop. Law Rev.*, Issue 2/2020, pp. 130-153

A. – L'impossible réduction du jeu vidéo à une œuvre logicielle

Les prétentions respectives de l'UFC - Que Choisir et de la société Valve reprenaient en filigrane le débat passionné ayant divisé la doctrine comme la jurisprudence quant à la qualification des jeux vidéo. Schématiquement, celui-ci oppose les conceptions économique et personnaliste du droit d'auteur.

Ainsi la qualification de logiciel a-t-elle pu être avancée comme étant la solution la plus appropriée pour garantir une bonne exploitation des jeux vidéo⁵. L'argument repose sur l'idée que la base logicielle constitue la substance principale de cette forme de création, un jeu vidéo ne pouvant exister sans celle-ci⁶. Tous les éléments qui le composent, en particulier ceux qui sont manipulables par l'utilisateur, sont ainsi traduits en code informatique et propres à interagir. De même, les perfectionnements ayant été apportés aux performances des jeux, notamment en termes d'interactivité, de graphismes et de sons, sont intimement liés à ceux qui ont gouverné l'écriture des logiciels qui en garantissent le fonctionnement. Par application de la règle de l'accessoire, la qualification de logiciel l'emporterait de par l'importance qu'elle représente dans le fonctionnement du jeu. De là, le régime juridique propre aux logiciels s'appliquerait à l'intégralité de l'œuvre, ce qui garantit, comme on le sait, un certain nombre de facilités d'exploitation pour les studios de développement et les éditeurs de jeux vidéo. Aussi cette doctrine a-t-elle pu être qualifiée comme étant « au service des lobbies »⁷, une autre qualification unitaire ayant pu être proposée. En se fondant également sur la règle de l'accessoire, d'autres auteurs ont estimé que c'est la partie visuelle et sonore qui constitue la substance la plus essentielle du jeu vidéo. La définition de l'œuvre audiovisuelle donnée par la

⁵ Voir not. : LINANT DE BELLEFONDS X., *Droits d'auteur et droits voisins*, 2^{ème} éd., Dalloz, Paris, 2004, pp. 97-98, et « Jeux vidéo : le logiciel gagne des points », *CCE*, septembre 2003, pp. 9-13 ; TREPPOZ E., « La qualification logicielle d'un jeu vidéo, un modèle pour les œuvres multimédia », *LPA*, 18 novembre 1999, pp. 10-14 et « La pertinence de la qualification logicielle d'un jeu vidéo par la Cour de cassation », *LPA*, 27 juin 2001, pp. 15-18 ; voir également, pour la qualification en base de données : MALLEY-POUJOL N., *La création multimédia et le droit*, 2^{ème} éd., Litec, Paris, 2003, pp. 147-148 ; WEBER A., « Les œuvres multimédia relèvent-elles du régime des bases de données ? Les jeux sont faits, rien ne va plus... », *Légicom*, n° 8, 1995/2, pp. 18-23

⁶ KRAJEWSKI P., « L'artiste pantocrator : le créateur de jeu vidéo au travail », *Appareil*, n° 23, 2021, § 8 (« En tant qu'art technologique, le jeu vidéo fonde sur les puissances calculatoires des ordinateurs et les richesses appareillées des interfaces des capacités d'invention de formes sans précédent »)

⁷ GAUDRAT P., « Jeu vidéo : le logiciel remis à sa place », *RTD-Com.*, avril 2010, p. 319

loi du 3 juillet 1985 se révélant suffisamment accueillante⁸, cette qualification l'emporterait pour le tout, avec l'avantage d'être plus protectrice des intérêts des coauteurs du jeu⁹.

La jurisprudence n'a cependant jamais suivi cette seconde proposition¹⁰. Après avoir reconnu le jeu vidéo comme une œuvre de l'esprit protégeable par le droit d'auteur¹¹, la Cour de cassation a opté pour la qualification logicielle à deux reprises¹², suite à une poussée des juridictions du fond¹³. Les paradoxes de cette solution, qui revient à appliquer aux créateurs le droit des non-créateurs¹⁴, ont finalement invité la cour à revenir sur celle-ci dans son célèbre arrêt *Cryo* du 25 juin 2009¹⁵. Écartant l'impossible recherche d'une qualification unitaire, la cour a finalement opté pour une qualification distributive, renvoyant en partie au droit commun du droit d'auteur. Chaque partie du jeu vidéo doit ainsi se voir traiter en fonction de sa nature propre et du régime qui en découle. Dès lors, si la partie logicielle reste soumise à un régime spécial, il n'en va pas de même des autres éléments du jeu pour lesquels le droit commun du

⁸ BERNAULT C., « Exégèse de l'article L 112-2, 6°, du Code de la propriété intellectuelle : la notion d'œuvre audiovisuelle en droit d'auteur », *D.*, 2001, pp. 2188-2192 ; pp. 45-47 ; SIRINELLI P., « Quelle qualification pour une création multimédia ? », *D.*, 2001, p. 2553

