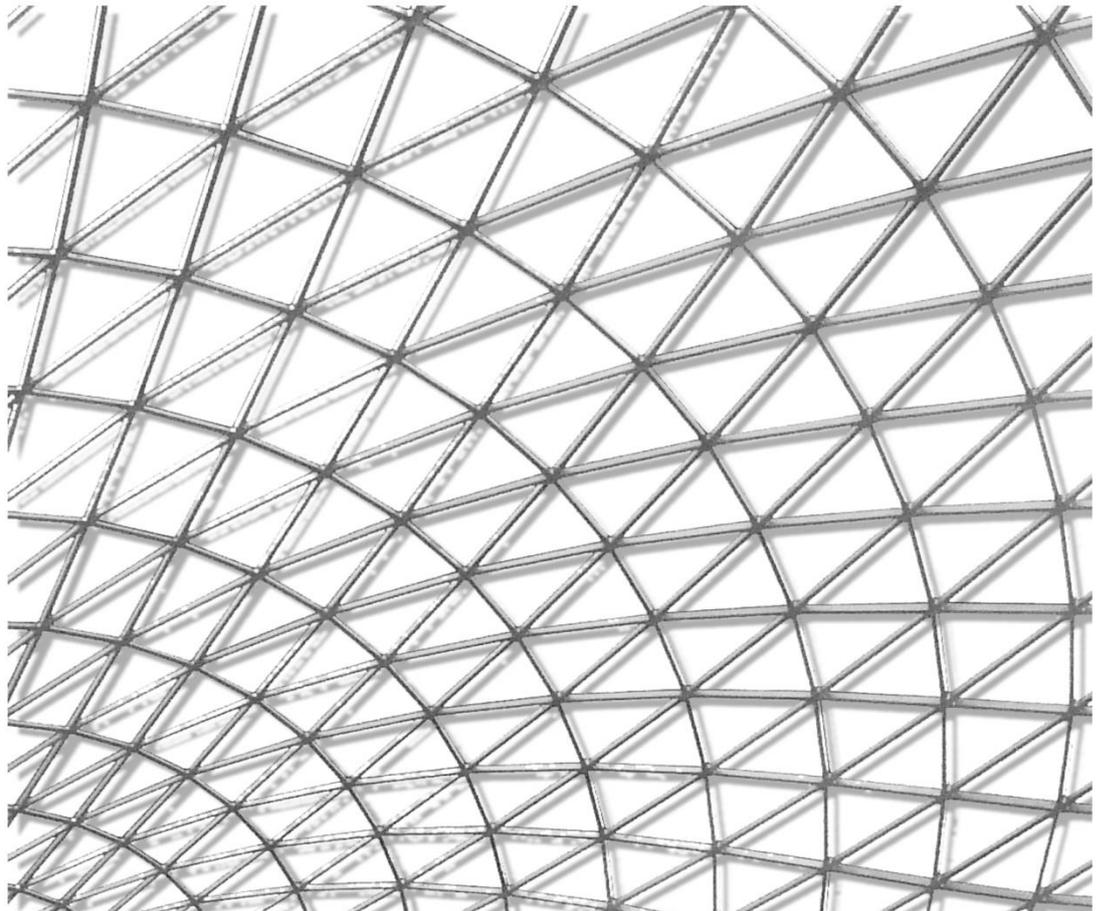


RJ  
CE

# REVUE JURIDIQUE DES COMMUNICATIONS ÉLECTRONIQUES



CHRONIQUES

NOTES DE JURISPRUDENCE

ÉTUDES

## CHRONIQUES

## INTERNET

- N° 75 – page 4. Mise à nu d'un réseau de pédopornographie par les hackers de anonymous
- N° 76 – page 6. Wikipedia, fer de lance de la liberté d'expression sur internet en Italie
- N° 77 – page 7. La fonction seedbox de la freebox, révolution sous pression
- N° 78 – page 9. L'anonymisation des décisions de justice en ligne : une composante du droit à l'oubli numérique réaffirmée par la CNIL
- N° 79 – page 11. La parole est à la défense
- N° 80 – page 13. L'Allemagne contre les dérives de facebook
- N° 81 – page 15. Surveillance du net en Russie : un coup dur pour la liberté d'expression
- N° 82 – page 17. Détournement des données de l'UMP : Quand le piratage devient un moyen d'expression
- N° 83 – page 19. Rachat de skype par microsoft : l'approbation de la Commission européenne
- N° 84 – page 20. L'HADOPI : de faux mails pour une véritable attaque
- N° 85 – page 22. L'obsession du filtrage
- N° 86 – page 24. Suppression d'un compte utilisateur par facebook : l'origine du mal

## TÉLÉVISION

- N° 87 – page 25. Quand les femmes de l'ombre prennent la parole
- N° 88 – page 27. Plus d'écrans, plus de risques pour nos enfants
- N° 89 – page 28. Borgias 2 – 2 The Borgias
- N° 90 – page 30. 6 nouvelles chaînes gratuites pour se conformer au droit de l'Europe
- N° 91 – page 32. AEF : l'audiovisuel embarrassant de la France
- N° 92 – page 33. Défaite de la premier league face à la CJUE sur l'attribution des droits télé
- N° 93 – page 35. Facebook et Twitter privés d'antenne : une décision clarifiée

## PRESSE

- N° 94 – page 37. Charlie Hebdo : pas de fumée sans feu
- N° 95 – page 39. Société Générale c/ Electron Libre, une redéfinition de la notion de « communication de crise »

## CINÉMA

- N° 96 – page 41. Mêli-mélo dans la réforme des messieurs 10 %
- N° 97 – page 42. La réforme budgétaire du centre national de la cinématographie : quand le gouvernement déclare la guerre au cinéma français
- N° 98 – page 44. La guerre des boutons : quand la réalité rattrape la fiction

## TÉLÉCOMMUNICATIONS

- N° 99 – page 46. L'accord Orange/SFR : les principes du déploiement de la fibre optique hors des grandes villes
- N° 100 – page 49. 3G, ton univers impitoyable, chronique d'un conflit entre Samsung et Apple
- N° 101 – page 52. La carte d'identité électronique : adoptée et déjà discutée
- N° 102 – page 54. Le blackout des services blackberry : RIM voit noir
- N° 103 – page 55. Le duel Samsung contre Apple, un combat acharné à coups de brevets
- N° 104 – page 56. La géolocalisation des salariés : un dispositif autorisé mais contrôlé

## Comité scientifique

**Hervé Isar**

Professeur, Vice-président de  
l'Université d'Aix-Marseille  
Co-directeur du LID2MS  
Directeur de l'IREDIC

**Jean Frayssinet**

Professeur honoraire de  
l'Université d'Aix-Marseille

**Frédéric Laurie**

Maître de conférences à  
l'Université d'Aix-Marseille  
Directeur des études du Master II  
Droit des télécommunications

**Alexandra Touboul**

Maître de conférences à  
l'Université d'Aix-Marseille  
Directrice des études du Master II  
Droit des médias

**Guy Drouot**

Professeur à l'Institut d'études  
politiques d'Aix en Provence

**Karine Favro**

Maître de conférences à  
l'Université de Haute-Alsace,  
Colmar-Mulhouse

**Xavier Agostinelli**

Maître de conférences à  
l'Université du Sud,  
Toulon-Var

Laboratoire Interdisciplinaire de Droit des Médias & des Mutations Sociales

Revue Juridique des  
Communications Electroniques –  
LID2MS  
3 Av. Robert Schuman  
Espace René Cassin  
13628 Aix en Provence  
Cedex 1  
Tel : 04 42 17 29 36  
Fax : 04 42 17 29 38

**Directeur de la publication :**

Hervé Isar  
herve.isar@univ-amu.fr

**Rédacteur en chef :**

Boris Barraud  
boris.barraud@univ-amu.fr

**Rédactrice en chef adjointe :**

Isabelle Meyer  
isabelle.meyer@univ-amu.fr

**Collaboration scientifique et technique :**

Willy Duhén  
ATER à l'Université Paris Ouest  
Nanterre La Défense

**Parution biannuelle**

Les articles peuvent être cités  
de la manière suivante :  
**AUTEUR, « Nom de l'article »,  
RJCE 2010/1, n° 12 (année/n° de  
la revue, n° de l'article)**

Pour soumettre toute contribution :  
boris.barraud@univ-amu.fr

<http://www.lid2ms.com>  
<http://www.iredic.com>

**DROIT D'AUTEUR**

- N° 105 – page 58. Ubuntu ou le système qui marche « librement »  
N° 106 – page 60. Le livre numérique ou l'expropriation des droits des auteurs des œuvres indisponibles  
N° 107 – page 62. Les droits voisins étendus de 50 à 70 ans par l'Union européenne  
N° 108 – page 65. L'accord Universal-Deezer : vers un modèle unique de streaming musical payant  
N° 109 – page 66. De Lady Gaga à Lady Plagiat, d'une provocation juridique à un scandale juridique

**NOTES DE JURISPRUDENCE****INTERNET**

- N° 110 – page 68. CE, 19 oct. 2011, *Apple Inc et French data network* (piratage, HADOPI)  
N° 111 – page 70. Cass. Civ. 1<sup>ère</sup>, 17 fév. 2011, *Joyeux Noël Nord ouest productions c/ Dailymotion* (hébergeurs, contrefaçon)  
N° 112 – page 72. CJUE, 25 oct. 2011, *Edate advertising GMBH / X et Olivier M., Robert M., MGN limited* (vie privée)  
N° 113 – page 74. Cass. Soc., 21 sept. 2011, *M. X / Méditerranée de nettoyage Groupe Nicollin* (droit du travail)  
N° 114 – page 76. TGI Paris, 3 nov. 2011, *Olivier M. c/ Prisma presse, Google* (adwords)

**TÉLÉVISION**

- N° 115 – page 78. Cass. Crim., 7 juin 2011, *C dans l'air* (liberté d'expression)  
N° 116 – page 80. CEDH, 29 mars 2011, *RTBF C/ Belgique* (liberté de la presse)  
N° 117 – page 82. CA Paris, 27 avril 2011, *Metropole télévision et autres c/ SBDS active* (télévision de rattrapage)

**PRESSE**

- N° 118 – page 84. Cass. Civ. 1<sup>ère</sup>, 20 oct. 2011, *ANPAA / SAS Lixir et SAS RAPP* (publicité pour l'alcool)

**PUBLICITÉ**

- N° 119 – page 86. CJUE, 22 sept. 2011, *Interflora c/ Marks & Spencer* (adwords)  
N° 120 – page 88. Cass. Civ. 1<sup>ère</sup>, 6 oct. 2011, *UFC que choisir / Darty et fils* (ventes liées)

**TÉLÉCOMMUNICATIONS**

- N° 121 – page 90. Cass. Soc., 3 nov. 2011, *Moreau incendies c/ M. X* (géolocalisation)  
N° 122 – page 92. TGI Clermont-Ferrand, 26 sept. 2011 (vol de données)

**DROIT D'AUTEUR**

- N° 123 – page 94. Cass. Civ. 1<sup>ère</sup>, 9 juin 2011 (droit moral *post mortem*)  
N° 124 – page 96. Cass. Com., 18 oct. 2011, *Endemol et Miss France c/ G.de Fontenay et association Comité Miss France* (protection de l'idée)  
N° 125 – page 98. TPIUE, 8 avr. 2011, *Monty program AB c/ Commission européenne* (logiciels libres)  
N° 126 – page 100. TGI Paris, 5 sept. 2011, *SAS Universal Music France c/ SAS Blogmusik* (contrefaçon)  
N° 127 – page 102. Cass. Civ. 1<sup>ère</sup>, 12 juill. 2011 (protection de l'image)  
N° 128 – page 104. CE, 17 juin 2011, *Canal + distribution, Motorola et autres* (copie privée)

**ETUDE****INTERNET**

- N° 129 – page 107. Jeux de hasard en ligne et libre prestation de services

## MISE A NU D'UN RÉSEAU DE PEDOPORNOGRAPHIE PAR LES HACKERS D'ANONYMOUS

Par Sarah Akkaoui-Borgna

**Aux alentours du 20 octobre 2011, une vague destructrice a déferlé sur un réseau de mise à disposition de vidéos à caractère pédopornographique. « Anonymous » revendique cette attaque.**

« Opération DarkNet ». C'est ainsi qu'a été baptisée l'action menée par un groupe de pirates informatiques contre des sites hébergeant des vidéos à caractère pédopornographique. Ces *hackers*, se prévalant de leur appartenance à la faction des « Anonymous », ont tout bonnement infiltré l'hôte *Freedom hosting*, hébergeur des URL en question, affilié à l'un des plus importants réseaux d'anonymisation : TOR (*The Onion Routeur*). Leur mission n'a pas constitué à la seule mise hors service de plus d'une quarantaine de sites illicites. En effet, ces activistes du net, fidèles à leur réputation de jusqu'au-boutistes, ont couplé le blocage de l'accès à ces données immorales à une véritable « Chasse aux sorcières ». Non satisfaits d'avoir donné un grand coup de pied dans la fourmilière des pédophiles de l'ère numérique, ces « miliciens du net » sont parvenus à identifier plus de 1 600 membres. Ces derniers ont vu leur nom d'utilisateur, et d'autres informations constituant leur identité virtuelle, publiés en ligne.

L'entité « Anonymous » n'en est pas à son premier coup d'essai. Si dès 2006 plusieurs mentions ont été faites de ce collectif au sein des médias, ce n'est qu'en 2008 qu'il acquiert une réelle notoriété, grâce à son projet « Chanology », mené contre l'Église de Scientologie. Leur engagement pour une totale liberté d'expression prend, souvent, une tournure politique. Cela a d'ailleurs pu se constater par leur soutien aux internautes-révolutionnaires du Printemps arabe.

Même si l'on peut se satisfaire de l'objet de leur action, **la protection contre vents et marrées de la liberté d'expression, et de surcroît de communication, peut-elle justifier, au nom d'une cause qui peut sembler certes noble, de mettre à mal le réseau électronique, notamment par la mise au jour de l'identité de délinquants sexuels présumés ?**

Il est vrai que la pédopornographie, avec l'avènement du Web 2.0, s'est révélée être un véritable fléau. Les pouvoirs publics mettent en œuvre de nombreux moyens afin de démasquer ces réseaux illicites et d'identifier les utilisateurs de ce type de services en ligne. Néanmoins, leur tâche n'est en rien facilitée par la jurisprudence constante de la Cour de cassation depuis un arrêt de 1888 (Wilson), laquelle considère comme irrecevable la preuve apportée par un officier de police judiciaire lorsque celle-ci résulte d'une provocation à l'infraction incriminée. Cette exigence de loyauté de la preuve a conduit de nombreux internautes lambda à prendre le contrepied de cette prescription pour démasquer les utilisateurs déviants du réseau, et ce au non de la liberté de la preuve. Néanmoins, ces initiatives, dont celles des « Anonymous », engendrent souvent des dérives. L'impossibilité d'action des forces de l'ordre dans la mise hors circuit de ces sites illicites, nourrit la volonté de délation de ces délinquants dans la sphère publique.

Les intentions de ces pirates, même louables, procèdent d'une infraction qui a consisté à pénétrer illégalement au sein d'un serveur et à rendre celui-ci inaccessible. La diffusion des données personnelles qui suivit, au-delà même de la manière dont l'accès a été bloqué, nous apparaît également comme regrettable. Ces « vengeurs masqués », si nous pouvons les définir de la sorte, auraient dû se limiter à fournir les informations obtenues aux autorités judiciaires compétentes. La participation active à la prolifération de la pédopornographie sur internet ne doit, en rien, justifier l'atteinte à la vie privée de la personne, et encore moins à sa présomption d'innocence. Cet activisme grandissant mené à l'encontre des réseaux malveillants, qu'il s'agisse de la pornographie infantile ou d'un cartel de la drogue mexicain, constitue un frein considérable à la bonne marche des institutions judiciaires. Les nombreuses infiltrations que connaissent ces milieux, par des agents assermentés, sont tout simplement réduites à néant à cause de ces expéditions punitives.

Par ailleurs, la défaillance des pouvoirs publics dans la lutte contre la pédophilie en ligne semble

avoir trouvé un remède. Peut-être le coup de massue porté par les « Anonymous » a-t-il accéléré la prise de conscience de nos gouvernants pour agir avec immence. En effet, la loi d'orientation et de programmation pour la performance de la sécurité intérieure du 14 mars 2011, dite LOPPSI 2, va connaître, dans les semaines à venir, un décret d'application pour son article 4. Article qui avait fait l'objet, en ce début d'année 2011, d'un examen par le Conseil constitutionnel. Cette disposition, permet à l'autorité administrative d'interdire l'accès aux services de communication au public en ligne diffusant des images pédopornographiques. Les sages ont affirmé que cet article 4 assure, entre la sauvegarde de l'ordre public et la liberté de communication, une conciliation qui n'est pas disproportionnée. Par conséquent, le système de blocage voulu par les autorités publiques devrait

Sources :

- Article 427 du Code de procédure pénale
- Article 227-23 du Code pénal
- CHAMPEAU G., « Faut-il se féliciter que des Anonymous traquent les pédophiles? », *Numerama*, mis en ligne le 20 octobre 2011, consulté le 11 novembre 2011, URL: <http://www.numerama.com/magazine/20260-faut-il-se-feliciter-que-des-anonymous-traquent-les-pedophiles.html>
- CHAMPEAU G., « Des Anonymous s'attaquent à un dangereux cartel mexicain », *Numerama*, mis en ligne le 31 octobre 2011, consulté le 11 novembre 2011, URL: <http://www.numerama.com/magazine/20393-des-anonymous-s-attaquent-a-un-dangereux-cartel-mexicain.html>
- Creative commons, « Projet Chanalogy », *Wikipedia*, mis en ligne en 2008, consulté le 11 novembre 2011, URL: [http://fr.wikipedia.org/wiki/Projet\\_Chanalogy](http://fr.wikipedia.org/wiki/Projet_Chanalogy)
- G. J., « Pédopornographie: Anonymous ferme des site, donne des noms », *Génération des nouvelles technologies*, mis en ligne le 24 octobre 2011, consulté le 11 novembre 2011, URL: <http://www.generation-nt.com/anonymous-pedopornographie-darknet-actualite-1493581.html>
- GRONDIN A., « Les Anonymous s'attaquent à la pédopornographie », *20minutes*, mis en ligne le 25 octobre 2011, consulté le 11 novembre 2011, URL: <http://www.20minutes.fr/high-tech/812340-anonymous-attaquent-pedopornographie>
- HIROMAN, « Rules of the internet », *Know your meme*, mis en ligne en 2010, consulté le 11 novembre 11, URL: <http://knowyourmeme.com/memes/rules-of-the-internet#.Tr0LfBhppl>
- L. J., « Bientôt 1000 sites bloqués en France sans contrôle judiciaire », *Numerama*, mis en ligne le 2 novembre 2011, consulté le 11 novembre 2011, URL: <http://www.numerama.com/magazine/20411-bientot-1000-sites-bloques-en-france-sans-controle-judiciaire.html>
- WILLIAMS C., « Anonymous hackers target child abuse websites », *The Telegraph*, mis en ligne le 24 octobre 2011, consulté le 11 novembre 2011, URL: <http://www.telegraph.co.uk/technology/news/8846577/Anonymous-hackers-target-child-abuse-websites.htm>

voir le jour d'ici peu, et induirait le concours de nombreux acteurs de l'internet, notamment celui des FAI. Ces derniers verront peser sur eux une véritable obligation de résultat, alors même qu'aucun contrôle judiciaire n'est prévu pour encadrer ces mesures dérogatoires.

Même si l'on peut se féliciter de l'engouement dont font preuve les autorités publiques, la mise en œuvre d'un tel filtrage risque d'accroître l'inventivité des hébergeurs de contenus illicites, notamment en perfectionnant les techniques d'échanges de fichiers.

Au final, la lutte de la pédopornographie, qu'elle soit d'initiative privée ou institutionnelle, révèle de nombreux travers difficiles à surmonter.

## WIKIPEDIA, FER DE LANCE DE LA LIBERTE D'EXPRESSION SUR INTERNET EN ITALIE

*Par Laetitia Le Roux*

La Chambre italienne des députés examine actuellement un projet de loi, qui prévoit notamment la faculté pour tout internaute d'obtenir, sous 48 heures, le retrait ou la modification d'un contenu, portant atteinte à son honneur. Afin de protester contre ce qu'elle considère comme « une entrave inadmissible à la liberté et à l'indépendance » de son site, l'encyclopédie Wikipédia a, durant 48 heures, fermé symboliquement son site aux utilisateurs italiens.

Wikipédia est une encyclopédie participative qui a su susciter l'engouement des internautes durant ses dix ans d'existence, au point d'être entrée dans les usages du web. En effet, au-delà des critiques qu'elle cristallise, eu égard à la qualité de ses contenus, nul ne peut nier que son recours est devenu un réflexe pour quiconque souhaite obtenir des informations rapides sur un sujet.

Les 4, 5 et 6 octobre derniers, Wikipédia a adopté une attitude jusqu'alors inédite sur la toile. Elle a rendu inaccessible l'ensemble des contenus de sa version italienne, pour manifester son opposition à l'égard d'une disposition d'un projet de loi (article 1 alinéa 29 a), en ce moment débattu au palais Montecitorio. Seul fut visible durant 48 heures un communiqué, dans lequel l'encyclopédie exprimait sa crainte de voir à terme remis en cause ses principes de fonctionnement, si ce texte venait à être adopté.

### **Que dit l'alinéa 29 a) ?**

L'alinéa 29 est contenu dans le projet de loi relatif aux interceptions téléphoniques, électroniques et environnementales, qui contient un article unique composé de 49 alinéas. Le a) de l'alinéa 29 vient compléter la loi du 8 février 1948 n°47, en son article 8. Ce dernier dispose que, tout individu a la faculté d'obtenir d'un journal, quotidien ou périodique, ou d'une agence de presse la publication d'une déclaration ou d'une rectification, dès lors que le contenu ou les images du sujet lèsent la dignité ou sont contraires à la vérité. La disposition du projet de loi vient, notamment, élargir cette faculté aux « sites informatiques, y compris les

quotidiens, les périodiques diffusés par voie électronique » ; et prévoit qu'il doit être fait droit à la demande de l'internaute dans les 48 heures.

### **Sur quels aspects portent les critiques formulées par Wikipédia ?**

Dans son communiqué du 4 octobre, son argumentation reposait sur quatre éléments : l'atteinte n'est pas évaluée, par « un juge tiers et impartial » ; la demande est accueillie « indépendamment de la véracité des informations considérées comme offensantes » ; la mise en œuvre de la demande conduit soit au retrait du contenu contesté, soit à sa substitution par une « rectification ». Enfin, les intérêts que le texte entend protéger le sont déjà par la législation sur la diffamation (article 595 du code pénal). Pour Wikipédia, cela revient à laisser « l'arbitraire des gens », motivés par « la défense de leur propre image et de leur propre dignité, envahir la sphère des intérêts légitimes d'autrui » et, conduit, à terme, à ne pas traiter de certains sujets pour « ne pas avoir de problème ».

### **Les craintes émises par Wikipédia sont-elles justifiées ?**

On peut tout d'abord relever que le fait même de pouvoir agir sur plusieurs terrains aux fins de défendre un droit, et que le cas échéant l'un d'entre eux appartienne à la sphère extrajudiciaire (c'est-à-dire ne nécessite pas la sollicitation d'un juge) n'est pas quelque chose d'anormal ou de contestable (contrairement à ce que semble penser Wikipédia). De plus, le dispositif de l'alinéa 29 relève du mécanisme de droit de réponse, qui constitue une exigence européenne (art 8 Convention européenne relative à la télévision transfrontière de mai 1989).

Néanmoins, il existe un vrai risque que la mise en œuvre de l'alinéa porte atteinte au respect de la liberté d'expression (art 21 Constitution du 22 décembre 1947). En effet, la réponse du plaignant ne vient pas s'ajouter au contenu contesté : soit elle s'y substitue, soit elle conduit à son retrait. Dans les

deux cas, le contenu originel disparaît et avec lui la possibilité d'une confrontation. On perçoit alors vite la tentation que pourrait avoir certains d'utiliser ce droit afin de modifier tout sujet les concernant, dont le contenu leur déplairait. Une dérive d'autant moins fictionnelle que Silvio Berlusconi, hasard du calendrier, se retrouve à nouveau dans la tourmente, impliqué dans le scandale dit des écoutes téléphoniques.

L'initiative de Wikipédia a eu un tel retentissement auprès de la population qu'un amendement visant à modifier l'alinéa 29 a) a été déposé le 6 octobre par des députés. Celui-ci substitue le terme « journaux quotidiens ou périodiques diffusés par voie électronique et soumis à l'obligation

d'enregistrement au sens de l'article 5 » à celui de « sites informatiques ». Ce qui signifie qu'en l'état actuel des choses, seuls les sites professionnels, par opposition aux sites amateurs comme les blogs, ou Wikipédia par exemple, sont concernés par la disposition. Le vote du texte, initialement prévu le 12 octobre, a été repoussé à une date inconnue.

Pour conclure, on relèvera que si Wikipédia vient de remporter une bataille, l'ensemble des questions que suscitent le projet de loi n'en sont pas pour autant réglées. Il est d'ailleurs peu probable qu'elles débouchent sur une mobilisation comparable à celle qu'a su généré l'encyclopédie autour de son cas particulier et donc, qu'elles empruntent une issue similaire.

Sources:

E. DERIEUX (E.), dir. AUVRET (P.), *Les médias et l'Europe. Le contenu de l'information : entre errance et uniformisation*, p241 à 247, LARCIER, 2009

[http://archiviostorico.corriere.it/2011/ottobre/06/Wikipedia\\_auto\\_oscura\\_giornate\\_insolite\\_co\\_9\\_111006004.shtml](http://archiviostorico.corriere.it/2011/ottobre/06/Wikipedia_auto_oscura_giornate_insolite_co_9_111006004.shtml)

[http://archiviostorico.corriere.it/2011/ottobre/07/Intercettazioni\\_Pdl\\_prende\\_tempo\\_co\\_9\\_111007017.shtml](http://archiviostorico.corriere.it/2011/ottobre/07/Intercettazioni_Pdl_prende_tempo_co_9_111007017.shtml)

<http://blog.wikimedia.fr/la-wikipedia-en-italien-inaccessible-en-protestation-contre-une-loi-3705>

<http://www.atlantico.fr/pepites/wikipedia-suspendu-italie-site-projet-loi-196605.html>

[http://www.journalisme.sciences-po.fr/index.php?option=com\\_content&task=view&id=1401&Itemid=137](http://www.journalisme.sciences-po.fr/index.php?option=com_content&task=view&id=1401&Itemid=137)

<http://fr.myeurop.info/2011/10/06/wikipedia-l-encyclopedie-qui-fait-reculer-berlusconi-3504>

[http://www.lepoint.fr/monde/italie-wikipedia-proteste-contre-une-loi-restrictive-pour-les-medias-05-10-2011-1380941\\_24.php](http://www.lepoint.fr/monde/italie-wikipedia-proteste-contre-une-loi-restrictive-pour-les-medias-05-10-2011-1380941_24.php)

<http://www.ecrans.fr/L-Italie-a-failli-perdre-sa,13351.html>

<http://www.liberation.fr/medias/01012364227-italie-wikipedia-tire-le-rideau-contre-une-loi>

<http://fr.euronews.net/2011/10/05/italie-colere-de-wikipedia-contre-une-loi-restrictive-pour-les-sites-internet/>

n° 77

CHRONIQUE – INTERNET

*Sous la direction de Jean Frayssinet*

*Professeur honoraire de l'Université d'Aix-Marseille*

## LA FONCTION SEEDBOX DE LA FREEBOX, REVOLUTION SOUS PRESSION

*Par Adrien Reynet*

Free a mis en circulation en janvier 2011 son dernier boîtier dit Freebox Révolution, la sixième box du fournisseur d'accès à internet depuis octobre 2002. La révolution est bien là vu les multiples fonctionnalités offertes aux consommateurs, mais quelques mois plus tard, l'une d'elles fait clairement débat et fait sortir les majors de l'industrie audiovisuelle de leurs gonds, c'est la fonction « Seedbox » autrement dit de téléchargement direct.

Depuis son implantation en France en tant que fournisseur internet, Free a cherché à inventer et fabriquer des choses qu'on ne trouvait pas déjà sur le marché. Fin 2010, lors de la conférence de présentation de la dernière Freebox, Xavier Niel, vice-président et directeur de la stratégie d'Iliad, maison mère du fournisseur d'accès internet, a présenté son nouveau produit comme étant destiné à être le cœur multimédia d'un foyer et à « révolutionner » les usages des consommateurs. Le but clairement exprimé est d'éviter au maximum de passer par l'intermédiaire d'un ordinateur pour

pouvoir profiter des nouvelles technologies : intégration d'un lecteur blueray, hauts parleurs, navigateur internet, disque dur de 250go, etc...

Mais l'une des évolutions majeures est aussi l'intégration d'une fonctionnalité au sein de la Freebox Serveur, dite de Seedbox. Celle-ci permet de pouvoir rapatrier des fichiers via différents protocoles: http, ftp ou bien bittorrent. Ce nouvel outil au sein d'un boîtier internet, se destine à permettre aux utilisateurs de télécharger des fichiers torrents sans avoir à utiliser un ordinateur, et ainsi, pouvoir obtenir les fichiers cibles sur le disque dur de la Freebox.

BitTorrent est un protocole de transfert de données Pair à pair à travers un réseau informatique, il a été conçu en avril 2001, mis en place à l'été 2002 et est dorénavant maintenu par la société BitTorrent Inc. Étant entendu que La loi « Création et Internet » – ou « HADOPI » – visant à réprimer le partage d'œuvres culturelles sur Internet, est applicable vis-à-vis des téléchargements de fichiers illégaux effectués par l'intermédiaire de clients de téléchargement de fichiers torrent (uTorrent, ABC, Azureus...)

Depuis la mise en circulation de la Freebox Révolution, en janvier 2011, la fonction Seedbox était bien annoncée, mais il faudra attendre plusieurs mois pour que les majors du cinéma et du secteur audiovisuel en général réagissent à une telle possibilité offerte par le fournisseur d'accès.

En effet, le blog *Tic et Net* de L'express relate notamment la réaction de Pascal Rogard, directeur général de la Société des auteurs et compositeurs dramatiques (SACD), qui appelle les experts de la musique et du cinéma à se pencher d'avantage sur les nouvelles box. Le groupe de médias Disney, mais aussi la Warner Bros auraient été surpris de découvrir une telle fonctionnalité au sein de la Freebox. Enfin, le Syndicat national de l'édition phonographique (SNEP) dénonce clairement l'assistance que présente la Seedbox au téléchargement illicite de contenus.

Sources :

- Blog Tic-et-Net L'Express
- Conférence de présentation de la Freebox Révolution
- OnSoftware Blog
- Clubic
- 01Net

Il faut noter que ce n'est pas la première fois que Free s'expose à ce genre de menaces : en 2007, une ordonnance du Tribunal de Grande Instance de Paris enjoignait le FAI de bloquer 14 de ses newsgroups binaires via lesquels s'échangeaient des copies illicites de films, musiques ou encore logiciels. S'en étaient suivies les fermetures d'autres newsgroups en 2008 et 2010, suites aux avertissements des majors du cinéma et de la musique notamment.

Rappelons que la Seedbox n'a pas vocation manifeste à opérer des téléchargements de fichiers illégaux. D'autant plus que cette fonction ne date pas d'aujourd'hui, dans la mesure où grand nombre de Serveurs NAS vendus dans le commerce proposent cette fonctionnalité depuis plusieurs années. Néanmoins, David El Sayegh, responsable des affaires juridiques au SNEP, en pense différemment en estimant que cette fonction pourrait tomber sous le coup de la loi DADVSI de 2006 intégrant à l'article L.335-2-1 du code de la propriété intellectuelle, l'interdiction, sous peine de 3 ans d'emprisonnement et de 300.000 euros d'amende :

« 1° D'éditer, de mettre à la disposition du public ou de communiquer au public, sciemment et sous quelque forme que ce soit, un logiciel manifestement destiné à la mise à disposition du public non autorisée d'œuvres ou d'objets protégés ; 2° D'inciter sciemment, y compris à travers une annonce publicitaire, à l'usage d'un logiciel mentionné au 1°. »

Reste à savoir quelle véritable interprétation doit-on faire de cette fonction au regard de la loi et quelle décision va prendre Free concernant ces accusations... A la différence de Synology ou Opera qui proposent eux aussi cette fonction, Free a des accords commerciaux avec les majors pour le téléchargement définitif, le streaming illimité, la VOD, ce qui peut donc poser un problème de taille... La révolution va-t-elle tomber sous les foudres de l'industrie audiovisuelle ?

n° 78

## CHRONIQUE – INTERNET

Sous la direction de Jean Frayssinet  
Professeur honoraire de l'Université d'Aix-Marseille

## L'ANONYMISATION DES DECISIONS DE JUSTICE EN LIGNE : UNE COMPOSANTE DU DROIT A L'OUBLI NUMERIQUE REAFFIRMEE PAR LA CNIL

Par Aurélie Mivielle

Saisie d'une vingtaine de plaintes depuis 2007, la CNIL, dans sa formation restreinte, a condamné le 12 juillet 2011 l'association LEXEEK pour pratique attentatoire au respect de la vie privée des personnes et au droit à l'oubli numérique matérialisée par la publication de décisions de justice non anonymisées sur son site internet.

### Rappel des faits

L'association LEXEEK, dont l'objet est « *d'œuvrer en faveur de la numérisation à la source des décisions (...) rendues par les juridictions françaises* », propose, sur son site internet, une base de données permettant le libre accès aux décisions de justice. Cependant, nombre de ces décisions n'ayant pas été anonymisées avant leur mise en ligne, des personnes se voyant ainsi citées sur la toile ont mis en œuvre leur droit d'opposition à figurer dans ce traitement. Conformément aux dispositions de la Loi Informatique et Libertés de 1978[1], elles ont donc sollicité de LEXEEK le retrait du site de toute donnée personnelle les concernant. Sans réponse à leurs demandes, elles se sont retournées vers la CNIL, puisque non seulement leur droit de retrait n'était pas respecté, mais, en outre, la diffusion des données leur causait ou était susceptible de leur causer d'importants préjudices. La CNIL a pu constater la véracité, et parfois la gravité, des faits relatés par les plaintes ainsi que la désinvolture, voire la mauvaise foi, de l'association LEXEEK. En effet, durant l'instruction préalable, celle-ci n'a pas donné suite aux mises en demeure de la Commission, ni satisfait à aucune de ses demandes de communication de pièces... et encore moins supprimé l'accessibilité aux informations litigieuses sur son site. Sur ces éléments, la CNIL a initié des poursuites à l'encontre de LEXEEK, qui n'a pas davantage réagi, ou à peine, le responsable ne se rendant même pas aux convocations de la Commission.

C'est ainsi que la CNIL a rendu, suite à l'audience du 12 juillet 2011, une décision par laquelle elle :  
- condamne LEXEEK à une sanction pécuniaire de 10 000 euros

- lui donne injonction de cesser la mise en œuvre du traitement litigieux  
- ordonne la publication de la décision sur le site de la CNIL ainsi que dans Le Figaro, Le Monde et La Provence aux frais de LEXEEK.  
De plus, elle a saisi le Procureur de la République pour que des poursuites pénales soient éventuellement engagées.

### Une décision inédite fondée sur une recommandation de 2001...

Dès 2001, la CNIL a émis une importante recommandation, toujours d'actualité, relative à la diffusion de données personnelles sur internet par les banques de données de jurisprudence.[2] Elle y préconise que « *les éditeurs de bases de données de décisions de justice librement accessibles s'abstiennent d'y faire figurer le nom et l'adresse des parties ou témoins au procès, quels que soient l'ordre et le degré de juridiction ainsi que la nature du contentieux.* »

De plus, elle y rappelle que les éditeurs, à défaut d'anonymisation des décisions, restent soumis à la Loi Informatique et Libertés du 6 janvier 1978 modifiée qui reconnaît notamment le droit « *à toute personne de s'opposer, pour raisons légitimes, à ce que des informations nominatives la concernant fassent l'objet d'un traitement.* » En l'espèce, ayant pu aisément constater le non respect de ces deux points par l'association, outre un manquement caractérisé aux obligations de celle-ci durant la procédure, la CNIL a prononcé sur ce fondement ce qui constitue sa première sanction en la matière.

### ... qui consacre le concept émergent de droit à l'oubli numérique

La CNIL tranche ainsi un conflit sous jacent entre le principe de publicité des décisions de justice et le droit au respect de la vie privée, en privilégiant ce dernier dans un but prioritaire de protection des personnes[3].

En effet, si la loi impose la publication des décisions, la diffusion par le net de telles informations peut porter aux personnes identifiées d'importants préjudices qu'il est indispensable de

prévenir. Dans le cas d'espèce, certains des plaignants ont connu de graves problèmes professionnels, se voyant refuser un poste ou mis à l'écart dans leur entreprise en raison d'informations parfois vieilles de 12 ans trouvées par l'employeur en quelques clics sur le web. Tenant compte de « *l'impact réel, parfois dramatique de la diffusion des décisions nominatives* », la CNIL réaffirme que « *cette décision de sanction traduit (sa) ferme volonté de faire respecter cette recommandation protectrice de la vie privée des personnes et de garantir un véritable droit à l'oubli sur internet.* »[4] Comment expliquer en effet que le casier judiciaire s'efface, que la publication papier n'agisse que ponctuellement mais que le net diffuse *ad vitam* des informations judiciaires personnelles ? Il émerge en fait de cette décision la consécration d'une notion plus large qu'est le « droit à l'oubli numérique », dont l'anonymisation des décisions de justice serait une composante indispensable mais pas unique, d'autres types d'informations étant (trop ?) largement diffusés par ce média qui compile tout et qui n'oublie rien. En effet, qu'en est-il par exemple des articles de presse en ligne qui ne sont pas visés par la recommandation de 2001 et qui eux demeurent tels quels ? Le droit à l'oubli numérique ne peut logiquement pas se limiter aux décisions de justice mais devrait être étendu à toute trace sur le web de ladite condamnation. A défaut de quoi, on instaurerait une « double peine à vie » comme l'évoquent certains.[5] Cette question constitue une problématique majeure depuis la révolution du web. Ainsi, les dispositions de la loi Informatique et Libertés de 1978 sont-elles sans doute aujourd'hui insuffisantes, bien qu'elles prévoient que les données ne doivent être conservées que pour une durée strictement nécessaire à l'usage visé, laquelle durée doit être définie avant même la création du fichier. A cet égard, le 13 octobre 2010, la secrétaire d'Etat chargée de la prospective et du développement de l'économie numérique a invité les principaux acteurs du web à signer une charte du droit à l'oubli

numérique qui permettrait aux internautes de gérer plus facilement leurs données personnelles. Dans une optique de « *transparence de l'exploitation de données publiées intentionnellement par les internautes* », les signataires s'engagent notamment à faciliter les modalités de suppression, par l'internaute lui-même, de ses comptes et de ses données. Si actuellement ils ne sont qu'une douzaine à avoir adhéré à cette charte (on peut noter d'ailleurs que Google et Facebook ont refusé), un mouvement international d'autorégulation est en cours : des initiatives américaines et européennes visent à la définition d'un socle commun de règles minimales, et les 75 équivalents de la CNIL ont rédigé en 2009 une résolution fixant également un ensemble de principes communs, parmi lesquels le droit à l'oubli. Politiques comme professionnels semblent avoir pris conscience de la nécessité de définir un réel droit à l'oubli numérique au vu des conséquences potentiellement graves de la diffusion en ligne d'informations personnelles « gênantes ». Pour la doctrine, la consécration légale de ce droit s'impose dans un avenir proche et garantirait tout à la fois la protection de la liberté d'expression et de pensée, ainsi qu'un véritable « droit à changer de vie » sans afficher, malgré soi, les erreurs du passé.

