



LETTRE N°39 : AVRIL 2008 – NOVEMBRE 2009

Les produits dérivés des MMOG

par Arnaud DIMEGLIO, Martin-Daniel GLEIZE

Les éditeurs de jeux du type MMOG doivent faire face au commerce des éléments composants leurs jeux. Ce commerce est en principe illicite, à moins qu'il n'ait été autorisé par l'éditeur.

Les MMOG (Massive Multiplayers On Line Game) ou « jeux en ligne massivement multi joueurs », connaissent une croissance exponentielle. Qui n'a pas déjà entendu parlé de « World of Warcraft », « Everquest », ou encore « Second life » ?

Cette distraction, dans laquelle des milliers de joueurs s'affrontent en simultanément dans des mondes virtuels, représente aujourd'hui 16 millions de joueurs au niveau mondial, et un chiffre d'affaire de 2,5 milliards de dollars.

Autour de ces jeux s'est développée toute une économie parallèle, le commerce des produits du jeu : biens, personnages, services.

L'interdiction de la commercialisation

Les éditeurs de jeux réproouvent ces pratiques car elles s'inscrivent en violation de leurs droits d'auteurs, et leur ôte des revenus substantiels.

Les biens et les personnages ainsi vendus sont des œuvres de l'esprit qui peuvent être protégées par le droit d'auteur (L. 112-2 du Code de la Propriété Intellectuelle). Ils constituent en effet des créations de forme originales, détachables du jeu en lui-même.

Il en résulte qu'il est interdit, sans l'autorisation de l'éditeur, propriétaire de ces éléments, de les représenter, de les reproduire, de les exploiter commercialement. Il en est de même pour leur traduction, leur adaptation, leur transformation (article L. 111-1 et s. du CPI).

Les tribunaux condamnent régulièrement sur le fondement de la contrefaçon, la reproduction sur Internet de biens incorporels protégés par droit d'auteur (cf. par exemple pour des photos TGI Paris, Jérôme P. / SA Tempsort - Saarl Corbis Sygma, jugement du 9 janvier 2002).

Par ailleurs, ces éléments sont le plus souvent inclus dans des bases, que constituent les serveurs du jeu. L'éditeur peut alors, s'il remplit les conditions propres aux producteurs de bases de données, interdire l'extraction, et la réutilisation de ses données (L. 341-1 et s. du CPI).

L'utilisateur du jeu pourrait enfin être condamné sur le fondement de l'abus de confiance (314-1 du code pénal). En effet, en commercialisant des éléments du jeu, il les détourne au préjudice de l'éditeur.

Il est donc pénalement condamnable de vendre des éléments d'un jeu sans l'autorisation préalable de son éditeur. Outre les peines d'amende et de prison encourus, le joueur s'expose à des sanctions civiles : dommages et intérêts et, éventuellement, résiliation de son contrat.

L'autorisation de la commercialisation

Afin d'enrayer le développement de ce commerce parallèle, les éditeurs mettent en place des systèmes de commercialisation spécifiques. Ces systèmes, développés au profit de l'éditeur et des joueurs « vendeurs » sont appelés « plateformes d'échange ».

Elles permettent des transactions en devises destinées à acquérir ou céder des biens d'un MMOG.

Les éditeurs effectuent l'intermédiation entre vendeurs et acheteurs, ce qui leurs permet de recevoir au passage une commission sur le prix de vente.

Le joueur qui souhaite acheter le bien verse le prix à l'éditeur, lequel reverse à l'acheteur le montant de la transaction, déduction faite de sa commission.

En échange du prix versé, l'acheteur reçoit le bien, avec lequel il peut jouer.

Le but de ce mécanisme est double : d'une part empêcher que les joueurs ne soient tentés, se connaissant, de commercer directement, sans que l'éditeur de jeu ne puisse profiter, au passage, des revenus légitimes tirés de sa création et, d'autre part, sécuriser les paiements en ayant recours à un tiers de confiance (l'éditeur) afin de garantir les deux parties contre tout aigrefin.

Les éditeurs de jeu ont donc tout intérêt à mettre en place des contrats, à la croisée des contrats d'entreprise, et des contrats de sous licence de droit d'auteur.

A défaut, ils s'exposent à ce que, se propage le commerce illégal des produits dérivés de leurs jeux.

Le passeport biométrique (Décret n°2008-426 du 30 Avril 2008)

par Géraldine Criqui

Le passeport « électronique » n'est plus, le décret du 30 Avril [1] instaure simplement le « passeport ». Dans le texte, en effet, aucun terme ou adjectif se rapportant aux techniques biométriques, n'est utilisé. Pourtant, pour se mettre en conformité avec la réglementation européenne c'est bien de la création d'un passeport biométrique qu'il s'agit.

En effet, en 2004, le conseil européen dans le but de lutter contre la falsification des passeports et leur utilisation frauduleuse, a adopté un règlement posant les normes minimales à adopter pour la sécurisation des titres [2].

L'application de ce règlement a eu lieu en deux temps comme cela était prévu. Le décret du 30 décembre 2005 instaure le passeport électronique qui contient une puce RFID et l'image numérisée du visage du titulaire [3].

Le décret de 2008, objet de notre étude, modifie le précédent décret et complète le dispositif en obligeant à la collecte des empreintes digitales du demandeur. Photos numérisées du visage et des empreintes sont également enregistrées, et cela est nouveau, dans le système de traitement automatisé des données relatives aux procédures d'établissement des passeports, système désormais dénommé TES.