⁹ Voir not. : EDELMAN B., « L'œuvre multimédia, un essai de qualification », *D.*, 1995, pp. 109-115 ; LATREILLE A., « La création multimédia comme œuvre audiovisuelle », *JCP-G*, 1998, doctr., n° 156 ; SIRINELLI P., « Qualification et régime de l'œuvre multimédia », *Lamy Droit des médias et de la communication*, ét. n° 506, § 47, février 2000 ; TONNELIER M.-H., « La protection du multimédia par le régime de l'œuvre audiovisuelle », *Légicom*, n° 8, 1995/2, pp. 33-39

¹⁰ Voir cependant, évoquant une « œuvre de collaboration audiovisuelle » : TGI Paris, 3^{ème} Ch., 3^{ème} Sect., 30 septembre 2011, *RLDI*, n° 80, mars 2012, pp. 97-99, note J.-B. AUROUX et S. MATAKOVIC

¹¹ C. Cass., AP, 7 mars 1986, n° 85-91.465 et 84-93.509, *RIDA*, n° 129, juillet 1986, pp. 132-138, note A. LUCAS ; *JCP-E*, 1986, I, p. 15791, obs. M. VIVANT et A. LUCAS

¹² C. Cass., Ch. Crim., 21 juin 2000, n° 99-85.154, *D.*, 2001, p. 2552, obs. P. SIRINELLI ; *RIDA*, n° 187, janvier 2001, pp. 273-279 ; *LPA*, 27 juin 2001, pp. 15-18, note E. TREPPOZ ; *CCE*, septembre 2001, pp. 17-18, obs. C. CARON ; voir également : LINANT DE BELLEFONDS X., « Jeux vidéo : le logiciel gagne des points », *CCE*, septembre 2003, pp. 9-13 ; C. Cass., 1^{ère} Ch. Civ., 27 avril 2004, n° 99-18.464, *RTD-Com.*, 2004, pp. 484-486, obs. F. POLLAUD-DULIAN ; *CCE*, juillet 2004, pp. 23-24, obs. C. CARON ; *PI*, n° 12, juillet 2004, pp. 770-772, obs. P. SIRINELLI

¹³ TGI Paris, 3^{ème} Ch., 2^{ème} Sect., 21 mars 1887, RG n° 95/2490 ; TGI Paris, 3^{ème} Ch., 3^{ème} Sect., 20 août 1998, RG n° 98/7654 ; CA Caen, 19 décembre 1997, n° 97/914, *LPA*, 18 novembre 1999, pp. 10-14, obs. E. TREPPOZ ; *RTD-Com.*, 2000, p. 99, obs. P. GAUDRAT ; CA Versailles, 13^{ème} Ch., 18 novembre 1999, *CCE*, février 2000, pp. 13-15, obs. C. CARON ; *RIDA*, n° 185, juillet 2000, pp. 407-414, obs. A. KEREVER, pp. 315-329 ; TGI Paris, 3^{ème} Ch., 1^{ère} Sect., 30 janvier 2002, *PI*, n° 5, octobre 2002, pp. 117-123, note E. LOGEAS

¹⁴ GAUDRAT P., « Brèves observations sur le régime de l'œuvre multimédia », *RTD-Com.*, 2000, p. 100

¹⁵ C. Cass., 1^{ère} Ch. Civ., 25 juin 2009, n° 07-20.387, *CCE*, septembre 2009, pp. 31-33, obs. C. CARON ; *RTD-Com.*, octobre 2009, pp. 710-712, obs. F. POLLAUD-DULIAN ; *JCP-G*, 12 octobre 2009, pp. 16-19, note E. TREPPOZ ; *D.*, 2009, p. 1819, obs. J. DALEAU ; *RTD-Com.*, avril 2010, pp. 319-348, note P. GAUDRAT ; voir le dossier consacré dans le n° 52 de cette revue, pp. 88-89, obs. L. MARINO, pp. 90-91, note F. SARDAIN, pp. 92-93, obs. Z. AZZABI, pp. 94-99, note J.-B. AUROUX et S. MATAKOVIC, pp. 100-103, note T. HASSLER

droit d'auteur s'applique bel et bien¹⁶. Le caractère complexe de cette forme de création ne pouvait qu'orienter vers cette solution, qui n'est exempte de questionnements, notamment quant au régime juridique du tout que constitue le jeu vidéo.

La Cour de justice de l'Union européenne a elle-même tenté de clarifier les choses sur ce point. Ainsi a-t-elle confirmé le caractère complexe des jeux vidéo dans son arrêt *Nintendo* du 23 janvier 2014¹⁷, tout en relativisant son caractère divisible. En l'espèce, elle a estimé que le régime juridique applicable aux mesures techniques de protection devait être celui de la directive n° 2001/29/CE du 22 mai 2001 et non celui de la directive n° 2009/24/CE du 23 avril 2009, spécifique aux programmes d'ordinateur. La cour s'est ainsi essayée à articuler la directive de droit commun et la directive spéciale, le régime de la première en matière de mesures techniques de protection étant par ailleurs plus protecteur que celui de la seconde¹⁸.