Il nous faut donc à présent attendre pour pouvoir ensuite oublier...

[1] Loi n° 78-17 du 6 janvier 1978 relative à l'informatique, aux fichiers et aux libertés

[2] Délibération n° 01-057 du 29 novembre 2001 portant recommandation sur la diffusion de données personnelles sur internet par les banques de données de jurisprudence

[3] Me BEM A., Avocat près la Cour d'Appel de Paris, « Consécration des droits à l'oubli et à l'anonymisation des décisions de justice sur Internet », blog personnel, 12 octobre 2011

[4] Communiqué de la CNIL du 10 octobre 2011

[5] FROCHOT D., « E-réputation : la double peine sur le web », Les Infostratégies, 2 novembre 2011

#### Sources :

**Loi n° 78-17 du 6 janvier 1978 relative à l'informatique, aux fichiers et aux libertés**  
<http://www.legifrance.gouv.fr/affichTexte.do?cidTexte=LEGITEXT000006068624&dateTexte=20080609>

#### **Commission Nationale Informatiques et Liberté – CNIL :**

- Délibération n° 01-057 du 29 novembre 2001 portant recommandation sur la diffusion de données personnelles sur internet par les banques de données de jurisprudence <http://www.cnil.fr/en-savoir-plus/deliberations/deliberation/delib/17/>

- Communiqué de la CNIL du 10 octobre 2011 <http://www.cnil.fr/la-cnil/actu-cnil/article/article/droit-a-loubli-sur-internet-injonction-de-cesser-le-traitement-et-amende-de-10000-euros-pour/>

- Décision de la CNIL n° 2011-238 du 12 juillet 2011  
[http://www.cnil.fr/fileadmin/documents/La\\_CNIL/decisions/D2011-238\\_LEXEEK.pdf](http://www.cnil.fr/fileadmin/documents/La_CNIL/decisions/D2011-238_LEXEEK.pdf)

#### **Portail du Gouvernement**

« Charte du droit à l'oubli numérique : mieux protéger les données personnelles des internautes », 18 octobre 2010 <http://www.gouvernement.fr/gouvernement/charte-du-droit-a-l-oubli-numerique-mieux-protoger-les-donnees-personnelles-des-interna>

### Les Infostratèges

FROCHOT D., « E-réputation : la double peine sur le web », *Les Infostratèges*, 2 novembre 2011 <http://www.les-infostrategies.com/actu/11111305/e-reputation-la-double-peine-sur-le-web>

### Le Monde

- BORREDON L., « Pour le droit à l'oubli, le web est défaillant » et « Droit à l'oubli, actuellement il manque des solutions juridiques », *Le Monde*, 8 octobre 2011 [http://www.lemonde.fr/technologies/article/2011/10/08/pour-le-droit-a-l-oubli-le-web-est-defaillant\\_1584411\\_651865.html](http://www.lemonde.fr/technologies/article/2011/10/08/pour-le-droit-a-l-oubli-le-web-est-defaillant_1584411_651865.html)

et [http://www.lemonde.fr/technologies/article/2011/10/08/droit-a-l-oubli-actuellement-il-manque-des-solutions-juridiques\\_1584412\\_651865.html](http://www.lemonde.fr/technologies/article/2011/10/08/droit-a-l-oubli-actuellement-il-manque-des-solutions-juridiques_1584412_651865.html)

- CHECOLA L., « Droit à l'oubli sur internet : une charte signée sans Google ni Facebook », *Le Monde*, 13 octobre 2010 [http://www.lemonde.fr/technologies/article/2010/10/13/droit-a-l-oubli-sur-internet-une-charte-signee-sans-google-ni-facebook\\_1425667\\_651865.html](http://www.lemonde.fr/technologies/article/2010/10/13/droit-a-l-oubli-sur-internet-une-charte-signee-sans-google-ni-facebook_1425667_651865.html)

### Doctrine

Me BEM A., Avocat près la Cour d'Appel de Paris, « Consécration des droits à l'oubli et à l'anonymisation des décisions de justice sur Internet », blog professionnel, 12 octobre 2011 <http://www.legavox.fr/blog/maitre-anthony-bem/consecration-droits-oubli-anonymisation-decisions-6655.htm>

n° 79

## CHRONIQUE – INTERNET

*Sous la direction de Jean Frayssinet*

*Professeur honoraire de l'Université d'Aix-Marseille*

## LA PAROLE EST A LA DEFENSE

*Par Simon Vuillard-Pernier*

Depuis le 9 novembre 2011 – et si vous êtes un adepte du Karaoke en solo ou en équipe – vous avez pu vous rendre compte en vous connectant au site [paroles.net](http://paroles.net), qu'il n'est plus question comme autrefois, d'y trouver le moindre texte d'auteur. A défaut, et si vous avez un peu de temps à perdre, vous pouvez lire en page d'accueil l'encadré rédigé par son animateur, qui en annonce la fermeture. Dès lors, et comme le formule si bien Erwan Cario sur le site [ecrans.fr](http://ecrans.fr), « le temps de [paroles.net](http://paroles.net) est écoulé ».

### Préambule à cette fermeture

A l'origine, il y a la musique. Puis la chanson et ses paroles. Les deux sont protégeables au sens du code de la propriété intellectuelle – article L 112-1 et suivants – et la reproduction partielle ou totale de celles-ci sans l'accord du titulaire des droits ou de ses ayants-droit est illicite. Il en va de même pour la traduction des paroles.

Mais un peu plus tard, il y a internet, ses libertés et ses opportunités. Et pour les plus braves, il y a aussi les photocopies disgracieuses des paroles d'Hugue Aufray, de Joe Dassin ou de Brassens,

copiées et recopiées, qu'on chantait autour d'un feu en colonie de vacances.

Au début des années 2000 commence à fleurir sur le web, une multitude de sites se donnant pour objectif de recenser les paroles d'un maximum d'artistes, et de les mettre à disposition du public. Là où le but est louable pour certains (animateurs, usagers), il est dommageable pour d'autres (artistes, ayants-droit, éditeurs...) car la quasi-totalité de ceux-ci oeuvre dans l'illégalité, sans solliciter la moindre autorisation.

### La parole est d'argent, le silence est d'or

Si pendant longtemps, les sociétés de gestions, les éditeurs ou les auteurs eux-mêmes se sont contentés de protester et de mettre en demeure les propriétaires de ces sites, il semblerait aujourd'hui que la guerre soit déclarée. Or, comme chacun le sait, l'argent est le nerf de la guerre, et pour certains il est grand temps de partager le gâteau. En effet, c'est sur un fond de crise de l'industrie du disque que se joue la bataille. Il est de bon ton, aujourd'hui plus qu'hier, d'aller chercher l'argent de la création là où il se trouve, et comme il n'est plus dans les

bacs, il est probablement sur internet. Selon François Millet, éditeur indépendant qui anime la commission base de données au sein de la CSDEM (Chambre Syndicale De l'Édition Musicale), les sites pointés du doigt croquent un « *business très lucratif qui génère probablement plusieurs centaines de milliers d'euros chaque année et derrière lequel se trouve souvent une seule personne* ». Tout ceci restant extrêmement difficile à évaluer. Il est essentiellement question ici des revenus publicitaires, puisque l'utilisation de tous ces sites est gratuite.

Dès lors qu'il existe un vrai business généré par le parolier, il est normal que celui-ci en recueille les fruits.

### Une procédure pénale

La reproduction ou la traduction des paroles d'une chanson sans l'accord de l'auteur ou de ses ayants-droit expose son responsable à une action en contrefaçon. La peine encourue est de trois ans d'emprisonnement et 300000€ d'amende. C'est précisément la procédure engagée par la CSDEM et vingt sept autres éditeurs contre le propriétaire du site paroles.net, depuis environ huit ans. En guise d'épilogue, on pouvait lire dès le 9 novembre 2011 sur le site en question, qu'un protocole d'accord avait été signé sous l'égide du juge d'instruction du TGI de Paris entre les différents protagonistes. Ce dernier fait état de la fermeture définitive du site.

### Et l'avenir ?

Le même François Millet annonce que « *des dizaines d'autres sites* » pourraient être à leur tour la cible de procédures judiciaires. Il y a dans ces démarches plus agressives de la part des ayants-droit – et derrière l'aspect financier – la volonté de sensibiliser les internautes au respect du droit de propriété intellectuelle. Il est de plus tout à fait concevable, sans dire de faire payer un jour l'accès aux paroles, de s'attaquer à celles et ceux qui

s'enrichissent indirectement sur des oeuvres qui ne leur appartiennent pas. En parallèle, car conscient des réalités et du marché, les éditeurs aimeraient que se développe « *une offre légale attractive et abordable* ». Elle existe déjà, mais elle se perd encore au milieu de l'ensemble très vaste des sites illégaux. La CSDEM, par exemple, constitue par elle-même une base de données qu'elle propose ensuite par partenariat à des entreprises telles que Purefans ou encore Greatsong.

La limite de l'alternative légale s'apprécie probablement en terme de contenu, dans la quantité comme dans la diversité. La gestion de catalogues est toujours longue et fastidieuse, face aux contributions intensives des internautes sur les sites illégaux. Les partenariats sont difficiles à mettre en place, d'autant que les sites désirant rentrer dans le rang prennent un risque financier par rapport à la concurrence hors-la-loi. Ils ne sont pas toujours enclins à prendre ce genre d'engagement. Quant à la diversité, pour vous, auditeurs de courant musicaux alternatifs, underground ou plus indépendants, trouver les paroles de vos artistes au milieu de celles de Justin Bieber, Jena Lee ou Patrick Bruel relève d'avantages de l'exception que de la règle. Vous pouvez toujours vous armer de patience et d'espoir... ou vous tourner vers les cyber-délinquants. J'ai quand même essayé de faire le test moi-même, et bien qu'il ne soit pas tout à fait concluant, j'ai été surpris de trouver les paroles de certains artistes. Beaucoup moins, de ne rien trouver à propos du collectif OFWGKTA par exemple.

Enfin, la limite dans cette démarche contre les sites illégaux de paroles, se trouve dans la particularité d'internet et l'ensemble de ses travers. Le cas de sites basés à l'étranger, d'Etat moins regardant, de la difficulté des poursuites ou encore des difficultés à identifier les responsables.

Tout ça participe à une lutte sans fin, perdue d'avance ?

### Sources :

- CARIO E., « *Le temps de paroles.net est écoulé* », ecrans.fr, mis en ligne le 9 novembre 2011 : <http://www.ecrans.fr/Le-temps-de-Paroles-net-est-ecoule,13509.html>
- G. Jérôme, « *Paroles.net réduit au silence par les ayants droit* », generation-mt.com, mis en ligne le 10 novembre 2011 : <http://www.generation-nt.com/paroles-chansons-illegal-csdem-actualite-1501151.html>
- L. Julien, « *Le site paroles.net fermé par la justice* », numerama.com, mis en ligne le 10 novembre 2011 : <http://www.numerama.com/magazine/20520-le-site-parolesnet-ferme-par-la-justice.html>
- Code de la Propriété Intellectuelle : <http://www.legifrance.gouv.fr/affichCode.do?cidTexte=LEGITEXT000006069414&dateTexte=20111014>
- <http://www.paroles.net/>

## L'ALLEMAGNE CONTRE LES DERIVES DE FACEBOOK

*Par Olivier Alidal*

Face aux polémiques relatives à la sauvegarde des données d'utilisateurs par Facebook, l'état allemand s'est engagé dans une bataille audacieuse contre le site.

Depuis quelques mois, l'Allemagne a entrepris un sérieux bras de fer avec le réseau social Facebook, décrié de toutes parts pour ses prétendues pratiques nébuleuses avec les données personnelles de ses utilisateurs. En effet, il lui est reproché de ne pas respecter les obligations posées par le droit européen relatives à la vie privée, notamment de collecter des informations à l'insu de ses utilisateurs pour un usage plus ou moins commercial.

Un ultimatum a été lancé à Facebook. Le site doit se mettre en conformité au droit allemand et européen. Le cas échéant, Johannes Caspar, fonctionnaire chargé de la protection des données personnelles pour le Land de Hambourg, menace de régler le différend par la voie contentieuse. Une action qui a une forte valeur symbolique, mais qui laisse bon nombre de personnes sceptiques. Ce qui au départ, n'était qu'une succession de critiques individuelles, est devenu une véritable affaire étatique.

### **Une tension s'installe progressivement entre les deux protagonistes**

Le litige avec Facebook n'est pourtant pas nouveau, puisqu'à maintes reprises, l'entreprise a été mise en cause pour ses pratiques controversées. En avril 2010, la Fédération des associations de consommateurs allemands (Verbraucherzentrale Bundesverband) avait tout simplement appelé au boycott du réseau social. Elle reprochait à celui-ci son caractère passif vis-à-vis des paramètres de confidentialité. L'utilisateur devait ajuster lui-même les options de restrictions d'accès relatives à son compte. Les profils pouvaient alors rester longtemps ouverts au public avant que l'utilisateur ne s'en aperçoive. Révoltée, c'est avec virulence et conviction que la Fédération déclare que « La responsabilité de la protection des données relève de l'opérateur, pas du consommateur ».

Au mois d'août dernier, l'agence de protection des données personnelles de la ville de Hambourg passe à l'offensive, en indiquant de manière explicite que la nouvelle fonctionnalité de reconnaissance faciale intégrée au site viole la directive européenne relative à la protection des données personnelles. Selon Johannes Caspar, « ce type de technologie [n'est pas] conforme avec la directive sur la protection des données personnelles de l'Union européenne » ». Il ajoute que la reconnaissance faciale est activée par défaut, et que comme il s'agit de données biométriques, le consentement de l'utilisateur doit être recueilli de manière expresse.

Facebook répond à cette accusation et nie toute violation des dispositions européennes : « Nous rejetons fermement toute affirmation selon laquelle nous ne respecterions pas nos obligations d'après les lois européennes sur la protection des données ». Une argumentation assez légère qui peine à convaincre les autorités allemandes. Facebook prend même le luxe de souligner que la pratique litigieuse est appréciée de l'ensemble des utilisateurs, ce qui n'a pour effet que d'attiser les tensions entre les deux acteurs.

### **Un Land allemand part en croisade contre le bouton « j'aime »**

Fin août, Thilo Weichert, homologue de Johannes Caspar dans le Land du Schleswig-Holstein interdit le bouton « j'aime », et décide que tout site qui propose cette option sera puni de 50000 euros d'amende. Il met en exergue la collecte des adresses IP et la création de profils dits « fantômes ». De fait, peuvent être recueillies, des informations sur les habitudes de navigation des membres, mais aussi, sur des personnes qui ne sont pas inscrites au site. Facebook confirme que les données sont collectées mais qu'il est procédé à leur suppression dans un délai de 90 jours conformément au droit européen. L'initiative de Thilo Weichert est appréciée de manière assez relative car paradoxalement, le Schleswig-Holstein conserve sa page Facebook.

## La voie contentieuse envisagée par l'Allemagne

Un ultimatum a finalement été posé par l'état allemand, qui considère que la reconnaissance faciale configurée par défaut permet l'identification d'un utilisateur sans son consentement. Or, il s'agit de données biométriques.

Deux solutions sont envisageables : Soit Facebook se plie aux exigences de confidentialité avant le 7 novembre, soit le site ne change pas ses paramètres. Dans ce cas, une action en justice sera intentée au nom de l'état allemand. Pour des raisons pratiques, seul le fuseau horaire de l'état de Californie où se trouve le siège social de Facebook sera pris en considération pour le décompte.

Même si il est indéniable que cet ultimatum est une initiative que l'on peut qualifier de téméraire, Johannes Caspar ira-t-il jusqu'au bout de sa démarche ? Réponse très prochainement. Toujours est-il qu'en attendant, la protection de la vie privée sur internet sur le fondement de la directive du 24 octobre 1995 semble obsolète et inadaptée aux mutations technologiques. Une réforme législative est nécessaire pour protéger les utilisateurs et plus particulièrement les mineurs.

### Sources :

LEMONDE.FR, « Appel au boycott de Facebook en Allemagne », *Le Monde*, article du 9 avril 2010 : [http://www.lemonde.fr/technologies/article/2010/04/09/appele-au-boycott-de-facebook-en-allemaigne\\_1331174\\_651865.html](http://www.lemonde.fr/technologies/article/2010/04/09/appele-au-boycott-de-facebook-en-allemaigne_1331174_651865.html)

JULIEN.L, « Facebook rejette les accusations de la CNIL allemande », *Numerama*, article du 4 août 2011 : <http://www.numerama.com/magazine/19502-facebook-rejette-les-accusations-de-la-cnil-allemaigne.html>

JULIEN.L, « Facebook viole la loi sur la vie privée, selon la CNIL allemande », *Numerama*, article du 3 août 2011 : <http://www.numerama.com/magazine/19493-facebook-viole-la-loi-sur-la-vie-privee-selon-la-cnil-allemaigne.html>

LEMONDE.FR, « le bouton « j'aime » de Facebook critiqué par les autorités allemandes », *Le Monde*, article du 22 août 2011 : [http://www.lemonde.fr/technologies/article/2011/08/22/le-bouton-j-aime-de-facebook-critique-par-les-autorites-allemaignes\\_1561979\\_651865.html](http://www.lemonde.fr/technologies/article/2011/08/22/le-bouton-j-aime-de-facebook-critique-par-les-autorites-allemaignes_1561979_651865.html)

LEMONDEDUDROIT.FR, « Allemagne : un état interdit les boutons j'aime de facebook », *Le Monde du Droit*, article du 23 août 2011 : <http://www.lemondedudroit.fr/europe-international/104236-allemaigne-un-etat-interdit-les-boutons-qjaimeq-de-facebook.html>

JEROME.G, « Facebook Timoré sur le droit à l'oubli », *Génération nt*, article du 25 mars 2011 : <http://www.generation-nt.com/facebook-droit-oublie-europe-actualite-1180661.html>

ZDNET.FR, « Reconnaissance faciale : l'ultimatum de l'Allemagne à Facebook », *Zdnet*, article du 24 octobre 2011 : <http://www.zdnet.fr/actualites/reconnaissance-faciale-l-ultimatum-de-l-allemaigne-a-facebook-39765073.htm>

LELOUP.D, « Facebook accusé de conserver des données effacées et de créer des profils fantômes », *Le Monde*, article du 24 octobre 2011 : [http://www.lemonde.fr/technologies/article/2011/10/24/facebook-accuse-de-conserver-des-donnees-effacees-et-de-creeer-des-profils-fantommes\\_1592814\\_651865.html](http://www.lemonde.fr/technologies/article/2011/10/24/facebook-accuse-de-conserver-des-donnees-effacees-et-de-creeer-des-profils-fantommes_1592814_651865.html)

## Qu'en est-il de Facebook et du droit à l'oubli ?

Constatant qu'internet peut être un outil dangereux pour la vie privée, la Commission européenne a fait connaître il y a quelques mois son attachement à ce que l'on appelle le droit à l'oubli sur internet. Ce droit consiste à pouvoir supprimer des données qui concernent un internaute ou une entreprise, d'où le mot « oubli ». Il est question d'effacer une réputation virtuelle qui a pu se mettre en œuvre grâce à des données recueillies au fil du temps.

Si pour la Commission européenne, celui qui stocke des données personnelles doit prouver l'utilité d'une telle pratique, pour Facebook, il en va tout autrement. Le mécanisme permettant de supprimer définitivement son compte Facebook est si compliqué, qu'il doit être considéré comme quasi inexistant. Un néophyte ne peut y accéder que très difficilement. De plus, lorsqu'un profil est désactivé, les serveurs du service conservent intégralement tous les fichiers.

Une charte concernant le droit à l'oubli sur internet a été signée par des opérateurs réunis par la secrétaire d'Etat chargée de la prospective et du développement de l'économie numérique en 2010. Des obligations sont mises à la charge des réseaux sociaux et des moteurs de recherche pour optimiser la possibilité d'effacer des données non désirées par un utilisateur. Néanmoins, Google et Facebook n'ont pas ratifié cette charte, ce qui est regrettable car ils sont au centre des discussions actuelles.

LEMAITRE.F, « L'Allemagne s'attaque aux excès de Facebook », *Le Monde*, article du 4 novembre 2011 : [http://www.lemonde.fr/technologies/article/2011/11/04/l-alle-magne-s-attaque-aux-exces-de-facebook\\_1599214\\_651865.html](http://www.lemonde.fr/technologies/article/2011/11/04/l-alle-magne-s-attaque-aux-exces-de-facebook_1599214_651865.html)

CHECOLA.L, « Droit à l'oubli sur Internet : une charte signée sans Google ni Facebook », *Le Monde*, article du 13 octobre 2010 : [http://www.lemonde.fr/technologies/article/2010/10/13/droit-a-l-oubli-sur-internet-une-charte-sig-nee-sans-google-ni-facebook\\_1425667\\_651865.html](http://www.lemonde.fr/technologies/article/2010/10/13/droit-a-l-oubli-sur-internet-une-charte-sig-nee-sans-google-ni-facebook_1425667_651865.html)

MEUNIER.M, « Le site Facebook confronté à la surveillance allemande », *La-croix.com*, article du 7 novembre 2011 : [http://www.la-croix.com/Actualite/S-informer/Monde/Le-site-Facebook-confronte-a-la-surveillance-allemande-\\_EG\\_-2011-11-07-733140](http://www.la-croix.com/Actualite/S-informer/Monde/Le-site-Facebook-confronte-a-la-surveillance-allemande-_EG_-2011-11-07-733140)

ITESPRESSO, « Facebook n'est pas convaincu par le droit à l'oubli », *Itespresse*, article du 25 mars 2011 : <http://www.itespresso.fr/facebook-n-est-pas-convaincu-par-le-droit-a-l-oubli-41987.html>

n° 81

CHRONIQUE – INTERNET

*Sous la direction de Jean Frayssinet*

*Professeur honoraire de l'Université d'Aix-Marseille*

## SURVEILLANCE DU NET EN RUSSIE : UN COUP DUR POUR LA LIBERTE D'EXPRESSION ?

*Par Marie-Béatrice Meunier*

En décembre 2011 va être lancé un nouveau logiciel par le Gouvernement Russe afin, officiellement, de lutter contre l'extrémisme en ligne.

Le lancement de ce logiciel de recherche n'est que la suite logique de l'appel d'offre qu'avait lancé courant mars 2011 le service fédéral russe de surveillance dans le domaine des communications, des technologies de l'information et des communications de masse : le *Roskomnadzor*. Cet appel d'offre, qui courait jusqu'au 15 août 2011, a conduit à la création du logiciel qui est actuellement dans ses dernières semaines d'expérimentation et qui devrait, selon toute vraisemblance, être mis en place durant le mois de décembre 2011 par le Gouvernement russe.

En quoi va consister ce logiciel ?

Ce logiciel va être chargé de contrôler tout contenu posté sur le Web russe et ce par n'importe quel internaute, la presse n'étant pas la seule visée. Plus précisément, seront contrôlés tous les textes, images ainsi que les contenus audios et vidéos.

Un logiciel de lutte contre l'extrémisme

Officiellement, c'est l'objectif premier de ce logiciel. Cependant, dans un rapport publié par Reporters Sans Frontières (RSF) ces derniers s'inquiètent de « la définition très large des propos extrémistes ». En effet, non seulement le logiciel est chargé de

surveiller et de repérer tous propos extrémistes, dans lesquels le pouvoir russe englobe les propos liés « au terrorisme, au nazisme, ainsi que ceux incitant à la haine nationale, raciale, sociale ou religieuse » ; mais il est aussi chargé de traquer tous propos pouvant constituer en la violation de l'unité de la Russie ou encore, plus surprenant, « tous contenus cachés et autres moyens techniques de diffusion d'informations agissant sur l'inconscient des personnes, ou ayant une mauvaise influence sur leur santé ».

Autant dire que la sphère d'intervention de ce logiciel semble relativement grande et floue.

Plus encore, c'est le « caractère arbitraire et disproportionné de la sanction » qui inquiète RSF. En effet, c'est tout simplement la censure qui attend le site incriminé par le logiciel : si le contenu mis en cause n'est pas supprimé sous trois jours, après deux autres avertissements, le site encourt tout simplement sa fermeture.

Il est bon de noter aussi que la justice russe tend à être de plus en plus sévère concernant tout abus commis sur Internet, en témoigne cette affaire récente dans laquelle un couple russe fut poursuivi pour avoir diffusé illégalement 30 films russes et étrangers sur deux sites différents pendant moins de 2 ans. Le préjudice théorique fut estimé à environ 885 millions d'euros par le parquet russe.

Il ne fait donc guère de doute que la justice russe sera tout aussi sévère concernant les abus relevés par le logiciel de surveillance.

Vers une dérive potentielle de la surveillance ?

RSF affirme que « ce dispositif ne peut qu'être que liberticide pour la circulation de l'information » et il est vrai que l'on peut craindre un musellement de la liberté d'expression sur Internet dans un pays qui est classé à la 140ème place sur 178 dans le classement de la liberté de la presse établi par RSF.

Internet inquiète à raison certains pays: il peut se révéler comme un véritable outil démocratique en permettant à toutes les voix et opinions de s'exprimer librement, en témoignent les révolutions du Printemps arabe. Dans un pays comme la Russie qui pratique une surveillance accrue de ses citoyens et plus particulièrement de ses journalistes, Internet se révèle être pour beaucoup le seul moyen de faire entendre leur voix et ce, d'autant plus à l'approche de l'élection présidentielle russe.

D'ailleurs, c'est toujours selon cette même volonté de surveiller le Net que la Russie, avec la Chine, le

Tadjikistan et l'Ouzbékistan, avait proposé en septembre 2011 lors de la 66<sup>ème</sup> session de l'Assemblée générale des Nations-Unies le principe d'un code de bonne conduite à respecter sur Internet. Ce code, que l'on peut même qualifier de charte, visait à « réduire la dissémination de l'information qui incite au terrorisme, à la sécession, à l'extrémisme ou qui nuit à la stabilité politique, économique et sociale ainsi qu'à l'environnement spirituel et culturel ». Il a été rejeté par l'ONU en raison de son objectif invoué qui aurait entraîné un contrôle gouvernemental d'Internet justifié par un texte international.

La Russie, même sans instrument juridique international, a donc décidé d'appliquer ce contrôle gouvernemental d'Internet. Il ne reste donc plus qu'à attendre pour voir comment va s'effectuer le contrôle du Web russe. Fort heureusement, pour la liberté d'expression, seul le Web russe est concerné et il sera toujours possible pour les internautes russes de communiquer sur le reste du Web mondial, qui lui, reste en majeure partie libre, en contournant ainsi cette surveillance et cette censure potentielle.

Sources :

ISAKOV V., « Russia: Bots To Look For Extremism Online », mis en ligne le 22 Mars 2011, consulté le 14 Novembre 2011, URL : <http://globalvoicesonline.org/2011/03/22/russia-bots-to-looks-for-extremism-online/>

L. J., « La Russie compte durcir la surveillance d'Internet », *Numerama*, mis en ligne le 12 Novembre 2011, consulté le 14 Novembre 2011, URL : <http://www.numerama.com/magazine/20549-la-russie-compte-durcir-la-surveillance-d-internet.html>

L. J., « La Chine et la Russie réclament un « code de bonne conduite » sur le net », *Numerama*, mis en ligne le 23 Septembre 2011, consulté le 14 Novembre 2011, URL : <http://www.numerama.com/magazine/19924-la-chine-et-la-russie-reclament-un-code-de-bonne-conduite-sur-le-net.html>

L. J., « Les États-Unis hostiles à un code de bonne conduite sur Internet », *Numerama*, mis en ligne le 2 Novembre 2011, consulté le 14 Novembre 2011, URL : <http://www.numerama.com/magazine/20408-les-etats-unis-hostiles-a-un-code-de-bonne-conduite-sur-internet.html>

LELIEF J.-P., « La censure vouée à l'échec sur internet, selon William Hague », *Nouvel Observateur*, mis en ligne le 3 Novembre 2011, consulté le 14 Novembre 2011, URL : <http://tempsreel.nouvelobs.com/high-tech/20111103.REU1865/la-censure-vouee-a-l-echec-sur-internet-selon-william-hague.html>

RSF., « Un logiciel de surveillance du Net en phase de test, le Gouvernement désireux de l'exploiter », mis en ligne le 28 Octobre 2011, consulté le 14 Novembre 2011, URL : <http://fr.rsf.org/russie-un-logiciel-de-surveillance-du-net-28-10-2011,41308.html>

RSF., « Danger de généralisation de la surveillance en ligne et de la censure », mis en ligne le 30 mars 2011, consulté le 14 Novembre 2011, URL : <http://fr.rsf.org/russie-danger-de-generalisation-de-la-30-03-2011,39909.html>

SAGET J., « En Russie, trente films piratés valent 885 millions d'euros », *Next Libération*, mis en ligne le 24 Octobre 2011, consulté le 14 novembre 2011, URL : <http://next.liberation.fr/cinema/01012367521-en-russie-trente-films-pirates-valent-885-millions-d-euros>

## DETournement DES DONNEES DE L'UMP : QUAND LE PIRATAGE DEVIENT UN MOYEN D'EXPRESSION

Par Maxime Meyney

L'UMP, le FN, le site de Charlie Hebdo, Israël auraient ils un point commun ? Suite à la révélation par le site Rue89, le mardi 8 novembre, de la publication de données personnelles de cadres de l'UMP. Il semblerait qu'on puisse répondre par l'affirmative. Ce point commun : le piratage informatique. Rendu célèbre par l'affaire Wikileaks, la révélation de données ou le blocage de sites sont devenus monnaies courantes sur la toile. Outre la reprise illégale de données personnelles au travers de cette actualité, se pose la question du piratage en tant que nouveau moyen d'expression. Retour sur un phénomène « grave », en pleine expansion.

### Le piratage des données personnelles de l'UMP

« Extrêmement grave ». C'est comme ceci que Jean-François Copé qualifie l'acte de piratage, dont il est lui même victime. En effet, ont circulé pendant quelques jours, début novembre, des données privées de centaines de cadres de la majorité. Numéro de téléphone, adresse, centres d'intérêts, âge des enfants... Autant d'informations, personnelles et professionnelles, qui se sont alors échangées sur de nombreux sites.

Si durant quelques heures, l'origine de cette fuite a été méconnue, l'explication fut révélée par les pirates eux mêmes. Dans leur communiqué ceux-ci expliquent que la faille de sécurité ne provient pas d'un site institutionnel, le doute s'étant porté en premier lieu sur les fichiers de l'assemblée nationale, mais de celui d'un prestataire de service gérant la plus-part des sites internet de cadres de l'UMP. Prouesse informatique ? Il ne semble pas. Il apparaît que les pirates se soient servis d'une faille dans le système de sécurité du site en question. Faille décelable en peu de clics et dont l'apprentissage est possible en quelques minutes dans de nombreuses vidéos sur la toile.

Victimes de ces *hackers* (autre terme utilisé pour désigner des pirates malgré de nombreux débats) et de la réception de nombreux messages d'insultes sur leurs téléphones, les cadres de l'UMP n'ont pas tardé à réagir en portant plainte pour violation du secret des correspondances et vol de données

informatiques. Une enquête préliminaire a été confié à la brigade d'enquête sur les fraudes aux technologies de l'information (BEFTI).

Cette affaire fait directement écho à un piratage similaire intervenu contre des cadres du Front National par des Anonymous français pour dénoncer « ces fachos de "dirigeants" du FN » et prévoit des actions futures contre le parti. Véritable phénomène, le piratage devient de plus en plus une technique de protestation.

### Le piratage : nouvelle forme de revendication ?

« Il y a trois catégories de hackers : ceux qui font ça pour l'argent, qui piratent des comptes en banque, ceux qui font ça pour la prouesse technique et ceux qui font ça pour des raisons politiques, (...) le pirate est donc aussi un militant ». Ces propos d'Éric Valatini, cofondateur de la start-up Email Angel, qui a découvert ce piratage, nous éclaire directement sur le but d'une telle opération.

En l'espèce, si une première supplique fait état d'une démarche vengeresse (« À toutes les victimes de l'UMP, nous vous livrons les coordonnées de l'UMP. Œil pour œil, dent pour dent. »), une version plus édulcorée a fini par se faire connaître. Le « groupe DOX UMP », qui revendique l'action, souhaite mettre la classe politique devant ses réalités. Cette bande, se prétendant pacifiste dénonce par ce biais la multiplication des données numériques engendrant une multiplication des risques conséquents. Utilisation à des fins commerciales, contre la sécurité nationale... les données numériques ont une valeur qui intéresse souvent des entités mal intentionnées.

« Nous souhaitons être entendu », clame DOX UMP dans sa revendication. Moins préjudiciable qu'un attentat, le piratage permet d'avoir une couverture médiatique. A l'instar des Anonymous, qui militent pour défendre les libertés, ces nouveaux pirates souhaitent par des actions fortes dénoncer les dérives dont ils s'estiment victimes.

Mais les *hackers* ne sont pas forcément animés par un souci de défense des libertés et notamment d'expression. C'est la mésaventure de Charlie Hebdo qui illustre dans l'actualité parfaitement ce danger. À l'issue de la parution d'un numéro spécial intitulé Charia Hebdo, le site de l'hebdomadaire a été bloqué par des pirates dont le leitmotiv était de défendre les valeurs islamistes, au grand dam de l'humour et de la liberté d'expression. Il ne faut surtout pas oublier, que peu importe les raisons le piratage est en soit constitutif d'infractions pénales.

### Un cadre législatif insuffisant ?

En effet le *hacking* est pénalement répréhensible, la simple action d'entrer frauduleusement dans un système informatique « est puni de deux ans d'emprisonnement et de 30000 euros d'amende » (323-1 du code pénal). Mais les pirates ne sont pas les seuls responsables. Ceux qui utilisent ces données de différentes manières, vente d'information, usurpation d'identité, de nombreuses infractions peuvent être relevées. Le webmaster qui a mal protégé les données peut lui aussi être mis en

cause en vertu de l'article 34 de la loi informatique et libertés et de l'article 226-17 du code pénal.

Pourtant ces attentats informatiques ce sont de plus en plus banalisés mais le renforcement législatif que prône notamment la députée UMP des Alpes-Maritimes, Muriel Marland-Militello, en doublant les peines de ce genre d'infraction, ne semble pas la solution. La loi ne peut point tout résoudre et il faudra donc se tourner vers une consolidation de la protection technique.

Être victime d'un piratage n'est pourtant pas l'apanage des puissants. En cela DOX UMP nous met en garde, « Plus de fichiers = Plus de fuites », et ce ne sont pas les Israéliens et leur 9 millions de données détournées qui diront le contraire. Ces actualités montrent les dangers d'un tout informatique et des dangers qu'il faudra surmonter technologiquement dans une société du tout numérisée. Espérons que les pouvoirs publics aient ces affaires en tête dans la préparation de la future carte d'identité numérique.

### Sources :

- CROUZILLACQ Ph., « Le groupe « DoX-UMP » justifie son action », *Newzilla*, mis en ligne le 11 novembre 2011, consulté le 18 novembre 2011, <http://www.newzilla.net/2011/11/11/piratage-de-donnees-ump-le-groupe-%C2%AB-dox-ump-%C2%BB-justifie-son-action/>.
- FEFERBERG E., « piratages de données de l'UMP : plainte d'Estrosi, des dizaines d'autres attendues », *Le Parisien*, mis en ligne le 12 novembre 2011, consulté le 18 novembre 2011, <http://www.leparisien.fr/flash-actualite-politique/piratage-de-donnees-de-l-ump-plainte-d-estrosi-des-dizaines-d-autres-attendues-12-11-2011-1716162.php>.
- UNTERSINGER M., « Données persos : le piratage a visé le groupe UMP à l'Assemblée », *Rue89*, mis en ligne 8 novembre 2011, consulté le 17 novembre 2011, <http://www.rue89.com/2011/11/08/les-donnees-personnelles-dun-millier-de-cadres-ump-piratees-226342>.
- SAMSON Th., « vaste piratage de données UMP : l'acte revendiqué avec un « œil pour œil, dent pour dent » vengeur », *Le Parisien*, mis en ligne 9 novembre 2011, consulté le 18 novembre, <http://www.leparisien.fr/flash-actualite-politique/vaste-piratage-de-donnees-ump-l-acte-revendique-avec-un-oeil-pour-oeil-dent-pour-dent-vengeur-09-11-2011-1710451.php>.
- ANONYME, « Copé juge le piratage des données UMP « extrêmement grave » », *Le Point*, mis en ligne 9 novembre 2011, consulté le 18 novembre 2011, [http://www.lepoint.fr/politique/cope-juge-le-piratage-des-donnees-ump-extremement-grave-09-11-2011-1394440\\_20.php](http://www.lepoint.fr/politique/cope-juge-le-piratage-des-donnees-ump-extremement-grave-09-11-2011-1394440_20.php).
- RICARD M., « Piratage de données : L'UMP porte plainte », *France Soir*, mis en ligne 9 novembre 2011, consulté le 18 novembre 2011, <http://www.francesoir.fr/actualite/justice/piratage-donnees-l-ump-porte-plainte-155132.html>.
- DRUGEON A., « Les Anonymous français ciblent le Front national », *Rue89*, mis en ligne 29 juillet 2011, consulté le 17 novembre 2011, <http://www.rue89.com/2011/07/29/les-anonymous-francais-ciblent-le-front-national-216105>.
- Dox-UMP – Communiqué – UMP DoX, *Pastebin*, mis en ligne 9 novembre 2011, consulté le 18 novembre 2011, <http://pastebin.com/9Qn3YzJ7>.
- MANACH J-M., « 9 millions d'Israéliens à poil », *OWNI*, mis en ligne le 3 novembre 2011, consulté le 20 novembre 2011, <http://owni.fr/2011/11/03/9-millions-disraeliens-a-poil/>.
- <http://eservice.free.fr/hacker-pirate.html>
- légifrance

## RACHAT DE SKYPE PAR MICROSOFT : L'APPROBATION DE LA COMMISSION EUROPEENNE

*Par Olivier Alidal*

Le 7 octobre 2011, la Commission a autorisé Microsoft à racheter Skype, logiciel permettant de passer des appels téléphoniques gratuits via internet.