Ainsi, et dès lors que les mairies seront équipées des machines adéquates, seront numérisées, pour la délivrance d'un passeport, non plus seulement l'image faciale du titulaire mais également les empreintes de huit de ses doigts, sauf pour les enfants de moins de six ans dont les empreintes ne seront pas récoltées [4].

Comment ces données biométriques vont-elles être utilisées et par qui ?

D'une part, les images numérisées du visage du titulaire et de deux de ses empreintes digitales seront enregistrées dans la puce RFID [5].

D'autre part, le décret indique que l'ensemble des données biométriques (l'image du visage et les empreintes des huit doigts) seront enregistrées dans le traitement automatisé de données, ce qui n'était pas le cas avant [6].

Le premier procédé de conservation des données, l'enregistrement sur une puce communicante pouvant être lue à distance répond à lui seul à l'exigence européenne : s'assurer de la fiabilité du lien entre le passeport et son détenteur. Sa mise en œuvre ne nécessite pas obligatoirement la création d'un fichier central mais peut s'opérer par lecture-comparaison entre les doigts du détenteur et le support de stockage qui lui est personnel, la puce RFID contenue dans le passeport qu'il détient.

L'usage de la Radio Frequency Identification soulève toutefois des inquiétudes. En 2005, alors qu'un débat public s'ouvrait sur le projet de carte nationale d'identité électronique, qui elle aussi devait contenir une puce, on s'interrogeait déjà sur la maturité du système, son caractère irrévocable et la possibilité de contourner cette technologie [7].

Trois ans après les interrogations demeurent et les doutes se confirment même alors que les passeports biométriques britanniques et belges, déjà en circulation, ont pu être « crackés » par des experts en sécurité. Ils ont pu récolter à distance les empreintes contenues dans la puce [8].

La CNIL, dans son avis du 11 décembre 2007 sur le projet de décret [9], pointe également la faiblesse du système au regard du but qu'il se donne, la lutte contre la fraude, dès lors que rien n'est fait pour s'assurer de l'authenticité des pièces justificatives fournies à l'appui des demandes.

Le second procédé de conservation des données, l'enregistrement sur le fichier central, n'était pas prévu par le règlement européen et a été adopté contre l'avis de la CNIL.

L'autorité indépendante a en effet estimé que les finalités de l'acte réglementaire n'étaient pas de celles qui permettaient la mise en œuvre d'un traitement de données biométriques. La sécurité ou l'ordre public n'était pas en jeu ici, et le traitement dès lors constituait une atteinte excessive à la liberté individuelle.

Le gouvernement est passé outre mais a toutefois, suivi la CNIL sur quelques points, notamment quant à l'accès et à l'usage de ce fichier central.

Seuls peuvent y avoir accès dans son intégralité « les personnels chargés des missions de recherche et de contrôle de l'identité des personnes, de vérification de la validité et de l'authenticité des passeports » [10] .

Les services de police et de gendarmerie chargés des missions de prévention et de répression des actes de terrorisme doivent être « individuellement désignés et spécialement habilités » [11] pour le consulter sans avoir toutefois accès aux empreintes digitales.

Enfin « le traitement ne comporte ni dispositif de reconnaissance faciale à partir de l'image numérisée du visage, ni dispositif de recherche permettant l'identification à partir de l'image numérisée des empreintes digitales enregistrées dans ce traitement » [12].

Aux Etats-Unis, récemment, des fonctionnaires délivrant des permis de conduire et adeptes d'une émission de télévision s'intéressant aux individus recherchés par la police (« *America's most wanted* ») ont tenté « pour le sport » de comparer grâce à des procédés biométriques les photos données avec les photos numérisées à leur disposition dans le fichier des permis de conduire. Ils ont permis à la police d'arrêter un suspect [13] .

Un tel usage du fichier TES n'est donc pas possible en France. Toujours est-il que la base de données biométriques se constitue.

Dès lors, on ne peut qu'approuver la CNIL en ce qu'elle regrette que le nouveau cadre du passeport ait été adopté par voie réglementaire [14].

Ce décret, établissant un nouveau passeport qui ne dit pas son nom, instaure un automatisme pour tous les français, celui de donner leurs empreintes digitales et ce alors même qu'aucun débat public n'a été engagé sur la question de la collecte et de l'usage des données biométriques.

Il faut espérer que le projet de loi sur l'identité numérique, comportant un volet sur la future carte d'identité nationale, comblera cette lacune et qu'un vaste débat s'engagera [15].

Nombreux seront les points à clarifier car la technologie n'est pas une fin en soi, elle est faillible et présente des risques. Son usage nécessite des bilans objectifs d'efficacité. Ses finalités doivent être claires, connues et acceptées.

Aujourd'hui un fichier se constitue, quels en seront les usages futurs ? Et quels standards seront suivis ? Le Conseil européen obligeait à la collecte de deux empreintes, la France s'est décidée pour l'enregistrement de huit, aux Etats-Unis ce sont vos dix doigts qui sont numérisés si vous souhaitez entrer sur le territoire [16].

Les réponses à ces questions relèvent de choix politique certes mais sont avant tout des enjeux de société qui doivent mobiliser chacun.

[1] Décret n°2008-426 du 30 Avril 2008, JO du 4 mai 2008.

[2] Règlement (CE) n° 2252/2004 du 13 décembre 2004, JOCE n°L 385 du 29/12/2004, p.0001-0006.