La Cour de justice a renouvelé cette approche à l'égard des livres électroniques, qui constituent une autre catégorie d'œuvres multimédia, dans son arrêt *Tom Kabinet* précité, et dont les faits et le problème de droit étaient extrêmement proches de ceux intéressant la présente affaire.

B. – Le non-épuisement logique du droit de mise à disposition des jeux vidéo sous un format dématérialisé

En l'espèce, la Cour d'appel de Paris se voyait demander par l'association UFC – Que Choisir le renvoi d'une question préjudicielle à la Cour de justice de l'Union européenne.

Précisément, l'association mettait en cause la question de savoir laquelle des deux directives précitées devait s'appliquer en matière d'épuisement du droit de distribution des jeux vidéo acquis de manière dématérialisée, reconnaissant le caractère complexe de ceux ainsi que la

¹⁶ LUCAS A., « Droit d'auteur et multimédia », in *Propriété intellectuelle - Mélanges en l'honneur de André Françon*, Dalloz, Paris, 1995, pp. 327-328, et *Droit d'auteur et numérique*, LexisNexis, Paris, 1998, pp. 57-58 ; SIRINELLI P., « Qualification et régime de l'œuvre multimédia », *Lamy Droit des médias et de la communication*, ét. n° 506, § 3 et § 76, février 2000 ; voir également : HASSLER T., « Qualification du multimédia : plaidoyer pour une méthode de qualification », *CCE*, novembre 2000, p. 11 ; SARDAIN F., « La qualification logicielle des jeux vidéo : une impasse pour le multimédia », *JCP-E*, 15 février 2003, pp. 316-317

¹⁷ CJUE, 4ème Ch., 23 janvier 2014, *Nintendo Co. Ltd et a. c./ PC Box Srl et 9Net Srl*, n° C-355/12, *RTD-Com.*, janvier 2014, pp. 108-112, note F. POLLAUD-DULIAN, *CCE*, mars 2014, pp. 31-32, obs. C. CARON, *RLDI*, n° 102, mars 2014, pp. 58-63, note B. GALOPIN et pp. 64-71, note A. LEFEVRE, *PI*, n° 51, avril 2014, pp. 176-178, obs. J.-M. BRUGUIERE, *LPA*, 12 mai 2014, pp. 6-19, note X. DAVERAT

¹⁸ Conclusions de l'avocat général Mme Eleanor Sharpston présentées le 19 septembre 2013, Affaire C-355/12, § 35 (pour qui les œuvres complexes méritent la protection la plus importante et non la plus faible)

qualification distributive. La cour va finalement écarter la question, en se fondant très précisément sur les éclairages que la Cour de justice a elle-même apporté à cette question.

Surtout, cela amène la Cour d'appel de Paris à procéder à la qualification du jeu vidéo, exercice passé sous silence par le tribunal de grande instance. C'est très logiquement qu'elle rappelle le caractère complexe de cette forme de création, qui procède aussi bien d'un programme d'ordinateur que d'éléments graphiques et sonores qui, « *bien qu'encodés dans le langage informatique, ont une valeur créatrice propre qui ne saurait être réduite audit encodage* ». La cour précise que ces éléments, nombreux, comprennent des « *graphismes, de la musique, des éléments sonores, un scénario et des personnages dont certains deviennent cultes* ». Enfin, elle enfonce le clou en affirmant que le logiciel est « *accessoire par rapport aux nombreuses créations composant le contenu du jeu vidéo qui sont essentielles et participent à l'originalité de l'œuvre* ». Aussi en déduit-elle, comme la Cour de justice de l'Union européenne¹⁹, que toutes les parties du jeu vidéo sont « *protégées, ensemble avec l'œuvre entière, par le droit d'auteur dans le cadre du régime instauré par la directive 2001/29* ».

On ne peut que saluer le raisonnement ainsi adopté par la juridiction parisienne, qui fait une juste application de la règle de l'accessoire pour reléguer la base logicielle à sa juste place. Au mieux celle-ci constitue-t-elle un outil, un format d'exploitation ou un support au service d'une autre forme de création, elle-même plurielle. La référence aux personnages devenus cultes n'en est à ce titre que plus utile. En effet, quel est l'élément décisif motivant l'acte d'achat et l'utilisation des jeux vidéo par les consommateurs si ce n'est la capacité d'immersion dans un environnement virtuel et interactif, composé d'images, de sons et d'un scénario structurant les actions du joueur ? Même si les jeux vidéo n'existent que sous un format numérique, ce sont bien les effets et interactions produits par l'interface graphique qui constituent la substance même de leur mise en forme²⁰. Ceux-ci doivent bien être considérés comme distincts et principaux, le logiciel, s'il peut être protégé comme une œuvre à part entière, n'étant à ce

¹⁹ CJUE, GC, 19 décembre 2019, *Tom Kabinet Internet BV et a.*, *op. cit.*, § 23 ; voir également : CJCE, 4ème Ch., 16 juillet 2009, *Infopaq International A/S c./ Danske Dagblades Forening*, n° C-5/08, § 22, *JCP-G*, 21 septembre 2009, pp. 31-34, note L. MARINO ; *RTD-Com.*, octobre 2009, pp. 715-717, obs. F. POLLAUD-DULIAN ; *CCE*, novembre 2009, pp. 26-29, obs. C. CARON