L'acquisition ayant eu lieu le 10 mai 2011 pour un montant total de 8,5 milliards de dollars, il restait toute fois quelques incertitudes pour le géant américain. Craignant que cette dépense soit considérée comme une entrave à la libre concurrence à l'intérieur du marché commun européen, c'est avec impatience que la société attendait le verdict de la Commission européenne. Dans un premier temps, le rachat a été autorisé par la Federal trade commission, agence indépendante américaine ayant pour mission de contrôler les pratiques anticoncurrentielles ainsi que les monopoles considérés comme déloyaux. Aucun obstacle à la concurrence n'avait été relevé.

A son tour, la Commission européenne a estimé qu'il n'y avait aucun obstacle à la validation de l'opération. Rappelons que dans le cadre de l'Union européenne, la Commission a pour devoir de veiller à ce que la concurrence ne soit pas faussée. Elle possède à ce titre de nombreuses prérogatives, notamment la possibilité de mener des investigations ainsi que de sanctionner des acteurs qui ne respectent pas les règles de la concurrence. Dans un communiqué de presse en date du 7 octobre, celle-ci affirmait de manière non équivoque qu'aucun problème de concurrence ne ressortait de cet achat, « dans la mesure où l'opération n'entraverait pas de façon significative le jeu d'une concurrence effective dans l'Espace économique européen (EEE) ou une partie substantielle de celui-ci. ».

Le problème mis en évidence venait du fait que les logiciels Windows live messenger et Skype proposaient de passer des appels téléphoniques par internet, d'où l'éventualité qu'il y ait concurrence déloyale entre la société Microsoft et les autres opérateurs présents sur le marché. La Commission mentionne que la concurrence est préservée : même si les deux logiciels se trouvent sur le même marché, d'autres « fournisseurs » sont actifs sur

celui-ci, notamment Google. Elle ajoute également que « Microsoft n'aurait pas les incitations à dégrader l'actuelle interopérabilité de Skype car il est essentiel pour Microsoft que Skype fonctionne sur le plus grand nombre de plateformes possibles afin de maintenir et d'accroître la valeur de la marque Skype ».

Un autre problème se posait au niveau du logiciel Lync conçu par Microsoft, destiné principalement aux entreprises et permettant de faire des visioconférences. Il s'agissait de savoir si celui-ci était en concurrence directe avec Skype. La Commission a répondu clairement que « Skype n'était présente que de façon limitée sur ces marchés et n'était pas en concurrence directe avec Lync, le produit de communications pour les entreprises de Microsoft, utilisé essentiellement par les grandes entreprises. ».

Il n'y a donc pas de risque que les deux logiciels se fassent concurrence car ils ne se trouvent pas sur le même marché.

A terme, il est prévu par Microsoft d'incorporer les services du logiciel Skype dans ses produits les plus répandus, notamment Office, les Windows phone ou encore sa console de jeux Xbox. Il est donc légitime de penser que l'incorporation de Skype à l'intérieur desdits produits aura pour effet d'accroître leurs valeurs économiques, d'où l'intérêt pour Microsoft d'exploiter le logiciel nouvellement acquis. Des critiques subsistent quant à la rentabilité de Skype. L'achat de Microsoft est considéré par certains comme superflu en raison des pertes considérables de Skype enregistrées en 2010 (7 millions de dollars) ainsi que du montant de sa dette à long terme (686 millions de dollars). En interne, Skype devient une division de Microsoft où l'on retrouve à sa tête Tony Bates, l'actuel PDG de Skype.

### **- Quel impact pourrait avoir cet investissement sur la vente des Windows phone ?**

L'avenir des smartphones de Microsoft s'annonce plus ou moins radieux. Il est clair que l'entreprise

voit en cette dépense historique (le dernier achat en date de Microsoft était aQuantive pour une somme de 6 milliards de dollars en 2007), un moyen de faire barrage à son concurrent direct, Apple. Celui-ci disposant déjà du service Facetime qui permet d'effectuer des visioconférences avec les produits de la marque, Microsoft se devait de réagir. L'introduction d'un service similaire est un argument de poids qui pourrait lui faire gagner, des parts de marché. Difficilement, certes, car il convient de

rappeler qu'actuellement, Apple est le leader en matière de vente de smartphones. Il n'est d'ailleurs pas exclu par Microsoft d'inclure Skype dans le système d'exploitation de Windows Phone 7.

Au-delà de ce marché, Skype pourrait permettre de donner un second souffle aux services internet de Microsoft, souffrant de la concurrence face à des prestataires de plus en plus nombreux.

Sources :

<http://www.numerama.com/magazine/18751-pour-skype-microsoft-signe-un-cheque-equivalent-au-pib-de-madagascar-maj.html>

<http://www.zdnet.fr/actualites/rachat-de-skype-microsoft-obtient-le-feu-vert-de-l-autorite-antitrust-us-39761770.htm>

[http://www.lemonde.fr/technologies/article/2011/10/07/la-commission-europeenne-autorise-le-rachat-de-skype-par-microsoft\\_1584210\\_651865.html](http://www.lemonde.fr/technologies/article/2011/10/07/la-commission-europeenne-autorise-le-rachat-de-skype-par-microsoft_1584210_651865.html)

[http://www.boursereflex.com/actu/2011/05/10/microsoft\\_met\\_la\\_main\\_a\\_poche\\_pour\\_skype](http://www.boursereflex.com/actu/2011/05/10/microsoft_met_la_main_a_poche_pour_skype)

<http://europa.eu/rapid/pressReleasesAction.do?reference=IP/11/1164&format=HTML&aged=0&language=FR&guiLanguage=fr>

<http://www.zdnet.fr/actualites/microsoft-sur-le-point-de-racheter-skype-pour-7-a-8-milliards-de-dollars-39760625.htm>

<http://www.ecrans.fr/Microsoft-Skype,12697.html>

n° 84

**CHRONIQUE – INTERNET**

*Sous la direction de Jean Frayssinet*

*Professeur honoraire de l'Université d'Aix-Marseille*

## L'HADOPI : DE FAUX MAILS POUR UNE VERITABLE ARNAQUE

*Par Swanie Fournier*

La Haute Autorité pour la diffusion des œuvres et la protection des droits sur internet (HADOPI) a lancé une alerte à la suite de l'envoi de fausses recommandations sur la toile. L'arnaque a toutefois mis en avant un problème dans le mode de communication du détail des œuvres téléchargées au destinataire des avertissements.

Depuis sa création, l'HADOPI est loin de faire l'unanimité auprès des utilisateurs d'internet. Instituée pour lutter contre le téléchargement illégal, la Haute Autorité envoie par voie électronique des recommandations aux cybernautes dont la ligne d'accès internet a permis la reproduction ou la mise à disposition sans autorisation d'œuvres protégées par le droit d'auteur, à charge pour ceux-ci de sécuriser leur ligne.

Or le 12 octobre dernier plusieurs internautes ont reçu une recommandation semblant émaner de la

Haute Autorité qui, en plus du message d'avertissement habituel, comportait un lien cliquable permettant aux destinataires de consulter le détail des œuvres ayant fait l'objet de l'avertissement. Il s'agissait en réalité d'une tentative de *phishing* qui n'aboutissait pas à la collecte de données personnelles mais qui poussait les internautes à composer un numéro surtaxé.

Malgré les quelques fautes d'orthographe du message, et notamment la présence du mot «consulation» au lieu de consultation, le contenu restait crédible. En effet la confusion était possible, d'une part parce qu'un numéro de dossier était attribué à l'internaute et que d'autre part, le contenu du mail était similaire à l'exemple de recommandation présentée par l'HADOPI au début de son activité. La redirection vers un site dont l'interface était identique au site officiel de l'autorité a fini de créer un amalgame même si, le fait que le

nom de domaine n'apparaisse pas en .fr et ne mentionne pas le terme HADOPI pouvait soulever quelques doutes. Quoi qu'il en soit un internaute peu attentif était alors informé que s'il souhaitait consulter le détail des œuvres téléchargées illégalement, celui-ci devait obtenir un code d'accès au moyen de numéros de téléphone qui s'avéraient être surtaxés.

Dès le 13 octobre l'HADOPI a réagi dans un communiqué de presse. Elle a rappelé que « les mails de recommandations de l'Hadopi ne comportent jamais de lien cliquable » et qu'il est possible de la contacter par un numéro non surtaxé. Elle a invité par la suite les internautes qui avaient un doute sur les messages d'avertissement reçus à prendre directement contact avec elle.

Ce n'est pas la première fois que de fausses recommandations sont envoyées au nom de l'HADOPI. Mais dans cette affaire, les choses sont un peu différentes. Les escrocs ont joué sur un point faible de la procédure mise en œuvre par la réponse graduée. En effet la loi a prévu que le détail des œuvres visées par la recommandation ne serait transmis à l'internaute que sur sa demande expresse afin de protéger sa vie privée.

L'article L.331-25 du code de la propriété intellectuelle dispose que les recommandations « indiquent les coordonnées téléphoniques, postales et **électroniques** où leur destinataire peut [...]obtenir, [...], des précisions sur le contenu des œuvres ou objets protégés concernés par le manquement qui lui est reproché. »

Or, malgré la permission de la loi, l'HADOPI considère que cette demande ne doit s'opérer que par voie postale ou téléphonique pour s'assurer que les données personnelles soient transmises au bon destinataire et non à un tiers. La communication par un formulaire en ligne suppose un encadrement du traitement automatisé des données à caractère personnel qui n'a jamais été mis en œuvre. Or selon le rapport d'activité de l'autorité, les trois quart des internautes qui prennent contact avec l'HADOPI s'intéressent au détail des œuvres qu'ils auraient téléchargées. Il est clair qu'en facilitant l'accès à ces demandes les escrocs s'assuraient un succès aisé. Cette arnaque traduit la difficulté des

internautes à dialoguer avec la Haute Autorité. Le courriel, moyen de communication rapide et gratuit, correspond davantage au public concerné.

En tous les cas, il paraît évident que tous les internautes recevant une recommandation risquent de contacter l'HADOPI pour vérifier la fiabilité du message reçu, ce qui peut se retourner contre elle. Son standard pourra t-il supporter cette vague d'appel ? L'HADOPI va devoir encore perdre du temps et de l'énergie à faire un tri entre les vrais avertissements et les faux.

Au final quels sont les recours possibles pour les personnes escroquées ? La loi leur permet de porter plainte sur le fondement de l'article L.226-18 du code pénal.

Cet article dispose que : « Le fait de collecter des données à caractère personnel par un moyen frauduleux, déloyal ou illicite est puni de cinq ans d'emprisonnement et de 300 000 Euros d'amende ».

Il est également possible d'agir sur le fondement de l'escroquerie. Une disposition issue du nouvel article L.44-3 du code des postes et des télécommunications prévoit que le président de l'Autorité de régulation des communications électroniques et des postes (ARCEP) peut saisir le juge des référés pour suspendre les numéros de téléphone litigieux. L'HADOPI peut également saisir le juge sur le fondement de la contrefaçon de marque.

Il n'en reste pas moins que même si des numéros ont été suspendus le 13 octobre dans l'après-midi, il apparaît assez ironique qu'une autorité dont l'une des valeurs est la sécurisation et qui met en œuvre « un dispositif pédagogique de sensibilisation » des internautes à la surveillance de leur accès internet se retrouve acteur, malgré elle, d'une tentative de *phishing*. Nous pouvons constater que la solution *anti-phishing* adoptée par la Haute Autorité à savoir, l'envoi au format texte des recommandations, a été peu efficace. Pour un site jugé comme peu crédible et peu fiable par les votes des internautes eux-mêmes, il est clair que cette tentative de *phishing* risque de discréditer davantage la Haute Autorité.

#### Sources:

<http://www.numerama.com/magazine/16935-hadopi-les-oeuvres-ne-seront-communiquées-que-par-courrier-maj.html>

<http://www.numerama.com/magazine/20166-attention-aux-faux-mails-hadopi.html>

<http://www.pcinpact.com/actu/news/66361-hadopi-arnaque-phishing.htm>

<http://www.pcinpact.com/actu/news/66367-hadopi-arcep-escroquerie.htm>

<http://www.hadopi.fr/>

## L'OBSESSION DU FILTRAGE

Par Benjamin Hersant

Longtemps, l'industrie culturelle s'est fourvoyée à propos du téléchargement illicite de contenus protégés par le droit d'auteur. Epuisée par les procédures judiciaires à répétition, elle envisage de combattre les racines du mal en lui fermant les autoroutes de l'information. Une menace qui, au vu de la détermination de ses partisans n'a rien de fantôme.

« Give them nothing but take from them everything ! »

Cette réplique du film 300 caricature à merveille la posture de l'industrie du divertissement à l'endroit du téléchargement illégal. Confrontés depuis une dizaine d'années à ce phénomène, les ayants droit ont davantage employé la répression au lieu de la réflexion. Cédant aux sirènes de l'immobilisme, ils se sont lancés dans une croisade contre la mauvaise graine. L'abandon du logiciel eDonkey2000, les reconversions de Kazaa et Napster ou la saisie du serveur Razorback2 garnissent leur tableau de chasse. La chute de ces bastions n'a guère découragé le piratage de produits culturels, loin s'en faut. Les attaques ont déstabilisé un pan du protocole pair-à-pair mais un autre s'est empressé de récupérer le flambeau..

### Haro sur *The Pirate Bay*

Le site suédois est la nouvelle cible à abattre. Auto-proclamé plus grand traqueur BitTorrent mondial, *The Pirate Bay* facilite le téléchargement illégal à l'échelle mondiale et compte parmi les porte-étendards du mouvement anti-droit d'auteur. Les déconvenues judiciaires ont mené ses fondateurs à cesser l'activité serveur, remplacée au pied levé par la recherche de fichiers .torrent.

L'historique de ses démêlés avec la justice indique un changement de stratégie de la part des ayants droit. D'ordinaire prompts à saisir les tribunaux, ils quémangent à présent le législateur de simplifier le filtrage des sites « voyous ». Cette méthode vise à limiter l'accès à certains sites au moyen de différentes techniques – filtrage par IP (*Internet Protocol*) ou DNS (*Domain Name System*) en l'espèce. Au-delà de la question de la violation de la

neutralité de l'internet, cette solution circonscrit l'information disponible. Elle va donc à l'encontre des droits de l'Homme. Poussé à l'extrême, le recours au filtrage confine à la censure. La légitimité douteuse de ce remède n'a pas dissuadé plusieurs nations démocratiques du globe à faire feu contre le vaisseau nordique.

A l'heure actuelle, l'accès à *The Pirate Bay* est bloqué dans de nombreux pays. En Europe, sont concernés l'Italie, l'Irlande, le Danemark et la Belgique. La Grande-Bretagne ainsi que les Pays-Bas seraient susceptibles d'allonger la liste, à moins que les soubresauts en provenance du plat pays ne tordent le cou à la nouvelle marotte de l'industrie.

### Accroc dans les mailles du filet

Outre-Quévrain, les fournisseurs d'accès à l'internet (FAI) Belgacom et Telenet ont été sommés par la Cour d'appel d'Anvers de mettre en place un blocage par DNS de onze adresses associées au site *The Pirate Bay*. Jamais à court d'idées, l'importun s'est empressé de déposer un nouveau nom de domaine pour contourner le barrage ordonné par les juges. Un brin moqueur, ledit nom de domaine retenu est la traduction néerlandaise de l'appellation du site incriminé.

Cette affaire démontre à quel point le filtrage est inefficace, aisément contournable. Il faudrait faire la chasse aux sites miroirs pour obtenir des résultats ou durcir les mesures employées. Quoi qu'il en soit, le tamis est percé. De plus, la récente décision de la Cour de justice de l'Union européenne SABAM c/ Scarlet a remis les points sur les « i » en remémorant aux ayants droit les libertés et droits fondamentaux, lesquels appellent à tempérer les velléités sécuritaires. Malheureusement, l'arrêt ne condamne que le filtrage généralisé, macroscopique. Un filtrage chirurgical, minutieux aurait des chances d'être juridiquement acceptable car il ménagerait les libertés. La faille a de toute façon déjà été investie.

Finalement, considérations juridiques mises à part, la mise en pratique du filtrage ne tient qu'à une histoire de proportion. En France, la loi Création et

Internet autorise les ayants droit à réclamer du juge toutes mesures strictement nécessaire à la préservation des droits en cause. Dans l'absolu, il suffirait d'apporter la preuve d'une proportionnalité entre la mesure et le trouble pour pouvoir recourir au filtrage. Facile à dire, difficile à faire évidemment.

Dans ce combat où s'opposent deux approches de la culture, il faut rappeler qu'à chaque tentative de bâillonnement, les internautes ont trouvé une parade. Ils ont changé leurs habitudes, leur comportement pour continuer à exploiter la richesse de l'internet, animés par leur soif de découverte et de partage. Les ayants droit seraient avisés de les imiter plutôt que de camper sur leur position.

Sources :

BBC News, *Raids close file-sharing server*, mis en ligne le 23 février 2006, consulté le 29 novembre 2011, disponible sur <http://news.bbc.co.uk/2/hi/technology/4743052.stm>

CHAMPEAU Guillaume, *La Cour Suprême danoise confirme le blocage de The Pirate Bay*, mis en ligne le 27 mai 2010, consulte le 29 novembre 2011, disponible sur <http://www.numerama.com/magazine/15815-la-cour-supreme-danoise-confirme-le-blocage-de-the-pirate-bay.html>

CHAMPEAU Guillaume, *The Pirate Bay devra être bloqué par les FAI belges*, mis en ligne le 04 octobre 2011, consulté le 29 novembre 2011, disponible sur <http://www.numerama.com/magazine/20034-the-pirate-bay-devra-etre-bloque-par-les-fai-belges.html>

CHAMPEAU Guillaume, *The Pirate Bay une nouvelle fois bloqué en Italie*, mis en ligne le 09 février 2010, consulté le 29 novembre 2011, disponible sur <http://www.numerama.com/magazine/15044-the-pirate-bay-une-nouvelle-fois-bloque-en-italie.html>

How To Bypass Internet Censorship, *How To Bypass Internet Censorship* [en ligne], consulté le 29 novembre 2011, disponible sur <http://www.howtobypassinternetcensorship.org/>

L. Julien, *Le blocage de The Pirate Bay demandé en Grande-Bretagne*, mis en ligne le 05 novembre 2011, consulté le 29 novembre 2011, disponible sur <http://www.numerama.com/magazine/20455-le-blocage-de-the-pirate-bay-demande-en-grande-bretagne.html>

L. Julien, *Le FAI irlandais Eircom bloque l'accès à The Pirate Bay*, mis en ligne le 01 septembre 2009, consulté le 29 novembre 2011, disponible sur <http://www.numerama.com/magazine/13712-le-fai-irlandais-eircom-bloque-l-acces-a-the-pirate-bay.html>

L. Julien, *Le filtrage de The Pirate Bay réclamé aux Pays-Bas*, mis en ligne le 15 novembre 2011, consulté le 29 novembre 2011, disponible sur <http://www.numerama.com/magazine/20571-le-filtrage-de-the-pirate-bay-reclame-aux-pays-bas.html>

La Quadrature du Net, *Neutralité du Net* [en ligne], consulté le 29 novembre 2011, disponible sur [http://www.laquadrature.net/fr/neutralite\\_du\\_Net](http://www.laquadrature.net/fr/neutralite_du_Net)

LELION Ludovic, *BitTorrent*, mis en ligne en janvier 2005, consulté le 29 novembre 2011, disponible sur <http://igm.univ-mlv.fr/~dr/XPOSE2004/bit torrent/index.html>

NULL Dave, *Digital forensic evasion-Le guide de l'anonymat sur internet*, mis en ligne le 30 août 2011, consulté le 29 novembre 2011, disponible sur <http://vimeo.com/28381159>

REES Marc, *CJUE : la SABAM cherche des alternatives au filtrage généralisé*, mis en ligne le 25 novembre 2011, consulté le 29 novembre 2011, disponible sur <http://www.pcinpact.com/news/67256-sabam-cjue-scarlet-filtrage-blocage.htm>

REES Marc, *SABAM : La Cour de Justice met fin à la spirale du filtrage en Europe*, mis en ligne le 24 novembre 2011, consulté le 29 novembre 2011, disponible sur <http://www.pcinpact.com/news/67217-sabam-scarlet-filtrage-blocage-hadopi.htm>

SARNO David, *The Internet sure loves its outlaws*, mis en ligne le 29 avril 2007, consulté le 29 novembre 2011, disponible sur <http://www.latimes.com/technology/la-ca-webscout29apr29,0,5609754.story>

SCHULER Fabrice, *Etude et utilisation des technologies des P2P*, mis en ligne le 28 février 2005, consulté le 29 novembre 2011, disponible sur <http://schuler.developpez.com/articles/p2p/>

Wikipedia, *Anti-copyright* [en ligne], consulté le 29 novembre 2011, disponible sur <http://en.wikipedia.org/wiki/Anti-copyright>

Wikipedia, *eDonkey 2000/eDonkey sued by RIAA* [en ligne], consulté le 29 novembre 2011, disponible sur [http://en.wikipedia.org/wiki/EDonkey2000#eDonkey\\_sued\\_by\\_RIAA](http://en.wikipedia.org/wiki/EDonkey2000#eDonkey_sued_by_RIAA)

Wikipédia, *Filtrage d'Internet* [en ligne], consulté le 29 novembre 2011, disponible sur [http://fr.wikipedia.org/wiki/Filtrage\\_d%27internet](http://fr.wikipedia.org/wiki/Filtrage_d%27internet)

Wikipedia, *Kazaa/Lawsuits* [en ligne], consulté le 29 novembre 2011, disponible sur <http://en.wikipedia.org/wiki/Kazaa#Lawsuits>

Wikipedia, *Napster/Legal challenges* [en ligne], consulté le 29 novembre 2011, disponible sur [http://en.wikipedia.org/wiki/Napster#Legal\\_challenges](http://en.wikipedia.org/wiki/Napster#Legal_challenges)

## SUPPRESSION D'UN COMPTE UTILISATEUR PAR FACEBOOK : L'ORIGINE DU MAL

Par Adeline Cornet

Œuvre provocatrice, « *L'origine du monde* » de Gustave Courbet ne cesse, aujourd'hui encore, de choquer les esprits, restant ainsi source de controverses. L'utilisation du tableau, représentant en gros plan le sexe d'une femme, comme photographie de profil, est à l'origine de la suppression d'un compte utilisateur par le réseau social Facebook. Il convient d'ores et déjà de préciser que ce litige fait écho à une précédente affaire où un artiste danois avait vu son compte désactivé après avoir lui aussi publié un visuel de la toile sur son profil. Les modérateurs du réseau social au Danemark avaient motivé leur décision par l'existence d'un règlement prohibant la nudité pour ne pas heurter les enfants.

Le 27 Février 2011, un autre utilisateur constata la suppression de son compte, lui-même ayant, en guise de photographie de profil, utilisé l'œuvre scandaleuse. En avril, l'avocat de l'internaute mettait en demeure Facebook de réactiver le compte litigieux et d'indemniser le plaignant, celui-ci arguant d'un préjudice moral.

La société n'ayant fait droit à ces réclamations, le requérant est aujourd'hui en justice devant le Tribunal de Grande Instance de Paris. La défense appuie ses demandes sur deux points. Tout d'abord, les conditions d'utilisation de la Charte du réseau social porteraient atteinte à la liberté d'expression de ses utilisateurs. Elle considère plus encore, une des clauses de ladite charte, comme abusive en ceci qu'elle prévoit que la responsabilité de Facebook ne peut être engagée qu'exclusivement devant les tribunaux de Santa Clara, en Californie. Le requérant demande ainsi 20 000 euros de dommages-intérêts ainsi que 1000 euros d'astreinte par jour de retard dans la réactivation du compte utilisateur.

S'agissant tout d'abord de l'atteinte à la liberté d'expression avancée par le requérant, celle-ci s'est matérialisée par la suppression du compte de ce dernier du fait de l'utilisation de « *L'origine du monde* » comme photographie de profil.

Pour examiner la recevabilité de cet argument, il faut nécessairement le confronter à la Charte d'utilisation du réseau social. Celle-ci prévoit d'une part dans sa section consacrée à la sécurité en son paragraphe 3, que l'utilisateur ne peut publier de contenus « *incitant à la haine ou à la violence, menaçant, à caractère pornographique ou contenant de la nudité ou de la violence gratuite* » et d'autre part en son paragraphe 14 que dans le cas où l'utilisateur enfreindrait « *la lettre ou l'esprit de cette Déclaration* », le site s'aménagerait le droit d'arrêter de « *fournir tout ou partie de Facebook* ».

Concrètement, il est donc clairement prévu que Facebook s'accorde la possibilité de désactiver un compte dans certains cas énumérés par la Charte. Cependant, en l'espèce, le problème ne réside pas tant sur les fondements qui accordent ce droit au réseau social que sur l'appréciation des modérateurs de la plateforme qui ont associé une œuvre reconnue, exposée au Musée d'Orsay et visible par tout public, y compris le plus jeune, à une œuvre pornographique.

Toutefois, si cela est contestable, la société Facebook n'en demeure pas moins libre de déterminer les conditions d'utilisation de l'outil qu'elle met à disposition du public. En effet, qu'est-ce donc que cette « Charte » sinon un contrat parfaitement formé en tant que résultant d'une rencontre de deux volontés (celles de Facebook et de l'internaute) autour d'une offre claire et précise : l'utilisation gratuite et encadrée d'un service numérique ?

S'agissant de la responsabilité de Facebook, il faut partir du constat suivant: elle n'est que très rarement engagée. Le réseau social a pris le soin de créer ce qu'on peut appeler un paravent juridique afin de s'exonérer de sa responsabilité.

En effet dans le premierment du paragraphe 15 de la section « Litiges », il est prévu que « *toute plainte afférente à cette Déclaration ou à Facebook [devra être exclusivement portée] devant les Tribunaux d'Etat et fédéraux situés dans le comté de Santa Clara en Californie. Le droit de l'Etat de*

*Californie est le droit appliqué à cette Déclaration, de même que toute action entre [ l'utilisateur et le réseau social], sans égard aux principes de conflit de lois. [L'utilisateur accepte] de respecter la juridiction des Tribunaux du comté de Santa Clara, en Californie, dans le cadre de telles actions ».*

A la lecture de cet extrait, et même si cela est tentant, mal nous prendrait de conférer aveuglément une immunité juridictionnelle à la multinationale. Il convient de préciser que si la société mère est située aux Etats-Unis, il existe une société filiale, « Facebook France » dont le siège est situé à Paris. Contrairement à une succursale, la filiale est juridiquement indépendante de la

société mère, sa responsabilité peut donc être engagée.

Par ailleurs et fort logiquement, les conditions générales d'utilisation d'un service quelconque ne sauraient limiter la responsabilité d'une société propriétaire. Cependant, le régime de responsabilité dépend de la qualification juridique de la plateforme. Or récemment, il semble que la jurisprudence, après un temps d'incertitudes, tend à reconnaître la qualité d'hébergeur au site communautaire. Reste à savoir si la justice française s'engagera dans cette voie.

« *L'exil, c'est la nudité du droit* », Victor Hugo

Sources :

<http://www.legavox.fr/blog/maitre-anthony-bem/recours-contre-publication-contenus-litigieux-2242.htm>  
<http://www.numerama.com/magazine/20313-eacutejecte-de-facebook-a-cause-d-un-tableau-il-porte-plainte.html>  
<http://www.01net.com/editorial/544800/facebook-assigne-en-justice-pour-avoir-censure-un-nu-de-courbet/>  
[http://www.lemonde.fr/technologies/article/2011/02/16/l-origine-du-monde-de-courbet-interdit-de-facebook\\_1481226\\_651865.html](http://www.lemonde.fr/technologies/article/2011/02/16/l-origine-du-monde-de-courbet-interdit-de-facebook_1481226_651865.html)

n° 87

CHRONIQUE – TÉLÉVISION

*Sous la direction de Hervé Isar  
 Professeur à l'Université d'Aix-Marseille*

## QUAND LES FEMMES DE L'OMBRE PRENNENT LA PAROLE

*Par Sarah Akkaoui-Borgna*

**L'intérêt constant des médias pour la vie privée des politiques a conduit, ces derniers jours, à envisager leur entourage comme des alliés agissant au profit des partis.**

L'envergure médiatique que suppose aujourd'hui le débat politique a conduit à l'édiction d'un cadre normatif strict. Dès 1986, la loi sur la liberté de communication s'est voulue protectrice du pluralisme d'opinions et des courants de pensée. Avec l'avènement du Conseil Supérieur de l'Audiovisuel en 1989, une instance se trouva en mesure de réguler les prises de paroles de nos dirigeants, dans le domaine de l'audiovisuel. Si le décompte des interventions des personnalités politiques, tous partis confondus, ne pose plus aujourd'hui un réel problème, c'est l'identification de ces dernières qui a, récemment, soulevé une véritable interrogation. La recommandation du 21 juillet 2009 édictée par le CSA, relative au pluralisme politique dans les services de radio et de télévision, s'est efforcée de déterminer la

réglementation propre à l'accès du Président de la République et des autres personnalités politiques aux ondes hertziennes. Néanmoins, il n'a jamais été fait état, au sein de cette mesure, d'un décompte des paroles exprimées par leurs proches, au sens de leur entourage privé. Certes, il y a bien une délibération du 4 janvier 2011 qui entend soustraire les interventions des soutiens propres aux partis politiques, mais celle-ci n'est effective qu'en période électorale.

Cependant, le président du CSA, Michel Boyon, a évoqué la possibilité de comptabiliser les interventions réalisées par Mme Audrey Pulvar dans le cadre de ses fonctions, notamment lors de l'émission « On n'est pas couché » diffusée sur France 2, au crédit du temps de parole propre au Parti socialiste. Cette journaliste, du fait de sa liaison avec Arnaud Montebourg, personnalité active du PS, avait déjà dû renoncer à sa chronique sur la chaîne i>télé et à celle qu'elle animait sur France Inter. D'ailleurs ce phénomène ne fait pas

exception. Anne Sinclair, présentatrice du Journal télévisé sur TF1 avait préféré renoncer à son poste en 1997 lorsque son mari, M. Dominique Strauss-Kahn, fut nommé ministre de l'économie sous le gouvernement de Lionel Jospin. Ou encore, plus récemment, nous avons pu constater l'absence de Béatrice Schoenberg, lors du 20 heures. Disparition qui peut aisément se justifier par l'intimité qu'elle partage avec Jean-Louis Borloo, ancien Ministre d'État et Président du Parti radical.

Ces mises à l'écart, rarement explicitées par ces liaisons, peuvent se comprendre au regard de l'indépendance dont doit faire preuve tout journaliste. D'ailleurs, ce devoir s'inscrit dans le cadre de des principes déontologiques propres au milieu du journalisme. En effet, la Charte de Munich du 24 novembre 1971 met en avant le devoir n°10 qui consiste en le refus de « toute pression et n'accepter de directives rédactionnelles que des responsables de la rédaction » ; tout comme la Charte des devoirs professionnels des journalistes français de 1918, modifiée en ce début d'année, laquelle précise le droit à une information libre et indépendante au bénéfice des récepteurs. Aussi, au regard de ces dispositions, et si l'on conçoit que l'absence du petit écran mais aussi des ondes de Mme Pulvar – pour ne garder que son exemple – serait la réponse à un manquement, **se pourrait-il que le simple fait d'être lié à une personnalité politique induise une défaillance de l'objectivité journalistique ?**

Il est certain que la prise de position, en pareille situation, peut être soupçonnée. En l'occurrence, ce focus opéré sur la personnalité d'Audrey Pulvar a été favorisé par l'actualité politique. Depuis quelques mois, le Parti socialiste a bénéficié d'une large vitrine médiatique. Cela étant largement dû à l'organisation des premières primaires par un groupement politique de cette ampleur. Primaire destinée à mettre en exergue le futur candidat en mesure de représenter le PS aux futures élections présidentielles. Du fait de la place accordée aux socialistes dans le débat politico-médiatique, le

CSA a gardé un œil d'autant plus attentif sur leur prise de parole. D'ailleurs, l'absence des autres partis à la télévision ou à la radio a conduit l'autorité administrative indépendante à sévir, notamment au travers de mises en demeure de chaînes de télévision et de radio.

Cependant, remettre en cause la liberté de la presse en brimant la liberté d'expression du journaliste violerait à la fois l'article 10 de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme que l'article 11 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen. De sorte, il semblerait que l'enthousiasme dont a fait preuve le président du Conseil, de prime abord, ne pouvait aller dans le sens de la législation en vigueur, et encore moins dans celui de la recommandation de 2009. En effet, Mme Pulvar ne représente d'aucune manière le Parti socialiste, ou un quelconque autre groupement politique. En ce sens, la prise en compte de facteurs subjectifs, à savoir sa liaison avec M. Montebourg, pour l'inscrire dans le sillage du PS et remettre, de ce fait, en cause son indépendance, tout comme son objectivité, démontre l'exorbitance de la proposition avancée par M. Boyon. Après mûre réflexion, ce dernier est revenu sur ces propos afin de préciser les cas où les interventions d'Audrey Pulvar seraient apportées au crédit du Parti socialiste. Ainsi, décompte du temps de parole il y a aura seulement si la journaliste venait à prendre ouvertement partie pour son compagnon ou ses camarades, et ce, en période de campagne présidentielle.

*In fine*, cette affaire n'a fait que renforcer la stigmatisation des femmes de politiques travaillant dans le monde des médias. Bien qu'il y ait eu revirement d'opinion, cette prise de position arrêtée sur l'idée que ces dames ne peuvent faire abstraction de leur vie privée au sein de leur vie professionnelle, dénigre, au plus haut point, l'éthique journalistique. Encore une fois, la tutelle de l'État sur le CSA ne peut que s'observer au regard de la mesure proposée.

Sources :

<http://www.csa.fr/>

<http://www.slate.fr/lien/44975/temps-parole-audrey-pulvar-montebourg-csa>

[http://www.snj.fr/article.php3?id\\_article=1032](http://www.snj.fr/article.php3?id_article=1032)

[http://www.lexpress.fr/actualite/media-people/media/le-csa-met-en-demeure-itele-lci-bfm-tv-europe-1-et-france-inter\\_1042264.html](http://www.lexpress.fr/actualite/media-people/media/le-csa-met-en-demeure-itele-lci-bfm-tv-europe-1-et-france-inter_1042264.html)

[http://www.lemonde.fr/primaire-parti-socialiste/article/2011/10/13/le-temps-de-parole-d-audrey-pulvar-ne-sera-pas-decompte\\_1587508\\_1471072.html](http://www.lemonde.fr/primaire-parti-socialiste/article/2011/10/13/le-temps-de-parole-d-audrey-pulvar-ne-sera-pas-decompte_1587508_1471072.html)

## PLUS D'ECRANS, PLUS DE RISQUES POUR NOS ENFANTS

*Par Marilyn Nataf*

Le CSA (conseil supérieur de l'audiovisuelle), lance le 20 novembre prochain, une nouvelle campagne de sensibilisation à destinations des parents, et de leurs enfants, relative au phénomène de multiplicité des écrans. La multiplication des écrans est synonyme de multiplication des risques pour le jeune public d'être confronté à des contenus choquants.

La date de lancement de cette nouvelle campagne n'a pas été prise au hasard. Elle correspond à la journée anniversaire de la signature, en 1989, par l'Assemblée générale des Nations Unies, de la Convention relative aux droits de l'enfant. La protection du jeune public répond au fait qu'ils sont davantage impressionnables, perméables à la violence des images et des sons, que les adultes. Le CSA, dans sa campagne de promotion pour la signalétique jeunesse entre 2005 et 2007, traduit parfaitement ce phénomène en choisissant le slogan : « À la télévision, vos enfants ne voient pas la même chose que vous ».

L'une des missions du CSA est de veiller à la protection des jeunes téléspectateurs et auditeurs. La loi du 30 septembre 1986 modifiée, relative à la liberté de communication, dispose à son article premier que : « la communication au public par voie électronique est libre », et poursuit en précisant que cette liberté peut-être limitée, notamment pour des raisons de « protection de l'enfance et de l'adolescence ». L'article 15 de la loi de 1986 confie au CSA, la mission de veiller à la protection de l'enfance et de l'adolescence. C'est dans le cadre de cette mission que le CSA, pour appuyer l'effectivité de ses initiatives, met en place des campagnes de sensibilisation à destinations des parents et des enfants.

Les premières campagnes de sensibilisation du CSA font suite à la mise en place par ce dernier en 1996, du système commun de classification des programmes : la signalétique jeunesse. Cette signalétique est élaborée afin d'informer les parents, sur l'âge conseillé pour le visionnage d'un contenu télévisuel précis.

Le CSA, veille également à la protection du jeune public sur internet, qui prend ses marques de plus en plus tôt sur la toile. En 2008, une excellente campagne de sensibilisation est venue avertir les parents des dangers qu'internet peut constituer pour leurs enfants.

Le conseil, avec sa nouvelle de campagne de publicité, tient à adapter son message à l'évolution des modes de consommation des contenus audiovisuels par les jeunes. L'INSEE a publié récemment un sondage, qui nous informe que l'on passe la moitié de notre temps libre devant un écran, « les français passent en moyenne 2h30 par jour devant un écran pour des raisons non professionnelles, que ce soit l'activité principale ou non. » C'est pourquoi le CSA a voulu pour cette campagne, ne pas viser exclusivement la télévision mais également la télé à la demande, internet, les téléphones portables et les tablettes numériques.