[3] Décret n°2005-1726 du 30 décembre 2005, JO du 31 décembre 2005.

[4] Article 6-1 nouveau

[5] Article 2 modifié

[6] Article 19 a) modifié

[7] KHEYARI Kevin, « Le projet de carte nationale d'identité numérique » 5 mai 2006, article disponible sur le site du CEJEM : www.cejem.com.

[8] « Le passeport biométrique britannique cracké par un expert en sécurité » 7 mars 2007, « Le passeport biométrique belge pas suffisamment sécurisé » 7 juin 2007, articles disponibles sur www.journaldunet.com

[9] Délibération n°2007-368 du 11 décembre 2007, disponible sur le site de la CNIL : www.cnil.fr

[10] Article 21

[11] Article 21-1 modifié

[12] Article 19 modifié

[13] LIPTAK Adam, « Driver's license emerges as crime fighting tool, but privacy advocates worry », New York Times, 17 Février 2007.

[14] CNIL, 28ème Rapport d'activité 2007, La Documentation Française, p.19

[15] Comme ce fut le cas en 2005, alors que le projet était déjà d'actualité et que le ministère de l'intérieur avait confié au Forum des Droits de l'Internet l'organisation d'un débat national : www.foruminternet.org

[16] « 10 fingerprint scanners to deploy to all port of entry », rubrique « how it works » sur le site du département de la sécurité intérieure américain : www.dhs.gov

Les clauses abusives continuent d'agrémenter les contrats électroniques (à propos du jugement TGI Bordeaux, 1ère ch. civ., 11 mars 2008, UFC Que choisir c. CDiscount)

par Marlene Trezeguet

Dans un jugement en date du 11 mars 2008, le tribunal de grande instance de Bordeaux a déclaré abusives plusieurs clauses figurant dans les conditions contractuelles de CDiscount [1]. Ce jugement donne de nombreuses précisions quant aux obligations du fournisseur de biens ou de services sur l'internet. En outre, le tribunal encadre la pratique d'ajout automatique de produits et de services dans le récapitulatif de vente.

I. OFFRE ET INDISPONIBILITE DES PRODUITS

a) *Des contraintes propres à la vente à distance : l'offre limitée aux stocks disponibles*

Il est fréquent que les sites précisent que les offres de leurs produits sont valables *dans la limite des stocks disponibles*. Cette précision est-elle de nature à remettre en cause la fermeté de l'offre ? Le tribunal a répondu par la négative en affirmant que « dans les ventes à distance, il est acquis qu'il existe des délais nécessaires à l'enregistrement d'une commande et d'un paiement, et que pendant ce délai, en cas de fin de stock, un produit peut devenir indisponible ». Ainsi, « la seule mention de ce que les offres de produits sont valables dans la limite des stocks disponibles n'est pas illicite ou abusive, dès lors que les prescriptions [de l'article L. 120-20-3 du Code de la consommation] sont par ailleurs respectées » [2].

Cette solution avait déjà été énoncée par la Commission des clauses abusives [3], avec toutefois une limite [4] : le professionnel ne doit pas ajouter une clause l'exonérant de sa responsabilité lorsqu'elle est engagée pour ce motif.

Le consommateur doit être renseigné rapidement de l'indisponibilité du produit. Il ne doit s'agir que d'une indisponibilité temporaire et non d'une technique de vente à *flux tendus* dont les consommateurs sont trop souvent les victimes. En témoigne l'argumentation développée par le juge de proximité de Metz, le 28 juin 2007 [5] : « les promesses répétées de livraison puis de remboursement n'ont manifestement pour objet que de gagner du temps et conserver indûment les sommes versées à la commande par les clients abusés. Cette attitude justifie l'octroi de [dommages et intérêts] pour résistance abusive ».

b) *La possibilité de proposer un produit équivalent*

Selon l'article L. 121-20-3 du Code de la consommation, « si la possibilité en a été prévue préalablement à la conclusion du contrat ou dans le contrat, le fournisseur peut fournir un bien ou un service d'une qualité et d'un prix équivalents ». Littéralement, cette disposition contredit le texte de l'article R. 132-2 du Code de la consommation, interdisant « la clause par laquelle le professionnel se réserve le droit de modifier les caractéristiques du bien ou du service » [6]. La recommandation

n° 07-02 avait d'ailleurs prescrit « que soient éliminées dans les contrats de commerce électronique les clauses ayant pour objet ou pour effet de faire croire que le professionnel est en droit de modifier unilatéralement les caractéristiques du bien à livrer ou du service à rendre » [7]. Le tribunal a toutefois décidé que la clause litigieuse était « conforme à ces prescriptions » puisqu'elle ne comporte aucune obligation pour le consommateur d'accepter le produit similaire [8].

II. ACCEPTATION ET INSERTION AUTOMATIQUE DE PRODUITS DANS LE PANIER

Le tribunal a encadré la pratique consistant à insérer automatiquement des produits ou services dans le panier du consommateur.