²⁰ LUCAS A., *Droit d'auteur et numérique*, *op. cit.*, p. 51 (« L'auteur ne crée pas des "bits". Et le public n'achète pas des impulsions électriques. Ce qui l'intéresse, c'est l'œuvre telle qu'il va la "consommer" ») ; GAUDRAT P., « Brèves observations sur le régime de l'œuvre multimédia », *op. cit.*, p. 99 (« Qu'achètent les clients de jeux vidéo ? Des instructions de traitement ? Un langage de programmation ? Une topographie de semi-conducteur ? Des classements de données ? Est-ce là, la création qui suscite l'intérêt du public ? »)

niveau qu'un support d'exploitation. Revenir à une qualification purement logicielle reviendrait à confondre l'œuvre et son support ; toute œuvre de l'esprit qui ferait l'objet d'une numérisation serait alors considérée comme une œuvre logicielle du seul fait de son encodage en données numériques²¹.

La qualification ainsi opérée par la cour d'appel l'amène naturellement à déterminer le régime juridique applicable à l'épuisement du droit de distribution. Le jeu vidéo relevant pour le tout de la directive de droit commun du 22 mai 2001, la mise à disposition au format numérique de jeux vidéo, *via* une plateforme, doit être considérée comme relevant du « droit de mise à disposition du public de l'œuvre de manière que chacun puisse y avoir accès de l'endroit et au moment qu'il choisit individuellement », visé par l'article 3 § 1. Un tel acte ne saurait être soumis au droit de distribution visé par l'article 4 de ladite directive, ni à l'article L.122-3-1 du Code de la propriété intellectuelle, lesquels comportent effectivement un principe d'épuisement à l'égard des seuls exemplaires matériels d'une œuvre. Les considérants n° 28 et 29 de la directive ne laissent aucune ambiguïté quant au sens et à la portée de cet article, qui n'est pas applicable aux services en ligne. Il en va différemment des logiciels, pour lesquels l'article 4 § 2 de la directive spéciale du 23 avril 2009 prévoit un principe d'épuisement à l'égard de la « première vente d'une copie de programme d'ordinateur » par le titulaire de droits, le terme « copie » visant indifféremment le format matériel et le format numérique²². Le principe en est repris à l'article L 122-6 3° du Code de la propriété intellectuelle.

L'accès à distance à un répertoire de jeux vidéo devant être considéré comme un service, il ne peut donner lieu à épuisement. Toute nouvelle communication de l'œuvre est donc soumise à autorisation des titulaires de droit, conformément à la jurisprudence, abondante sur le sujet²³,

²¹ GAUDRAT P., « A la poursuite de l'œuvre multimédia... » (« Si la solution devait être étendue à la forme numérique, Mozart deviendrait informaticien toutes les fois que ses quintettes sont gravés sur CD. »), et SARDAIN F., « Du droit du multimédia au droit de l'unimedium », in SARDAIN F. [Dir.], *Les créations multimédias – Droit des technologies avancées*, Vol. 8, n° 2, 2001, p. 50 et pp. 110-111

²² CJUE, GC, 3 juillet 2012, *UsedSoft GmbH c./ Oracle International Corp.*, n° C-128/11, § 55, *RTD-Com.*, juillet 2012, pp. 542-548, note F. POLLAUD-DULIAN, *PI*, n° 44, juillet 2012, pp. 333-337, note A. LUCAS, *Gaz. Pal.*, 17 août 2012, pp. 18-19, obs. L. MARINO, *CCE*, octobre 2012, pp. 21-22, obs. C. CARON

²³ Ex multis : CJUE, GC, 31 mai 2016, *Reha Training Gesellschaft für Sport und Unfallrehabilitation mbH c./ GEMA*, n° C-117/15 (§§ 54-56), *Dalloz IP/IT*, septembre 2016, pp. 420-425, note V.-L. BENABOU ; *PI*, n° 61, octobre 2016, pp. 433-435, obs. J.-M. BRUGUIERE ; *RLDI*, n° 130, octobre 2016, pp. 18-23, note P. MOURON ; CJUE, 3^{ème} Ch., 29 novembre 2017, *Vcast c./ RTI SpA*, n° C-265/16, *RTD-Com.*, janvier 2018, pp. 100-107, note F. POLLAUD-DULIAN ; *CCE*, janvier 2018, pp. 30-31, obs. C. CARON ; *PI*, n° 67, avril 2018, pp. 48-50, obs. J.-M. BRUGUIERE ; *RLDI*, n° 148, mai 2018, pp. 9-13, note P. MOURON ; CJUE, 2^{ème} Ch., 7 août 2018, *Land Nordrhein-Westfalen c./ Dirk Renckhoff*, n° C-161/17, *RTD-Com.*, juillet 2018, pp. 683-689, note F. POLLAUD-