Lors de la conférence de presse du 7 novembre 2011 pour la nouvelle campagne sur la protection du jeune public dans les médias audiovisuels, le CSA fixe le cahier des charges de cette dernière. Ainsi, cette nouvelle campagne répond à trois objectifs : « évoquer les divers types de supports », « inciter les adultes à utiliser les différents outils de contrôle mis à leur disposition » et enfin « inciter les jeunes à avoir une distance critique face aux écrans ».

Cette campagne prend la forme de deux spots télévisés, un à destination des parents dans lequel on voit un enfant prisonnier de différents écrans et un autre dans lequel une marionnette orange sympathique est mise en scène, montrant aux enfants les aspects négatifs de l'exposition aux écrans. Le slogan du CSA, dans ces deux spots, est explicite : « soyons tous responsables face aux écrans ». Ces spots seront pour la première fois diffusés concomitamment, à la télévision et sur les services de médias audiovisuels à la demande.

Le CSA, assume donc son rôle de protecteur du jeune public à la télévision et sur internet. Mais conscient du fait que les parents jouent le rôle fondamental, dans la protection de leurs enfants, le

CSA sur son site dresse une liste de conseils à leur attention.

A la télévision, la signalétique jeunesse est associée à différentes modalités pour les chaînes, notamment relatives aux heures de diffusion de leurs programmes. Ceci afin d'éviter que des émissions non adaptées à la jeunesse soient proposées aux heures de grande écoute. Or, apparaît une difficulté avec l'explosion des médias à la demande, c'est justement la grande accessibilité qu'ils permettent.

La toile est une source extraordinairement riche de programmes divers et variés, dont beaucoup ne sont pas adaptés aux enfants. Aussi selon Michel Boyon, actuel président du CSA, pour les Echos : « internet est un espace de liberté, mais cela ne doit pas être une zone de non droit ». Pour ce dernier toujours, « il y a un minimum de régulation à faire sur internet », mission qui pourrait être assurée par

les intermédiaires techniques : tels que les fournisseurs d'accès à internet, parallèlement à une action en amont de la part d'une institution publique.

Le CSA, assumerait bien volontiers ce rôle, c'est pourquoi la nouvelle campagne met l'accent sur les écrans en générale et non sur la télévision seulement. Compte tenu de l'accessibilité de contenus susceptibles de froisser la sensibilité des plus jeunes sur internet, le conseil propose un système de filtrage des sites, qui reposerait sur un système de labellisation par ce dernier. Le CSA, propose également un système d'autorégulation des différents acteurs de l'internet.

Gageons qu'au nom du combat légitime de défense des enfants et des adolescents, contre les images qui peuvent les heurter, des abus de filtration pourront être commis. A terme, un appauvrissement des contenus et une liberté d'expression tenue, risque de prendre place sur la toile.

#### Sources :

Lemarchand G., « Protection enfance: deux spots pour prendre de la distance face aux écrans », mis en ligne le 7 novembre 2011, consulté le 9 novembre 2011, [http://www.lesechos.fr/culture-loisirs/infos-generales/culture/afp\\_00396519-protection-enfance-deux-spots-pour-prendre-de-la-distance-face-aux-ecrans-245316.php](http://www.lesechos.fr/culture-loisirs/infos-generales/culture/afp_00396519-protection-enfance-deux-spots-pour-prendre-de-la-distance-face-aux-ecrans-245316.php)

Julien L., « Le CSA revient à la charge pour réguler internet », mis en ligne le 11 novembre 2011, consulté le 9 novembre 2011, <http://www.numerama.com/magazine/20541-le-csa-revient-a-la-charge-pour-reguler-internet.html>

Ferreira L., « Le CSA alerte parents et enfants sur les dangers de la vidéo », mis en ligne le 8 novembre 2011, consulté le 9 novembre 2011, [http://www.ingenieurdu.com/cgi-bin/news/news.cgi?s=voir\\_news&id=443](http://www.ingenieurdu.com/cgi-bin/news/news.cgi?s=voir_news&id=443)

Pierre-François C., « La nouvelle campagne du CSA signée W ATJUST », mis en ligne le 10 novembre 2011, consulté le 11 novembre 2011, <http://leblog.wcie.fr/2011/11/10/la-nouvelle-campagne-du-csa-sinee-w-atjust/>  
Conférence de presse du 7 novembre 2011, relative à la nouvelle campagne sur la protection du jeune public dans les médias audiovisuels, par le CSA

n° 89

## CHRONIQUE – TÉLÉVISION

*Sous la direction de Hervé Isar  
Professeur à l'Université d'Aix-Marseille*

### BORGHIAS 2 – 2 THE BORGHIAS

*Par Renaud Martin-Sisteron*

A l'instar du match franco-français opposant début septembre les producteurs des deux films « La Guerre des Boutons » il convient d'évoquer le véritable derby euro-américain qui se joue entre les deux chaînes Canal Plus et Showtime. Il semblerait, en effet, que l'accession au pouvoir du cardinal catalan Rodrigue Borgia et de son clan pour

instaurer une dynastie ait inspiré les studios de cinéma.

La chaîne de télévision Canal Plus a lancé en octobre 2011 la nouvelle série « Borgia » en cofinancement avec le distributeur Allemand BetaFilms. Le projet, produit par Canal Plus ainsi que par le Groupe Lagardère via sa filiale

Atlantiques Productions, a été créé par Tom FONTANA, réalisateur à succès de séries américaines. Le but de cette création de prestige est, comme le défend Rodolphe BELMER, le directeur général de Canal Plus, de développer la fiction française à l'international. Pour autant, entrer en concurrence directe avec les grandes productions américaines s'avère malaisé, d'autant plus que la chaîne câblée américaine Showtime diffuse, outre atlantique, une série sur le même thème intitulé « The Borgias » avec l'ambition de l'exporter sur le vieux continent.

Ajoutons notamment pour la chaîne « yankee » qu'un impressionnant casting réunit à la fois un monstre sacré, l'acteur Jeremy IRONS, le brillant réalisateur irlandais Neil JORDAN (*Entretien avec un vampire, Mona Lisa...*) et le scénariste Michael HIRST, créateur de la célèbre série « The Tudors ». C'est un point marqué par « The Borgias » qui ouvre le score avec l'annonce d'une distribution très haute gamme alors que « Borgia » a engagé des acteurs inconnus.

Précisons toutefois que les deux séries concurrentes auraient pu être dans la même écurie et n'en former qu'une, puisque la chaîne américaine Showtime avait proposé aux producteurs européens la fusion des deux projets. Cependant ce fut un échec, à cause des différences artistiques des deux équipes et du retard dans la production de la chaîne Showtime qui n'en était qu'à l'état de pilote pour sa série alors que Canal Plus avait déjà écrit les douze premiers épisodes. Un terrain d'entente sembla pourtant trouvé lorsque la chaîne Showtime proposa à Canal Plus de conserver le scénario de la série française à condition de travailler avec le réalisateur Neil JORDAN du casting de la chaîne américaine. Le président de Lagardère Entertainment, Takis CANDILIS, conclut l'accord jusqu'à ce que la chaîne Showtime se ravise au dernier moment. Le groupe Franco-Allemand pensa avoir définitivement perdu le marché outre-atlantique, et l'espoir d'être rentable, jusqu'à ce que Netflix, premier distributeur de vidéos via Internet aux Etats-Unis, achète les droits pour la diffusion américaine de « Borgia ». Il semblerait que Canal Plus ait ainsi marqué un point grâce à cet achat.

Paradoxalement, alors qu'il produit « Borgia », le producteur français rachète pour plus de deux millions d'euros les droits de diffusion en France de son concurrent « The Borgias » et coiffe ainsi au poteau Orange qui voulait diffuser la série pour sa chaîne Orange cinéma Séries, ainsi que la chaîne M6 qui aurait longtemps négocié avec Showtime. En réalité, ce rachat de « The Borgias » a pour but d'empêcher sa diffusion en France afin

de promouvoir son « nouveau-né ». Si certains jugent cela comme un manque de fair-play de la part de la chaîne cryptée, leurs supporters au contraire pourraient y voir un juste retour de bâton contre la chaîne Showtime qui avait fait défaut au consensus trouvé pour un projet unique. Toutefois, ce rachat des droits pour contrôler et limiter le passage de la série en France pourrait être assimilé à la situation à l'origine de l'arrêt de la Chambre Commerciale de la Cour de Cassation du 22 octobre 1996, dit « Arrêt Chronopost ». Effectivement, conclure un contrat de rachat des droits de diffusion dans l'unique dessein de limiter, voire de ne pas diffuser la série américaine, ne s'apparente-t-il pas à un manquement à l'obligation essentielle du contrat ? Corrélativement, dans le système dit de « Copyright », le principe fondamental est le droit d'accès du plus large public à l'oeuvre américaine. En effet, aux Etats-Unis, l'oeuvre est avant tout destinée à la diffusion au public. Il convient donc de constater que cette tactique, dont la légalité quant au respect du droit de la concurrence laisse à désirer, conduit Canal Plus à *mener au score*, de deux points à un, contre « The Borgias ».

Le comble de l'ironie est qu'il a été fait savoir, dans les dernières minutes de la préparation de cet article, qu'il existerait plusieurs « Borgia » au sein même de la production Franco-Allemande. En effet, Takis CANDILIS a déclaré sur le plateau de LCI « *la production a créé cinq versions différentes pour adapter le contenu aux différents pays où il serait diffusé* ». Par conséquent, si pour les abonnés de Canal Plus c'est une version sans aucune censure qui est diffusée comme le souhaitait le réalisateur Tom FONTANA, le DVD de la série sera, en revanche, un peu épuré de sexe et de violence. De la même manière, en Allemagne, la diffusion sur une chaîne en clair a eu pour contrecoup l'obligation de sacrifier beaucoup de scènes pouvant porter atteinte à la sensibilité des plus jeunes. Enfin, aux Etats-Unis, la société Netflix a dû supprimer des chapitres entiers de la série puisque l'actrice qui interprète Lucrece Borgia était mineure au moment du tournage de certains épisodes. Drastique, cette décision à quelque peu ébranlé le « team » Lagardère Entertainment qui avait cahin-caha réussi à vendre la série à l'international.

En conclusion, force est de constater un score nul de deux à deux, par décision d'arbitre, dans cette rencontre « Borgia – The Borgias ». La rivalité d'aujourd'hui est tout aussi cruelle que celle qui opposa le Pape Alexandre VI et le cardinal Giuliano Della Rovere comme le dépeignent les *scénarii* des deux séries.

## Sources :

- . <http://teleobs.nouvelobs.com/articles/borgia-la-serie-record-de-canal>
- . <http://www.ozap.com/actu/canal-plus-serie-borgias-tps-star-showtime/421638>
- . [www.lemonde.fr/.../apres-la-guerre-des-boutons-celle-des-borgia\\_15](http://www.lemonde.fr/.../apres-la-guerre-des-boutons-celle-des-borgia_15)
- . <http://blog.slate.fr/tetes-de-series/tag/borgia>

n° 90

## CHRONIQUE – TÉLÉVISION

Sous la direction de Hervé Isar  
Professeur à l'Université d'Aix-Marseille

## 6 NOUVELLES CHAINES GRATUITES POUR SE CONFORMER AU DROIT DE L'EUROPE

Par Alexia Cote

Le 29 septembre 2011, la Commission européenne, dans un avis motivé, a jugé contraire au droit européen l'octroi par le gouvernement français de chaînes dites « bonus » aux trois grands groupes que sont TF1, M6 et Canal+. Ce privilège avait pour but de compenser la fin de l'analogique et donc l'arrivée de nombreux concurrents via la Télévision numérique terrestre (TNT).

Les discussions débutent avec la loi sur l'audiovisuel du 5 mars 2007 qui prévoyait notamment la fin de l'analogique « *au plus tard le 30 novembre 2011* ». C'est cette même loi qui favorisera l'attribution de « canaux compensatoires » sur la TNT pour les trois opérateurs historiques privés. Mais très vite, les contestations grondent et les avis divergent. S'en suit le 24 novembre 2010 la mise en demeure de la France par la Commission européenne au motif que l'attribution de ces chaînes bonus porte atteinte aux droits « *de transparence et (de) non-discrimination* » reconnus par l'Europe dans les directives « autorisation » et « concurrence » du « Paquet Télécom » adopté en 2002. Faute de solutions apportées par le gouvernement, la Commission a rendu un jugement le 29 septembre dernier. Désormais, et à compter de cette date, la France a deux mois pour trouver une solution et se conformer aux droits garantis par l'Europe avant que puisse être saisie la Cour de justice de l'Union Européenne (CJUE).

Il convient de rappeler que la Commission européenne de Bruxelles a été instituée par le Traité de Rome en 1957 à l'instar du Conseil de l'Union européenne et du Parlement européen. Elle est la « *gardienne des traités* » et s'assure notamment du respect de la libre concurrence. En

cas d'atteinte au droit de l'Union, elle est compétente pour prononcer des sanctions puis saisir la CJUE si une mise en conformité de la part de l'État ne suit pas.

Les motivations de la Commission attestant de la violation des directives européennes sont claires ; elle les présente dans son communiqué. Tout d'abord, elle estime que l'attribution des chaînes bonus ne pouvait absolument pas se faire « *hors de toute procédure de mise en concurrence* » car celle-ci ne poursuit pas un « *un objectif d'intérêt général* ». De surcroît, la Commission précise que ces dédommagements « *pénalisent les opérateurs concurrents et privent les téléspectateurs d'une offre plus attractive* ». De plus cette compensation procéderait d'avantage d'une surcompensation: « *ce prétendu dommage semble négligeable, et pourrait même déjà avoir été compensé par des avantages déjà accordés* ». Enfin, la Commission estime que concéder « *d'office des canaux additionnels à certains opérateurs constitue une discrimination* ».

Suite à la décision de Bruxelles, le gouvernement français se devait donc d'agir. Ainsi, le 11 octobre dernier, il annonçait son projet de loi permettant l'abrogation des canaux bonus pour les chaînes historiques et la création de six nouvelles chaînes. Un appel à candidature est d'ores et déjà lancé. Les dossiers devront au plus tard être déposés le 3 janvier et seront examinés par le Conseil supérieur de l'audiovisuel (CSA) chargé de l'attribution finale de ces chaînes. Nul doute que cette fois ci, le projet de loi respecte le droit européen, notamment la non discrimination et la libre concurrence.

Mais, pour certains journalistes, la décision adoptée reflète avant tout le climat politique de cette période préélectorale. En effet, d'une part, il serait de mauvais ton que l'État campe en faveur de sa précédente décision et que celle-ci soit examinée par la CJUE. D'autre part, le gouvernement a annoncé que ces nouvelles chaînes seraient gratuites pour le contribuable. Et enfin, la volonté initiale du président du CSA, M. Michel Boyon, d'adopter au plus vite la norme de diffusion DVB-T2 car « *cette évolution est inéluctable* » n'a pas été suivie dans l'immédiat par les ministres qui se sont réunis. Ils ont privilégié un passage en douceur. Pour le moment, il a uniquement été décidé le changement progressif de la norme de compression qui passerait du MPEG2 au MPEG4. Cette décision s'explique d'abord car les téléviseurs compatibles avec le DVB-T2 ne sont pas encore disponibles et ne le seront pas avant 2013 selon le syndicat des fabricants de téléviseurs Simavelec ; mais avant tout car cela obligerait les français à payer de nouveaux équipements.

Il convient de rappeler que le MPEG4 (Moving Picture Experts Groupe) permettra, au-delà de l'usage de la télévision numérique (compris dans le MPEG2), d'utiliser des nouvelles applications médias telles que les supports haute définition, le téléchargement et le streaming sur internet, le multimédia sur téléphone mobile, la radio numérique ou encore les jeux vidéo. Quand au DVB-T2 (Digital Video Broadcasting – Terrestrial 2), par rapport à la norme DVB-T utilisée pour la TNT actuellement, il permettra d'économiser environ 40% de bandes passantes et ainsi améliorer la diffusion en haute définition et peut être permettre la diffusion en 3D. Le MPEG4 devrait être effectif d'ici à 2016 ; quant au DVB-T2, ce ne serait pas avant 2020.

#### Sources:

- <http://europa.eu/rapid/pressReleasesAction.do?reference=IP/11/1115&format=HTML&aged=0&language=FR&guiLanguage=fr>
- <http://www.lefigaro.fr/medias/2011/10/11/04002-20111011ARTFIG00802-le-gouvernement-lance-six-nouvelles-chaines-tnt.php>
- <http://www.lefigaro.fr/medias/2011/09/13/04002-20110913ARTFIG00532-michel-boyon-enterre-les-chaines-bonus.php>
- [http://www.lemonde.fr/actualite-medias/article/2011/10/11/matignon-va-abroger-le-dispositif-des-chaines-bonus\\_1585922\\_3236.html](http://www.lemonde.fr/actualite-medias/article/2011/10/11/matignon-va-abroger-le-dispositif-des-chaines-bonus_1585922_3236.html)
- <http://www.ecrans.fr/TNT-six-chaines-gratos-contre-les-13386.html><http://www.lefigaro.fr/medias/2011/10/12/04002-20111012ARTFIG00724-mitterrand-defend-la-creation-de-chaines-sur-la-tnt.php>
- <http://www.universfreebox.com/article15224.html>

L'avenir audiovisuel semble donc favorable aux téléspectateurs. Toutefois, le changement ne sera certainement pas si grand et les chaînes historiques devraient, comme initialement prévu, voir leurs pertes compensées. D'une part, Canal+ a déjà anticipé le jugement en rachetant les chaînes Direct8 et Direct Star, même si son objectif premier est toujours de créer sa chaîne gratuite Canal20 ; chaîne qui verra peut être très bientôt le jour car Canal a déjà déposé son dossier auprès du CSA. Et d'autre part, il est fort probable que dans les jours à venir, TF1 et M6 annoncent réciproquement le dépôt de leur projet de chaîne que sont TV Breizh et M6 Family.

Néanmoins, le nombre de chaînes créées passant de 3 à 6, il est évident que la porte s'ouvre pour d'autres opérateurs audiovisuels. Certains ont préparé leur projet ; c'est le cas de NextRadio TV avec sa chaîne RMC Sport, ou encore de NRJ Group avec Chérie HD. Et d'autres ont déjà déposé leur dossier auprès du CSA ; c'est le cas notamment (en plus de Canal) de l'Equipe TV et de Ensemble TV. Cependant, aux dires du président du CSA, il semblerait qu'il soit préférable pour les sociétés audiovisuelles de proposer des chaînes thématiques, voire de compléments afin de ne pas peiner économiquement car « *le marché publicitaire ne sera pas capable d'absorber l'arrivée de grosses chaînes généralistes* ».

Le doute quant aux dossiers qui seront retenus par le CSA reste donc complet. Les mini-généralistes des chaînes historiques vont-elles être acceptées ? Les chaînes spécialisées d'opérateurs plus récents ont-elles une chance ? Il faut maintenant attendre mi-mars 2012, date à laquelle le CSA devrait désigner les projets choisis. En ce qui concerne la diffusion des chaînes, elle est prévue pour l'automne 2012. D'ici là, tout est envisageable.

## AEF : L'AUDIOVISUEL EMBARASSANT DE LA FRANCE

Par Florent Michat

Depuis le mois d'octobre, l'Audiovisuel extérieur de la France (AEF), holding qui contrôle France 24, RFI, MCD et la participation de la France dans TV5 Monde, traverse une crise remettant la légitimité de ses représentants et dirigeants en cause, voire même de son statut.

Tout a commencé à la fin du mois d'octobre quand Alain de Pouzilhac, patron de l'AEF, demande à Jean Lesieur, directeur de la rédaction de France 24, de procéder à des arbitrages dans le cadre de la masse salariale dont Lesieur a à considérer. M. Pouzilhac estime en effet qu' « *il ne sera pas accepté un dépassement des budgets proposés (...), car ceci conduirait l'entreprise à une dérive mortelle* ».

En réponse, M. Lesieur adresse à Alain de Pouzilhac un mail pour le moins fracassant, mis en copie auprès de l'ensemble de la rédaction. Il critique en effet la volonté du patron de l'AEF « *de tenter d'opposer une partie de la rédaction à une autre* », refusant de se « *prêter à des manœuvres perverses qui m'empêcheraient de maintenir la cohésion de la rédaction et de récompenser comme ils le méritent tous ceux qui font de France 24 ce qu'elle est* ». Il finit en présentant sa démission du poste de directeur de la rédaction, spécifiant que la confiance qu'il avait pour son patron est désormais « *cassée* ». Cette démission de celui qui était l'homme de confiance du directeur de l'AEF pourrait encore plus une ambiance déjà délétère depuis la période où Christine Ockrent, alors directrice générale déléguée de l'AEF, entretenait des rapports difficiles avec M. Pouzilhac. Elle avait alors quitté l'entreprise dans un climat étrange, où des affaires d'espionnage et de harcèlement moral se bousculaient.

Après la pluie vient le beau temps, pourrait-on penser. En réalité, c'est plutôt la digue qui lâche à cause de l'averse. Lors d'une session à l'Assemblée Nationale, en date du 26 octobre dernier, la députée PS Martine Martinel a fustigé la politique de la direction de l'AEF et plus généralement du gouvernement en ce qui concerne les réformes de l'audiovisuel. Elle a même remis en

question, et sans ambages, le maintien de Pouzilhac à la tête de l'AEF suite au rapport qu'elle a rédigé concernant les crédits médias dans le budget 2012. La virulence fut telle que les députés UMP ne s'en sont pas remis, dénonçant une « *exécution en place publique* ». La députée Martinel a surtout critiqué la fusion France 24-RFI, comme le reste des députés de l'opposition, pensant que France 24 devrait être rattachée à France Télévisions et RFI à radio France, ce que le gouvernement semble ignorer.

Et comme si cela ne suffisait pas, un rapport de l'Inspection Générale des Finances (IGF) vient troubler un peu plus les choses. Ce rapport rendu au début du mois de novembre, après moult péripéties (un premier rapport avait été rendu, mais sur la base de « *faux* », fournis par un anonyme dans le but de déstabiliser l'institution selon l'Elysée itself, c'est dire si l'ambiance entourant la compagnie est remplie de quiétude), ne conforte pas les quatre inspecteurs sur la situation financière de l'AEF. Selon eux, le plan triennal 2011-2013 serait « *trop optimiste* » et porte en lui un grand risque de déficit, ce qui est plutôt mal vu par les temps qui courent. Ils y pointent même une « *zone d'incertitude budgétaire* » de pas moins que 55 millions d'euros pour ce même plan. Le plus inquiétant reste que l'AEF promet des recettes grâce à ce fameux plan triennal, alors même que l'Etat lui a accordé, depuis 2009, 103,9 millions d'euros à titre de « *subventions exceptionnelles* ». Du scepticisme de l'inspecteur des finances devant une prémonition irréalisable...

Le rapport énonce de manière implacable que « *les hypothèses sur lesquelles repose le plan d'affaires pour 2011-2013 restent probablement trop optimistes* ». Les inspecteurs avisent le groupe sur une marche à suivre pouvant remettre les comptes à flots : rationalisation des coûts de diffusion et de distribution, abandon de la diffusion en ondes courtes et moyennes, des scénarios de maîtrise de la masse salariale et une meilleure exploitation des « *complémentarités entre TV5 Monde et les autres composantes de l'AEF* ». La maîtrise de la masse salariale fait également partie de leurs

préoccupations avec le projet de « *mettre à l'étude* » dès à présent le « *non-remplacement des départs à la retraite* ». Enfin, le rapport souhaiterait que l'AEF réduise sa participation dans TV5 Monde et laisse la différence incomber aux partenaires francophones (Belgique, Suisse, Québec), l'équilibre n'en serait que plus salubre.

Les inspecteurs préconisent d'ailleurs qu'« *un contrat d'objectifs et de moyens devrait être rapidement conclu pour la période 2012-2014* » et que « *la place de TV5 Monde devrait être clarifiée, et sa gouvernance rationalisée* » et même que « *la gouvernance de l'ensemble devrait être rationalisée* ». Il s'agit peu ou prou d'une manière polie de placer l'AEF en situation de mandat judiciaire, arrêtant d'être aux yeux de l'IGF un jouet dans les mains de ses dirigeants avec force redressement des comptes et de la politique de la direction. Un

choix dans la tutelle de l'entreprise confirme cette envie : d'après le rapport, « *la tutelle pourrait être rendue plus efficace par un ministère chef de file* » plutôt qu'assurée à la fois par les ministères de la Culture, des Affaires étrangères et les ministères financiers (Budget, Economie et Finances). Cette clarification pourrait rendre la tutelle plus rigide et moins éparse. Pour finir, la touche cynique : L'AEF dépasse largement ses concurrents européens les plus aguerris en termes de budget annuel alloué (368 millions d'euros contre 362 millions pour BBC Global News et 282 millions pour la Deutsche Welle). Etrange quand on compare le nombre de rédactions radios en langues étrangères : 27 pour la BBC, 28 pour la Deutsche Welle et 13 pour les français. Mais c'est sûrement comme le sport, ils trichent et la France joue à la loyale. Enfin, l'important est de participer.

Sources :

Le Monde.fr avec AFP, « Démission du directeur de la rédaction de France 24 », mis en ligne le 19 octobre 2011, [http://www.lemonde.fr/actualite-medias/article/2011/10/19/demission-du-directeur-de-la-redaction-de-france-24\\_1590602\\_3236.html](http://www.lemonde.fr/actualite-medias/article/2011/10/19/demission-du-directeur-de-la-redaction-de-france-24_1590602_3236.html)

Le Monde.fr avec AFP, « Un rapport critique la gestion de l'audiovisuel extérieur », mis en ligne le 9 novembre 2011, [http://www.lemonde.fr/actualite-medias/article/2011/11/09/un-rapport-critique-la-gestion-de-l-audiovisuel-exterieur\\_1601029\\_3236.html](http://www.lemonde.fr/actualite-medias/article/2011/11/09/un-rapport-critique-la-gestion-de-l-audiovisuel-exterieur_1601029_3236.html)

Emmanuel Berretta, « Un rapport parlementaire dézingue Pouzilhac », mis en ligne le 26 octobre 2011, [http://www.lepoint.fr/chroniqueurs-du-point/emmanuel-berretta/un-rapport-parlementaire-dezingue-pouzilhac-26-10-2011-1389443\\_52.php](http://www.lepoint.fr/chroniqueurs-du-point/emmanuel-berretta/un-rapport-parlementaire-dezingue-pouzilhac-26-10-2011-1389443_52.php)

Emmanuel Berretta, « L'Inspection des finances passe l'AEF au crible », mis en ligne le 8 novembre 2011, [http://www.lepoint.fr/chroniqueurs-du-point/emmanuel-berretta/l-inspection-des-finances-passe-l-aef-au-crible-08-11-2011-1393898\\_52.php](http://www.lepoint.fr/chroniqueurs-du-point/emmanuel-berretta/l-inspection-des-finances-passe-l-aef-au-crible-08-11-2011-1393898_52.php)

n° 92

## CHRONIQUE – TÉLÉVISION

*Sous la direction de Hervé Isar  
Professeur à l'Université d'Aix-Marseille*

### DEFAITE DE LA PREMIER LEAGUE FACE A LA CJUE SUR LES MODALITES D'ATTRIBUTION DES DROITS TV

*Par Adrien Reynet*

La Cour de Justice de L'Union européenne (CJUE), dans sa décision du 4/10/2011 « Karen MURPHY », vient de mettre fin au principe d'exclusivité territoriale des retransmissions de manifestations sportives, en donnant raison à une gérante d'un Pub à Portsmouth, qui diffusait dans celui-ci les matchs de *Premier League* au moyen d'un abonnement auprès d'une chaîne satellitaire grecque.

Cet arrêt est un véritable coup de tonnerre et provoque une vraie révolution médiatique dans l'économie européenne des sports et du sport à la télévision ou par Internet. Il vient aussi préciser notamment la qualité des rencontres sportives vis à vis du droit d'auteur.

L'affaire soumise à la Cour était relative au fait que la gérante utilisait des cartes de décodeurs étrangers et un boîtier auprès d'un distributeur grec, en l'occurrence « Nova », à des prix plus

avantageux, dans la mesure où elle payait son abonnement 135€, contre 552€ pour l'abonnement à la chaîne « SETENTA » du Groupe SKY MURDOCH (ou BSKYB Ltd), qui détient les droits d'exclusivité de diffusion sur le territoire anglais.

Suite à un appel après condamnation de Mme MURPHY, auprès de la High Court Of Justice du Royaume Uni, l'affaire s'est retrouvée face à la CJUE par le biais d'une question préjudicielle, afin de déterminer si une restriction à la libre prestation de services avait lieu.

### **La fin du modèle anglais en matière d'acquisition des droits télévisuels :**

Il est nécessaire de rappeler la spécificité de l'acquisition des droits télévisuels des retransmissions des matchs de Premier League.

Les droits de diffusion sont accordés tous les 3 ans par la *Football association Premier League (FAPL)*, par une procédure de mise en concurrence, c'est un véritable droit exclusif de diffusion qui est réservé sur une base territoriale. Le soumissionnaire obtient un bouquet de droits de diffusion des rencontres en direct et obtient par la même occasion un droit exclusif de diffusion dans une zone ciblée territorialement. En l'occurrence ici, le titulaire des droits de licence était BSKYB Ltd. Par ailleurs, chaque radiodiffuseur s'engage par le contrat conclu à crypter son signal satellite et à le transmettre aux seuls abonnés du territoire qui lui a été attribué.

La CJUE, dans sa décision, a estimé que la réglementation nationale en question, « *qui interdit l'importation, la vente et l'utilisation de dispositifs de décodage étrangers sur le territoire national empêche les personnes résidents en dehors de l'état membre d'accéder auxdits services* ». Elle considère que les accords exclusifs sur la base territoriale de la FAPL sont contraires aux droits de l'union, en l'occurrence à l'article 101 du Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne (TFUE).

Elle rejette les arguments de la FAPL, et notamment celui selon lequel « *l'interdiction d'utiliser des systèmes étrangers ne sauraient être justifié au regard de l'objectif de protection des droits de propriété intellectuelle* ». En effet, la FAPL ne peut prétendre à l'existence d'un droit d'auteur dans la mesure où selon la Cour, les rencontres sportives dont il s'agit ne peuvent être dites des créations intellectuelles qualifiables d'œuvres dans la mesure où des règles de jeu sont appliquées et donc une liberté créative ne peut être reconnue.

De même, « *l'interdiction d'utiliser des systèmes étrangers ne peut être justifiée par l'objectif d'encourager la présence du public dans les stades de football* ». Cette dernière position se trouve justifiée dans la pratique dans la mesure où la présence du public dans les stades de football en Angleterre n'est pas à remettre en question puisque c'est un des championnats les plus attractifs d'Europe, et où les recettes des clubs issues de l'affluence sont clairement importantes et ont une part principale dans les budgets. Le Championnat FA Premier League est le deuxième championnat national de football ayant eu la plus forte affluence en 2010, et la sixième compétition nationale tous sports confondus dans le monde, cette même année.

L'impact de cet arrêt est important, et pourrait avoir la même ampleur que celui rendu en matière de football par la même Cour en 1995 dit « Bosman » mettant fin aux restrictions à trois joueurs étrangers ressortissants de l'Union européenne dans un club. Une décision qui a eu une portée considérable non seulement pour le football mais pour toutes les disciplines sportives professionnelles ou semi-professionnelles, qu'elles concernent des athlètes masculins comme féminins, dans tous les pays membre de la Communauté européenne.

### **Vers un bouleversement des politiques futures ?**

Cette décision bien que touchant les droits de diffusion de la Premier League, risque d'avoir des retombées pour toutes les compétitions européennes footballistiques. Rappelons que s'agissant du championnat de football national français, les droits de la Ligue 1 de 2012 à 2016 sont principalement obtenus par le Groupe Canal + pour un investissement de 420 millions d'euros par an, mais la chaîne cryptée a vu débarquer un concurrent de taille en la personne d'Al Jazeera, la chaîne qatarie qui a déboursé 90 millions d'euros pour obtenir un des cinq lots proposés.

S'agissant des réactions des principaux concernés, la FAPL, dans un communiqué de presse, a affirmé qu'elle « *continuerait à vendre ses droits audiovisuels de façon à satisfaire le mieux possible les fans dans toute l'Europe et les diffuseurs, en conformité avec le droit européen* ». S'agissant de l'Union des associations européennes de football « UEFA », elle estime que cet arrêt ne devrait pas changer radicalement pour autant la donne de sa politique de distribution des droits de diffusion « *dans la mesure où les contrats liés à ces droits ne sont pas strictement basés sur une exclusivité territoriale mais prévoient déjà la possibilité d'une extension limitée à d'autres territoires* ». »

Avec cet arrêt, les droits de diffusion des compétitions nationales de football ne devraient plus être vendus pays par pays mais à l'échelle européenne, ce qui est un apport bénéfique dans la mesure où des différences de prix entre les pays n'auront désormais plus lieu. Toutefois, on peut s'interroger sur le fait de savoir si cet appel à la

liberté de s'abonner ne va pas avoir des effets secondaires quant à la politique future des grandes chaînes de télévision. En effet, désormais, rien n'exclut qu'un seul groupe de médias achète les droits de diffusion pour l'Europe entière et par la suite, impose ses tarifs grâce au monopole obtenu. L'avenir nous le dira...

#### Sources :

- Arrêt Karen MURPHY CJUE 4.10.2011 – Affaires jointes C-403/08 et C-429/08
- Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne (TFUE)
- SEMERIA A., « La pugnacité de Miss Murphy a payé! », *Avosports*, mis en ligne le 6 octobre 2011, consulté le 03 novembre 2011, [http://www.avosports.fr/index.php?option=com\\_content&view=article&id=241](http://www.avosports.fr/index.php?option=com_content&view=article&id=241)
- POULMAIRE J., « La CJCE jette un pavé dans la marre du sportbusiness européen », *Poulmairejacob*, mis en ligne le 10 octobre 2011, consulté le 03 novembre 2011, <http://www.poulmairejacob.com/la-cjce-jette-un-pavé-dans-la-marre-du-sportbusiness-europ-en>
- Anonyme, « L'affaire Karen Murphy : Le nouveau cas Bosman », *Fair Play*, mis en ligne le 6 octobre 2011, consulté le 03 novembre 2011, <http://48fm.com/fairplay/2011/10/06/laffaire-karen-murphy-le-nouveau-cas-bosman/>
- ORSAY A., « Droit du sport: Jurisprudence Karen MURPHY », *Orsay Cabinet Avocat*, mis en ligne le 20 octobre 2011, consulté le 03 novembre 2011, <http://www.orsay-cabinet.avocat.fr/jurisprudence-matiere-droit-sport.aspx?id=204>
- Creative commons, « Arrêt Bosman », *Wikipedia*, mis en ligne en 2006, consulté le 03 novembre 2011, [http://fr.wikipedia.org/wiki/Arr%C3%AAt\\_Bosman](http://fr.wikipedia.org/wiki/Arr%C3%AAt_Bosman)
- Creative commons, « Liste des affluences sportives en championnats nationaux », *Wikipedia*, mis en ligne en 2008, consulté le 03 novembre 2011, [http://fr.wikipedia.org/wiki/Liste\\_des\\_affluences\\_sportives\\_en\\_championnats\\_nationaux](http://fr.wikipedia.org/wiki/Liste_des_affluences_sportives_en_championnats_nationaux)
- SARAZIN M., « DROITS DU FOOT : UN NOUVEAU SOUFFLE POUR LES DROITS AUDIOVISUELS DU FOOTBALL FRANCAIS », *Iredic*, mis en ligne le 27 juin 2011, consulté le 03 novembre 2011, <http://junon.univ-cezanne.fr/u3iredic/?p=5343>
- MALKA S., « La CJUE appelle à une concurrence européenne dans les retransmissions », *Lextimes*, mis en ligne le 5 octobre 2011, consulté le 03 novembre 2011, <http://www.lextimes.fr/4.aspx?sr=8027>

n° 93

## CHRONIQUE – TÉLÉVISION

*Sous la direction de Hervé Isar  
Professeur à l'Université d'Aix-Marseille*

## FACEBOOK ET TWITTER PRIVES D'ANTENNE : UNE DECISION CLARIFIEE

*Par Florence Dall'Aglio*

Face aux rumeurs circulant dans les rédactions des chaînes de télévision, le ministère de la culture s'est récemment vu dans l'obligation de leur rappeler que le CSA n'interdisait en rien de mentionner Twitter ou Facebook à l'antenne.

Interrogé sur la question par une chaîne de télévision, le CSA avait répondu dans un court communiqué publié le 27 mai 2011. Il avait décrété que citer les noms des réseaux sociaux peut, dans certains cas, être considéré comme de la publicité

clandestine. C'est notamment le cas lorsque les présentateurs appellent les téléspectateurs à se rendre sur le réseau social de la chaîne concernée pour prolonger un sujet.

L'absence de lecture attentive et d'analyse conséquente dont fit l'objet la décision du CSA a engendré bon nombre d'interprétations erronées et a donné naissance à une rumeur véhiculée par les rédactions selon laquelle l'interdiction de citer les réseaux sociaux était absolue.

« Le CSA a-t-il «interdit» de prononcer les mots «Facebook» ou «Twitter» à la radio et à la télévision, comme certains l'ont dit ou écrit ? Accusation ridicule. A-t-il «interdit» à une chaîne de parler de tel réseau social de façon informative, par exemple pour indiquer comment une nouvelle lui était parvenue? Bien sûr que non. A-t-il même seulement interdit à une chaîne de renvoyer le public vers une page ou un compte sur un réseau social ? Non ». Comme l'a rappelé M. Boyon, Président du CSA, dans un article paru dans le *Monde*, seule la présentation des réseaux sociaux de manière ouvertement promotionnelle est sanctionnée.

Dès lors que les chaînes citent nommément le ou les réseaux sociaux vers lesquels elles dirigent leurs téléspectateurs, ce renvoi est considéré par le CSA comme contraire aux dispositions de l'article 9 du décret du 27 mars 1992 prohibant la publicité clandestine. A l'inverse, le fait pour les chaînes de renvoyer les spectateurs vers les réseaux sociaux sans les nommer précisément est considéré par le CSA comme présentant un caractère informatif.

Afin de couper court à l'excès de zèle avec lesquels les médias appliquaient la décision du CSA, notamment lors de l'affaire DSK, le ministère de la culture a publié une clarification ministérielle dans laquelle il affirme que « le CSA s'est simplement borné à encadrer la pratique du renvoi aux pages ou comptes créés par les chaînes sur les réseaux sociaux, pour enrichir leur antenne ». Le ministère décrète par ailleurs que « **la citation des marques Facebook et Twitter reste possible**, dès lors qu'elle revêt un caractère purement informatif, par exemple dans le cadre du journal télévisé pour relayer une information publiée sur Twitter ou dans

le cadre d'un reportage sur le rôle de Facebook dans l'évolution des comportements sociaux ».