Selon nous, cette pratique contrevient à la procédure du « double clic », instauré à l'article 1369-5 du Code civil, mais ne disposant d'aucune sanction. Concrètement, il s'agit pour l'internaute de cliquer sur l'icône d'un ou plusieurs produits ou services afin de les mettre dans un panier électronique (1er clic), de vérifier le contenu du panier dans ce qu'on pourrait appeler un récapitulatif de vente, et d'enlever, si besoin, les articles validés par erreur. L'internaute est alors invité à cliquer une nouvelle fois sur un icône (2ème clic) afin de valider le contrat. Cette pratique s'est généralisée dans tous les contrats utilisant un clavier et/ou un écran (distributeurs de billets SNCF, DAB) car elle permet de corriger les éventuelles erreurs de frappe. Il serait donc dangereux de prêter une quelconque portée à un unique clic, les risques d'erreur étant courants [9]. Dans son rapport, Droit de la consommation appliqué au commerce électronique, le Forum des droits sur l'Internet avait fortement déconseillé la présélection de produits annexes si cette pratique mettait en échec la procédure du double clic et recommandait donc « qu'elle intervienne avant le récapitulatif de commande, de telle sorte qu'un double clic soit nécessaire pour l'ajout des produits et services concernés » [10].

Mais le débat n'a pas eu lieu sur le terrain de la violation de l'article 1369-5 du Code civil mais sur celui de la vente forcée, prévue à l'article L. 122-3 du Code de la consommation, dont la nature pénale de l'infraction permet aux associations de consommateurs d'invoquer un préjudice collectif [11]. Le tribunal considère que l'étape de validation de la commande, comportant des produits non choisis par le consommateur par le biais d'un premier clic, peut être considérée comme l'expression de la volonté du consommateur si le professionnel peut prouver qu'il a fourni une information claire et lisible sur le produit et que le consommateur dispose d'une manœuvre simple de suppression. Selon le Forum des droits, la solution est sévère car la qualification de vente forcée semble délicate « dès lors que les produits et services peuvent être retirés avant la validation définitive de la commande » [12]. Mais finalement, en admettant que le panier composé de produits annexes puisse être, sous condition, considéré comme l'expression de la volonté du consommateur, le tribunal reconnaît incidemment la validité d'un simple clic, contrairement aux prescriptions prudentes de l'article 1369-5 du Code civil.

III. LE DELAI DE LIVRAISON

Les entreprises précisent souvent que le délai de livraison n'est donné qu'à titre indicatif. La Commission des clauses abusives s'est prononcée rapidement sur le

caractère abusif de telles clauses [13]. Le tribunal de grande instance de Bordeaux confirme cette solution en rappelant que le professionnel doit s'engager sur une date de livraison et « ne peut stipuler que les délais indiqués sont des délais moyens » [14].

Dans les contrats de consommation, le délai de livraison est considéré véritablement comme un « élément essentiel du contrat » [15]. C'est le cas quand la célérité est un argument de vente, faisant entrer, de ce fait, la livraison dans le champ contractuel [16]. C'est également le cas pour tous les contrats de consommation d'une valeur supérieure à 500 euros [17]. En effet, en vertu de l'article L. 114-1 du Code de la consommation, le professionnel a l'obligation d'indiquer « la date limite à laquelle il s'engage à livrer le bien ou à exécuter la prestation ». Si cette date est dépassée de plus de sept jours, le consommateur peut dénoncer le contrat par lettre recommandée avec accusé de réception [18] pendant un délai de soixante jours ouvrés à compter de la date indiquée pour la livraison. Le contrat est alors résolu de plein droit [19] si la livraison n'a toujours pas eu lieu au jour de la réception de la lettre par le professionnel, sauf cas de force majeure. C'est au professionnel à prouver qu'il a livré dans le délai convenu [20] ou qu'il a été confronté à un cas de force majeure. Pour les contrats dont la valeur n'excède pas 500 euros, l'article L. 121-20-3 du Code de la consommation, applicable aux seuls contrats à distance, précise seulement que le fournisseur doit exécuter la commande dans un délai de trente jours à compter de la commande. Insatisfaisante, cette disposition a été modifiée par la loi du 3 janvier 2008.

L'article 28 de la loi n° 2008-3 du 3 janvier 2008, dite *Loi Chatel*, prévoit la modification de l'alinéa 1er de l'article L. 121-20-3 du Code de la consommation. Il est prévu que « le fournisseur doit indiquer, avant la conclusion du contrat, la date limite à laquelle il s'engage à livrer le bien ou à exécuter la prestation de services. A défaut, le fournisseur est réputé devoir délivrer le bien ou exécuter la prestation de services dès la conclusion du contrat. En cas de non-respect de cette date limite, le consommateur peut obtenir la résolution de la vente dans les conditions prévues aux deuxième et troisième alinéas de l'article L. 114-1. Il est alors remboursé dans les conditions de l'article L. 121-20-1 ». Cette loi, qui entrera en vigueur le 1er juin 2008, écarte donc le seuil de 500 euros en matière de vente à distance et renforce, par là même, l'obligation d'information sur les délais de livraison des produits ou services. Ainsi, « désormais, le fait même de vendre à distance imposera à tout professionnel, pour quelque activité commerciale que ce soit, une obligation en matière de délais de livraison dont le non respect engagera sa responsabilité » [21].

IV. DROIT DE RETRACTATION ET HYGIENE

Par une interprétation de l'article L. 121-20-3 du Code de la consommation, le tribunal a considéré que « pour des raisons d'hygiène, les exclusions prévues par la société CDiscount au titre des sous-vêtements, piercing et boucles d'oreilles doivent être considérées comme licites » [22]. L'article L. 121-20-2 du Code de la Consommation prévoit seulement que le droit de rétractation ne peut être exercé pour les produits qui, « du fait de leur nature, ne peuvent être réexpédiés ou sont susceptibles de se détériorer ou de se périmer rapidement ». Il est dommage que l'exception pour hygiène n'ait pas été prévue dans la directive 97/7/CE du 20 mai

1997 concernant la protection des consommateurs en matière de contrats à distance, transposée en droit français par l'ordonnance n° 2001-741 du 23 août 2001.