de la Cour de justice de l'Union européenne. Le recours à des formules d'abonnement offrant un accès distant à un catalogue de jeux s'est développé ces dernières années, comme pour d'autres types d'œuvres²⁴. Ce modèle, dit du « *Pay per Play* »²⁵, repose sur l'octroi de licences d'utilisation temporaires et renouvelables, sans possibilité de copies, ce qui permet de les qualifier de services (GaaS pour « *Games-as-a-service* »)²⁶. Par conséquent, faute de faire l'objet d'un transfert de propriété, ceux-ci ne pourraient relever du droit de distribution. La solution est d'autant plus juste que les jeux vidéo peuvent encore être utilisés plusieurs années après leur parution, à l'image du *retrogaming*. Ce n'est pas le cas des logiciels, pour lesquels l'obsolescence est bien plus rapide²⁷. Aussi la cour infirme-t-elle le jugement du tribunal sur ce point.

La solution évite le caractère « ubuesque » (aux dires de l'association UFC – Que Choisir) de l'application simultanée de deux règles contradictoires, ce qui relativise quelque peu le caractère distributif du régime juridique des jeux vidéo²⁸. Du moins celui-ci doit-il être considéré pour les parties séparées du jeu, un régime unitaire devant nécessairement être recherché lorsque celui-ci est pris comme un tout²⁹. Peu à peu se dessine ainsi le régime juridique des jeux vidéo, ce qui promet encore de nombreuses interrogations au vu de la diversité des usages auxquels ils peuvent se prêter.

DULIAN ; *PI*, n° 69, octobre 2018, pp. 32-38, note A. LUCAS et J.-M. BRUGUIERE ; *CCE*, novembre 2018, pp. 26-27, obs. C. CARON

²⁴ HILTY R., « "Exhaustion" in the Digital Age », in CALBOLI E. & LEE E. [Ed.], *Research Handbook on Intellectual Property Exhaustion and Parallel Imports*, Edward Elgar, 2016, pp. 64-65 ; MEZEI P., « Digital First Sale Doctrine *Ante Portas* », *JIPITEC*, Vol. 6, issue 1, 2015, p. 51

²⁵ GUESMI S. et LEMOINE E. L., « Rupture et pérennité des *business models* de l'industrie des jeux vidéo », *Revue des sciences de gestion*, n° 2016/5-6, pp. 144-145

²⁶ TRAPOVA A. & FAVA E., « Aren't we all exhausted already? EU copyright exhaustion and video game resales in the Games-as-a-Service era », *IELR*, 2020, Vol. 3, Issue 2, p. 87

²⁷ Arguments déjà soulevés à l'égard des livres électroniques dans l'affaire *Tom Kabinet* : Conclusions de l'avocat général M. Maciej Szpunar présentées le 10 septembre 2019, Affaire C-263/18, § 62

²⁸ MEZEI P., « Digital First Sale Doctrine *Ante Portas* – Exhaustion in the Online Environment », *op. cit.*, pp. 23-71 ; KAISER A., « Exhaustion, Distribution and Communication to the Public – The CJEU's Decision C-263/18 – *Tom Kabinet* on E-Books and Beyond », *GRUR International*, 69(5), 2020, pp. 489-495

²⁹ TREPPOZ E., « Les limites de la qualification distributive du jeu vidéo », *JCP-G*, 12 octobre 2009, pp. 16-19

II – La validation partielle de clauses relatives à l'économie du jeu vidéo

De la création à la consommation : un droit spécial en chasse un autre. En première instance, dix clauses de l'accord de souscription et cinq clauses de l'accord sur la protection de la vie privée avaient été jugées illicites et/ou abusives. Si Valve acceptait la sanction pour certaines d'entre elles, en revanche, elle maintint son opposition quant au traitement de deux stipulations particulières, l'une sur les *mods* (A) et l'autre sur le « porte-monnaie » Steam (B). La bataille menée sur ces stipulations par la plateforme s'explique principalement par le fait que le marché des items et autres œuvres dérivées représente aujourd'hui une source conséquente de revenus pour tout l'écosystème des jeux vidéo.

A – La rémunération des *mods*

Le jeu vidéo est donc une œuvre de l'esprit qui, sous condition d'originalité, est protégeable par le droit d'auteur. La protection globale de cette œuvre complexe n'interdit pas de protéger séparément chacun des éléments susceptibles de s'y intégrer. Les contenus générés par les utilisateurs évoqués dans cette affaire font partie de ces éléments.