Il convient également de nuancer l'interdiction de citation du CSA en précisant, comme l'a fait le ministère, que « ne revêtirait un caractère publicitaire prohibé que l'incitation appuyée à se connecter sur le site du réseau social où la chaîne possède une page ou un compte ». Il est donc prohibé pour une chaîne de renvoyer à sa propre page en la citant explicitement mais il lui est loisible d'y faire référence en prononçant une phrase type « Rejoignez-nous sur nos réseaux sociaux ».

La décision du CSA fait écho à une décision antérieure de l'instance de régulation relative aux applications destinées aux produits Apple. En effet, par un communiqué, le Conseil est intervenu fermement auprès de BFM TV et d'I-Télé à la suite de la diffusion, hors écran publicitaire, de messages promotionnels en faveur d'une application de ces chaînes sur les produits iPad ou iPhone, dans lesquels ces produits ont été visualisés, afin de mettre fin à une pratique qu'il considère comme étant constitutive de publicité clandestine.

Bien que conforme à la doctrine développée depuis 1992 par l'instance de régulation pour qualifier ce qu'est une pratique publicitaire clandestine, la décision du CSA relative au renvoi sur les pages des réseaux sociaux pose toutefois question.

Au regard du rapport complexe qu'entretient la société avec les nouvelles technologies et les réseaux sociaux, ne serait-il pas opportun, comme le suggère le Président du CSA lui-même, de faire évoluer la réglementation publicitaire sur les médias audiovisuels ?

Sources :

- ◇ [http://www.csa.fr/actualite/decisions/decisions\\_detail.php?id=133542](http://www.csa.fr/actualite/decisions/decisions_detail.php?id=133542)
- ◇ [http://www.csa.fr/actualite/decisions/decisions\\_detail.php?id=133005](http://www.csa.fr/actualite/decisions/decisions_detail.php?id=133005)
- ◇ [http://www.csa.fr/upload/publication/mboyon\\_lemonde\\_10juin2011.pdf](http://www.csa.fr/upload/publication/mboyon_lemonde_10juin2011.pdf)
- ◇ <http://questions.assemblee-nationale.fr/q13/13-110243QE.htm>
- ◇ <http://www.zdnet.fr/actualites/publicite-deguisee-le-csa-encadre-le-droit-des-chaines-tv-a-citer-facebook-et-twitter-39761227.htm>
- ◇ <http://www.lefigaro.fr/flash-actu/2011/05/30/97001-20110530FILWWW00372-csa-plus-de-facebook-ou-twitter-a-la-tv.php>
- ◇ <http://www.numerama.com/magazine/20057-les-chaines-tv-peuvent-citer-facebook-ou-twitter.html>
- ◇ <http://www.droit-medias-culture.com/Citation-des-noms-de-Twitter-et.html>
- ◇ <http://feeds.feedburner.com/observatoiredesmedias>

## CHARLIE HEBDO : PAS DE FUMEE SANS FEU

Par Alexia Lentini

Il n'y a pas de fumée sans feu, c'est peu dire au vu de l'incendie de Charlie qui a déclenché des vagues de protestations. Le journal a caricaturé de façon « humoristique » Mahomet mais visiblement la liberté d'expression n'est pas du goût de tout le monde.

Charlie Hebdo n'a pas fini de faire parler de lui ...

**A la Une du fameux journal satirique figurait, la semaine du 1er novembre, une nouvelle caricature de Mahomet.** Le prophète, rédacteur en chef pour ce numéro spécial intitulé Charia Hebdo, y était représenté joyeux, avec la bulle : « 100 coups de fouet, si vous n'êtes pas morts de rire ». En guise de menu, l'édition proposait un « **édito de Mahomet** » intitulé « L'apéro Halal », **une page double de dessins expliquant « la charia molle »**, mais aussi un **supplément « Charia Madame »**. Le journal affiche enfin en dernière page **Mahomet avec un nez de clown rouge**, avec la phrase : « Oui, l'islam est compatible avec l'humour ». Ce fut apparemment l'élément qui a mis le feu aux poudres, et qui fait définitivement dire que l'humour est relatif. Dans la nuit du mercredi 2 novembre, le **siège de Charlie Hebdo a littéralement pris la forme d'un brasier**, l'expertise policière révèle la présence d'un cocktail Molotov. Il est légitime pour Charlie Hebdo de retenir l'hypothèse d'un attentat.

Parallèlement à cet incendie tragique, le **site de Charlie Hebdo** a lui aussi été malmené. Il a été **piraté**, et sur sa page d'accueil apparaît désormais une photographie exposant la mosquée de la Mecque en plein pèlerinage ainsi que le Coran, avec le slogan « No god but Allah » (« Pas d'autre Dieu qu'Allah »), avant d'être mis hors service. Les internautes pouvaient également y trouver des messages en anglais et en turc. Le jeudi 3 novembre, on pouvait lire sur le site, affichant page blanche, les termes « it works » (« ça marche »). Patrick Pelloux, à l'antenne de BFMTV, n'hésite pas à qualifier ces actes de **cyberattaques**, et de promettre que l'équipe de Charlie Hebdo continuera à se battre.

En attendant, cette escalade de la violence a conduit Charb, directeur de la publication de **Charlie Hebdo**, le dessinateur Luz, à l'origine de la

Une de « **Charia Hebdo** », et le directeur de la rédaction, Riss, à demeurer sous **protection policière rapprochée**.

Le journal se défend en rétorquant qu'il avait seulement pour dessein de publier un numéro rendant hommage à la victoire des islamistes du parti Ennahda en Tunisie et à l'instauration de la charia en Libye, et de **commenter ces événements**, d'où son titre spécial pour l'occasion : « Charia Hebdo » : « On se demande ce qu'il faut faire pour ne pas indigner », « La seule différence cette semaine, c'est que Mahomet est en couverture et que c'est assez rare de le mettre en couverture ».

Un seul bémol : **la religion musulmane interdit la représentation du prophète**. Ce contexte n'est pas sans précédent. En 2006, Charlie Hebdo avait déjà été menacé pour avoir publié plusieurs images de la série de caricatures de Mahomet du journal danois Jyllands-Posten et une couverture signée Cabu représentant Mahomet déclarant : « c'est dur d'être aimé par des cons ». L'affaire avait été portée devant le Tribunal de Grande Instance de Paris, qui avait finalement relaxé le journal. L'épée de Damoclès s'est aujourd'hui bel et bien rabattue sur le journal satirique...

**La classe politique fulmine.** La soutenant, le président du Conseil français du culte musulman promet : « S'il s'agit d'un incendie criminel, nous le condamnons fermement. » Le Premier Ministre condamne : « **La liberté d'expression est une valeur inaliénable de notre démocratie et toute atteinte à la liberté de la presse doit être condamnée avec la plus grande fermeté. Aucune cause ne saurait justifier une action violente** ». **La liberté d'expression est un droit fondamental**, et le gouvernement juge les actes envers Charlie Hebdo comme étant intolérables, et ne justifiant aucunement cette « violence ».

Que doit penser le plus commun des mortels ? Que Charlie Hebdo s'adonne à de la méchanceté gratuite envers l'Islam ? Certes, **l'article 9 de la Convention Européenne des Droits de l'Homme**

**protège la liberté de religion, et le droit international des droits de l'homme protège les sentiments religieux.** Mais le raisonnement ne peut être poursuivi jusqu'au bout de cette logique car la jurisprudence française a considéré que **le respect de toute croyance va de pair avec la liberté de critiquer les religions**, et est combiné à la **liberté de représentation des sujets ou des objets de vénération religieuse.**

Cependant, une question légitime doit être soulevée : peut-on vraiment autoriser n'importe quelle expression, même celle qui **blesse autrui dans ses convictions religieuses** ? N'existerait-il **aucune limite à cette souveraine liberté d'expression** ?

Une aide est néanmoins proposée afin de pallier à l'absence de locaux : Bertrand Delanoë est volontaire dans la recherche de nouveaux lieux pour Charlie Hebdo. Pour le moment, le journal Libération a pris Charlie Hebdo sous son aile, ce dernier figure désormais dans ses pages.

A travers l'épais brouillard de fumée, un élément-clé voit poindre le jour : le groupe Akincilar revendique le piratage du site de Charlie Hebdo dans un message transmis au Nouvel Observateur. Les hackers justifient de façon lapidaire leur acte : « Le site [www.charliehebdo.fr](http://www.charliehebdo.fr) est devenu notre cible [après] cet affront à nos valeurs religieuses. Puisqu'il est méprisant envers notre prophète, nous avons mis notre contenu sur la page d'accueil [du site] pour protester », la « punition » est dite méritée : « Vous continuez de maltraiter le prophète Mahomet avec des dessins dégoûtants et honteux en prétextant la liberté d'expression » et menaçante : « Nous serons votre malédiction sur le cyberspace », « **[c'est] une lutte contre une publication qui attaque [nos] croyances et [nos] valeurs morales** ». Akincilar, loin d'être un novice en la matière, prétend compter à son tableau de chasse 1500 sites piratés ; le groupe nie en revanche l'incendie volontaire, et assure n'être pas partisan de la violence.

Si la première attaque est clairement revendiquée, la deuxième dont a été victime le site demeure une énigme. A l'heure actuelle, la page web de Charlie Hebdo est hors service inaccessible, et compte bien

Sources :

Mise en ligne le 31 octobre 2011, consulté le 31 octobre 2011, URL : <http://www.lejdd.fr/Medias/Presse-ecrite/Actualite/Cette-semaine-Charlie-Hebdo-fait-de-Mahomet-son-redacteur-en-chef-415881/>

Mise en ligne le 2 novembre 2011, consulté le 2 novembre 2011, URL : <http://www.pcinpact.com/news/66756-charlie-hebdo-piratage-mahomet-caricature-defacement.htm>

Mise en ligne le 2 novembre 2011, consulté le 2 novembre 2011, URL : <http://www.01net.com/editorial/545752/le-site-de-charlie-hebdo-hacke-ses-locaux-incendies/>

le rester encore suite aux **menaces de mort proférées à l'encontre de l'hébergeur...**

Le bras de fer entre pro et anti-Charlie Hebdo a frôlé le raz-de-marée de telle sorte que Valérie Manteau a annoncé dans un premier temps, que la page Facebook de Charlie Hebdo serait bientôt fermée aux commentaires. En effet, sur Facebook, des commentaires incendiaires ont protesté contre « Charia Hebdo ». Les messages sont lapidaires, les **menaces violentes et prometteuses de représailles** : « Honte à Charlie Hebdo, vous avez gagné un bon tirage mais vous récolterez les conséquences », « Tu as touché notre prophète », « Les musulmans demande une seule chose : des excuses publiques », « Si vous parlez de la liberté, alors pensez à ce que ça fait si je caricature Jésus », « Les musulmans seront gagnants » **au nom de la foi** : « Je témoigne qu'il n'y a de vraie divinité que Dieu et que Mouhamed est son messenger », argument dupliqué des dizaines de fois. Ensuite, Facebook a pris la décision de supprimer les pages de l'hebdomadaire pour des raisons pour le moins curieuses mais Charlie Hebdo, loin d'avoir dit son dernier mot s'est réfugié sur un blog WordPress.

**Les représentants de l'Islam en France ont tenté d'apaiser les flammes.** Le jugement d'Hassen Chalghoumi, président de la Conférence des imams de France, a un verdict **sans appel face à toutes ces agressions verbales** et tente de raisonner la colère et la haine des internautes : « Si ces gens-là sont des musulmans, j'aimerais dire que ce sont des **pratiques qui ne défendent en aucun cas l'image de l'islam ni l'image du prophète de l'islam** ». Le vice-président de l'Union des organisations islamiques de France, Bachir Boukhze admet quant à lui la **contrebalance difficile entre la liberté d'expression et l'étroite place accordée à l'humour dans la religion musulmane** : « Si nous sommes pour la **liberté d'expression**, si nous comprenons que le satirique fait partie de la société, nous sommes aussi pour le **respect des symboles religieux**. Les musulmans souffrent et considèrent comme une **attaque qu'on les caricature dans leurs convictions** ».

La braise est bien loin de mourir ...

Mise en ligne le 2 novembre 2011, consulté le 2 novembre 2011, URL : <http://www.liberation.fr/medias/01012369135-le-siege-de-charlie-hebdo-detruit-par-un-incendie-criminel>  
Mise en ligne le 2 novembre 2011, consulté le 2 novembre 2011, URL : <http://bembelly.wordpress.com/2011/11/02/charlie-hebdo-provocation-liberte-dexpression-ca-brule/>  
Mise en ligne le 2 novembre 2011, consulté le 2 novembre 2011, URL : <http://www.lefigaro.fr/flash-actu/2011/11/02/97001-20111102FILWWW00379-charlie-hebdo-indignation-de-fillon.php>  
Mise en ligne le 3 novembre 2011, consulté le 3 novembre 2011, URL : <http://www.gizmodo.fr/2011/11/03/akincilar-revendique-le-piratage-du-site-de-charlie-hebdo.html>  
Mise en ligne le 3 novembre 2011, consulté le 3 novembre 2011, URL : <http://www.liberation.fr/medias/1201535-dialoguez-avec-laurent-leger-de-charlie-hebdo>  
Mise en ligne le 3 novembre 2011, consulté le 3 novembre 2011, URL : <http://lci.tf1.fr/france/faits-divers/pro-et-anti-charlie-hebdo-s-affrontent-sur-sa-page-facebook-6807369.html>  
Mise en ligne le 3 novembre 2011, consulté le 3 novembre 2011, URL : <http://www.lejdd.fr/Medias/Presse-ecrite/Actualite/La-polemique-Charlie-Hebdo-ne-s-eteint-pas-417433/?from=headlines>  
Mise en ligne le 4 novembre 2011, consulté le 4 novembre 2011, URL : <http://www.01net.com/editorial/545956/charlie-hebdo-se-refugie-sur-wordpress-et-s-and-039-en-prend-a-facebook/>  
Mise en ligne le 7 novembre 2011, consulté le 7 novembre 2011, URL : <http://www.lepetitjournal.com/istanbul/breves-istanbul/89043-charlie-hebdo-le-site-internet-bloque-par-un-hacker-turc.html>

n° 95

## CHRONIQUE – PRESSE

Sous la direction de Alexandra Touboul  
Maître de conférences à l'Université d'Aix-Marseille

### SOCIETE GENERALE CONTRE ELECTRON LIBRE, UNE REDEFINITION DE LA NOTION DE « COMMUNICATION DE CRISE »

Par Vincent Arnaud

La Société Générale vient d'assigner en diffamation publique le site internet ElectronLibre pour des propos tenus dans une brève intitulée « *Exclusif : la Société Générale est écartée du marché interbancaire* ». Face aux profonds bouleversements économiques et à la fragilité des marchés, la Société Générale n'a pas souhaité laisser passer une fausse information, pour ne pas dire une rumeur, qui aurait pu lui coûter très cher. En l'occurrence, l'addition risque de revenir au site accusé.

Le site ElectronLibre, édité par la société El Publishing et dirigé par Emmanuel Torregano, n'a semble-t-il pas vraiment tenu compte du devoir de vérification des informations concernant l'article paru le 7 septembre 2011 et concernant l'état économique de la Société Générale. Alors que la banque essuie déjà des rumeurs récurrentes depuis l'été 2011, qui ont impactées sur sa réputation en faisant chuter son cours en bourse, l'article, qui se veut sensationnel à la vue du titre choisi, n'a pas amélioré son cas. Ainsi, suite à sa publication, qui explique que la Société Générale n'est plus

solvable, et qui poursuit en affirmant que « selon un dirigeant d'une grande banque française, les banques ne prêtent plus à la Société Générale sur le marché interbancaire », la réaction ne s'est pas faite attendre. Face à une telle affirmation, la Société Générale a assigné mercredi 19 octobre le site devant le Tribunal de Grande Instance de Paris sur le fondement de diffamation publique, et réclame « une sanction lourde », soit 100.000 euros de dommages et intérêts.

Dès l'assignation, les avocats des deux parties adverses se sont opposés quant à la véracité des propos incriminés. L'avocat de la Société Générale, Jean-Yves Dupeux, affirme que « dans le contexte actuel, la propagation d'une telle rumeur est particulièrement irresponsable, compte tenu des dommages à l'économie que cela est de nature à engendrer ». Bien entendu, la partie adverse écarte toute hypothèse de propos calomnieux, et dit s'être pliée aux faits, et pas à une simple supposition. Me Hasna Boulet, avocate du site ElectronLibre, nuance les accusations en affirmant que l'article n'a « jamais dit que c'était la seule banque française à

*avoir ces difficultés » et que la banque elle même a été « la première à reconnaître (...) qu'elle avait des problèmes de liquidités ».*

Au delà des contradictions sur le fond du litige, l'affaire porte en elle une question d'ordre déontologique quant à la responsabilité des acteurs de l'information face à un climat économique très perturbé. En effet, depuis la crise des *subprimes mortgages*, qui a enflammée les prêts hypothécaires aux Etats Unis en 2008, les Etats se retrouvent en partie créditeurs du système bancaire, sans parvenir réellement à enrayer la succession de crises économique, financière et sociale que connaissent la plupart des pays industrialisés. Dès lors, l'imprévisible fluctuation des marchés entraîne une méfiance des investisseurs et une inquiétude constante quant au maintien de l'équilibre des cours boursiers.

Quel rapport avec la presse et plus généralement l'information ? C'est précisément de la notion de confiance qu'il s'agit dans cette affaire. Face à la fragilité extrême du marché mondial, où tous les acteurs économiques sont plus que jamais liés les uns aux autres, l'information devient du phosphore pouvant à tout moment embraser une nouvelle situation de crise. L'exemple le plus évocateur est le rôle que jouent les agences de notations, qui selon la réévaluation ou la dévaluation des notes de fiabilité qu'elles attribuent aux Etats et aux banques, font grimper ou chuter les cours boursiers de façon irréaliste. Ainsi, la responsabilité des journalistes quant aux informations diffusées et leurs conséquences prend ici une tournure très délicate, car elle impact immédiatement la conjoncture. Il n'est pas improbable de penser qu'ElectronLibre serve d'exemple, selon la décision que prendra prochainement le TGI de Paris.

Sources :

<http://www.liberation.fr/economie/01012360116-la-societe-generale-poursuit-le-site-electron-libre-en-diffamation>

<http://www.arretsurimages.net/vite.php?id=12044>

<http://www.cbanque.com/actu/26467/la-societe-generale-veut-une-sanction-lourde-contre-le-site-electronlibre>

<http://www.journaldunet.com/ebusiness/le-net/electronlibre-info-assigne-0911.shtml>

<http://tempsreel.nouvelobs.com/societe/20110915.OBS0463/la-societe-generale-assigne-un-site-internet-en-diffamation.html>

### **La voie de la diffamation empruntée par les avocats de la Société Générale est elle la plus judicieuse ?**

Si l'affaire a entaché la réputation de la Société Générale, il semble toutefois que la voie de la diffamation publique ne soit pas la plus prompte à rétablir la situation dans un délai raisonnable. L'article 29 de la loi du 21 juillet 1881 dispose que « Toute allégation ou imputation d'un fait qui porte atteinte à l'honneur ou à la considération de la personne ou du corps auquel le fait est imputé est une diffamation. » Si la diffamation semble être la procédure la plus adaptée au niveau des peines encourues et de l'aspect pécuniaires qu'entraînent les dommages et intérêts, le droit de réponse aurait sans doute été plus adapté à la situation d'urgence d'un démenti.

En effet, dans le cadre de la communication au public en ligne, le droit de réponse s'exerce de la même manière que pour la presse écrite. Selon l'article 6 IV alinéa 1 de la Loi de Confiance dans l'Economie Numérique de 2004, ce droit s'exerce dans les trois mois suivant la mise à disposition du message au récepteur. Cette option apparaît plus adaptée pour deux raisons. La première est que l'erreur aurait pu être directement corrigée sur le site dans les trois jours et ne pas entraîner une procédure longue et coûteuse en raison des voies de recours. La seconde raison est que par ce biais la Société Générale aurait sans doute évité une trop grande médiatisation de ce litige, qui peut toujours lui porter préjudice si jamais la décision du Tribunal venait à la contredire. La réaction assez radicale peut également s'interpréter comme un aveu de faiblesse. A moins que l'aspect symbolique de la sanction pour diffamation n'ait été privilégié. Affaire à suivre.

## CHRONIQUE – CINÉMA

Sous la direction de Guy Drouot  
Professeur à l'Institut d'études politiques d'Aix en Provence

**MELI-MELO DANS LA REFORME DES « MESSIEURS 10 % »**

Par Renaud Martin-Sisteron

En complément d'un premier décret d'application, publié au Journal Officiel le 13 mai 2011, qui clarifie les missions de l'agent artistique et qui confirme la mise en place d'un registre national géré par le Ministère de la Culture, un second texte, publié au Journal Officiel le 27 Août 2011, est venu préciser les modalités de rémunération des agents.

*Pourquoi une réforme soudaine du statut de l'agent artistique ?*

Mise en œuvre par le Ministère de Travail et par le Ministère de la Culture, en application de la Directive Services, votée en 2006 par les Etats membres de l'Union Européenne, cette réforme surprend à première vue, puisque le Syndicat Français des Agents Artistiques et Littéraires (SFAAL) n'avait à ce titre formulé aucune demande. En effet, les syndicats des producteurs prétendent avoir interrogé Monsieur François HURARD, spécialiste du secteur cinématographique et proche du Ministre de la Culture, qui nie avoir eu connaissance d'un tel projet. Dès lors, apparaissait une certaine confusion dans les milieux du Cinéma et de l'Audiovisuel.

En réalité, derrière ce décret se cacheraient les managers du secteur du disque qui, désireux d'augmenter leurs gains, auraient sollicité du Ministère de la Culture et du Ministère du Travail un projet de réforme, sans que les autres secteurs culturels concernés n'aient été avisés.

*Qu'en est-il sur le fond du décret ?*

Le décret maintient la rémunération de l'agent, plafonnée à 10% du montant brut perçu par l'artiste. Toutefois, cette révision prévoit que ce taux de rémunération peut être porté à 15% dès lors que l'agent se voit confier l'organisation et la gestion de la carrière de l'artiste. Cette disposition concerne tout particulièrement les musiques actuelles. Mais cette augmentation du pourcentage ne concerne pas tous les professionnels : englobés depuis peu dans le même statut que les agents artistiques, les managers, habitués en pratique à percevoir parfois jusqu'à 25% pour le management d'un artiste en

devenir devront se limiter aux 15% énoncés par ces nouvelles dispositions.

L'autre nouveauté de ce décret consiste à inclure les droits voisins dans l'assiette du pourcentage perçu par l'agent : aux cachets et autres salaires de l'artiste seront pris en compte dorénavant, les revenus liés à l'exploitation de son œuvre, telle que la diffusion ou la reproduction par exemple.

Enfin, s'agissant du contrat de travail signé entre l'agent et l'artiste, ce dernier a l'obligation de prévoir une clause précisant la rémunération de l'agent et selon quel partage (nouvel article L. 7121-13 du Code du Travail).

*Quelles sont les réserves pouvant être émises à l'égard du décret ?*

Si ce décret a pour but d'encadrer davantage les rapports entre l'agent artistique et ses artistes, il souffre d'une certaine incohérence qui peut pousser à la critique à plusieurs titres.

En effet, notons tout d'abord que le décret, dont l'objectif est d'ouvrir la profession d'agent artistique, notamment aux ressortissants de l'Union Européenne, ne fait pas de distinction entre l'agent artistique et le manager. Ainsi, il met sur le même plan deux professions en pratique distinctes : l'agent artistique qui négocie les cachets des artistes figurant à son catalogue et le manager chargé de gérer la carrière, sur tous ses aspects, de quelques artistes, voire d'un seul. Par conséquent, cet amalgame malheureux ébranle quelque peu le milieu de la production artistique.

Par ailleurs, une incohérence subsiste concernant l'assiette de perception, dans la mesure où le décret prévoit que le taux de 15% sera appliqué sur les rémunérations nettes de l'artiste alors même que les contrats sont négociés sur le montant brut.

En outre, la suppression de la licence d'agent artistique émanant du nouveau décret, au nom de la libre prestation de services, pourrait représenter une menace pour la profession. La simple

inscription au registre national des agents artistiques, formalité purement déclarative, sans aucune restriction, ni approbation d'une commission, comme c'était le cas auparavant, n'est pas un gage de qualité dans ce métier déjà bien saturé (surtout depuis la création du métier de directeur de casting, qui a tendance à le concurrencer, voire à le remplacer parfois).

A ce titre le Syndicat Français des Artistes Interprètes (SFA) s'indignait de cette réforme en déclarant : « (...) la suppression de la commission d'attribution des licences supprime tout contrôle quant à la connaissance du futur agent sur l'environnement social des artistes interprètes ».

Il convient d'ajouter que le SFA s'est opposé, avec le soutien de quelques parlementaires, à l'inclusion des droits voisins dans l'assiette de calcul du pourcentage de l'agent, par la rédaction d'un amendement limitant la rémunération de ce dernier aux seules sommes inscrites au contrat de l'artiste. En vain, cette tentative pour la protection des artistes interprètes fut rejetée tant à l'Assemblée Nationale qu'au Sénat.

Sources :

[.http://www.legifrance.gouv.fr/affichTexte.do;jsessionid=7A4C6F18988A0670C0FA04C59C39E958.tpdjo13v\\_3?cidTexte=JORFTEXT000023992198&dateTexte=20111027](http://www.legifrance.gouv.fr/affichTexte.do;jsessionid=7A4C6F18988A0670C0FA04C59C39E958.tpdjo13v_3?cidTexte=JORFTEXT000023992198&dateTexte=20111027)

[.http://www.lepoint.fr/chroniqueurs-du-point/emmanuel-berretta/remuneration-l-etrange-cadeau-aux-agents-artistiques-17-03-2011-1307766\\_52.php](http://www.lepoint.fr/chroniqueurs-du-point/emmanuel-berretta/remuneration-l-etrange-cadeau-aux-agents-artistiques-17-03-2011-1307766_52.php)

[.http://www.rue89.com/2011/04/10/15-du-cachet-pour-les-agents-dartiste-le-meritent-ils-199024](http://www.rue89.com/2011/04/10/15-du-cachet-pour-les-agents-dartiste-le-meritent-ils-199024)

[.http://www.village-justice.com/articles/Agent-Artistique-parution-decret,10789.html](http://www.village-justice.com/articles/Agent-Artistique-parution-decret,10789.html)

[.http://www.irma.asso.fr/Agents-artistiques-decret-sur-les](http://www.irma.asso.fr/Agents-artistiques-decret-sur-les)

A l'inverse du SFA, le syndicat Musique Manager Forum France (MMF), qui espérait que le plafonnement ne serait pas inférieur à 20%, a critiqué le décret, regrettant notamment que les 5% forfaitaires dédiés aux frais supplémentaires, couramment appliqués chez les agents, n'aient pas été prévus. En effet, ce dernier dispose que « ne peuvent être pris en considération pour le calcul de la rémunération de l'agent artistique en application du premier alinéa de l'article D. 7121-7 les remboursements, indemnités et avantages en nature perçus par l'artiste à titre de frais professionnels ».

Le manque de coordination entre les professionnels concernés et la contradiction de leurs réactions a donc instauré un certain malaise quant à l'appréhension de ce texte.

Si le décret est quand même accueilli comme un bienfait par les uns, il est perçu comme un « Cheval de Troie » par les autres. Le « chant des sirènes » de la rue de Valois aura, en tout état de cause, peut-être eu raison de la sagacité de chacun.

n° 97

CHRONIQUE – CINÉMA

*Sous la direction de Guy Drouot*

*Professeur à l'Institut d'études politiques d'Aix en Provence*

## LA REFORME BUDGETAIRE DU CENTRE NATIONAL DE LA CINÉMATOGRAPHIE : QUAND LE GOUVERNEMENT DECLARE LA GUERRE AU CINÉMA FRANÇAIS

*Par Gaëlle Barberis*

Le 21 octobre, alors que se déroulaient à Dijon les 21<sup>ème</sup> rencontres cinématographiques de l'ARP (Société civile des auteurs, réalisateurs, producteurs), le gouvernement est venu bouleverser les discussions en cours, en adoptant la veille, deux amendements à la loi de finances pour 2012. Cible première de ces textes, le Centre national du cinéma et de l'image animée (CNC).

L'un fut plutôt bien accueilli par les organisations professionnelles du cinéma, il s'agit de l'amendement 432 qui prévoit un plafonnement global du budget du à 700 millions d'euros.

En effet, en cette période de crise, Eric Garandeau, président du Centre a tenu à préciser que « le CNC, comme tout autre, contribue à l'effort de guerre en

acceptant les charges nouvelles », à l'image de ce qui a été mis en place pour le financement de la cinématèque française et de la Fémis, l'école du cinéma.

Aussi, le gouvernement précise que cet amendement a pour objet d'adapter l'assiette de la taxe due par les distributeurs de services de télévision qui est affectée au CNC afin de faire échec « à divers mécanismes d'optimisation qui menacent son produit ». En outre, s'il devait y avoir un excédent, celui-ci serait reversé au budget général de l'Etat.

Cependant ce n'est pas cet amendement qui a créé la polémique. En ayant fait voter l'amendement 431, le gouvernement a imposé pour 2012 un plafond pour le produit de chaque taxe affectée d'une trentaine d'organisations publiques, dont fait partie le CNC. Le surplus obtenu (de l'ordre de 70 millions d'euros pour le CNC) serait redirigé vers les caisses de l'Etat.

La réaction des organisations professionnelles du cinéma ne s'est pas fait attendre puisque dès le lendemain du vote, celles-ci dénonçaient dans un communiqué un « amendement inacceptable », en en demandant le retrait pur et simple.

Ce qu'il faut appréhender ici ce n'est pas un simple plafonnement des taxes, à l'image de ce que crée l'amendement 432. En effet, le CNC est essentiellement financé par quatre grandes taxes (taxe sur les places de cinéma, sur les services de télévision, sur la VoD et sur les éditeurs et distributeurs de télévision) qui alimentent le fond de soutien à la création et permettent ainsi le maintien de la diversité culturelle en France.

Dans cet esprit, une taxe en particulier a permis le rayonnement du CNC, c'est celle qu'on appelle la « Taxe Cosip » (Compte de soutien aux industries de programme) qui puise ses ressources sur les acteurs des télécoms. Or, les sommes perçues dans le cadre de cette taxe ne pourraient dépasser les 229 millions d'euros alors qu'elle connaît un rendement croissant depuis quelques années (environ 30% depuis 2010).

Pour le gouvernement, l'objectif à atteindre est de trouver un milliard d'euros pour combler le budget pour 2012. Gilles Carrez, rapporteur général du Budget, est venu justifier cette mesure par le fait que « les revenus du CNC ont progressé de manière extrêmement dynamique ces dernières années ».

Aussi l'un des initiateurs de ce projet, Lionel Tardy, député UMP, compare les ressources du CNC à un « trésor de guerre » constitué grâce à des « revenus largement supérieurs » à ses besoins.

Encore plus virulent, le député UMP Michel bouvard, déclarait que le gouvernement « n'a aucune raison de laisser accumuler des excédents pendant que l'Etat est obligé d'emprunter sur les marchés avec des taux d'intérêts de plus en plus coûteux ».

Cette vision n'est cependant pas partagée par la profession. En effet, cet amendement conduirait à remettre en cause le fonctionnement de l'industrie du cinéma français qui perdure depuis 1946. Ce fonctionnement, assuré par un système mutualisant, permet au cinéma français de faire face au poids de l'industrie américaine en matière de films. C'est en effet grâce à des réaffectations automatiques ou sélectionnées des ressources, que le CNC aide à maintenir une création dynamique et diversifiée.

Diversité culturelle en péril certes, mais péril également pour l'autonomie du CNC. Selon Pascal Rogard, directeur général de la SACD (une des cinq organisations professionnelles du cinéma), cet écrêtement taxe par taxe « mène tout droit à la fin de l'autonomie budgétaire du CNC ».

Cette crainte d'une perte d'autonomie du CNC semble être confirmée par l'exposé sommaire de l'amendement litigieux rendu par le gouvernement. Effectivement, cette mesure permettrait « de renforcer le suivi et le contrôle du niveau des ressources affectées » par le Parlement qui jugera de la bonne affectation des ressources du CNC, et ce, à chaque vote annuel de la loi de finances.

De plus, il convient de rappeler que le CNC doit faire face à de multiples dépenses, à la fois lourdes et contraignantes. En effet, en pleine ère du numérique, le Conseil doit développer des moyens considérables afin de contrer le développement des plateformes de diffusions, du streaming mais il doit également agir en matière de numérisation des salles, d'aide au développement de la 3D...

Face au soulèvement et à la fureur provoqués par cet amendement, le président de la République, Nicolas Sarkozy, qui avait, quelques semaines plus tôt, promis son soutien au cinéma français en dépit de la situation de crise et des restrictions budgétaires, est intervenu afin d'enrayer le mécanisme mis en place par sa ministre du Budget, Valérie Pécresse.

Ainsi, si le budget global du CNC sera bien plafonné en 2012, les taxes qui alimentent le budget du CNC demeurent saines et sauvées. Cependant, face à une situation économique de plus en plus

alarmante, il y a fort à parier que cette tentative de piocher dans les recettes du CNC ne restera pas unique.

Sources :

- <http://www.leparisien.fr/flash-actualite-culture/le-monde-du-cinema-refuse-l-economie-de-guerre-pour-combler-le-budget-21-10-2011-1678753.php>
- <http://www.lesinrocks.com/cine/cinema-article/t/72078/date/2011-10-25/article/la-nouvelle-croisade-du-gouvernement-contre-le-budget-du-cinema/>
- [http://www.google.com/hostednews/afp/article/ALeqM5jJWaBViLXO8\\_ssQPG8sz4GgRyGEg?docId=CN.G.4680f7b083550934898358a96f390b1d.211](http://www.google.com/hostednews/afp/article/ALeqM5jJWaBViLXO8_ssQPG8sz4GgRyGEg?docId=CN.G.4680f7b083550934898358a96f390b1d.211)
- <http://www.pcinpact.com/news/66559-cnc-taxe-loi-de-finances-2012-fai.htm>
- [http://www.lemonde.fr/culture/article/2011/10/22/cnc-l-amendement-qui-effraie-le-cinema-francais\\_1592384\\_3246.html](http://www.lemonde.fr/culture/article/2011/10/22/cnc-l-amendement-qui-effraie-le-cinema-francais_1592384_3246.html)

n° 98

**CHRONIQUE – CINÉMA**

*Sous la direction de Guy Drouot  
Professeur à l'Institut d'études politiques d'Aix en Provence*

## **LA GUERRE DES BOUTONS, QUAND LA REALITE RATTRAPE LA FICTION**

*Par Renaud Martin-Sisteron*

« La guerre est déclarée » n'est pas seulement le titre du premier film de Valérie DONZELLI, sortie en salle il y a quelque peu mais c'est aussi l'expression qui semble convenir le mieux pour définir les rapports entre les producteurs des deux « La Guerre des Boutons » pour cette rentrée 2011. En effet, pour la première fois dans l'histoire du cinéma français deux films adaptant la même oeuvre littéraire sortent quasiment en même temps à une semaine d'intervalle. Si Canal-Plus a souhaité produire l'un au détriment de l'autre, TF1 ne voulant guère se mêler à l'émulation, a au contraire soutenue les deux projets. Quoiqu'il en soit, une course effrénée opposait les deux producteurs pour terminer le film avant l'autre. Trois questions peuvent être soulevées afin de mieux comprendre ce phénomène unique dans l'histoire du cinéma :

Comment et pourquoi sont nés ces projets d'adaptation ? Cette concurrence peut-elle entraîner des dérives entachant l'oeuvre littéraire ? Pourquoi la célèbre réplique du « p'tit Gibus » tirée du premier film d'Yves ROBERT n'apparaît-elle pas dans les scénarii des deux films en lice ? Une explication juridique met tout au clair.

### **- L'oeuvre de PERGAUD dans le domaine public**

Il convient préalablement de rappeler que, comme dispose l'article L. 123-1 du CPI « *les droits patrimoniaux d'une oeuvre survivent au décès de l'auteur au bénéfice de ses ayants droits, pendant l'année civile en cours et les 70 années qui suivent* ». De la sorte, au terme de la protection légale des droits patrimoniaux, l'oeuvre entre dans le domaine public. Ainsi toute personne peut alors exploiter l'oeuvre sans requérir à une quelconque autorisation. C'est donc le caractère « public » de l'oeuvre littéraire « La guerre des boutons, roman de ma douzième année » écrite par Louis PERGAUD et publiée en 1912 qui est en l'espèce la raison principale pour ces soudaines adaptations cinématographiques. Toutefois, en application du droit en vigueur, comment les droits d'un auteur mort en 1915 peuvent-ils n'avoir été libérés qu'en 2011, alors qu'un bref calcule additionnant la date de la mort de l'auteur aux soixante-dix années requises par l'article L. 123-1 du CPI démontre que les droits de Louis PERGAUD auraient dû être libérés en 1985 ?

Tout s'explique dès lors que l'on se replonge dans les textes en vigueur à la mort de l'écrivain. Tout d'abord, à cette époque le droit de protection de l'auteur est de 50 ans (ancien article L 123-1 du CPI). Une durée qui court à partir du 1er janvier de l'année civile suivant le décès de l'auteur. Le délai de 70 ans n'a été introduit en France qu'en 1997,

en application d'une Directive Communautaire en date du 29 octobre 1993 en vue d'une Harmonisation Européenne du droit d'auteur. Il y a lieu d'ajouter à cela, l'existence de différentes lois prévoyant des prorogations de guerres afin de compenser le manque à gagner subi durant les périodes des deux Guerres Mondiales 14-18 et 39-45.

Il convient en l'espèce de prendre en compte trois prorogations :

- la première résultant du rajout d'une protection de 6 ans et 152 jours pour les oeuvres qui n'étaient pas tombées dans le domaine public le 3 février 1919 et qui avaient été divulguées entre le 2 Août 1914 et le 31 décembre 1919.
- la deuxième prévoyant une protection complémentaire de 8 ans et 120 jours pour toutes les oeuvres qui n'étaient pas tombées dans le domaine public au 13 août 1941 et qui avaient été divulguées avant le 1er janvier 1948.
- enfin, une troisième prorogation de 30 ans attribuée pour les livres écrits par des « auteurs morts pour la France ».