[1] [TGI Bordeaux, 11 mars 2008](#), disponible sur le site du Forum des droits sur l'internet.

[2] TGI Bordeaux, 11 mars 2008, n° 1

[3] V. [la Recommandation n° 80-06 concernant les délais de livraison](#), BOSP du 26 novembre 1980 : « Le vendeur s'engage à donner un délai ferme dès l'expiration d'un temps annoncé comme nécessaire pour procéder aux vérifications et informations techniques concernant la commande ; Le délai ferme est fixé par rapport au délai donné à titre indicatif et dans une proportion raisonnable ».

[4] V. le considérant n° 2 de [la Recommandation n° 07-02 relative aux contrats de vente mobilière conclus par internet](#), adoptée le 24 mai 2007 sur le rapport de M. Vincent Vigneau, BOCCRF 24 décembre 2007 « si une clause qui subordonne la validité de la vente à la disponibilité du produit commandé n'est pas, en soi, abusive, elle est, en revanche, de nature à créer un déséquilibre significatif au détriment du consommateur dès lors qu'elle est combinée avec une clause exonérant, dans tous les cas, le professionnel de sa responsabilité ».

[5] [Prox. Metz, 28 juin 2007 \(ATK Discount\)](#), disponible sur le site *legalis*.

[6] En ce sens, J. CALAIS-AULOY et F. STEINMETZ, Droit de la consommation, Précis Dalloz, 7ème éd., 2006, n° 104, p. 116.

[7] V. le considérant n° 10 de la Recommandation n° 07-02 relative aux contrats de vente mobilière conclus par internet, adoptée le 24 mai 2007 sur le rapport de M. Vincent Vigneau, BOCCRF 24 décembre 2007.

[8] TGI Bordeaux, 11 mars 2008, n° 2.

[9] Contra, P.-Y. GAUTIER, P.-Y. GAUTIER, L'équivalence entre supports électronique et papier, au regard du contrat, in Droit et technique, études à la mémoire du Professeur X. Linant de Bellefonds, Litec, 2007, p. 195, spéc. n° 7.

[10] Recommandation du Forum des droits sur l'internet, Droit de la consommation appliqué au commerce électronique, 31 août 2007, spéc. p. 44.

[11] Art. L. 421-1 du Code de la consommation ; V. TGI Nanterre, 2 septembre 2003.

[12] Recommandation du Forum des droits sur l'internet, Droit de la consommation appliqué au commerce électronique, 31 août 2007, spéc. p. 43.

[13] Recommandation n°80-05 concernant les contrats d'achat d'objets d'ameublement, BOSP du 26 novembre 1980 : « le délai de livraison annoncé constitue un élément important du choix du consommateur ; qu'il est, en conséquence, indispensable qu'un délai soit prévu dans le contrat » ; Recommandation n° 80-06 concernant les délais de livraison, BOSP du 26 novembre 1980 : « La Commission recommande [...] que dans les ventes de produits de fabrication courante le délai de livraison soit exprimé sous forme d'un engagement ferme » ; Cass. 1ère civ., 16 juillet 1987, D. 1988, jur., p. 49, note J. CALAIS-AULOY.

[14] TGI Bordeaux, 11 mars 2008, n° 4.

[15] TGI Paris, 1ère ch. soc., 4 février 2003, (Familles de France c/ S.A. Pere-noel.fr et Voyages Pere noel.fr) Juris-Data n° 2003-218093 ; Gaz. Pal., 24 juillet 2003 n° 205, p. 38 ; Rép. du Notariat

<http://www.cejem.com>

Defrénois, 15 janvier 2004 n° 1, p. 56, n° 37855-4, obs. A. RAYNOUARD ; JCP G 2003, II, 10079, p. 898, note Ph. STOFFEL-MUNCK.

[16] Cass. crim., 11 décembre 2007, inédit, Juris-data n° 07-82.903 ; CA Lyon, 7e ch., 7 mars 2007, Min. publ. et 169 parties civiles c/ Thomas C. ; T. corr. Lyon, 3 février 2005 : « le délai de livraison annoncé et vérifié par la consultation des pages internet du site de cette société est donné pour "extrêmement rapide, entre deux et dix jours" et avait bien pour objet de stimuler la décision d'achat à ce site de commerce électronique le délai apparaissant d'ailleurs un des éléments principaux et mis en avant pour recourir plus particulièrement à la vente en ligne ».

[17] Art. R. 114-1 c. consom.

[18] La dénonciation doit être faite après l'expiration du délai de sept jours : Versailles, 22 septembre 2000, D. 2002, somm., 998, obs. PIGNARRE.

[19] Pas de résolution judiciaire contrairement à l'article 1184 du Code civil.

[20] Cass. 1ère civ., 19 mars 1996, Defrénois 1996, p. 1437, note BENABENT ; D. 1997, somm., 27, obs. P. JOURDAIN.