Ces créations ou *mods* procèdent d'une activité appelée *krafting*. Il en existe deux types. On trouve tout d'abord le *krafting* traditionnel, qui n'octroie une liberté créatrice à l'utilisateur du jeu vidéo que dans le strict cadre d'utilitaires mis à disposition soit par l'ayant-droit du jeu, soit par la plateforme sur laquelle il peut être joué et sur laquelle l'utilisateur bénéficie de services accessoires. Dans cette hypothèse, la liberté créatrice du joueur est contrainte techniquement comme artistiquement. L'originalité de ses créations est alors discutable. D'aucuns estiment cependant qu'elles sont susceptibles d'être qualifiées d'œuvres dérivées³⁰. L'œuvre serait la propriété de son créateur qui doit néanmoins respecter les droits de l'éditeur sur le jeu³¹. Au contraire, dans l'hypothèse d'un *krafting* moderne, les créateurs bénéficient d'une totale autonomie artistique. Il est alors possible d'y voir une œuvre composite ou transformative³². Quel que soit le cas de figure, les rapports entre œuvre initiale et œuvre nouvelle concernent l'ayant-droit du jeu, le plus souvent un éditeur, et l'utilisateur, le plus souvent un

³⁰ VERBIEST T., « La qualification juridique de l'avatar », in IREDIC (dir.), *Le jeu vidéo et le droit*, PUAM, 2010, p. 111 ; BENABOU V.-L., « Quelles solutions pour les UGC en France ? », *JAC*, juin 2015, n° 25, p. 20 ; TRICOIT J.-P., « À qui appartient Warcraft 3 Reforged ? Réflexions sur un jeu à la mod(e) », in BRUNAUX G. (dir.), *Les contentieux du jeu vidéo*, Mare&Martin, 2022, p. 191

³¹ Art. L.113-4 CPI

³² Art. L.113-2 CPI

consommateur. Partant, la plateforme jouant à la fois le rôle d'intermédiaire technique à l'utilisation du jeu et d'intermédiaire juridique à sa distribution comme à celle des contenus générés par les utilisateurs n'est pas titulaire *ab initio* de droits de propriété intellectuelle sur ceux-ci.

Néanmoins, afin d'exercer sa fonction d'intermédiation, elle doit être autorisée par les titulaires de ces créations à les implémenter sur la plateforme. Dans l'accord de souscription Steam, il était prévu la conclusion d'un contrat de licence entre les parties afin de pouvoir mettre les créations à disposition de Valve, de ses sociétés affiliées ainsi que des autres utilisateurs. À rebours d'une partie de la doctrine³³, les juges du fond ont souscrit à la distinction entre le contrat de cession d'œuvre et le contrat de licence. Si le juge n'est pas tenu par la qualification que les parties ont donné à leur contrat, il doit être observé un usage constant de recours à la qualification de licence. Le contrat de licence est traditionnellement présenté comme un contrat de concession³⁴ qui est ni plus ni moins qu'un contrat de louage³⁵ de chose portant, en l'occurrence, sur un bien intellectuel³⁶. On ne peut qu'abonder dans le sens de la Cour d'appel de Paris. En l'espèce, Valve ne sollicitait rien de plus que la faculté d'implémenter les créations numériques sur sa plateforme, la possibilité de les modifier pour des raisons de compatibilité technique et parfois artistique (amélioration du *gameplay*), voire de créer un contenu généré à partir de ces œuvres elles-mêmes dérivées de jeux vidéo. Cette autorisation n'emportait aucune cession des droits sur les *mods*. En toute logique, la cour écarte le régime juridique de la cession : nulle cession globale d'œuvres futures³⁷, nulle exigence d'établir le contrat par écrit³⁸ et nulle obligation de mentionner distinctement dans l'acte chacun des droits cédés ainsi que la précision de leur domaine d'exploitation³⁹... faute de cession !

Ces exigences disparues au titre du droit d'auteur réapparaissent cependant sous l'angle du droit de la consommation. Il était fait grief à la société Valve de se conserver le droit d'accorder des licences sur les contenus générés par les utilisateurs, même après leur retrait de la

³³ LUCAS A., LUCAS-SCHLOETTER A. et BERNAULT C., *Traité de la propriété littéraire et artistique*, LexisNexis, 5^{ème} éd., 2017, n° 723. – FRANCON A., « La liberté contractuelle dans le domaine du droit d'auteur », *D.*, 1976, p.55

³⁴ DESBOIS H., *Le droit d'auteur en France*, Dalloz, 3^{ème} éd., 1978, n° 491

³⁵ C. Cass., Ch. Com., 29 janvier 2020, n° 18-26.357, Bull. civ. p. 220 ; *Cont. conc. cons.*, 2020, comm. n° 60 ; V. LEDIEU M.-A., « Et si la licence de logiciel était une location ? », *CCE*, novembre 2003, pp. 12-19

³⁶ BINCTIN N., *Droit de la propriété intellectuelle*, LGDJ, Manuel, 7^e éd., n°1198

³⁷ Art. L.131-1 CPI

³⁸ Art. L131-2 CPI

³⁹ Art. L.131-3 CPI

plateforme, ce qui s'avérait déterminant de leur exploitation commerciale quand bien même la société démentait y procéder. Seulement, le pouvoir unilatéral de la plateforme de modifier ces contenus voire de créer des œuvres dérivées à partir de ceux-ci était réservé aux hypothèses susmentionnées de compatibilité technique ou d'amélioration artistique. Les juges du fond estiment néanmoins que ces stipulations pêchaient par absence de mention d'une rémunération de l'auteur ainsi que de manière suffisamment claire des droits conférés à l'auteur du *mod*.