Ces trois prorogations sont cumulables les unes aux autres.

Dans les faits, PERGAUD est mort pour la France. « La Guerre des Boutons » est parue en 1911. Ainsi, le livre a bien été divulgué entre le 2 août 1914 et le 31 décembre 1919 et donc avant le 1er janvier 1948. Enfin, paru en 1911, le livre n'était pas tombé dans le domaine public ni en 1919 ni en 1941. Ainsi en application des différentes règles de droit aux faits du cas concret il apparaît que le calcul à appliquer s'énonce comme suit : 1915 + 50 + 30 + 6 ans et 152 jours + 8 ans et 120 jours = 2009 et 272 jours.

Il faut en outre préciser que la modification du délai de droit commun par la Directive Européenne de 1993 a laissé néanmoins intacts les droits préalablement acquis des héritiers de l'oeuvre de PERGAUD ; le monopole des ayants-droit s'est donc bien perdu à la fin du mois de septembre 2010. Ainsi, pour économiser le paiement de droits d'auteur, tout producteur avait à attendre l'entrée de l'oeuvre dans le domaine public, sans pour autant tarder afin d'être le premier à produire le film. C'est ainsi que deux concurrents Marc du PONTAVIS et Thomas LANGMANN, sans doute fort bien conseillés par leurs avocats, se sont lancés en même temps dans l'adaptation de l'oeuvre littéraire en question.

### - Respect de l'intégrité de l'oeuvre et Droit d'Adaptation

Il apparaît une deuxième question juridique dans cette affaire : comment les réalisateurs se sont-ils distingués l'un de l'autre sans dénaturer l'oeuvre originale ?

Au regard du droit, l'article L 121-1 du CPI énonce que « *le droit moral est un ensemble de droits extra-patrimoniaux attachés à la personne de l'auteur (ou à ses héritiers) qui lui permet de conserver et défendre son oeuvre et sa personne dans les rapports entretenus avec les utilisateurs* ». Dans les différents droits que contient le droit moral il convient de retenir tout particulièrement le droit au respect et à l'intégrité de l'oeuvre. En effet, comme l'a retenu le TGI PARIS en date du 19 octobre 2007 « *l'auteur (ou ses héritiers) peut empêcher toute dénaturation ou altération afin de préserver l'expression authentique de celle-ci* ». En l'espèce, même si les deux films se passent au 20<sup>ième</sup> siècle et non au 19<sup>ième</sup> siècle comme dans l'oeuvre première, l'adaptation enfantine, sincère et sans enjeux financiers de Marc du PONTAVIS apparaît plus proche du livre de PERGAUD que celle de Thomas LANGMANN. En effet, ce dernier, afin de se démarquer, a clairement modifié l'univers de l'histoire ; plusieurs éléments, inexistant dans le manuscrit, ont été rajoutés, comme par exemple le parallèle entre « la guerre des enfants des deux villages » et « la seconde guerre mondiale », ou encore la création du personnage de la petite fille juive (ressemblant étrangement à Anne FRANCK) réfugiée dans le village de LONGEVERNE.

Toutefois, il convient de s'interroger sur le fait de savoir si l'adaptation d'une oeuvre littéraire au cinéma est ou non concernée par le droit au respect et à l'intégrité de l'oeuvre ?

Si l'esprit « récréation » du livre n'est plus aussi présent, puisque son adaptation se veut aussi grave et dramatique, le producteur Thomas LANGMANN semble néanmoins être tout à fait dans son droit. En effet, la Cour de Cassation en date du 30 janvier 2007 et la Cour d'Appel de Paris en date du 19 décembre 2008, s'agissant de l'oeuvre « *Les misérables* », ont retenu que « *la rédaction de la suite d'une oeuvre entrée dans le domaine public relève du droit d'adaptation, et ne constitue pas une atteinte à son respect et à son intégrité* ». Il convient donc de constater que l'adaptation jouit d'un régime particulier, d'autant qu'au regard du droit et d'une Jurisprudence de la Cour de Cassation en date du 12 juin 2001 « *l'adaptation implique une certaine marge de liberté, comme la création de personnages nouveaux et peut, en soit, constituer une oeuvre dérivée si elle présente une originalité* ».

*propre* ». Ce fut le cas, en l'espèce, de la toute première adaptation cinématographique du livre, en 1961, par le réalisateur Yves ROBERT.

L'adaptation du livre par ce dernier a ainsi fait l'objet d'un autre point de droit dans l'affaire des deux films « La Guerre des Boutons » produits récemment : le droit dérivé.

### - L'oeuvre dérivée et ses droits

Il semblerait que le producteur Thomas LANGMANN ait été plus inspiré par l'adaptation d'Yves ROBERT, qui connut un énorme succès à sa sortie en salle, que par l'oeuvre littéraire elle-même. Ainsi, il aurait avec son associé Emmanuel MONTAMAT tenté de s'en procurer les droits pour en utiliser certains dialogues, dans l'unique but de surfer sur la popularité du premier film et ainsi de maximiser ses ventes de tickets au détriment du film de Marc du PONTAVIS .

L'article L 122-4 du CPI énonce que « *toute représentation ou reproduction intégrale ou partielle faite sans le consentement de l'auteur ou de ses ayants droits est illicite. Il en est de même pour la traduction, l'adaptation ou la transformation, l'arrangement ou la reproduction par un art ou un procédé quelconque.* »

Sources :

- . <http://www.rue89.com/2011/09/06/la-guerre-des-guerre-des-boutons-peut-avoir-lieu-220790>
- . <http://www.lefigaro.fr/cinema/2011/09/13/03002-20110913ARTFIG00590-la-guerre-des-boutons-le-match.php>
- . <http://tempsreel.nouvelobs.com/culture/20110913.OBS0246/cinema-la-gueguerre-des-boutons.html>
- . [http://www.lemonde.fr/cinema/article/2011/09/13/la-guerre-des-boutons-yann-samuell-degain-le-premier-pour-une-bataille-un-peu-trop-bien-rangee\\_1571599\\_3476.html](http://www.lemonde.fr/cinema/article/2011/09/13/la-guerre-des-boutons-yann-samuell-degain-le-premier-pour-une-bataille-un-peu-trop-bien-rangee_1571599_3476.html)

Ainsi, l'oeuvre d'Yves ROBERT est une oeuvre en elle-même puisqu'elle est dérivée; elle n'est pas libre de droit et ses ayants droit ont refusé de les céder.

Thomas LANGMANN n'a donc pu se servir autant qu'il l'avait prévu de l'adaptation du film d'Yves ROBERT pour se démarquer de Marc du PONTAVIS et satisfaire au désir des spectateurs en attente des célèbres répliques d'Yves ROBERT. A défaut, pour tenter de rester dans la course et flatter son égo, Thomas LANGMANN a fini par accélérer la postproduction au détriment de son film afin d'en avancer la date de sortie. Les cinéphiles s'en indignent déjà, et considérant le film bâclé, d'aucuns diront peut-être à son propos « si j'aurais su, j'aurais pô v'nu » le voir.

Ce n'est pas la cas du film de Marc du PONTAVIS qui, en plus de recevoir le César du plus Fair Play, signe une oeuvre poétique qui fleure bon les Carambars et le Mercurochrome.

Dans quelques mois les deux films se retrouveront à la télévision, l'issue du match télévisé sera-t-elle identique à celle qui se joue en salles ? Affaire à suivre...

n° 99

## CHRONIQUE – TÉLÉCOMMUNICATIONS

*Sous la direction de Frédéric Laurie  
Maître de conférences à l'Université d'Aix-Marseille*

### L'ACCORD ORANGE/SFR : LES PREMICES DU DEPLOIEMENT DE LA FIBRE OPTIQUE AU-DELA DES GRANDES VILLES

*Par Alexia Cote*

Mardi 15 novembre 2011, France Télécom-Orange et SFR (Vivendi) ont annoncé officiellement la conclusion de leur accord pour le déploiement de la fibre optique en dehors des zones densément peuplées. L'Arcep a qualifié cet accord d' « *avancée*

*décisive* » concernant l'installation du très haut débit en France.

Au sujet des zones très denses et denses, le déploiement n'avait posé aucun problème pour les opérateurs. Ce fut même d'avantage la course aux

parts de marché et la concurrence fut virulente, entre autre pour la conclusion des contrats avec les immeubles. A l'inverse, pour les zones en dehors des grandes villes, les opérateurs se sont fait très discrets, trop discrets. Cependant, au vu des objectifs fixés par le président de la République Nicolas Sarkozy en février 2010, les opérateurs se devaient de réagir et d'agir rapidement. Ces objectifs prévoient notamment que d'ici 2025 100% des logements français soient câblés au très haut débit ; et pour cela, le gouvernement estime que 70% d'entre eux devront l'être dès 2020.

C'est dans ce contexte plutôt pressant qu'intervient l'accord conclu entre France Télécom-Orange et SFR, qui résonne pour l'Arcep (l'Autorité de Régulation des Communications Électroniques et des Postes) comme « *une avancée décisive* ». C'est en effet ce qu'a publié l'autorité de régulation le 15 novembre 2011, tout en précisant les modalités de l'entente passée entre les deux opérateurs.

Tout d'abord, « *11 millions de logements, situés dans environ 3 500 communes réparties sur l'ensemble du territoire* » devraient être ainsi raccordés à la fibre optique. L'accord est d'autant plus intéressant pour les deux opérateurs que sur les 11 millions de logements concernés, 9,8 millions correspondaient à des zones où leurs projets de raccordement se recoupaient. C'est donc au-delà d'une avancée importante pour bon nombre de français, un gain économique ou tout du moins une diminution des dépenses pour les deux fournisseurs d'accès à internet. Pour éviter ces recouvrements, ils se sont donc répartis les 9,8 millions de foyers. La répartition s'est faite en fonction de leur budget et de leur place dans le domaine d'internet. En tant qu'opérateur historique, France Télécom-Orange se chargera du déploiement de pas moins de 7,5 millions de logements. Tandis que SFR sera responsable des 2,3 millions restants.

De plus, dans son communiqué de presse, l'Arcep indique qu'Orange et SFR s'engagent à « *couvrir chaque commune dans les cinq ans qui suivent l'initialisation des déploiements* ». Selon le cadre fixé par l'autorité de régulation, les opérateurs ont jusqu'en 2015 pour débiter leurs déploiements et, une fois ceux-ci lancés, ils devront être terminés dans les cinq ans. Les travaux pourront donc se prolonger au plus tard jusqu'en 2020, date à laquelle le gouvernement a au demeurant fixé un objectif : celui d'atteindre les 70% de foyers connectables au très haut débit.

Toujours selon l'autorité de régulation, les travaux de rattachement « *démarreront dans l'ensemble des communes entre 2012 et 2015 et s'achèveront,*

*au plus tard, en 2020. A cette date, si l'on ajoute les déploiements dans les zones très denses, environ 17 millions de logements (soit 60% des foyers français) seront éligibles à la fibre optique* ». Avec cet accord, c'est donc une importante partie du travail qui devrait être accompli. Mais qu'en est-t-il des 40% de logements restants ? Selon l'Arcep, ils « *seront rendus éligibles à la fibre optique, à partir de 2012* ». Et les fournisseurs d'accès à internet ne seront pas seuls à œuvrer pour le déploiement au-delà des grandes villes, ils seront accompagnés du travail des collectivités territoriales. En effet, selon la loi du 13 décembre 2009 relative à la lutte contre la fracture numérique et notamment son article 21, les collectivités ont une place prépondérante dans le développement du très haut débit en fibre optique, particulièrement les départements et les régions.

Cependant, ni les opérateurs ni les collectivités territoriales ne suffisent à l'extension du très haut débit. Sont aussi et surtout d'une importance capitale les financements. Pour les zones très denses et denses, les fournisseurs d'accès n'avaient pas hésité à investir massivement au point de souvent financer le déploiement à 100% étant certains des retours sur investissement. Pour le reste, des aides sont nécessaires car aucunes obligations ne pèsent sur eux pour déployer et installer la fibre optique. L'Arcep précise donc que pour les zones non comprises dans l'accord, « *ces déploiements nécessiteront des financements publics d'origine locale, nationale ou européenne* ». L'installation de la fibre optique sur 98% du territoire est estimée à 23,5 milliards d'euros. Les besoins publics sont de 12,9 milliards, soit en moyenne 860 millions d'euros par an. L'État alimentera un fond tiré du grand emprunt à hauteur de 750 millions. Les collectivités quant à elles prévoient d'apporter 150 millions d'euros par an au minimum. Et l'Europe devrait ajouter 50 millions. Il manque donc 660 millions d'euros par an à recueillir.

Cet entente n'est donc qu'un début car compte aussi pour beaucoup les moyens dont vont bénéficier les opérateurs. Cependant, cet accord ne semble pas réellement satisfaire les collectivités. L'Association des Villes et Collectivités pour les Communications électroniques et l'Audiovisuel (l'Avicca) dénonce cet accord pour plusieurs motifs et notamment car il a été effectué sans aucune concertation avec les collectivités locales concernés. Les collectivités, à l'accoutumée très actives dans le déploiement du très haut débit, regrettent leur exclusion. Pour Jean-Michel Soulier, président de Covage (société qui propose une large gamme de services dans le secteur des réseaux de télécommunication en fibre optique), cette décision va peut être même retarder l'installation du très haut

débit en France. Selon lui, comme : « *cet accord court sur 10 ans, il peut se passer des choses d'ici là. Le risque, que certaines collectivités attendent et mettent leurs projets en « stand-by » vu qu'elles sont exclues du processus. Elles reprendront la main dans les cas où les opérateurs ne déploient pas. Mais une chose est sûre, dans certains cas, cet accord provoquera finalement des retards* ». De plus, l'association regrette « *que l'encadrement de l'initiative privée par l'État se relâche* ». Mais avant tout, ce qui est reproché à cet accord, c'est l'absence de toutes contraintes pour les deux opérateurs, ni même de calendrier.

Cette absence d'obligation c'est d'ailleurs ce que reproche Hervé Maurey, sénateur du Nouveau Centre de l'Eure chargé de mission à ce sujet par l'actuel président de la République en Février 2010. Car en effet, l'absence d'obligation est aussi générale; rien ne contraint les opérateurs à déployer la fibre optique dans toutes les zones. Selon lui, plusieurs solutions sont envisageables, le but étant de contraindre les fournisseurs d'accès à internet de financer et mettre en place le très haut débit partout en France. Parmi les propositions qu'il avait déjà faite en 2010 et qu'il soutenait toujours avant la conclusion de l'accord, figurait entre autre : « *exploiter une partie de la hausse de la TVA sur les abonnements triple play, augmenter légèrement les abonnements, utiliser les fonds destinés au renouvellement du réseau cuivré...* ». Une autre éventualité serait de s'inspirer du modèle Australien et ainsi réunir dans une même société publique les opérateurs, les collectivités et les financiers ; ou bien encore confier le déploiement à des entreprises de BTP comme pour le système des autoroutes. Enfin, si l'on veut conserver le système actuel, il faudrait d'après M. Maurey au minimum, « *obliger les opérateurs à prendre des engagements, établir des contractualisations par département. Et, dans le même temps, élargir le pouvoir de sanction du régulateur (l'Arcep) en cas de manquements* ». Il argua même dans un rapport d'information que « *La France est en train de rater*

*le virage du très haut débit. Si on ne fait rien, ce retard sera irréversible* ».

A l'instar de cette constatation, une étude affirme en outre que la France serait, au niveau européen, l'un des plus piètre pays concernant le déploiement du très haut débit. En effet, une étude publiée en octobre 2010, réalisée par le FTTH (Fiber To The Home qui signifie « fibre optique jusqu'à la maison ») Council Europe et de l'institut IDATE, précise que la France serait même classé quinzième sur les dix-sept nations concernant le raccordement du très haut débit. Qui plus est, la France n'a commencé que tardivement à déployer le très haut débit. Les conditions techniques et juridiques favorables à l'installation de celui-ci n'ont été réunies que début 2009. C'est en effet le 15 janvier 2009 qu'on été promulgués trois décrets d'application de la loi de modernisation de l'économie n°2008-776 du 4 novembre 2008. Le premier porte sur l'installation de lignes de communications électroniques à très haut débit en fibre optique dans les bâtiments neufs ; le second est relatif aux droits au très haut débit ; et le dernier concerne la convention entre opérateur et propriétaire portant sur l'installation, la gestion, l'entretien et le remplacement de lignes de communications électroniques à très haut débit en fibre optique dans un immeuble.

Et en 2009, le gouvernement avait d'ores et déjà retenu un projet fort audacieux : qu'il y ait 4 millions d'abonnés au très haut débit d'ici à 2012. Cependant, au 30 septembre 2011, 1 210 000 de logements sont éligibles au FTTH, et uniquement 155 000 sont abonnés.

Ainsi pour l'Arcep, cet accord sonne comme un revif des fournisseurs d'accès à internet dans le déploiement de la fibre optique qui avait tendance à languir ces dernières années. Mais, pour Orange et SFR, tout reste à prouver à l'heure où les moyens risquent de manquer et où le nombre d'abonnement peine à décoller.

#### Sources :

ARCEP, « L'accord entre France Télécom – Orange et SFR sur la fibre optique: une avancée décisive », *arcep.fr*, mis en ligne le 15 novembre 2011, consulté le 20 novembre 2011, [http://www.arcep.fr/index.php?id=8571&tx\\_gsactualite\\_pi1\[uid\]=1446&tx\\_gsactualite\\_pi1\[backID\]=1&cHash=ccb7d60bc3](http://www.arcep.fr/index.php?id=8571&tx_gsactualite_pi1[uid]=1446&tx_gsactualite_pi1[backID]=1&cHash=ccb7d60bc3)

ARCEP, « France Télécom – Orange et SFR annoncent un accord pour le déploiement de la fibre optique au delà des zones très denses », *arcep.fr*, mis en ligne le 15 novembre 2011, consulté le 20 novembre 2011, [http://www.arcep.fr/fileadmin/reprise/communiqués/communiqués/2011/20111115\\_cp\\_sfr\\_orange\\_fibre.pdf](http://www.arcep.fr/fileadmin/reprise/communiqués/communiqués/2011/20111115_cp_sfr_orange_fibre.pdf)

CHICHEPORTICHE O., « Hervey Morey, sénateur: « le modèle de la fibre optique en zone peu dense ne fonctionne pas », *zdnnet.fr*, mis en ligne le 12 juillet 2011, consulté le 20 Novembre 2011, <http://www.zdnnet.fr/actualités/herve-maurey-senateur-le-modele-de-la-fibre-optique-en-zones-peu-denses-ne-fonctionne-pas-39762446.htm>

CHICHEPORTICHE O., « Jean-Michel Soulier, Covage: « l'accord entre orange et SFR dans la fibre va générer de grandes incertitudes pour les collectivités », *zdnnet.fr*, mis en ligne le 18 novembre 2011, consulté le 20

novembre 2011, <http://www.zdnet.fr/actualites/jean-michel-soulier-covage-l-accord-entre-orange-et-sfr-dans-la-fibre-va-generer-de-grandes-incertitudes-pour-les-collectivites-39765769.htm>

CHICHEPORTICHE O., « Fibre optique: l'accord Orange-SFR en zones peu denses est décisif pour l'Arcep », *zdnet.fr*, mis en ligne le 15 novembre 2011, consulté le 15 novembre 2011, <http://www.zdnet.fr/actualites/fibre-optique-l-accord-orange-sfr-en-zone-peu-dense-est-decisif-pour-l-arcep-39765612.htm>

COL P., « Enfin le très haut débit! », *znet.fr*, mis en ligne le 23 janvier 2009, consulté le 20 novembre 2011, <http://www.zdnet.fr/blogs/infra-net/enfin-le-tres-haut-debit-39602140.htm>

ECRANS, « SFR et Orange s'accordent sur la fibre des champs », *ecrans.fr*, mis en ligne le 15 novembre 2011, consulté le 15 novembre 2011, <http://www.ecrans.fr/SFR-et-Orange-s-accordent-sur-la,13536.html>

JULIEN L., « Très haut débit: Sarkozy veut couvrir 100% du territoire d'ici 2025 », *numerama.com*, mis en ligne le 10 février 2010, consulté le 20 novembre 2011, <http://www.numerama.com/magazine/15062-tres-haut-debit-sarkozy-veut-couvrir-100-du-territoire-d-ici-2025.html>

JULIEN L., « La France, mauvaise élève de la fibre optique en Europe », *numerama.com*, mis en ligne le 30 octobre 2010, consulté le 20 novembre 2011 <http://www.numerama.com/magazine/17211-la-france-mauvaise-eleve-de-la-fibre-optique-en-europe.html>

LA TRIBUNE, « Accord Orange-SFR sur le déploiement de la fibre optique », *Latribune.fr*, mis en ligne le 15 novembre 2011, consulté le 16 novembre 2011, <http://www.latribune.fr/techno-medias/internet/20111115trib000664162/accord-orange-sfr-sur-le-deploiement-de-la-fibre-optique.html>

Loi n°2009-1572 du 17 décembre 2009 relative à la lutte contre la fracture numérique, *legifrance.gouv.fr*, mise en ligne le 17 décembre 2009, consultée le 20 novembre 2011, <http://www.legifrance.gouv.fr/affichTexte.do?cidTexte=JORFTEXT000021490974&dateTexte=&categorieLien=id>

Loi n°2008-776 du 4 août 2008 de modernisation de l'économie, *legifrance.gouv.fr*, mise en ligne le 4 août 2008, consultée le 20 novembre 2011 La Loi de modernisation de l'économie, <http://www.legifrance.gouv.fr/affichTexte.do?cidTexte=JORFTEXT000019283050>

Décret n°2009-52 du 15 janvier 2009 relatif à l'installation de lignes de communications électroniques à très haut débit en fibre optique, *legifrance.gouv.fr*, mis en ligne le 15 janvier 2009, consulté le 20 novembre 2011, <http://www.legifrance.gouv.fr/affichTexte.do;jsessionid=?cidTexte=JORFTEXT000020099712>

Décret n° 2009-53 du 15 janvier 2009 relatif au droit au très haut débit, *legifrance.gouv.fr*, mis en ligne le 15 janvier 2009, consulté le 20 novembre 2011, <http://www.legifrance.gouv.fr/affichTexte.do?cidTexte=JORFTEXT000020099725&dateTexte=&categorieLien=id>

Décret n°2009-54 du 15 janvier 2009 relatif à la convention entre opérateur et propriétaire portant sur l'installation, la gestion, l'entretien et le remplacement de lignes de communications électroniques à très haut débit en fibre optique dans un immeuble, *legifrance.gouv.fr*, mis en ligne le 15 janvier 2009, consulté le 20 novembre 2011 [http://www.legifrance.gouv.fr/affichTexte.do;jsessionid=85C372EBEDE53579ECD7E5E1407AA434.tpdjo11v\\_1?cidTexte=LEGITEXT000020101012&dateTexte=20111126](http://www.legifrance.gouv.fr/affichTexte.do;jsessionid=85C372EBEDE53579ECD7E5E1407AA434.tpdjo11v_1?cidTexte=LEGITEXT000020101012&dateTexte=20111126)

n° 100

## CHRONIQUE – TÉLÉCOMMUNICATIONS

*Sous la direction de Frédéric Laurié  
Maître de conférences à l'Université d'Aix-Marseille*

### 3G, TON UNIVERS IMPITOYABLE, CHRONIQUE D'UN CONFLIT OPPOSANT SAMSUNG ET APPLE

*Par Laetitia Le Roux*

La guerre des brevets que se livre, depuis des mois, Samsung et Apple, a pris un nouveau tournant. Il y a quelques semaines, la Commission européenne a lancé une enquête préliminaire sur les pratiques des deux firmes, dans le domaine de la téléphonie mobile, au regard du droit européen de la concurrence.

Apple fut le premier à lancer les hostilités. En avril dernier, il assigna Samsung devant un tribunal californien. La firme sud-coréenne ne tarda pas à réagir, poursuivant son concurrent dans trois pays (Corée du Sud, Japon et Allemagne), arguant pour sa part, la violation d'une dizaine de brevets. Sept mois plus tard, le conflit concerne huit pays, répartis sur quatre continents, et ne semble pas perdre de son intensité.

La guerre que se livre, par tribunaux interposés, les deux entreprises contient deux volets. D'un côté (Apple contre Samsung), l'entreprise de Cupertino considère, globalement, que l'esthétique de la gamme Galaxy est trop similaire à celle des Iphones et des Ipad. D'un autre côté (Samsung contre Apple), l'Iphone et l'Ipad violeraient un certain nombre de brevets détenus par Samsung. Une curiosité cependant dans la stratégie de M. Gee-Sung Choi, les brevets qu'ils invoquent pour défendre son entreprise, appartiennent aux normes définissant la technologie 3G (troisième génération) de la téléphonie mobile.

En raison des enjeux financiers colossaux en balance, le but poursuivi par chacune des parties est de faire interdire la vente des produits de l'autre. Apple y est d'ailleurs parvenu en Allemagne, pour la Galaxy Tab 10.1. La mise est particulièrement élevée pour Samsung puisqu'il est le second fournisseur de composants d'Apple. Selon le Wall Street Journal, les commandes de ce dernier représentent 4% des revenus de l'entreprise sud-coréenne, soit entre 5,7 et 7,8 milliards de dollar par an. Or, plus le conflit traîne en longueur, plus le risque qu'Apple se détourne de Samsung s'accroît. Samsung semble donc celui qui a le plus à perdre, même si certains considèrent que trouver un remplaçant capable de fournir un même volume de commande ne sera pas chose facile pour Apple.

L'agitation des deux entreprises sur le vieux continent a, semble-t-il, attiré l'attention de l'Union (UE). La Commission européenne a, au début du mois, adressé des demandes d'informations aux deux sociétés, portant sur « l'application des normes essentielles des brevets dans le secteur de la téléphonie mobile ». Le porte-parole de l'institution a précisé, à l'agence Reuters, qu'il s'agissait d'une « procédure normale dans les enquêtes antitrust, afin de permettre à la Commission d'établir les faits pertinents dans une affaire ». Samsung a déclaré « [coopérer] pleinement » à cette enquête, tandis qu'Apple ne s'est pas exprimé sur le sujet.

**De quel(s) pouvoir(s) dispose la Commission européenne en l'espèce ?** En tant qu'organe exécutif (art 17 TUE), elle est compétente pour appliquer la politique de droit de la concurrence de l'UE (art 3 TFUE), répartie en treize secteurs, dont la télécommunication. Elle veille au respect d'un certain nombre de principes, qui prohibent trois types de comportements : l'[antitrust](#), qui regroupe les accords anticoncurrentiels (art 101 TFUE) et les abus de position dominante (art 102 TFUE) ; les aides d'Etat (art 107 TFUE) ; et certaines fusions. Plus précisément, c'est le commissaire européen chargé de la concurrence, assisté d'une direction

générale, qui s'acquitte de cette tâche. A ce titre, il dispose d'un certain nombre de prérogatives (art 105 TFUE), notamment celle d'instruire une enquête d'office en cas de suspicion d'infraction.

### **En quoi l'utilisation d'un brevet peut-elle être de nature à enfreindre le droit de la concurrence ?**

Une complémentarité existe entre, la législation sur les brevets, qui participe à l'équilibre du marché en sanctionnant la contrefaçon ; et la politique de concurrence, qui prohibe l'abus de droit dans l'usage des brevets. En l'espèce, la Commission cherche à déterminer s'il y a eu exercice abusif des droits de propriété industrielle.

### **En quoi l'appartenance de brevets aux « normes essentielles » a-t-il un impact sur le conflit ?**

La normalisation est un procédé utilisé afin d'établir des références communes dans un secteur. De tels standards intègrent parfois des brevets, partiellement ou dans leur totalité. Cela semble *a priori* paradoxal dans la mesure où, l'enregistrement d'un brevet permet au titulaire de jouir d'un « usage privé et exclusif » sur l'objet protégé, tandis que l'édictation d'une norme vise à en permettre « un usage collectif ». C'est pourquoi, le titulaire du brevet, ainsi incorporé, se trouve dans l'obligation de concéder des licences d'exploitation à tous ceux qui en émettraient le souhait. Cette délivrance est encadrée par un certain nombre de principes, afin que l'objectif d'harmonisation soit effectif. La règle la plus courante est celle du FRAND (*fair, reasonable and non discriminatory*), c'est-à-dire l'octroi et la rédaction d'accords dans des termes justes, raisonnables et non discriminatoires. Elle est, soit reprise telle qu'elle, soit intégrée dans des codes édictés par les organismes (code de conduite de l'IUT). Dans le cas présent, plusieurs brevets détenus par Samsung ont été intégrés dans la norme UMTS (*Universal Mobile Telecommunications system*), qui définit la technologie de téléphonie mobile 3G. La 3G, qui succède à la technologie 2G (ou GSM), permet le transfert de contenus multimédia dans un temps réduit, par l'accroissement de la vitesse de transmission des données. L'UMTS est l'implémentation, c'est-à-dire la mise en œuvre, européenne de l'IMT-2000, qui regroupe les six standards de radiocommunication 3G formalisés dans la recommandation ITU-3M 1457 de l'UIT (Union internationale des télécommunications).

Mais alors pourquoi Samsung a-t-il choisi de faire reposer l'ensemble de sa stratégie contre Apple, sur la défense de brevets incorporés dans des standards de l'industrie ? En quoi est-ce pertinent ? Comme piste pouvant être exploitée par Samsung, on peut évoquer celle de difficultés posées par le FRAND. En effet, sa mise en œuvre peut générer

des dissensions, quant à ce qu'implique réellement la normalisation. Par exemple, les deux entreprises retiennent-elles la même interprétation du code de conduite ? On sait que la compréhension à géométrie variable des termes structurant le FRAND est un problème récurrent. Ainsi que l'a soulevé, Susy Stubles de Sun Microsystems, à l'occasion du Forum de gouvernance internet, ce qui est raisonnable pour l'un, ne l'est pas nécessairement pour les autres. D'autre part, la délivrance des licences constitue-t-elle réellement une obligation pour Samsung ? Ou l'entreprise dispose-t-elle d'une marge d'appréciation ? Il n'est

pour l'heure pas possible d'apporter des réponses claires à ces interrogations. En effet, d'une part, Samsung ne communique pas sur les arguments juridiques appuyant ses plaintes ; et d'autre part, l'IMT-2000 n'est pas accessible au public et donc il n'est pas possible de se rendre compte dans quelle mesure les brevets de Samsung sont incorporés dans les standards. Seule l'ouverture des différents procès intentés par l'entreprise sud-coréenne permettra peut-être d'apporter quelques éclaircissements. On attend notamment le jugement du TGI de Paris qui devrait intervenir le 8 décembre.

#### Sources :

- HERSANT B., « Le duel Apple contre Samsung, un combat acharné à coup de brevets », 28 octobre 2011, consulté le 6 novembre 2011, url : <http://junon.univ-cezanne.fr/u3iredic/?p=6541>
- CHICHEPORTICHE O., « Samsung dépose une nouvelle plainte contre Apple », 2 mai 2011, consulté le 12 novembre 2011, url : <http://www.businessmobile.fr/actualites/samsung-depose-une-nouvelle-plainte-contre-apple-39760382.htm>
- LA REDACTION, « Guerre des brevets : Samsung ouvre les hostilités contre Apple aux Pays-Bas », 26 septembre 2011, consulté le 5 novembre 2011, url : <http://www.zdnet.fr/actualites/guerre-des-brevets-samsung-ouvre-les-hostilites-contre-apple-aux-pays-bas-39764249.htm>
- LA REDACTION, « Interdiction confirmée en Allemagne : la Samsung Galaxy Tab 10.1 ressemble trop à l'iPad 2 », 09 septembre 2011, consulté le 5 novembre 2011, url : <http://www.zdnet.fr/actualites/interdiction-confirmee-en-allemande-la-samsung-galaxy-tab-101-ressemble-trop-a-l-ipad-2-39763721.htm>
- CHICHEPORTICHE O., « Guerre des brevets : mais où s'arrêteront Samsung et Apple ? », 30 juin 2011, url : <http://www.businessmobile.fr/actualites/guerre-des-brevets-mais-ou-s-arreteront-samsung-et-apple-39762112.htm>
- WORSTALL T., "EU Investigates Apple and Samsung Over Patents", 4 novembre 2011, consulté le 12 novembre 2011, url : [http://www.forbes.com/sites/timworstall/2011/11/04/eu-investigates-apple-and-samsung-over-patents/?feed=rss\\_home](http://www.forbes.com/sites/timworstall/2011/11/04/eu-investigates-apple-and-samsung-over-patents/?feed=rss_home)
- REUTERS, « L'UE enquête sur les brevets d'Apple et Samsung », vendredi 4 novembre, consulté le 5 novembre 2011, url : <http://fr.reuters.com/article/technologyNews/idFRPAE7A30KN20111104>
- LEMONDE.FR , « Guerre des brevets : la Commission européenne s'inquiète pour la concurrence », 23 novembre 2011, consulté le 27 novembre 2011, url : [http://www.lemonde.fr/technologies/article/2011/11/23/samsung-apple-la-commission-europeenne-inquiete-pour-la-concurrence\\_1607948\\_651865.html](http://www.lemonde.fr/technologies/article/2011/11/23/samsung-apple-la-commission-europeenne-inquiete-pour-la-concurrence_1607948_651865.html)
- UIT, « Common Patent Policy for ITU-T/ITU-R/ISO/IEC », 6 mars 2010, consulté le 12 novembre 2011, url : <http://www.itu.int/en/ITU-T/ITP/Pages/policy.aspx>
- Wikipédia, « IMT-2000 », 4 janvier 2011, consulté le 5 novembre, url : <http://fr.wikipedia.org/wiki/IMT-2000>
- STRUBLE S., "Is RAND is compatible with Digital Age?", 16 novembre 2006, consulté le 12 novembre 2011, url : <http://www.youtube.com/watch?v=CNUdqEqjBOQ>
- AZEMA J., GALLOUX J-Ch., *Droit de la propriété industrielle*, Dalloz, 6<sup>e</sup> éd., 2006, Paris
- CHICHEPORTICHE O., « Plagiat : Samsung prépare la contre-attaque. Risqué ? », 20 avril 2011, consulté le 5 novembre 2011, url : <http://www.businessmobile.fr/actualites/plagiat-samsung-prepare-la-contre-attaque-risque-39760112.htm>
- J.B.A., « Apple : la Commission Européenne pointe son nez dans la bataille avec Samsung », 4 novembre 2011, consulté le 5 novembre 2011, url : <http://www.boursier.com/actions/actualites/news/apple-la-commission-europeenne-pointe-son-nez-dans-la-bataille-avec-samsung-457385.html>
- CHICHEPORTICHE O., « Guerre des brevets : la Commission européenne entre dans la danse », 4 novembre 2011, consulté le 5 novembre 2011, url : <http://www.businessmobile.fr/actualites/guerre-des-brevets-la-commission-europeenne-entre-dans-la-danse-39765383.htm>
- Traité sur l'Union européenne (TUE), consulté le 12 novembre 2011, url : <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:C:2010:083:0013:0046:FR:PDF>
- Traité sur le Fonctionnement de l'Union européenne (TFUE), consulté le 12 novembre 2011, url : <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:C:2010:083:0047:0200:FR:PDF>

FSFE (Free software foundation europe), Georg Greve, « Analyse de l'équilibre entre normes et brevets », 12 février 2008, consulté le 5 novembre 2011, url : <http://fsfe.org/projects/os/ps.fr.html>

Wikipédia, « Conditions équitables, raisonnables et non discriminatoires », 1<sup>er</sup> septembre 2011, consulté le 5 novembre 2011, url : [http://en.wikipedia.org/wiki/Fair,\\_reasonable,\\_and\\_non-discriminatory\\_terms](http://en.wikipedia.org/wiki/Fair,_reasonable,_and_non-discriminatory_terms)

Wikipédia, « UMTS », 1<sup>er</sup> novembre 2011, consulté le 5 novembre 2011, url : [http://fr.wikipedia.org/wiki/Universal\\_Mobile\\_Telecommunications\\_System](http://fr.wikipedia.org/wiki/Universal_Mobile_Telecommunications_System)

Commissaire européen chargé de la concurrence, url : [http://ec.europa.eu/competition/index\\_en.html](http://ec.europa.eu/competition/index_en.html)

Commission européenne, « Politique européenne de normalisation », 31 octobre 2010, consulté le 12 novembre 2011, url : [http://ec.europa.eu/entreprise/policies/european-standards/standardisation-policy/index\\_fr.htm](http://ec.europa.eu/entreprise/policies/european-standards/standardisation-policy/index_fr.htm)

Organisation mondiale de la propriété intellectuelle (OMPI), « Normes et brevets », consulté le 12 novembre, url : <http://www.wipo.int/patent-law/fr/developments/standards.html>

Organisation mondiale de la propriété intellectuelle (OMPI), « Concurrence et brevets », consulté le 12 novembre, url : <http://www.wipo.int/patent-law/fr/developments/competition.html>

Union internationale des télécommunications (UIT), consulté le 12 novembre 2011, url : <http://www.itu.int/fr/pages/default.aspx>

n° 101

## CHRONIQUE – TÉLÉCOMMUNICATIONS

*Sous la direction de Frédéric Laurie  
Maître de conférences à l'Université d'Aix-Marseille*

### LA CARTE D'IDENTITE ELECTRONIQUE : ADOPTEE ET DÉJÀ DISCUTEE

*Par Florence Dall'Aglio*

Adoptée en deuxième lecture par le Sénat le 4 novembre 2011 et bientôt soumise à l'accord de l'assemblée, la proposition de loi relative à l'instauration de la carte d'identité électronique fait déjà débat. Le principe de protection des données personnelles est soumis à rude épreuve et suscite l'inquiétude et la colère des défenseurs des libertés individuelles.

La future carte d'identité électronique dont seront vraisemblablement titulaires les français comprendra deux puces électroniques : l'une reprendra les données personnelles numérisées telles que l'état civil et l'adresse et d'autres éléments d'identification de nature biométrique telles que les empreintes digitales ; l'autre puce, facultative, offrira à son titulaire des services d'authentification à distance et de signature électronique.

La création d'un fichier généralisé (dit base TES « Titres Electroniques Sécurisés »), rassemblant les données biométriques des français, associé à la carte et utilisable par certaines administrations a suscité la polémique dès l'annonce de la proposition de loi.