[21] CORNU, Rapport sur le projet de loi pour le développement de la concurrence au service des consommateurs, Sénat, n° 111, 5 décembre 2007, p. 89

[22] TGI Bordeaux, 11 mars 2008, n° 13

La catch up TV : nouvelle aire pour la télévision

par *Laurence Cour*

La convergence entre télévision et Internet a fait émerger de nouveaux services de télévision : la vidéo à la demande et la télévision de rattrapage. La vidéo à la demande a offert un accès à des banques de données d'œuvres audiovisuelles pouvant être consultées aussi bien sur l'écran de l'ordinateur que sur celui de la télévision sans contrainte horaire. Sur ce modèle, les chaînes de télévision ont lancé la télévision de rattrapage ou catch up TV. Cette dernière permet de visionner ultérieurement et dans un délai limité un programme manqué. Ce service proposé par les chaînes de télévision est apparu dès juin 2006 avec l'offre de TF1 entraînant dans son sillage d'autres chaînes.

La catch up TV évite de recourir à un lecteur enregistreur et permet de visionner un programme dans un court délai, celui-ci variant en fonction des chaînes de télévision.

La catch up TV : simple facilité offerte par les chaînes de télévision ou véritable service à la demande ?

Cette modalité supplémentaire, proposée par les chaînes de télévision, se rattache à la fois à la diffusion traditionnelle de programmes - en tant que prolongement des services de télévision- et, au « service de médias audiovisuels à la demande », c'est-à-dire pour reprendre la définition donnée par la directive service de médias audiovisuels (directive 2007/65/CE du Parlement européen et du Conseil) : « un service de médias audiovisuels fourni par un fournisseur de service de médias pour

<http://www.cejem.com>

le visionnage de programme au moment choisi par l'utilisateur et sur demande individuelle sur la base d'un catalogue de programmes sélectionnés par le fournisseur de services de médias ».

Une approche pragmatique consiste pour les chaînes de télévision à appréhender la catch up TV comme le prolongement des services de télévision. Mais, si la catch up TV permet d'accéder à des programmes qui ont d'abord été préalablement diffusés en linéaire, il s'agit en vérité d'un service de médias audiovisuels à la demande, non-linéaire, dont la caractéristique repose sur la consommation individuelle et non simultanée de programmes. De plus, techniquement, la catch up TV fonctionne de la même manière qu'un service à la demande de type VOD.

La transposition de la directive service de médias audiovisuels sera certainement l'occasion d'apporter des éclaircissements et de prendre en considération les services non linéaires dans les services de télévision.

Une interrogation subsiste : la rémunération des ayants droit. Cette question s'est posée notamment lorsque Canal Plus a mis en place son service de catch up TV. Les professionnels du cinéma ont estimé qu'il s'agissait d'une nouvelle fenêtre de diffusion et réclamaient par conséquent une rémunération supplémentaire au même titre que la VOD. Après des négociations infructueuses avec l'industrie du cinéma, Canal Plus a dû renoncer aux films français pour son offre de catch up TV, dénouement pour le moins regrettable. Les autres chaînes ont préféré exclure de leur offre le cinéma. Il convient, toutefois, de noter que l'accord passé entre France Télévisions et France Télécom fin 2007, présente la particularité de prévoir une rémunération des ayant droits, au titre de la diffusion des programmes en catch up TV.

Revenons sur cet accord dont le Conseil de la concurrence vient de rendre une décision le 7 mai 2008 (décision n°8-D-10 du 7 mai 2008 relative à des pratiques mises en œuvre par les sociétés France Télécom et France Télévisions dans le secteur de la télévision de rattrapage) suite à une plainte déposée par l'AFORST (Association Française des Opérateurs de Réseaux et de Services de Télécommunications).

L'AFORST dénonçait l'accord d'exclusivité conclu entre France Télécom et France Télévisions permettant aux abonnés d'Orange de visionner à la demande, en différé et gratuitement, une partie des émissions des cinq chaînes de France Télévisions pendant une période variant de sept jours à un mois.

L'AFORST sollicitait par conséquent le prononcé de mesures conservatoires tendant à suspendre l'accord et à enjoindre à France Télévisions et France Télécom de renoncer au caractère exclusif de l'accord au motif que les concurrents de France Télécom seraient privés de l'accès à ces contenus et ne pourraient proposer d'offres alternatives suffisamment attrayantes.

Différentes pratiques étaient reprochées à ces deux sociétés, notamment l'exclusivité de l'accord.

Le Conseil de la concurrence, après avoir très justement rappelé que les exclusivités contractuelles ne sont pas interdites par elles-mêmes, s'est livré à une analyse détaillée de l'accord. Le Conseil a observé que l'exclusivité de l'accord était limitée, d'une part, à une durée de deux ans à compter du lancement du service de catch up TV - temps nécessaire à l'émergence du dit service- et d'autre part quant à l'étendue de son périmètre.

Ainsi, l'autorité de la concurrence a pu constater que le partenariat exclusif entre France Télévisions et France Télécom se restreignait aux programmes diffusés entre 18h et minuit et que certains contenus étaient exclus du champ de l'accord tels que les contenus premium et journaux télévisés.

Le Conseil a, d'ailleurs, souligné que l'accord passé entre le diffuseur et l'opérateur n'interdit en rien les autres opérateurs d'enrichir leurs offres en mettant en place d'autres services interactifs, un service de catalogue musical, par exemple. Les opérateurs concurrents restent également en mesure de développer des partenariats avec d'autres diffuseurs, voire même de distribuer les programmes de France Télévisions non couverts par l'accord. Concernant cette dernière possibilité, on peut s'interroger sur l'intérêt d'avoir accès à ce type de contenus, sachant que les programmes diffusés entre 18h et minuit avec les contenus premium font partie des programmes les plus attractifs pour le public.