D'abord, le droit de la propriété intellectuelle ne s'oppose pas à la gratuité ni pour le contrat de cession⁴⁰, ni pour celui de la licence. La cour voit cependant dans ce caractère gracieux un déséquilibre significatif dans les droits et obligations des parties au sens de l'article L 212-1 du Code de la consommation, justifiant de réputer la clause non-écrite. La sanction est un brin sévère dans la mesure où, d'une part, la plateforme Steam, *via* l'application Workshop, offre un service gratuit de partage de contenus ainsi que de commercialisation, et où, d'autre part, les utilisateurs ne sont pas privés de leurs droits sur leurs créations et sont libres de les commercialiser sur une autre plateforme. Cette stratégie de l'intimée pourrait à terme se retourner contre les consommateurs qu'elle est censée protéger : la plateforme pourrait fixer un prix de licence tout en facturant pour un montant plus élevé l'accès à certains services de la plateforme. D'ailleurs, l'accès au service proposé par la plateforme peut être considéré comme la contrepartie non monétaire de la licence octroyée par les utilisateurs créateurs de contenus, comme l'avait déjà jugé le Tribunal de grande instance de Paris en matière de réseaux sociaux dans les affaires précitées en introduction. Ensuite, il est corrélativement reproché à la stipulation de ne pas mentionner de manière suffisamment claire les droits qui lui sont conférés et de ne pas être conforme aux dispositions du Code de la propriété intellectuelle prévoyant la rémunération de l'auteur. Effectivement, la clause ne le prévoit expressément pas. Le défaut de transparence est érigé en atteinte grave aux droits des consommateurs restreignant le contenu de leurs droits ou une entrave à l'exercice de ceux-ci. Sur ce point, la discussion est ouverte : si la transparence a des vertus informatives évidentes, l'absence de mention d'un droit n'équivaut pas à son inexistence. Seule importe la faculté de commercialiser les contenus générés par les utilisateurs. Le débat devrait plutôt porter sur les modalités d'établissement du prix. S'agissant de la contradiction au droit de propriété intellectuelle, la gratuité n'est admise que si l'attributaire a conscience de son engagement altruiste⁴¹. Pour autant, il était possible

⁴⁰ Art. L.122-7 CPI

⁴¹ CARON C., *Droit d'auteur et droits voisins*, LexisNexis, Manuel, 6^{ème} éd., 2020, n°432

d'admettre que la mise à disposition n'était pas gratuite puisque l'utilisateur bénéficiait des services de la plateforme. Seulement, même si l'avantage est en nature, il doit être mentionné expressément⁴². Le renvoi à d'éventuelles conditions spécifiques est théoriquement de nature à satisfaire cette exigence. Mais les incertitudes entourant les conditions d'un tel renvoi comme le contenu de ces conditions spécifiques ont achevé de convaincre les juges parisiens du défaut de clarté de la clause litigieuse.

À la lumière de cette relation, une interrogation surgit : si, dans l'accès aux services de Valve, les utilisateurs sont considérés comme des consommateurs, la qualification prévaut-elle lorsqu'ils se présentent en créateurs de contenus et consentent un droit d'utilisation et de modification au profit de la plateforme ? L'inversion des rôles n'est pas exclusive de la qualité de consommateur⁴³. Encore faut-il qu'ils n'en fassent pas leur profession habituelle. Or on sait que certains utilisateurs vivent de leurs créations. Le litige étant initié par une association agréée de consommateurs, il ne permettait pas d'approfondir la réflexion.

B – Le statut du « porte-monnaie » Steam

Une autre clause intéressait le « porte-monnaie » proposé par Steam. Concrètement, le consommateur verse une somme d'argent à Valve en contrepartie d'un crédit porté au compte Steam permettant à l'utilisateur d'acheter des jeux vidéo ou des items.

L'association UFC - Que choisir avait obtenu en première instance la déclaration d'illicéité de service au motif de la violation des dispositions du Code monétaire et financier relatives aux instruments de paiement, à l'émission et la gestion de monnaie électronique et aux prestataires de service de paiement. Elle bénéficiait d'une interprétation extensive du Code monétaire et financier encouragée par les termes de la directive 2009/110/CE⁴⁴. Le porte-monnaie Steam constitue-t-il un véritable porte-monnaie électronique ? Une doctrine autorisée l'a défini comme « *un instrument de paiement dans lequel sont intégrées des unités monétaires et qui permet moyennant sa lecture par un terminal spécifique, de décharger tout ou partie de ces unités pour réaliser un paiement* »⁴⁵. La définition semble à première vue correspondre au

⁴² Comp. CA Paris, 18 nov. 2005, *PI*, n°19, avril 2006, p.182, note A. Lucas ; *CCE*, mars 2006, comm. n° 45, obs. C. Caron

⁴³ Cass. crim., 5 déc. 2017, n° 16-86.729, *Dr. pén.*, février 2018, pp. 41-43, note J.-H. Robert ; *Cont. conc. cons.*, janvier 2018, pp. 43-44, note S. Benrheim-Desvaux

⁴⁴ Dir. 2009/110/CE du 16 sept. 2009, JOUE 10 oct. 2009, L267/7, spéc. cons. n° 8