La Commission nationale de l'informatique et des libertés s'est empressée de réaliser une note d'observations sur le sujet. La Commission a

commencé par rappeler que les données biométriques ne sont pas des données comme les autres. « *Elles présentent en effet la particularité de permettre à tout moment l'identification de la personne concernée sur la base d'une réalité biologique qui lui est propre, permanente dans le temps et dont elle ne peut s'affranchir* ». La Commission poursuit son discours : « *à la différence de toute autre donnée à caractère personnel, la donnée biométrique n'est donc pas attribuée par un tiers ou choisie par la personne : elle est produite par le corps lui-même et le désigne ou le représente, lui et nul autre, de façon immuable. Elle appartient donc à la personne qui l'a générée et tout détournement ou mauvais usage de cette donnée fait alors peser un risque majeur sur l'identité de celle-ci* ».

Estimant que la base de données centralisée dans un fichier ne devait servir qu'à prévenir contre le risque de fraude et d'usurpation d'identité, en progression constante en France, la CNIL a dénoncé l'utilisation de ce fichier à d'autres fins et condamnait à ce titre la conservation de 8 empreintes digitales tel que cela était prévu initialement dans le projet. En effet, pour la commission, il serait inenvisageable que la base de données recueillie puisse servir d'outil dans le cadre d'une recherche criminelle par exemple.

Confortée dans sa vision par une décision du Conseil d'Etat du 26 octobre 2011 qui censure la conservation des huit empreintes récoltées lors de la création d'un passeport biométrique, l'avis de la CNIL a été suivi par le Sénat. Contrairement au souhait de Mr Guéant, ministre de l'intérieur, les sénateurs se sont prononcés en faveur de l'instauration d'un lien dit « faible » entre les données personnelles et la base TES, qui ne permettra pas l'identification d'une personne par ses empreintes biométriques.

En vue de protéger la liberté personnelle des français, le Sénat s'est également gardé de valider le dispositif permettant la reconnaissance faciale d'un individu à partir d'images numérisées. Il a effectivement massivement rejeté le 4ème amendement proposé par le gouvernement qui allait dans ce sens.

Les défenseurs des libertés individuelles pointent également du doigt le problème de la conservation

Sources :

CHABAT C., « Pas encore adoptée, la carte d'identité biométrique est déjà critiquée », *LE MONDE*, mis en ligne le 08.07.2011, consulté le 18.11.2011, URL : [http://www.lemonde.fr/societe/article/2011/07/08/pas-encore-adoptee-la-carte-d-identite-biometrique-est-deja-critiquee\\_1546615\\_3224.html](http://www.lemonde.fr/societe/article/2011/07/08/pas-encore-adoptee-la-carte-d-identite-biometrique-est-deja-critiquee_1546615_3224.html)

CICHEPORTICHE, O., « Carte d'identité biométrique : l'existence d'un fichier national fait débat », *ZDNET France*, mis en ligne le 08.07.2011, consulté le 22.11.2011, URL : <http://www.zdnet.fr/actualites/carte-d-identite-biometrique-l-existence-d-un-fichier-national-fait-debat-39762352.htm>

CNIL, « La carte d'identité électronique en Europe : Belgique, Italie, Espagne, Pays-Bas, Grande-Bretagne, Allemagne », mis en ligne le 07.02.2005 ; consulté le 18.11.2011, URL : <http://www.cnil.fr/fileadmin/documents/approfondir/dossier/CNI-biometrie/identite-electronique-EUROPE.pdf>

CNIL, « Note d'observation s concernant la proposition de loi relative à la protection de l'identité », mis en ligne le 27.10.2011, consulté le 18.11.2011, URL : <http://www.cnil.fr/la-cnil/actu-cnil/article/article/la-cnil-rend-publiques-ses-observations-sur-la-proposition-de-loi-relative-a-lidentite/>

COSTES L., « La CNIL demande plus de garantie pour la « e-carte » d'identité », *ACTUALITES DU DROIT, LAMY*, mis en ligne le 03.11.2011, consulté le 22.11.2011, URL : <http://actualitesdudroit.lamy.fr/Accueil/Articles/tabid/88/articleType/ArticleView/articleId/119913/La-Cnil-demande-plus-de-garanties-pour-la-e-carte-didentite.aspx>

MANACH, J-M., « A qui profite le fichier des « gens honnetes » ? », *BUG BROTHER, BLOG « LE MONDE »*, mis en ligne le 03.11.2011, consulté le 18.11.2011, URL : <http://bugbrother.blog.lemonde.fr/2011/11/03/a-qui-profite-le-fichier-des-gens-honnetes/>

MANENTI B., « Ce que contiendra la future carte d'identité biométrique », *LE NOUVEL OBSERVATEUR*, mis en ligne le 11.07.2011, consulté le 18.11.2011, URL : <http://tempsreel.nouvelobs.com/societe/20110711.OBS6870/ce-que-contiendra-la-future-carte-d-identite-biometrique.html>

NEUER, L., « Protection de l'identité : les sénateurs défendent les libertés publiques », *LE POINT*, mis en ligne le 03.11.2011, consulté le 22.11.2011, URL : [http://www.lepoint.fr/chroniqueurs-du-point/laurence-neuer/protection-de-l-identite-les-senateurs-defendent-les-libertes-publiques-03-11-2011-1392395\\_56.php](http://www.lepoint.fr/chroniqueurs-du-point/laurence-neuer/protection-de-l-identite-les-senateurs-defendent-les-libertes-publiques-03-11-2011-1392395_56.php)

PARMENTIER, P., « Le Sénat rejette les liaisons directes entre état civil et empreintes digitales », *LOCALTIS*, mis en ligne le 03.11.2011, consulté le 18.11.2011, URL : <http://www.localtis.info/cs/ContentServer?pagename=Localtis/LOCActu/ArticleActualite&jid=1250262670214&cid=1250262667545>

des données biométriques posé par l'adoption de la carte d'identité électronique. Celle-ci serait de 15 ans d'après le gouvernement mais cette durée n'est pas précisée dans la proposition de loi ce qui suggère une conservation illimitée dans le temps.

A présent renvoyée devant l'assemblée pour validation, la proposition de loi risque de faire encore beaucoup de bruit au vu des nombreux réfractaires qui ne cessent de clamer l'importance des libertés individuelles. Les partisans de la « e-carte » d'identité, eux, y verront une manière de répondre à une dynamique européenne puisque déjà 10 pays européens comme la Belgique ou l'Allemagne l'ont adoptée.

En attendant l'entérinement de la proposition de loi par l'Assemblée nationale, il est incontestable que la carte d'identité électronique sera encore au cœur des débats législatifs et médiatiques.

## LE BLACKOUT DES SERVICES BLACKBERRY : RIM VOIT NOIR

Par Olivia Belouin

Suite à la panne mondiale des services BlackBerry, c'est un destin obscur qui fait face à la société canadienne Research In Motion (RIM). Deux plaintes, dont une en nom collectif (*class action*), ont été déposées auprès de la Cour Fédérale de Santa Ana en Californie et devant la Cour Supérieure du Québec.

Entre les 11 et 14 octobre 2011, s'est déroulé un *blackout* mondial pour les services BlackBerry (messageries, internet et *BlackBerry Messenger*). La société canadienne RIM, constructrice des *Smartphones* BlackBerry ne peut alors que constater cette gigantesque panne autant en Europe, qu'aux Etats Unis, ou bien encore au Moyen Orient. RIM exclut directement l'hypothèse d'un piratage de son système et explique la panne par une défaillance du commutateur au sein de son réseau.

En effet, comme l'explique la société « *l'infrastructure de BlackBerry est mondiale, avec des nœuds situés dans différentes zones géographiques* ». Le groupe canadien se distingue de ses pairs en disposant d'une infrastructure particulière : il possède ses propres centres de données pour une optimisation du fonctionnement de ses services, en offrant théoriquement à ses utilisateurs, la sécurité en plus.

Face à l'ampleur de cet événement et suite aux vives réactions des utilisateurs BlackBerry (principalement des professionnels), la société RIM s'excuse et essaie de faire passer la pilule *via* l'octroi d'applications gratuites à chacun de ses clients. Ce sont alors 100 dollars (soit environ 73 euros) d'applications gratuites à télécharger sur *BlackBerry App World* qui seront disponibles jusqu'au 31 décembre pour chaque client afin de récompenser leur patience. Cependant, les professionnels risquant d'être moins satisfaits, les entreprises clientes bénéficient en supplément d'un mois gratuit de maintenance technique en extension de leur contrat en cours, ou d'un mois d'essai gratuit en l'absence d'un tel contrat.

Une tentative qui s'avère veine puisque deux plaintes ont été récemment déposées à l'encontre de la société RIM. La première a été déposée devant la Cour Fédérale de Santa Ana (Californie), sous la forme d'une plainte en nom collectif (*class action*), pour « *rupture de contrat, négligence et enrichissement sans cause* ». La deuxième a été déposée devant la Cour Supérieure du Québec par le cabinet *Consumer Law Group* basé à Montréal, et pourrait bien finalement déboucher sur une *class action*. D'ailleurs, les déboires de la société RIM ne s'arrêtent pas là, puisqu'une autre plainte a été déposée par l'éditeur *Basis International* pour violation de la marque BBX.

Ces *class action* sont donc de mauvaise augure pour RIM puisque ce type d'action en nom collectif anglo-saxonne permet à un groupe de personnes investies d'un intérêt commun de se regrouper en une action unique afin de faire valoir leur droit ou d'obtenir une indemnisation commune. Les *class action*, qui n'existent toujours pas en France, ont la particularité de fréquemment revêtir un impact colossal. Afin de justifier leur demande en dommages et intérêts, les plaignants s'arguent du fait que la société RIM empoche quotidiennement 3,4 millions de dollars par le biais des services en question, et ce, y compris lors des quatre jours de panne où les utilisateurs n'ont pu effectivement en bénéficier. Cette *class action* n'est pas à prendre à la légère puisque selon les auteurs de la plainte, elle pourrait rassembler plusieurs millions de plaignants, étant donné que l'on compte plus de 2,4 millions d'utilisateurs de *Smartphones* BlackBerry, et ce rien qu'en Californie !

Série noire, donc, pour la société canadienne, qui voit chuter de moitié sa valeur en Bourse depuis janvier, perd des parts du marché international se situant loin derrière Android et perdant de la distance avec l'iOs d'Apple, tout en sachant que la panne lui a déjà coûté la modique somme de 100 millions de dollars de chiffre d'affaire selon *JPMorgan Case & Co.*

## Sources :

- [http://www.lemonde.fr/technologies/article/2011/10/27/panne-des-blackberry-plainte-collective-d-utilisateurs\\_1595251\\_651865.html](http://www.lemonde.fr/technologies/article/2011/10/27/panne-des-blackberry-plainte-collective-d-utilisateurs_1595251_651865.html)
- [http://www.lemonde.fr/technologies/article/2011/10/18/rim-tente-d-apaiser-ses-clients-avec-des-applications-gratuites\\_1589469\\_651865.html](http://www.lemonde.fr/technologies/article/2011/10/18/rim-tente-d-apaiser-ses-clients-avec-des-applications-gratuites_1589469_651865.html)
- [http://www.lemonde.fr/technologies/article/2011/10/13/blackberry-frappe-par-une-panne-technique\\_1586619\\_651865.html](http://www.lemonde.fr/technologies/article/2011/10/13/blackberry-frappe-par-une-panne-technique_1586619_651865.html)
- [http://www.lemonde.fr/technologies/article/2011/10/12/troisieme-jour-de-pannes-pour-les-services-du-blackberry\\_1586206\\_651865.html](http://www.lemonde.fr/technologies/article/2011/10/12/troisieme-jour-de-pannes-pour-les-services-du-blackberry_1586206_651865.html)
- <http://www.businessmobile.fr/actualites/panne-blackberry-une-plainte-en-recours-collectif-deposee-contre-rim-39765195.htm>
- <http://www.journaldunet.com/solutions/systemes-reseaux/blackberry-des-plaintes-apres-la-panne-geante-1011.shtml>
- <http://dictionnaire-juridique.jurimodel.com/Action%20collective%20ou%20class%20action.html>

n° 103

## CHRONIQUE – TÉLÉCOMMUNICATIONS

*Sous la direction de Frédéric Laurie  
Maître de conférences à l'Université d'Aix-Marseille*

## LE DUEL APPLE CONTRE SAMSUNG, UN COMBAT ACHARNE A COUPS DE BREVETS

*Par Benjamin Hersant*

Les deux mastodontes de l'électronique grand public se chamaillent pour des histoires de brevets. Au-delà de ces bisbilles se dessine une problématique plus large sur l'utilisation de ces titres de propriété industrielle comme instruments de préservation de leur pré-carré par les acteurs économiques.

**«Je vais détruire Android parce que c'est un produit volé. Je veux lui déclarer une guerre thermonucléaire »**

La haine de feu Steve JOBS envers le système d'exploitation de Google éclaire le bras de fer engagé avec Samsung, dont la plupart des téléphones mobiles et ardoises tactiles embarquent les solutions logicielles estampillées du robot vert. Sur fond d'atteinte à la propriété intellectuelle, chacune accuse l'autre de piller son savoir plutôt que d'innover pour prendre l'ascendant. Dans le secteur de la téléphonie mobile, ces plaintes sont monnaie courante, sauf qu'en l'occurrence, Apple cherche moins à faire valoir ses droits qu'à interdire la commercialisation des produits de son concurrent afin de gêner aux entournures le géant de la recherche.

### Côté pile, un réflexe de protection

C'est à un véritable feuilleton auquel nous assistons depuis le début de l'année, feuilleton qui est loin de s'achever.

Apple a mis le feu aux poudres le 20 avril dernier en entamant une procédure devant les tribunaux américains. A ses yeux, le Galaxy S copiait l'apparence de l'iPhone 3GS ainsi que son interface, deux éléments attachés au style californien. En représailles, Samsung internationalisa le conflit le 22 avril en déposant plainte en Allemagne, en Corée du Sud et au Japon, invoquant la violation de dix brevets liées à différentes technologies.

Le deuxième acte eut lieu en Australie au mois d'août, où le ton monta d'un cran. La firme de Cupertino força sa concurrente à signer un accord par lequel cette dernière s'engageait à interrompre la commercialisation et la promotion de la Galaxy Tab 10.1 le temps que la justice se prononce sur un conflit de propriété intellectuelle. Mis à l'écart d'un marché au fort potentiel, le conglomérat ripostera le mois suivant en dénonçant l'utilisation non-autorisée par Apple de standards de communication sans fil dans les troisième et quatrième générations de ses téléphones intelligents et dans la dernière version de l'iPad.

Entretemps, l'entreprise américaine avait déplacé le conflit au Japon et en Europe. C'est sur ce continent que la tension est la plus palpable puisque Apple a failli obtenir un blocage généralisé de la commercialisation de la Galaxy Tab 10.1 sur l'ensemble du Vieux Continent, blocage finalement limité à la seule Allemagne. S'ajoute à son tableau de chasse l'interdiction de la vente de trois smartphones aux Pays-Bas. En guise de contre-attaque, Samsung tente, de son côté, de bloquer la vente de l'iPhone 4S en Italie et en France.

### **Côté face, une manœuvre d'obstruction**

Cette querelle fragilise de façons différentes les deux protagonistes et soulève des interrogations sur la source de la dispute actuelle.

D'abord ouverte au dialogue et prête au compromis, l'entreprise sud-coréenne combat maintenant Apple avec ses propres armes. L'avenir commercial de plusieurs produits de sa gamme Galaxy, et en particulier son ardoise tactile, se décidera durant les fêtes de fin d'année, période cruciale à la fois en terme de ventes et de visibilité de ces appareils. Au regard de l'enjeu, il lui devient intolérable de demeurer plus longtemps dans l'impasse.

Sources :

El Pais

The Korea Times

Numerama

PC INpact

Wikipedia

En fin stratège, Apple a habilement placé des bâtons dans les roues de son principal adversaire sur le marché de la téléphonie mobile et freiné sa montée en puissance sur le marché des tablettes, égratignant Google au passage. Toutefois, la Pomme pratique un jeu périlleux en s'acharnant de la sorte car pour concevoir ses produits phares, elle se fournit abondamment auprès de la division Electronique de... Samsung. Nul doute que le partenariat est mis à rude épreuve.

Dans cette affaire, c'est bien le système des brevets qui est en cause. Les brevets ont été créés pour correspondre, dans les grandes lignes, au droit d'auteur appliqué au domaine des inventions. Toutefois, les dernières décennies ont montré qu'ils pouvaient être utilisés d'une autre manière, à savoir la constitution d'un arsenal dans le cadre d'une bataille juridique potentielle. Le système des brevets technologiques remplit-il correctement son rôle si la vente elle-même des produits est bloquée ? Le budget Recherche et Développement dépensé par les firmes devient en partie perdu à chaque nouveau pays dans lequel un produit touché devient interdit. Sommes-nous arrivés aux limites du système actuel ?

n° 104

## **CHRONIQUE – TÉLÉCOMMUNICATIONS**

*Sous la direction de Frédéric Laurie  
Maître de conférences à l'Université d'Aix-Marseille*

### **LA GEOLOCALISATION DES SALARIES : UN DISPOSITIF AUTORISE MAIS CONTROLE**

*Par Christelle Dardant*

La popularité des systèmes de géolocalisation des salariés, auprès des employeurs (près de 1800 demandes en 2010) impose à la Commission Nationale Informatique et Libertés (CNIL) et aux juges une étroite surveillance de l'exploitation de tels systèmes afin de protéger les salariés contre une éventuelle utilisation abusive. Pour cela, la CNIL a fixé des conditions restrictives auxquelles doivent répondre les demandes d'autorisation et les

juges s'assurent de leur respect tout au long du maintien du système.

Dans une délibération adoptée le 16 mars 2006 relative à la mise en œuvre de dispositifs destinés à géolocaliser les véhicules automobiles utilisés par les employés d'un organisme privé ou public, la CNIL définit les dispositifs de géolocalisation

comme un moyen « permettant aux employeurs privés ou publics de prendre connaissance de la position géographique, à un instant donné ou en continu, des employés par la localisation d'objets dont ils ont l'usage (badge, téléphone mobile) ou des véhicules qui leur sont confiés ».

**Dans le « Guide de la géolocalisation des salariés » la CNIL pose les règles à respecter pour mettre en place un système géolocalisation.**

Tout d'abord, l'employeur est tenu d'une information préalable des représentants du personnel et des personnes concernées de la mise en place du système. En cas de refus par le salarié ou si le salarié est libre dans l'organisation de ses déplacements, alors un tel système ne pourra être imposé.

Par la suite, l'employeur, en tant que responsable du traitement des données personnelles, doit en faire la déclaration à la CNIL. Le défaut de déclaration est puni de 5 ans d'emprisonnement et de 300.000 € d'amende et rend le dispositif inopposable aux employés, c'est-à-dire qu'il ne pourra utiliser les données collectées contre son employé.

La déclaration est marquée par un principe de spécialité. En effet, l'employeur doit préciser les finalités du traitement, c'est-à-dire les raisons et objectifs poursuivis, tels que la lutte contre le vol ou le suivi de l'activité des salariés. Le traitement envisagé des informations collectées, étant de nature à porter atteinte aux droits et libertés fondamentaux, doit être proportionné et strictement nécessaire à l'objectif poursuivi. Le détournement de finalité est puni de 5 ans d'emprisonnement et de 300.000 € d'amende.

L'employeur va en outre préciser dans sa déclaration la nature des informations qu'il entend traiter (nom de l'employé, immatriculation du véhicule, temps d'arrêt...). Il va préciser les personnes habilités à accéder aux données, en fonction de l'objectif poursuivi (service des ressources humaines, service comptable...)

Sources :

- Cour de cassation, Chambre sociale, 3 novembre 2011, n° pourvoi 10-18036
- Article 226-16 du Code pénal, article 226-20 du Code pénal, article 226-21 du Code pénal
- Article L.1121-1 du Code du travail
- TÜRK A., « Délibération n°2006-066 du 16 mars 2006 portant adoption d'une recommandation relative à la mise en œuvre de dispositifs destinés à géolocaliser les véhicules automobiles utilisés par les employés d'un organisme privé ou public », JO n°103 du 3 mai 2006, CNIL, consulté le 28 novembre 2011, URL : <http://www.cnil.fr/en-savoir-plus/deliberations/deliberation/delib/97/>

L'employeur ne doit conserver les données collectées que pour la durée nécessaire au traitement, c'est-à-dire le temps dont il a besoin pour atteindre l'objectif poursuivi par le dispositif. Par exemple, la durée de conservation des données relatives aux heures de travail est de 5 ans. La conservation des données pour une durée supérieure à celle qui a été déclarée est punie de 5 ans d'emprisonnement et 300.000 € d'amende.

**La chambre sociale de la Cour de cassation, dans un arrêt du 3 novembre 2011, rappelle ces conditions et sanctionne un employeur pour ne pas avoir respecté la finalité prévue dans la déclaration.**

En l'espèce, le salarié, tenu à un horaire de 35 heures par semaine, était libre de s'organiser, à charge pour lui de respecter le programme fixé et de rédiger un compte-rendu journalier précis et détaillé, lequel, selon le contrat de travail, devait faire la preuve de son activité. L'employeur a, par la suite, après information du salarié, installé un système de géolocalisation.

Après avoir rappelé le principe de proportionnalité et de spécialité du système de géolocalisation, la Haute Juridiction a constaté un détournement de la finalité telle que notifiée au salarié, à savoir, pour « *permettre l'amélioration du processus de production par une étude a posteriori de ses déplacements et pour permettre à la direction d'analyser les temps nécessaires à ses déplacements pour une meilleure optimisation des visites effectuées* ». En effet, l'employeur s'est fondé sur les données récoltées pour modifier la base de calcul de la rémunération, ce qui a constitué « *manquement suffisamment grave justifiant la prise d'acte de la rupture du contrat de travail aux torts de l'employeur* ».

A l'heure actuelle, la tendance étant la généralisation de la géolocalisation par l'entreprise, il convient de s'interroger sur la nécessité d'encadrer d'autres systèmes, mis en place à travers les instruments de mobilité (Smartphones, tablettes,...) ou encore par l'usage des réseaux sociaux, qui pourraient permettre de pister les salariés.

- CNIL, « GUIDE DE LA GÉOLOCALISATION DES SALARIÉS : Droits et obligations en matière de géolocalisation des employés par un dispositif de suivi GSM/GPS », CNIL, consulté le 28 novembre 2011, URL <http://www.cnil.fr/fileadmin/documents/approfondir/dossier/geolocalisation/Guide-geolocalisation.pdf>
- ActuelRH, « La géolocalisation des salariés est possible, mais sous conditions », L'Entreprise L'Express, mis en ligne le 9 novembre 2011, consulté le 28 novembre 2011, URL : [http://lentreprise.lexpress.fr/gestion-du-personnel/la-geolocalisation-des-salaries-est-possible-mais-sous-conditions\\_31221.html](http://lentreprise.lexpress.fr/gestion-du-personnel/la-geolocalisation-des-salaries-est-possible-mais-sous-conditions_31221.html)
- Brèves d'actualité, « Cassation : les restrictions à la géolocalisation des salariés », Legalis, mis en ligne le 18 novembre 2011, consulté le 28 novembre 2011, URL : [http://www.legalis.net/spip.php?page=breves-article&id\\_article=3266](http://www.legalis.net/spip.php?page=breves-article&id_article=3266)
- DUHEN W., « Géolocalisation et droit: surveillance des salariés », Legaletic, mis en ligne le 22 juin 2010, consulté le 28 novembre 2011, URL : <http://www.legaletic.fr/geolocalisation-et-droit-surveillance-des-salaries/>
- LEMAIRE B., « La géolocalisation des salariés est d'un usage limité », CIO-Online, mis en ligne le 17 novembre 2011, consulté le 28 novembre 2011, URL : <http://www.cio-online.com/actualites/lire-la-geolocalisation-des-salaries-est-d-un-usage-limite-3956.html>
- ROVIRA D., « Pister les déplacements des salariés : les employeurs sous contrôle », L'Entreprise L'Express, mis en ligne 5 avril 2011, consulté le 28 novembre 2011, URL : [http://lentreprise.lexpress.fr/gestion-du-personnel/pister-les-deplacements-des-salaries-les-employeurs-sous-controle\\_28956.html](http://lentreprise.lexpress.fr/gestion-du-personnel/pister-les-deplacements-des-salaries-les-employeurs-sous-controle_28956.html)
- CHHUM F., « La géolocalisation illicite d'un salarié permet à celui-ci de prendre acte de la rupture de son contrat de travail », Village-Justice, mis en ligne le 7 novembre 2011, consulté le 28 novembre 2011, URL : <http://www.village-justice.com/articles/geolocalisation-illicite-salarie-permet,11112.html>
- Cabinet BENSOUSSAN, « La géolocalisation des véhicules des salariés », Cabinet Alain BENSOUSSAN, mis en ligne mars 2006, consulté le 28 novembre 2011, URL : <http://www.alain-bensoussan.com/avocats/la-geolocalisation-des-vehicules-des-salaries/2009/12/11>

n° 105

## CHRONIQUE – DROIT D'AUTEUR

Sous la direction de Xavier Agostinelli  
Maître de conférences à l'Université du Sud, Toulon-Var

## UBUNTU OU LE SYSTEME QUI MARCHE « LIBREMENT »

Par Jeremy Pappalardo

La version 11.10 de la distribution Ubuntu, sortie le 13 octobre dernier, ajoute une nouvelle pierre à l'édifice du libre. En effet le fondateur de Canonical multiplie les choix tactiques et les annonces chocs pour imposer son système d'exploitation comme une « *alternative viable aux services offerts par l'opérateur dominant sur le marché de l'ordinateur individuel* » (Tribunal de Première Instance des Communautés Européennes, première chambre, ordonnance du président du tribunal, 8 avril 2011).

### **L'idéologie fondatrice et directrice du libre**

*Ubuntu* est un mot issu du bantou, un dialecte africain. La notion d'*ubuntu* peut se définir par « *je suis ce que je suis grâce à ce que nous sommes tous* ». Le choix d'un tel nom n'est pas fortuit,

Canonical souhaite faire de son système d'exploitation, une vitrine de premier rang pour la promotion du *libre*, fortement liée à cette idée d'union ou d'entraide. Il faut noter que le terme *libre* utilisé improprement par de nombreux internautes, recouvre un ensemble hétéroclite de licences françaises ou étrangères qui vise à encadrer la diffusion ou la mise à disposition pour le public du logiciel qui en est l'objet. A la différence de l'*open source* qui ne désigne que le fait de rendre disponible en lecture le code source d'une application, le libre fait référence à une démarche bien plus avancée en terme de droits. L'utilisateur d'un logiciel libre peut l'utiliser, le distribuer, le modifier et distribuer sa propre modification. Contrairement à une idée reçue, choisir de diffuser sa propre création sur un modèle libre n'induit pas un abandon ses droits sur celle-ci. Bien au

contraire, le développeur use de son droit de propriété intellectuelle en définissant discrétionnairement le modèle de diffusion de sa création. Grâce à ces licences libres, et comme en témoigne la *timeline* des distributions, Ubuntu est née à partir d'une distribution préexistante (Debian) et a donné naissance des dizaines d'autres.

En application de la philosophie de la marque, Ubuntu est un système d'exploitation stable et fonctionnel livré libre, c'est-à-dire que chacune des applications natives est diffusée par son créateur sur ce modèle. L'utilisateur est ensuite en mesure d'installer simplement d'autres logiciels libres ou propriétaires pour satisfaire ses besoins informatiques ou bureautiques.

### **Un leadership grandissant**

Sa démarche comme sa politique commerciale ont permis à Canonical d'acquérir un leadership significatif sur le marché du libre. Si, en effet, le libre est naturellement marqué par des considérations humanistes, cela n'implique pas son incompatibilité avec le marché mondialisé. Ainsi, il existe un marché du libre et de nombreux opérateurs économiques exploitent ou ont exploité cette ressource variée et moderne. Dell, HP ou encore Google et son Android OS basé sur le noyau linux prouvent que le libre est un outil aux fins multiples, parfois même déviantes si l'on considère que c'est le libre qui a permis à MacOSX de naître et de devenir ce l'on connaît aujourd'hui.

Canonical quant à lui s'est peu à peu imposé comme la référence du système d'exploitation libre et fonctionnel. Dans le paysage public français, les exemples sont nombreux, la gendarmerie nationale prévoit, entre 2010 et 2015 le déploiement d'un parc informatique Ubuntu à raison de 10.000 postes par an. Dans leur permanences locales, les députés de l'Assemblée Nationale ont bénéficié d'une migration vers ce même système. Le Conseil Général des Deux-Sèvres a lui aussi fait ce choix innovant. A

Sources :

- [wikipedia.fr](http://wikipedia.fr)
- [geekdefrance.fr](http://geekdefrance.fr)
- [01net.com](http://01net.com)
- [lemagit.fr](http://lemagit.fr)
- [canonical.com](http://canonical.com)
- [linuxfr.org](http://linuxfr.org)
- [google trends](http://google trends)

noter d'ailleurs que ce dernier est allé jusqu'à permettre plusieurs choix de versions du système.

A une échelle plus importante, le *Google Trend Ubuntu 2011*, présenté notamment par planet-libre se fait l'écho de la montée en puissance d'Ubuntu. *Google Trend* est un outil mis en place en 2003 par la société californienne, qui permet de connaître la fréquence de recherche d'un ou plusieurs termes en comptabilisant le nombre de fois qu'ils sont renseignés dans le moteur de recherche. Étant donné la popularité de celui-ci, ce genre d'exercice est un bon indicateur de la présence d'un phénomène ou d'un acteur sur la *net sphère*. De plus, l'outil est une branche du Google Labs et permet donc de visualiser ces résultats sous différentes formes (le lien ci-dessus en donne un très bon exemple d'utilisation).

### **Le positionnement futur pour Ubuntu**

Comme l'a encore rappelé le fondateur et PDG de Canonical dans une récente (et longue !) interview, Ubuntu devra trouver un positionnement efficace sur les marchés à venir. «*Je crois qu'il est important que le coeur d'Ubuntu fonctionne bien sur les téléphones, sur les télévisions, en tant que système embarqué et sur les desktop traditionnels*». Cela explique notamment le choix de Unity comme interface native du système ; qu'on le salue ou qu'on le regrette, c'était donc une décision tactique s'inscrivant dans une stratégie commerciale. Ainsi, au côté des ordinateurs traditionnels ou encore des serveurs Ubuntu a vocation à devenir multiplateforme et donc nécessairement interopérable. C'est là que réside, à notre sens, le défi majeur de la firme. Microsoft parlait déjà dans son rapport fiscal de 2009 (anglais, fin page 4) d'une «*forte compétition de compagnies bien établies et aux approches différentes*», et a depuis agi pour maintenir sa place confortable. Pour faire le poids face à de tels concurrents Canonical doit redoubler d'inventivité pour que l'interopérabilité, en ce qu'elle autorise la curiosité, permette le changement.

## LE LIVRE NUMERIQUE OU L'EXPROPRIATION DES DROITS DES AUTEURS DES OEUVRES INDISPONIBLES

Par Swanie Fournier

Le livre numérique bouleverse actuellement « la chaîne du livre » en France par l'apparition de nouveaux acteurs économiques comme Google. La numérisation du livre présente deux enjeux majeurs. D'une part un objectif culturel est poursuivi puisque le livre est le support privilégié de diffusion de la culture. D'autre part il s'agit d'un bien marchand mettant en œuvre une industrie qui impacte le droit d'auteur. C'est dans ce cadre que s'inscrit la proposition de loi du 8 novembre 2011 qui vise à imposer une gestion collective pour l'exploitation numérique des œuvres dites indisponibles.

L'objectif de ce texte est de combler le « trou noir » qui existe sur le marché du livre numérique. En effet les œuvres susceptibles d'être numérisées sont celles dont les droits patrimoniaux sont déchés et les œuvres dont l'exploitation numérique est prévue expressément dans un contrat d'édition. Or pour la plupart des œuvres du XX<sup>ème</sup> siècle il est rare qu'une telle exploitation ait été envisagée. En réalité il existe une ambiguïté sur la titularité des droits. En effet le contrat d'édition procède à un transfert du droit de reproduction de l'œuvre en plusieurs exemplaires à un éditeur. Or le livre numérique ne suppose pas forcément la création d'exemplaires et certains modes de consommation par voie électronique mettent en œuvre le droit de représentation de l'œuvre. La loi étant d'interprétation stricte, tout droit qui n'a pas été expressément cédé appartient toujours à l'auteur d'autant plus que « l'abandon préalable et général des appréciations exclusives des utilisations » d'une œuvre à un éditeur constitue une atteinte au droit moral. L'accord de l'auteur s'avère donc nécessaire. Mais le préambule de la proposition de loi nous informe que recueillir cet accord est un travail fastidieux et onéreux pour les éditeurs. C'est pourquoi elle veut leur permettre de se passer de cette formalité par une gestion collective obligatoire.

La proposition de loi définit l'œuvre indisponible du XX<sup>ème</sup> siècle comme « une œuvre non disponible commercialement de façon licite dans un format papier ou numérique, publiée en France sous forme de livre avant le 31 décembre 2000 ». Il s'agit

d'œuvres toujours protégées par le droit d'auteur qui n'ont plus été rééditées comprenant entre autres les œuvres orphelines c'est à dire les œuvres dont les auteurs ou les ayants droit ne sont pas ou plus connus. La proposition de loi s'intéresse aux œuvres publiées sous forme de livre. Reste à savoir ce qu'est exactement un livre. Aucune loi à ce jour ne définit juridiquement le livre si ce n'est le droit fiscal, droit autonome, dont la définition ne s'impose pas aux autres branches du droit. L'œuvre doit ensuite être indisponible dans le commerce. Mais cette indisponibilité est-elle assortie d'un délai ? Une œuvre épuisée sera-t-elle immédiatement considérée comme indisponible ?

La proposition prévoit que les œuvres indisponibles seront inscrites sur un répertoire public. A partir de là, l'auteur aura 6 mois pour s'opposer à l'inscription de l'œuvre tout comme l'éditeur qui s'il exerce ce droit se verra obligé d'exploiter l'œuvre dans un délai de 2 ans. Après le délai écoulé, une société de perception et de répartition des droits d'auteur se verra transférer « le droit de reproduction au format numérique de l'œuvre et le droit de représentation via un réseau de communication au public en ligne ». Ce mécanisme ressemble au système d'*opt-out* mis en place par Google, jugé récemment trop attentatoire au *copyright* par les juges américains. Dans ce système les ayants droit doivent se manifester expressément pour être désinscrits. Comment l'auteur sera averti de l'inscription de son œuvre sur le registre ? Une procédure de publication est envisagée par décret mais pour l'instant nous ignorons quelle forme celle-ci prendra. Dans tous les cas l'éditeur en tant que professionnel disposera davantage de moyens pour suivre les flux d'inscription des œuvres.

Une fois l'autorisation « acquise » la société devra rechercher l'éditeur de l'œuvre pour lui proposer un contrat de préférence sous forme d'une licence exclusive de 5 ans renouvelable pour l'exploitation de l'œuvre sous forme numérique. L'éditeur aura 2 mois pour répondre. S'il refuse ou s'il n'exploite pas l'œuvre dans un délai de 3 ans la société pourra proposer des licences non exclusives d'une durée de 5 ans renouvelables à tout intéressé ce qui

revient ni plus ni moins à une cession permanente des droits patrimoniaux de l'auteur. La différence avec le système Google est qu'il n'y a pas constitution d'un monopole sauf lorsque l'éditeur retrouve une exclusivité.

Que devient l'auteur qui semble très effacé dans cette procédure ? Celui-ci dispose d'un délai de 2 mois à compter de la réponse de l'éditeur pour s'opposer à la licence.

Tout d'abord, il peut prouver que le contrat d'édition originaire était caduc. L'éditeur devra-t-il avertir l'auteur que la société lui a proposé un contrat ? Normalement cette obligation lui incombe mais dans ce cas la proposition de loi perd tout son intérêt puisqu'elle a vocation à se passer de cet agrément. Il semble que l'éditeur n'ait pas à informer l'auteur. Comment ce dernier sera-t-il averti de l'existence du contrat ? Un éditeur pourrait éventuellement retrouver une exclusivité dans l'exploitation d'une œuvre qui n'était plus dans son catalogue.

La loi permet ensuite à l'auteur de retirer son œuvre du registre s'il prouve qu'il est seul titulaire des droits transférés à la société ce qui sera sans doute souvent le cas puisque la loi a été créée à cause de l'absence de clause expresse de transfert dans les contrats d'édition. Le retrait suppose que l'auteur exploite son œuvre à titre exclusif sous forme numérique sans qu'une obligation d'exploitation pèse sur lui. Néanmoins, même si l'auteur retire son œuvre du registre, les licences qui auront été licitement accordées seront toujours valables. L'auteur ne peut donc pas récupérer le monopole d'exploitation de son œuvre. Nous pouvons d'ailleurs discuter de la licéité de la licence si les droits transférés appartenaient toujours à l'auteur. Ce procédé porte clairement atteinte aux droits moraux de l'auteur et notamment à son droit de retrait et de repentir ainsi qu'à ses droits patrimoniaux.

Reste à savoir ce qui se passe pour les œuvres orphelines. Les recettes générées par ces œuvres seront reversées à un fond d'aide à la création. Mais que représente exactement le volume de ces œuvres ?