D'après le Conseil de la concurrence, cet accord n'a pas pour objet de dissuader les opérateurs alternatifs de lancer de nouveaux services, l'exclusivité accordée par France Télévisions à France Télécom constituant la contrepartie des investissements réalisés. Le Conseil de la concurrence semble avoir fait l'impasse sur une étape. Ne fallait-il pas plutôt se demander si les investissements réalisés par France Télécom, en contrepartie de l'exclusivité, auraient pu être consentis par tout opérateur à l'issue d'une procédure de mise en concurrence ?

Bien que ce partenariat soit intéressant pour les abonnés d'Orange, l'accès aux programmes rediffusés de France Télévisions reste possible pour l'ensemble du public, via le site Internet Francetvod, ce qui réduit les inconvénients liés à l'exclusivité. Ainsi, l'absence d'un service similaire dans l'offre des opérateurs alternatifs apparaît sans conséquence. Il en aurait été différemment si les programmes, objet du partenariat, étaient incontournables au point de détourner les clients vers l'offre de France Télécom.

Par ailleurs, la pratique reprochée de couplage entre le service de télévision de rattrapage et l'offre de télévision sur ADSL n'a pas été retenue à l'encontre de France Télécom étant donné que les offres proposées par les opérateurs constituent un seul produit et qu'une séparation des services proposés au sein de ces offres serait techniquement impossible.

Enfin, par rapport aux détenteurs de droits, l'AFORST faisait état d'une entente et d'un abus de position dominante de la société France Télévisions. L'entente alléguée a très vite été écartée par le Conseil de la concurrence aux motifs d'une part que « les ayants droits n'[avaient] pas été associés à l'élaboration du protocole d'accord intervenu entre France Télécom et France Télévisions » et, que d'autre part, « le protocole ne [faisait] pas obstacle à la mise en œuvre de négociations individuelles

(...) pour la libération des droits ». S'agissant de l'abus de position dominante reproché à France Télévisions quant à la cession des droits, le Conseil de la concurrence a très justement souligné que les producteurs conservaient la liberté de céder leurs droits en vue d'une diffusion en catch up TV.

Bien que la télévision de rattrapage ne soit encore qu'un service émergent et ne concerne qu'une petite partie des programmes diffusés par les chaînes, elle présente un intérêt non-négligeable pour bon nombre d'acteurs du secteur de l'audiovisuel, des télécoms, ou de la création. Le Conseil de la concurrence a visiblement souhaité ne pas interférer dans le lancement de ce nouveau service -faute d'éléments suffisamment probants- n'excluant pas la possibilité de se prononcer à l'avenir au vu d'éléments nouveaux.

La télévision est entrée depuis quelques années dans une nouvelle ère. Le rapprochement audiovisuel-télécoms devrait se poursuivre dans les mois à venir. Télévision mobile personnelle, catch up TV, vidéo à la demande représentent certainement la télévision nouvelle génération. Cela ne signifie pas pour autant la disparition de la télévision traditionnelle. Tout du moins pour l'instant...

Accès frauduleux et recel de fichiers informatiques : gare aux anciens employés indiscrets

par *Thiébaut Devergranne*

1. L'affaire jugée par la 12ème chambre du TGI de Paris le 1er juin 2007 illustre une fois encore les fraudes informatiques dont peuvent être victimes les entreprises, en particulier celles commises par d'anciens salariés indéclicats.

Les faits sont révélateurs : à la fin de l'année 2005, le directeur informatique de la société O. dépose plainte après avoir découvert la publication d'informations confidentielles concernant la société dans le journal la Tribune. Les premières recherches effectuées amènent à constater que les boîtes de messagerie de deux membres du comité exécutif de la société ont été piratées. L'enquête de police permettra de déterminer que les accès frauduleux - réalisés pendant près de deux ans à l'insu de l'entreprise - furent en réalité le fait d'un ancien employé de la société. Opérés en partie pour le compte de son propre frère qui travaillait dans une entreprise concurrente, ils visaient à obtenir des renseignements financiers sur l'évolution d'une opération potentielle de rachat de l'entreprise O.

Les deux protagonistes furent condamnés par le tribunal : le premier à six mois d'emprisonnement avec sursis pour accès frauduleux à un système de traitement automatisé de données (Art. 323-1 al. 1 du Code pénal : « Le fait d'accéder ou de se maintenir, frauduleusement, dans tout ou partie d'un système de traitement automatisé de données est puni de deux ans d'emprisonnement et de 30.000 euros d'amende (...) ») et pour atteinte au secret ou suppression d'une correspondance adressée à un tiers (art. 226-15 c. pén. : « Le fait, commis de mauvaise foi, d'ouvrir, de supprimer, de retarder ou de détourner des correspondances arrivées ou non à destination et adressées à des tiers, ou d'en prendre frauduleusement connaissance,

<http://www.cejem.com>

est puni d'un an d'emprisonnement et de 45000 euros d'amende ») ; le second, pour recel de biens provenant d'un délit puni d'une peine n'excédant pas cinq ans d'emprisonnement (art. 321-1 c. pen.). L'action civile aboutissait quant à elle à quelques milliers d'euros de dommages et intérêts.