⁴⁵ LE CANNU P., GRANIER T. et ROUTIER R., *Instruments de paiement et de crédit. Titrisation*, Dalloz, Précis, 9^{ème} éd., 2017, n°306

système proposé par Valve. Seulement, il n'est pas certain que les unités inscrites au compte Steam soient des unités d'une monnaie électronique. D'aucuns estiment que la monnaie électronique est « *une créance représentative d'un pouvoir d'achat qui peut être utilisée, et donc transmis de détenteur à détenteur* »⁴⁶. Le consommateur paraît bénéficier d'un tel pouvoir après avoir alimenté le « porte-monnaie » Steam. Reprenant la définition de l'article L 315-1 du Code monétaire et financier, la juridiction parisienne refuse pourtant cette qualification. Il est principalement retenu que « *les fonds du porte-monnaie Steam sont uniquement acceptés au profit de la société Valve à l'exception de tous tiers.* ». Autrement dit, il manque dans la chaîne de circulation de valeur un tiers créancier recevant un paiement sous cette forme. Or la disposition précitée distingue bien l'émetteur de monnaie électronique de la personne qui accepte un paiement sous cette forme. Le souscripteur a bien une créance représentative d'un pouvoir d'achat mais qui n'est pas transmissible à proprement parler. En tout état de cause, Valve n'émet pas de monnaie électronique et ne peut donc être qualifiée d'établissement de monnaie électronique au sens de l'article L.526-1 du Code. Partant, il ne pouvait être reproché à la plateforme de ne pas respecter l'obligation de remboursement des fonds en cas de rupture de contrat en application de l'article L.133-29 du Code monétaire et financier.

À défaut d'illicéité, la stipulation était-elle abusive ? La clause litigieuse stipulait que le refus des modifications imposées par la plateforme emportait résiliation de plein droit du contrat de souscription sans restitution des crédits restants. La Cour d'appel de Paris écarte le jeu de l'article R 212-1 3° du Code de la consommation présumant irréfragablement abusive la clause ayant respectivement pour objet de réserver au professionnel le droit de modifier unilatéralement les clauses du contrat relatives à sa durée, aux caractéristiques ou au prix du bien à livrer ou du service à rendre, au motif que les modifications ne portaient pas sur de tels éléments de l'accord de souscription Steam mais uniquement sur les limites de solde et d'utilisation du porte-monnaie Steam qualifié de « service optionnel et accessoire ». Cette analyse ne convainc pas dans la mesure où la loi ne distingue pas selon que le service dont les caractéristiques peuvent être modifiées unilatéralement est principal ou accessoire⁴⁷.

⁴⁶ BONNEAU T., *Droit bancaire*, LGDJ, 2019, 13^{ème} éd., n° 93

⁴⁷ Comp. C. Cass., 1^{ère} Ch. Civ., 3 mai 2006, n° 04-16.698, Bull. civ. I, n°213 ; D., 2006, p. 2743, note Y. Dagnorne-Labbe ; *RTD-Civ.*, janvier 2007, p. 113, obs. J. Mestre et B. Fages ; *RTD-Com.*, janvier 2007, p. 219, obs. B. Bouloc

L'article R 212-2 6° du Code de la consommation,⁴⁸ est, en revanche, jugé inapplicable car le contrat est à durée indéterminée.

Quant au fait que la résiliation soit suspendue au versement d'une indemnité au profit du professionnel au sens de l'article R 212-1, 11° du Code, il y a matière à débattre. Si le consommateur ne verse pas véritablement une indemnité, il perd une valeur. Cependant, la valeur perdue est indépendante du coût de la rupture de contrat. Elle ne correspond ni au temps d'utilisation du service, ni au coût du préjudice subi par la plateforme. Ainsi que le suggère la cour, la résiliation peut s'opérer sans perte de valeur puisque celle-ci dépend de l'existence de fonds sur le porte-monnaie Steam. La stipulation ne pouvait être présumée irréfragablement abusive. Rien n'interdit de penser qu'elle ne soit pas pour autant abusive dans la mesure où le consommateur peut se trouver dans la situation où après avoir alimenté son porte-monnaie, il en perd la totalité du contenu sans jamais l'avoir utilisé. Ainsi, non pas sur le fondement des textes instituant une présomption d'abus serait-elle simple, mais sur celui de l'article L.212-1 du Code, car l'appréciation non juridique mais économique de déséquilibre engendré aurait pu condamner la clause.

Cette affaire a le mérite de mettre en exergue l'économie des jeux vidéo qui aujourd'hui repose non seulement sur la commercialisation des jeux mais aussi sur tous les services accessoires et notamment le marché secondaire des items. Juridiquement, il révèle aussi une stratégie des défenseurs des consommateurs : démontrer l'illicéité des stipulations sur le fondement de droits spéciaux (droit de la propriété intellectuelle, droit bancaire et financier, etc.) et, s'appuyant sur les conclusions obtenues, mettre en exergue le déséquilibre significatif qui en ressort, caractéristique des clauses abusives.

⁴⁸ Et non l'article R 212-1, 6° C. cons tel qu'indiqué dans l'arrêt