2. Cette décision illustre une fois encore la récurrence des fraudes d'origine « interne » aux organisations, qui sont sans doute la source de contentieux la plus abondante sur le fondement des dispositions des articles 323-1 et suivants du Code pénal. Nombre d'affaires, en effet, mettent en cause d'anciens employés qui profitent des codes d'accès qui leur avaient été attribués pour user frauduleusement des systèmes informatiques de leurs précédents employeurs (V. not. Toulouse, 3e ch. corr., 21 janv. 1999, JurisData n° 040054 et TGI Lyon, 20 fév. 2001, Gaz. Pal. 2001. 2. Somm. 1686, note A. Blanchot, pour deux exemples impliquant d'anciens employés).

L'oubli de désactivation de ces codes n'est pas - fort heureusement - un obstacle à la qualification d'accès frauduleux (V. par ex. Paris 5 avril 1994 : D. 1994. IR. 130), la négligence dans la mise en œuvre de mesures de sécurité ne privant pas la victime du bénéfice de ces dispositions pénales. Ce qui importe n'est pas véritablement que le système soit protégé techniquement par son propriétaire, mais que les limites de son usage soient clairement identifiables (Même si une mesure technique de sécurité peut effectivement participer à cette finalité. A contrario v. la motivation intéressante de Paris 8 déc. 1997, Gaz. Pal. 1998. 1, chron. Crim. 54 : « En l'absence de mise en place d'une protection ou de manifestation de volonté, par les dirigeants d'une entreprise, de restreindre l'accès au système informatisé de données, le délit de l'article 323-1 C. pén. n'est pas constitué » ; v. également Paris 15 déc. 1999 : D. 2000. IR. 44 : « (...) le maintien dans tout ou partie d'un système de traitement automatisé de données doit être frauduleux, ce qui suppose la conscience pour les contrevenants de l'irrégularité de leurs actes »). La fraude résulte de la conscience chez l'agent de l'absence d'autorisation d'accès au système, ce que rappelle fort bien la présente décision : « (...) l'utilisation d'un code d'accès à une messagerie par un ancien salarié constitue bien une manœuvre, l'intéressé ayant parfaitement conscience qu'il n'a plus le droit d'utiliser ce code et qu'il ne fait plus partie de la liste des personnes autorisées ».

3. Si l'infraction de l'article 323-1 du Code pénal était bien constituée, celle-ci n'était cependant pas la seule atteinte réalisée puisque l'ancien consultant avait en outre entrepris de lire les correspondances de membres du comité exécutif de la société. Sans surprise, le tribunal sanctionna cette atteinte sur le fondement de l'article 226-15 du Code pénal, balayant par la même occasion le moyen de défense fondé sur le caractère professionnel et non privé des correspondances : « Il est soutenu que la violation du secret des correspondances ne saurait englober des correspondances de nature professionnelle. En l'espèce les correspondances litigieuses sont certes de nature professionnelle mais elles étaient à l'évidence identifiées comme étant personnelles puisqu'elles figuraient dans la messagerie personnelle des plaignants ». Si les faits d'espèce semblent consacrer le caractère personnel des correspondances auxquelles il était porté atteinte, le moyen de défense pose la question de la possibilité pour les correspondances professionnelles de bénéficier de la même protection. Même s'il est traditionnel d'appliquer les dispositions de l'article 226-15 aux correspondances privées, une lecture littérale de cet article ne semble

pas restreindre par principe son champ d'application, puisqu'il se borne à sanctionner les atteintes « aux correspondances (...) adressées à des tiers » (A ce sujet v. le commentaire de la décision par E. A. Caprioli, « Le « recel » d'informations et des correspondances sanctionné », *Comm. Com.-Elec.*, n°3, Mars 2008, comm. 46, n°6, et P. Malibert, *Jurisclasseur Pénal Code*, Art. 226-15, Atteintes au secret des correspondances commises par des particuliers, n°12 s) et non spécifiquement les atteintes aux correspondances privées. Gageons que de futures applications permettront d'éclaircir ce point.

4. Au-delà des accès frauduleux aux systèmes de la société O., sans doute la plus grande originalité de la décision tient à la qualification de recel pour les actes commis par le frère de l'auteur de ces infractions ; en effet, il lui était reproché d'avoir sciemment recélé les « informations » provenant des délits réalisés par son frère. Les faits sont sanctionnés par deux alinéas de l'art. 321-1, le premier ; définissant le recel, comme « le fait de dissimuler, de détenir ou de transmettre une chose, ou de faire office d'intermédiaire afin de la transmettre, en sachant que cette chose provient d'un crime ou d'un délit » et le second opérant une extension de l'infraction : « Constitue également un recel le fait, en connaissance de cause, de bénéficier, par tout moyen, du produit d'un crime ou d'un délit ». S'il est probable que la motivation vise le seconde alinéa, on peut se demander dans quelle mesure les informations tirées des délits d'accès frauduleux pourraient être qualifiées de chose au sens de l'alinéa premier (Sur la question v. M. Culioli, *Jurisclasseur Pénal Code*, Art. 321-1 à 321-5, Recel - Infractions assimilées ou voisines - constitution - Biens recelés, n°153 s. et en particulier *Crim.* 3 avr. 1995 : *Bull. crim.* 142). Si traditionnellement l'information ne semble pas pouvoir revêtir cette qualification, les fichiers échangés entre les protagonistes entrent bien eux dans le champ de l'alinéa premier : parce qu'ils sont individualisés et qu'ils procèdent du monde physique ce sont des choses et des biens susceptibles de propriété (T. Devergranne, *La propriété informatique*, Thèse de doctorat, Université Paris II, 2007). A ce titre alors, il conviendrait de suivre le tribunal dans cette qualification.