Sources :

Article L. 123-1 et suivant du code de la propriété intellectuelle

Article L. 132-1 du code de la propriété intellectuelle

Article L. 121-1 du code de la propriété intellectuelle

Article L. 121-4 du code de la propriété intellectuelle

Article L.122-1 du code de la propriété intellectuelle

Cass. Civ1, 28 janvier 2003, N° de pourvoi: 00-20014, Bulletin 2003 I N° 28 p. 23, JCP 2003 IV n° 1494,

ALLEAUME, Ch., « Loi relative au prix du livre numérique : trop d'ambition dans sa portée, pas assez sur son objet », *Légipresse*, n°286, septembre 2011, p. 505-507

ASSEMBLEE NATIONALE, proposition de loi relative à l'exploitation numérique des livres indisponibles du XXe siècle, 8 novembre 2011, consulté le 16 novembre 2011, <http://www.assemblee-nationale.fr/13/propositions/pion3913.asp>

BATTISTI, M., « Une gestion collective pour faire renaître les livres épuisés et orphelins », *Paralipomènes*, mis en ligne le 1er novembre 2011, consulté le 16 novembre 2011, <http://paralipomenes.net/wordpress/archives/6102#more-6102>

CHAMPEAU, G., « La gestion façon Sacem des livres indisponibles s'invite à l'Assemblée », *Numerama*, mis en ligne le 11 novembre 2011, consulté le 16 novembre 2011, <http://www.numerama.com/magazine/20537-la-gestion-facon-sacem-des-livres-indisponibles-s-invite-a-l-assemblee.html>

CHAMPEAU, G., « Vers une gestion façon Sacem des livres devenus introuvables ? », *Numerama*, mis en ligne le 28 octobre 2011, consulté le 16 novembre 2011, <http://www.numerama.com/magazine/20367-vers-une-gestion-facon-sacem-des-livres-devenus-introuvables.html>

DEMEESTERE, L., « Droit d'auteur et livre numérique », *mémoire Paris II Panthéon Assas DESS Droit du multimédia et de l'informatique*, 2003-2004, consulté le 16 novembre 2011, [http://manuscritdepot.com/edition/documents-pdf/droit\\_auteur\\_livre\\_numerique.pdf](http://manuscritdepot.com/edition/documents-pdf/droit_auteur_livre_numerique.pdf)

MINISTERE DE LA CULTURE ET DE LA COMMUNICATION, « Prix du livre, Mode d'emploi », Direction du livre et de la lecture, consulté le 16 novembre 2011, <http://www.culture.gouv.fr/culture/dll/prix-livre/prix-1.htm>

MOREL, L., « Numérisation : la grande manœuvre des indisporphelines », *S.I.Lex*, mis en ligne le 12 novembre 2011, consulté le 16 novembre 2011, <http://scinfolex.wordpress.com/2011/11/12/numerisation-la-grande-manoevre-des-indisporphelines/#more-3656>

UNION EUROPEENNE, « Stratégie numérique: encourager la numérisation des œuvres culturelles de l'UE pour favoriser la croissance », communiqué de presse, mis en ligne le 28 octobre 2011, consulté le 10 novembre 2011,

## LES DROITS VOISINS ETENDUS DE 50 A 70 ANS PAR L'UNION EUROPEENNE

Par Aurélie Mivielle

La Directive 2011/77/UE adoptée par le Parlement Européen et le Conseil de l'UE le 27 septembre 2011 modifie la Directive 2006/116/CE, allongeant notamment de 20 ans de la durée de protection des droits voisins des artistes interprètes et des producteurs de phonogrammes.

### Une évolution indispensable au regard de la situation des artistes interprètes, ou une fausse bonne idée ?

Depuis la Directive 2006/116/CE, la durée de protection des droits voisins détenus par les artistes interprètes et les producteurs de phonogrammes est fixée à 50 ans à compter de la première interprétation ou fixation de l'œuvre, alors que les droits de l'auteur sont protégés jusqu'à 70 ans après sa mort. Codifiée en droit interne aux articles L211-4 et suivants du Code de la Propriété Intellectuelle, cette directive avait consisté en une première étape de modernisation et d'harmonisation du droit en la matière dans les pays de l'UE, les dispositions de 1993 alors en vigueur se révélant obsolètes.

Aujourd'hui, le texte de 2006 est modifié à son tour via la Directive 2011/77/UE adoptée le 27 septembre 2011 par le Parlement Européen et le Conseil de l'UE : la protection des droits des artistes interprètes et des producteurs phonographiques est étendue à 70 ans, s'alignant ainsi sur la protection déjà accordée aux auteurs.

Aboutissement de près de 3 ans de débats agités, cette nouvelle directive émane d'une proposition du député irlandais Brian CROWLEY adoptée par le Parlement dès 2009. Excluant toutefois les comédiens et producteurs audiovisuels, son principal objectif était de « *donner davantage de pouvoir aux artistes face aux compagnies lors de la renégociation de leurs contrats* » selon Brian CROWLEY, qui précisait en outre que les études d'impacts annonçaient un gain de 150 à 2000 euros par an aux bénéficiaires grâce à l'extension de leurs droits.

Cependant, cette mesure ne faisait guère l'unanimité au sein des Etats membres. Au Parlement, les délégations belge, tchèque, néerlandaise, luxembourgeoise, roumaine, slovaque, slovène et suédoise s'y sont opposées lors du vote de 2009 et les associations de consommateurs y voient toujours des effets au détriment du domaine public qui s'en trouverait alors affaibli. Pour d'autres, de nouvelles études démontrent le peu de retombées qu'aurait réellement pour les artistes interprètes l'extension de la durée de leurs droits, sauf pour les artistes les plus renommés. Ils dénoncent ainsi plus globalement ce qu'ils qualifient de système « *dont il serait bon de remédier à l'iniquité* »[1] avant tout. Outre le manque d'apport direct aux artistes bénéficiaires, selon ses détracteurs cette directive ne répond qu'aux attentes des majors de l'industrie du disque craignant la perte prochaine de leurs droits sur des catalogues anciens mais plus que rentables comme ceux des Beatles. La prolongation de leurs droits rend, pour elles, secondaire la nécessité d'investir dans la production de nouveaux artistes et ce au détriment de la création et du soutien aux jeunes artistes.

C'est pourtant bien sur cette seule volonté de protéger les artistes interprètes, notamment en leur assurant des revenus tout au long de leur existence, que s'appuie le texte définitif tel que publié au Journal Officiel de l'UE le 11 octobre dernier : les multiples dispositions adoptées, si elles concernent les producteurs comme les artistes interprètes, bénéficient concrètement à ces derniers.

Il ressort des termes de la directive que la nécessité d'une réforme en leur faveur s'est imposée aux membres du Conseil. Attentifs à leur situation, ils ont relevé dans leurs travaux « *l'importance sociale reconnue à (leur) contribution créative* » et déploré que bien souvent la durée actuelle de 50 ans « *ne suffise pas à protéger leurs exécutions pendant toute leur vie* ». Aujourd'hui, pour Michel BARNIER, cette décision « *fera une réelle différence pour les artistes interprètes...(leur donnant) la reconnaissance et la récompense qu'ils méritent* »[2].

## Principales mesures remarquables

Pour répondre aux problématiques ainsi constatées, les modifications faites à la directive de 2006 ne concernent que les artistes interprètes et producteurs phonographiques et uniquement dans le cadre d'enregistrements sonores. Elles consistent principalement en 3 séries de mesures relatives à :

- l'extension de 50 à 70 ans de la protection des droits voisins des artistes interprètes ou exécutants et des producteurs de phonogrammes : envisagée initialement jusqu'à 95 ans, sur le modèle étatsunien, la durée de 70 ans retenue apparaît conforme à l'objectif affiché de protéger l'artiste durant toute sa vie.
- la mise en place du principe de « use it or lose it » : ce système instaure le retour à l'artiste interprète ou exécutant, des droits sur la fixation détenus par le producteur de disques qui, dans une certaine période, ne mettrait pas, ou pas assez, en vente les titres qui, sans prolongation, seraient tombés dans le domaine public, ou encore qui s'abstiendrait de les mettre à disposition du public. Le contrat par lequel l'artiste interprète ou exécutant avait préalablement cédé ses droits à son producteur pourra être ainsi résilié sous conditions.
- l'obligation imposée aux producteurs de phonogrammes de réserver, au moins une fois par an, 20% des recettes issues des droits exclusifs de distribution, de reproduction et de mise à disposition de phonogrammes : la somme ainsi constituée, administrée par des sociétés de gestion collective, sera reversée annuellement au seul bénéfice des artistes interprètes ou exécutants ayant, lors de la fixation de leur exécution, transféré ou cédé leurs droits auxdits producteurs en échange d'un paiement unique. Pour ceux ayant opté pour une contractualisation basée sur le principe d'une rémunération récurrente ou

d'une avance sur redevances, une mesure d'accompagnement destinée à rééquilibrer leurs contrats devra être prévue par les Etats membres.

Enfin, on notera que la nouvelle directive apporte également du renouveau en matière de droit d'auteur en harmonisant dans l'Union la durée de protection des compositions musicales comportant des paroles. En effet, jusqu'alors, certains Etats membres distinguaient, pour ce type d'œuvre, le régime de protection des paroles de celui de la musique. Une durée de protection unique de 70 ans après la mort du dernier auteur survivant a été décidée, sous condition cependant « *que les deux contributions aient été spécialement créées pour ladite composition musicale comportant des paroles* ».

## Mesures transitoires et conditions de transposition

Sauf disposition contractuelle contraire, tout contrat de transfert ou de cession conclu avant le 1<sup>er</sup> novembre 2013 est réputé continuer à produire ses effets au-delà de la date à laquelle aurait cessé la protection des droits de l'artiste interprète ou exécutant dans sa rédaction en vigueur au 30 octobre 2011.

De plus, la Directive 2011/77/UE prévoit que la Commission devra, d'ici novembre 2016, présenter au Parlement Européen, au Conseil et au Comité économique et social européen un rapport permettant d'évaluer son application, au vu notamment du marché numérique, et de proposer en conséquence d'éventuelles modifications complémentaires de la directive de 2006.

Publiée le 11 octobre 2011, la Directive 2011/77/UE entrera en vigueur le vingtième jour suivant cette date, à savoir le 31 octobre 2011 et la transposition en droit interne dans chaque Etat membre devra intervenir au plus tard le 1<sup>er</sup> novembre 2013.

Sources :

- IRMA : Centre d'information et de ressources pour les musiques actuelles, « Les droits voisins étendus à 70 ans par le Parlement Européen », article du 27/04/2009 <http://www.irma.asso.fr/Les-droits-voisins-etendus-a-70>
- IRPI : Institut de Recherche en Propriété Intellectuelle, « La durée des droits voisins dans l'Union européenne étendue de 50 à 70 ans », par Benoît GALOPIN, dans « Lettre d'information n° 46, septembre 2011 » [http://www.irpi.cci.fr/upload/news/2011/46\\_septembre2011/46\\_da.htm#1](http://www.irpi.cci.fr/upload/news/2011/46_septembre2011/46_da.htm#1)
- Numérama, « Droits d'auteur : 20 ans de plus pour les producteurs et musiciens », par Guillaume CHAMPEAU, article du 09/09/2011 <http://www.numerama.com/magazine/19701-droits-d-auteur-20-ans-de-plus-pour-les-producteurs-et-musiciens.html>
- Les actualités du droit Lamy, dans « La durée des droits voisins étendue à 70 ans », par Lionel COSTES, article du

15/09/2011 <http://actualitesdudroit.lamy.fr/Accueil/Articles/tabid/88/articleType/ArticleView/articleId/119695/La-duree-des-droits-voisins-etendue-a-70-ans.aspx>.

- Commission Européenne [http://ec.europa.eu/internal\\_market/copyright/term-protection/term-protection\\_fr.htm](http://ec.europa.eu/internal_market/copyright/term-protection/term-protection_fr.htm)
- Directive 2011/77/UE du 27/09/11 publiée au Journal Officiel de l'Union Européenne le 11/10/2011 <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:L:2011:265:0001:0005:FR:PDF>

[1] Propos de Guy BONO rapportés dans « Les droits voisins étendus à 70 ans par le Parlement Européen », article du 27/04/2009, IRMA : <http://www.irma.asso.fr/Les-droits-voisins-etendus-a-70>

[2] Propos de Michel BARNIER, Commissaire européen au Marché Intérieur, rapportés dans « La durée des droits voisins étendue à 70 ans », article du 15/09/2011, par Lionel COSTES, Les actualités du droit Lamy : <http://actualitesdudroit.lamy.fr/Accueil/Articles/tabid/88/articleType/ArticleView/articleId/119695/La-duree-des-droits-voisins-etendue-a-70-ans.aspx>.

n° 108

CHRONIQUE – DROIT D'AUTEUR

*Sous la direction de Xavier Agostinelli  
Maître de conférences à l'Université du Sud, Toulon-Var*

## L'ACCORD UNIVERSAL-DEEZER : VERS UN MODELE UNIQUE DE STREAMING MUSICAL PAYANT

*Par Marie-Béatrice Meunier*

L'année 2011 a indéniablement été une année importante dans l'histoire du *streaming* musical. En effet, cette année a vu s'effriter le modèle proposé jusqu'alors par les principaux sites de *streaming* musical, c'est à dire une offre de *streaming* gratuite (appelée freemium), illimitée et rémunérée uniquement par la publicité.

Si le *streaming* musical a eu autant de succès ces dernières années c'est parce qu'il s'est révélé comme une excellente alternative au téléchargement illégal. Les internautes y trouvent leur compte en pouvant écouter gratuitement un catalogue de musique important et varié ainsi que les producteurs et les maisons de disques qui autorisent la diffusion de la musique en contrepartie d'une rémunération calculée sur la publicité. Il semble cependant, que la rémunération perçue ne satisfasse plus ces derniers, notamment les majors, ce qui s'est traduit dans les négociations des nouveaux contrats de licences d'exploitation des catalogues de celles-ci.

Pourtant, l'année 2011 avait bien commencé avec la signature des 13 engagements pour la musique en ligne en janvier mais ce n'était qu'une entente de façade dissimulant un conflit qui allait rythmer les mois à venir et révolutionner le modèle du *streaming* gratuit.

Les principaux protagonistes de cette révolution sont Spotify et Deezer (dont l'éditeur est Blogmusik) les deux sites d'écoute de musique en diffusion continue qui sont leaders respectueusement du marché européen et du marché français, ainsi qu'Universal music première major au monde.

Tout d'abord, c'est le principe de l'écoute illimitée qui a été remise en cause au début de l'année par Spotify qui est passé en avril 2011 à une limitation de 10 h par mois et de 5 écoutes par morceau (sauf pour les nouveaux inscrits qui profitent pendant 6 mois d'une offre illimitée et gratuite).

Deezer passera quelques mois plus tard, en juin 2011, à la limitation de son offre : les inscrits qui ont un compte gratuit ne peuvent écouter que 5 h maximum de musique par mois (les non-inscrits ayant droit à une écoute de 5 titres). Cette décision de Deezer fait suite aux tractations interminables avec Universal music France qui se déroulaient depuis le mois de novembre de l'année dernière, suite à l'extinction, en décembre 2010, du contrat de licence d'exploitation du catalogue de la major. Après avoir refusé dans un premier temps les contrats et les conditions d'Universal music France, Deezer cède et décide de limiter le temps d'écoute. Cette concession a plusieurs origines : la première résulte de la mise en demeure en date du 16 mai 2011 adressée par Universal à l'encontre de Deezer

lui notifiant de cesser toute exploitation du catalogue. La deuxième est relative à Spotify, Deezer s'aligne sur son concurrent qui a lui accepté les conditions d'Universal et qui, par conséquent, continue d'exploiter le catalogue.

Cependant, Universal music France ne revendique pas une simple limitation de la durée des écoutes. En effet, la major veut aussi et surtout limiter l'écoute d'un même morceau, en témoigne cette phrase prononcée par son PDG, Pascal Nègre, lors de son passage à l'émission Univox sur Radio Campus en janvier 2011 et retranscrite par Rue89 : « Quand on voit des gens qui écoutent 35 fois la même chanson, vous vous dites qu'au bout d'un moment, le gars, il faut qu'il aille acheter le titre ».

Ainsi, peu satisfait de la dernière concession de Deezer, Universal music France saisit le 10 juin 2011 en référé le Tribunal de grande instance de Paris arguant de la contrefaçon présumée de Blogmusik, l'éditeur du site Deezer, dans l'utilisation de son catalogue sans autorisation de la major.

Pour sa défense, Deezer invoque le droit de la concurrence et considère que l'attitude d'Universal music France est constitutive d'un abus de position dominante rendant inopérable l'action en contrefaçon de la major.

Dans une ordonnance de référé rendue le 5 septembre 2011, le juge rend une décision intéressante mais pas nouvelle. Le juge a en effet fait primer le droit de la concurrence sur le droit d'auteur arguant que Deezer a suffisamment établi « la possibilité que la société Universal music France ait commis un abus de position dominante qui a pour effet de la priver de revendiquer des mesures d'interdiction fondées sur le droit d'auteur qu'elle revendique puisqu'aucun trouble manifestement illicite ne peut être allégué ». D'après le juge, Universal music France, qui pèse entre 35 et 45% du marché, est en position dominante sur le marché français de la musique en ligne en ce que son catalogue représente un

« élément incontournable et donc indispensable pour la taille et la couverture de la plateforme ».

Immédiatement, afin de maintenir Deezer sous pression, Universal fait savoir par le biais d'un communiqué qu'« en raison de l'importance fondamentale de cette question pour les ayants droit de la musique, il importe que la juridiction du fond qu'Universal va saisir se prononce ».

Mais, nouveau rebondissement dans cette affaire qui restera dans les annales : fin septembre plusieurs sites spécialisés annoncent qu'un accord a été conclu entre Deezer et Universal music France dans lequel Deezer accepte finalement toutes les conditions exigées par la major, à savoir une limitation à 5 écoutes maximales par morceau. Cette limitation devrait rentrer en vigueur en 2013 à la condition que Deezer convainc de nouvelles personnes à prendre un abonnement payant, ce qui est loin d'être gagné : le taux de conversion en abonnés payant étant inférieur à 10% selon une étude de la SACEM relayée par les Inrocks.

Le *streaming* musical payant semble désormais être le nouveau modèle de *streaming* musical alors que le *streaming* musical gratuit est amené à ne plus servir que de faire valoir au *streaming* payant. En témoigne l'ouverture de Spotify au marché américain qui propose aux nouveaux abonnés 6 mois de *streaming* gratuit et illimité dans l'unique but de séduire l'internaute et de l'amener à souscrire à la formule payante à la fin de la période gratuite.

Si cette formule contente les majors, il n'est pas du tout acquis qu'elle séduise les internautes. Au contraire, il se peut que cette formule ait pour effet de relancer le téléchargement illégal, qui était en forte baisse grâce au *streaming* musical gratuit, et ainsi de signifier la mise à mort du *streaming* payant par le report des internautes non pas seulement sur le téléchargement illégal mais aussi sur d'autres types de *streaming* comme les sites YouTube et Dailymotion. Un cercle infernal.

Sources :

<http://www.legalis.net/spip.php?article3226>

<http://www.latribune.fr/technos-medias/medias/20110905trib000646893/universal-vs-deezer-le-texte-integral-du-jugement.html>

[http://www.murielle-cahen.com/publications/p\\_deezer.asp](http://www.murielle-cahen.com/publications/p_deezer.asp)

<http://www.pcinpact.com/actu/news/64093-limite-5h-ecoute-deezer-explique.htm?vc=1&p=2>

<http://www.numerama.com/magazine/19890-l-affaire-universal-vs-deezer-se-termine-par-un-accord-amiable.html>

<http://www.numerama.com/magazine/19713-pourquoi-universal-a-perdu-contre-deezer-en-refere.html>

<http://www.zdnet.fr/actualites/deezer-accepte-la-limitation-pronee-par-universal-de-5-ecoutes-par-morceau-39764298.html>

<http://www.lefigaro.fr/medias/2011/09/05/04002-20110905ARTFIG00571-deezer-continuera-a-diffuser-le-catalogue-universal.php>  
<http://www.zdnet.fr/actualites/spotify-lance-aux-etats-unis-sans-les-restrictions-sur-le-streaming-gratuit-39762506.htm>

n° 109

CHRONIQUE – DROIT D'AUTEUR

*Sous la direction de Xavier Agostinelli  
 Maître de conférences à l'Université du Sud, Toulon-Var*

## DE LADY GAGA A LADY PLAGIAT, D'UNE PROVOCATION ARTISTIQUE A UN SCANDALE JURIDIQUE

*Par Vincent Arnaud*

La chanteuse Lady Gaga espérait bien faire parler d'elle avec son clip intitulé « *Judas* »,.. Finalement, c'est une prouesse rare de double accusation de plagiat pour la même chanson, à laquelle s'ajoute une accusation portant sur la pochette d'album, qui risque de remettre en avant la réputation de la pop star. Une polémique forcément moins flatteuse.

Bien loin des icônes de la provocation d'une époque où la liberté de ton avait un impact plus sulfureux, le titre de la chanteuse pop américaine Lady Gaga (Stéphanie Germanotta de son nom civil) intitulée « *Judas* » a provoqué un choc mineur de l'opinion publique à sa parution, qu'il s'agisse des paroles comme du clip vidéo. La chanteuse y interprète Marie Madeleine et évolue au sein de décors modernes, où fidèles et apôtres apparaissent en veste de cuir au volant de Harley Davidson. Le personnage central de l'œuvre, Judas Iscariote, est un mannequin latino américain qui porte la couronne épineuse du Christ. L'ensemble du clip et imprégné de références bibliques calquées sur une musique électro pop. Rien de bien étranger à l'univers de la chanteuse qui évolue allègrement entre mode contemporaine et hédonisme libertaire, très inspiré de l'univers du photographe David LaChapelle.

Comme prévu, les réactions des associations chrétiennes et conservatrices, notamment de la Ligue catholique des droits religieux et civiques ne se sont pas faites attendre. Elle juge la chanson blasphématoires et se dit excédée par les constantes provocations à l'encontre de la religion chrétienne. Un moratoire qui s'arrête aux déclarations de presse. Dans la forme comme dans le fond, « *Judas* » s'inscrit déjà dans l'inconscient collectif comme un rappel houleux du titre de Madonna « *Like a prayer* », où la chanteuse embrasse un christ noir et chante devant des croix

en feu. Toutefois, au delà de la tentative de récupérer une aura artistique par des provocations destinées à la classe moyenne blanche américaine, l'œuvre de Lady Gaga ne pose pas de problème de plagiat ou de contrefaçon avec celle de Madonna (bien que le public ait accusé son titre « *Born this way* » de s'être un peut trop inspirée d' « *Express yourself* »).

Il n'en va donc pas de même pour le titre « *Judas* », puisque deux plaintes ont été déposées. En effet, le 7 aout 2011, la chanteuse Rebecca F. a assigné Lady Gaga, Interscope Record, Universal Music, DJ White Shadow LLC et l'ingénieur du son et producteur Brian Joseph Gaynor, en mettant en avant de très fortes similitudes avec son titre également intitulé *Juda* (sans le s) sortie en 1999. Le cas est ici d'autant plus gênant que Brian Joseph Gaynor a collaborée avec les deux chanteuses pour chaque titre. Certes, les similitudes ne sautent pas aux yeux d'un point de vue musical, et la liberté de création n'empêche aucun artiste d'aborder un thème déjà traité. Mais le fait que le même producteur ait pris en charge les deux œuvres ne peuvent que laisser planer un doute sur une récupération marketing du thème et des paroles, d'autant plus que Lady Gaga bénéficie d'une célébrité bien plus importante que Rebecca F.

La seconde accusation risque quant à elle d'être plus dérangeante, puisqu'il s'agit d'une reprise du riff du titre « *WannaBe* » interprété par la chanteuse électro pop Loli Lux. Le riff, qui correspond au refrain du morceau, aurait été réutilisé pour le pré-couplet de « *Judas* ». De plus, l'entreprise de production RedOne, qui a produit l'album « *Born this way* » de LadyGaga, semble être habituée à cette pratique de récupération des compositions d'artistes peu connus dans le but de les réarranger et d'accroître leur valeur ajoutée. En outre, la

chanteuse Loli Lux affirme avoir déjà contacté RedOne, qui selon elle aurait manifesté un intérêt particulier pour le titre, mais ne l'aurait pas contactée par la suite. L'écoute comparée des deux titres montre bien que la société a abaissé la tonalité de la boucle et a rajouté quelques effets afin d'étoffer la production. Si le plagiat est avéré, Loli Lux aurait dû être créditée sur l'album de Lady Gaga à titre de sample.

Enfin, la couverture du dernier single « *You and I* » tiré de l'album « *Born this way* » fait étrangement écho à la pochette de l'album « *Love on the beat* » de Serge Gainsbourg, où l'artiste s'était travesti en femme sur les soins de William Klein. Ici, la chanteuse apparaît en homme, la cigarette à la main, sur un format en noir et blanc. Autant de ressemblances et de rappels, qui, si juridiquement n'aboutiront certainement pas tous en défaveur de la chanteuse, ne favorisent pas une intégrité artistique de premier ordre, puisqu'ils font planer un soupçon constant de récupération. Tout comme sa tendance à vouloir provoquer sans franchir les limites (la chanteuse a rejeté les accusations de blasphème de son titre en parlant de métaphore amoureuse), Lady Gaga désamorce ses accusations et se défend de tout plagiat, en préférant parler d'hommage. Une manière dissimulée de montrer que la chanteuse n'assume pas ses manques d'inspirations ? La Cour Fédérale tranchera à la place des critiques musicaux.

Sources :

Pour écouter le titre « *Judas* » de Lady Gaga : <http://www.youtube.com/watch?v=wagn8Wrmzuc&ob=av2e>

Pour écouter le titre *Juda* de Rebecca F. : <http://www.youtube.com/watch?v=v0WkP0zpfA&feature=related>

Pour écouter le titre « *WannaBe* » de Loli Lux : <http://www.youtube.com/watch?v=xWvEB14Qw8Q>

LE POINT, « Controverse : double plagiat pour Lady Gaga ? », mis en ligne le 8 novembre 2011, [http://www.lepoint.fr/culture/controverse-double-plagiat-pour-lady-gaga-08-08-2011-1360632\\_3.php](http://www.lepoint.fr/culture/controverse-double-plagiat-pour-lady-gaga-08-08-2011-1360632_3.php)

LE FIGARO, « Le Judas de Lady Gaga fait polémique », mis en ligne le 18 avril 2011, consulté le 11 novembre 2011, <http://www.lefigaro.fr/musique/2011/04/18/03006-20110418ARTFIG00512-le-judas-de-lady-gaga-fait-polemique.php>

Si. (S), « Plainte pour plagiat contre Lady Gaga », mis en ligne le 7 août 2011, consulté le 11 novembre 2011, [http://www.lemonde.fr/cgi-bin/ARCHIVES&type\\_item=ART\\_ARCH\\_30J&objet\\_id=1164669&clef=ARC-TRK-NC\\_01](http://www.lemonde.fr/cgi-bin/ARCHIVES&type_item=ART_ARCH_30J&objet_id=1164669&clef=ARC-TRK-NC_01)

ACTU FRANCE-SOIR, « Lady Gaga : la chanteuse accusée de plagiat », mis en ligne le 9 août 2011, consulté le 11 novembre 2011, <http://www.francesoir.fr/loisirs/musique/lady-gaga-chanteuse-accusee-plagiat-126084.html>

HAMARD (J.), « Lady Gaga : encore un "copier/coller" pour Judas ? », mis en ligne le 9 août 2011, consulté le 11 novembre 2011, <http://www.chartsinfrance.net/Lady-GaGa/news-75016.html>

PRWEB, « Lady Gaga Snubs Loli Lux's "WannaBE 2011" with New Single "Judas" », mis en ligne le 16 avril 2011, consulté le 7 novembre 2011, <http://www.prweb.com/releases/lolilux/ladygaga/prweb8314629.htm>

LOVELY (R.), « Lady Gaga accusé de plagiat pour Judas », mis en ligne 8 novembre 2011, consulté le 11 novembre 2011, <http://musique.fluctuat.net/blog/50014-lady-gaga-accusee-de-plagiat-pour-judas-.html>

## Comment apprécier le plagiat contrefaçon d'une œuvre musicale en droit d'auteur ?

En France, la contrefaçon ne s'apprécie non pas au regard des différences entre deux œuvres, mais au regard de leurs ressemblances. Ainsi, il suffit d'apprécier les éléments caractéristiques qui contribuent à former l'identité et l'originalité de l'œuvre. Toutefois, l'harmonie n'est pas protégeable, puisqu'elle équivaudrait à annihiler toute forme de création musicale, les suites d'accords étant la racine des styles, tout comme le rythme. Le droit attribue la reconnaissance de l'originalité d'une œuvre musicale en appréciant conjointement le rythme et la mélodie. De ce fait, il est tout à fait possible de reprendre ou de faire référence à des œuvres antérieures, parfaitement admissibles comme source d'inspiration. Toutefois, la propriété intellectuelle étatsunienne du copyright ne reconnaît pas le droit moral, et le plagiat s'apprécie en fonction de l'atteinte aux intérêts économiques du producteur et des caractéristiques dites du *fair use*. Dans le cas de Lady Gaga, et compte tenu de sa notoriété internationale, il y a fort à parier qu'en cas de reconnaissance de plagiat(s), les dommages et intérêts à verser soient relativement conséquents. Ainsi, il semblerait que la tentative de provocation sociale de la pop star se supplante à un scandale artistique et juridique.

n° 110

NOTE DE JURISPRUDENCE – INTERNET

**CONSEIL D'ETAT, 19 OCTOBRE 2011, APPLE INC ET FRENCH DATA NETWORK****MOTS CLEFS : hadopi – recommandation – décret – french data network – apple**

*Le 19 octobre 2011, le Conseil d'Etat s'est pour la première fois prononcé au fond sur des décrets relatifs à la Haute autorité pour la diffusion des oeuvres et la protection des droits sur internet (HADOPI). L'intérêt principal de cette décision tient en la validation du dispositif de réponse graduée, au regard de l'article 6 de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales.*

**FAITS** : La loi du 12 juin 2009 dite « Création et Internet » institue la Hadopi. Le 28 octobre 2009, une seconde loi relative à la protection pénale de la propriété littéraire et artistique sur internet, dite « Hadopi II », est adoptée. Leurs mises en oeuvre ont donné lieu à l'adoption de dix décrets d'application. Deux d'entre eux ont fait l'objet d'un recours en annulation et un d'un recours pour excès de pouvoir, devant le Conseil d'Etat.

**PROCÉDURE** : Le 3 mai 2010, les sociétés Apple Inc et I-Tunes SARL ont déposé une requête contre le décret n°2009-1773 du 29 décembre 2009, relatif à l'organisation de la Hadopi, en vue d'obtenir son annulation pour incompétence et vice de procédure. Le 6 mai et le 12 août 2010, l'association French Data Network (FDN) a demandé au Conseil d'Etat de statuer sur l'annulation, respectivement, du décret n°2010-236 du 5 mars 2010, relatif au traitement automatisé des données à caractère personnel et du décret n°2010-872 du 26 juillet 2010, relatif à la procédure devant la commission de protection des droits (CPD) de la Hadopi. Le 19 octobre 2011, le Conseil d'Etat a statué sur ces trois requêtes.

**PROBLÈME DE DROIT** : Les recommandations que délivre la CPD de la Hadopi constituent-elles des actes de nature à faire grief ?

**SOLUTION** : Le Conseil d'Etat a considéré que les recommandations délivrées par la commission de protection des droits d'Hadopi sont insusceptibles de faire grief. Il a constaté d'une part, qu'elles n'ont pas le caractère de sanction. En informant l'abonné de ses obligations, elles procèdent uniquement à un rappel à la loi. D'autre part, il a estimé qu'elles ne constituaient pas non plus des accusations. Elles ont pour fonction de procéder uniquement à un relevé factuel des données susceptibles de révéler un manquement à l'obligation de veille. Ces faits permettront d'engager une procédure judiciaire, si cela s'avère nécessaire. En conséquence, les recommandations constituent des éléments d'une procédure éventuelle, qui serait menée par un juge judiciaire.

**SOURCES :**

EGRON Ch., « Apple VS Hadopi, 3e partie et fin », 25 octobre 2011, url : [http://www.lemonde.fr/idees/chronique/2011/10/25/apple-vs-hadopi-3eme-partie-et-in\\_1593419\\_3232.html](http://www.lemonde.fr/idees/chronique/2011/10/25/apple-vs-hadopi-3eme-partie-et-in_1593419_3232.html)

L. J., « Hadopi : le recours d'Apple également rejeté par le rapporteur public », 14 Septembre 2011, url :

<http://www.numerama.com/magazine/19812-hadopi-le-recours-d-apple-egalement-rejete-par-le-rapporteurpublic.html>

REES M., « FDN à Hadopi : un coup de main en guise de baffe », 2 juillet 2010, url :

<http://www.pcinpact.com/news/58030-hadopi-eric-walter-benjamin-bayart.htm>

**NOTE :**

La Hadopi, cible de nombreuses critiques depuis sa création, affiche un bilan peu flatteur, après un peu plus d'un an d'exercice. Pour autant, depuis peu, l'institution a de quoi se réjouir. Par une décision du 19 octobre 2011, le Conseil d'Etat a définitivement validé le dispositif de réponse graduée et ainsi, mis fin à un feuilleton, débuté en juin 2009. En effet, le Conseil Constitutionnel ayant censuré le mécanisme de sanction, tel qu'envisagé par la loi « Hadopi I », dans une décision 2009-580DC du 10 juin 2009, celui-ci a dû être remanié et a donné lieu à la loi du 28 octobre 2009. Par la suite, un décret du 26 juillet 2010 est venu définir les modalités de sa mise en oeuvre. Ce dernier a, tout d'abord, fait l'objet d'un référé-suspension, qui a été rejeté par le juge ; puis d'un jugement au fond – c'est l'objet de cette note – également rejeté. En vertu de l'article L336-3 du code de la propriété intellectuelle (CPI), tout utilisateur d'un service de communication au public en ligne se doit de veiller à ce que son accès ne soit pas utilisé à des fins contrefaisantes. Le manquement à cette obligation est constitutif de l'infraction de négligence caractérisée (CPI, R335-5), punie par une amende de cinquième classe.

Mais le législateur a introduit un dispositif intermédiaire, visant à sensibiliser l'internaute, avant qu'une quelconque sanction n'intervienne. Ce mécanisme, à visée pédagogique, se caractérise par l'envoi successif de recommandations par la CPD, qui est l'un des deux organes de la Hadopi. Ces recommandations contiennent deux éléments : d'une part, un rappel de l'obligation de veille, qui est à la charge de tout titulaire d'un abonnement internet ; et d'autre part, un relevé factuel des données susceptibles de révéler un manquement.

A ce titre, elles font uniquement figure d'avertissements et n'ont, ainsi que l'a constaté le Conseil d'Etat, « aucun caractère de sanction ni d'accusation ». Elles rendent possible l'engagement d'une éventuelle procédure judiciaire. S'il y a lieu, il appartiendra au juge pénal, au cours d'une procédure contradictoire, de prononcer ou non une

sanction. Par conséquent, dans le système de réponse graduée, le pouvoir de sanction est dévolu non pas à l'autorité publique indépendante mais au juge judiciaire, garant des libertés individuelles. Dans cette affaire, les deux requérants étaient animés par deux buts distincts.

D'un côté, la requête (préventive) des sociétés Apple Inc et I-Tunes SARL, qui empruntent d'une « peur de l'interopérabilité », voulaient s'assurer que la Hadopi ne les oblige pas « à rendre (les) films, séries ou ebooks lisibles sur des logiciels différents que (le) magasin de vente en ligne, I-tunes ». Tandis que de l'autre côté, le double recours déposé par l'association French data network (FDN) est symptomatique de l'animosité qui existe entre le FAI et la Hadopi. En effet, la FDN milita contre l'adoption des lois instituant l'autorité administrative et par la suite, ne cacha pas sa réticence à participer au système de riposte graduée, en sa qualité de fournisseur d'accès à internet. Il était donc dans l'ordre des choses qu'elle procède à ses recours.

L'autre aspect qui ne suscite pas la surprise dans cette affaire, est l'issue donnée à ces trois requêtes par le juge administratif. En effet, à la mi-septembre, le rapporteur public du Conseil d'Etat s'était prononcé pour leur rejet et, on sait par expérience que le juge suprême suit dans la majorité des cas ses conclusions. La présente décision n'a pas fait exception à la règle. De plus, lorsque le juge des référés a statué sur le référé-suspension, formulé par la FDN contre le décret n°2010-872, il a estimé qu'il n'existait pas « de doute sérieux sur la légalité du décret ». Le contentieux des décrets « Hadopi » ne semble pas encore tout à fait clos puisqu'Apple aurait déposé un recours contre un des décrets relatif à la labellisation.

**Laetitia Le Roux**

Master 2 Droit des médias et des télécommunications  
AIX-MARSEILLE UNIVERSITE, LID2MS-IREDIC 2011

n° 111

## NOTE DE JURISPRUDENCE – INTERNET

**COUR DE CASSATION – 17 FEVRIER 2011 JOYEUX NÔÊL NORD OUEST PROD C/ DAILYMOTION****MOTS CLEFS : hébergeur – LCEN – contrefaçon – prestataire technique – droit d’auteur**

*La catégorie des hébergeurs étant assez disparate, la Cour de cassation vient ici nous donner des éléments supplémentaires nous permettant de distinguer les différents acteurs visés par la loi pour la confiance dans l'économie numérique (LCEN).*

*Ayant considéré antérieurement que Tiscali était un éditeur au sens de la loi du 21 juin 2004 du fait de la mise à disposition d'espaces publicitaires payants aux annonceurs, tout laisser penser que le site Dailymotion allait être qualifié également de la sorte.*

*La Cour ne retient cependant pas la même solution pour ce dernier.*

**FAITS** : La société Nord Ouest Production, propriétaire des droits d'exploitation sur le film Joyeux Noël fait constater par huissier de justice le 30 janvier 2007 que le vidéogramme est stocké de manière illicite sur le site Dailymotion. Le 22 février, les ayants droits mettent en demeure le prestataire de retirer le contenu litigieux. Un mois plus tard, Nord Ouest Prod se rend compte que le film est toujours disponible sur la plateforme vidéo. La société Nord Ouest production assigne alors la société Dailymotion pour contrefaçon et concurrence déloyale.

**PROCÉDURE** : En première instance, Dailymotion est condamné pour contrefaçon et parasitisme. Le tribunal de grande instance de Paris considère que le défendeur a non seulement eu connaissance des fichiers illégaux, mais a qu'il aussi fourni aux utilisateurs les moyens de commettre des infractions. En appel, les juges infirment le jugement du tribunal de grande instance de Paris. Ils estiment que Dailymotion est un hébergeur et non un éditeur au sens de la loi pour la confiance dans l'économie numérique du 21 juin 2004, aux motifs qu'il ne crée pas lui-même le contenu. Selon les juges, il n'est pas éditeur puisqu'il n'intervient pas de manière active dans la mise en ligne des fichiers, contrairement aux utilisateurs. La société Nord Ouest Prod se pourvoit alors en cassation, arguant que c'est le statut d'éditeur qui doit être reconnu à Dailymotion.

**PROBLÈME DE DROIT** : La société Dailymotion est-elle un hébergeur au sens de la loi du 21 juin 2004 ?

**SOLUTION** : « Mais attendu que l'arrêt relève que le réencodage de nature à assurer la compatibilité de la vidéo à l'interface de visualisation, de même que le formatage destiné à optimiser la capacité d'intégration du serveur en imposant une limite à la taille des fichiers postés, sont des opérations techniques qui participent de l'essence du prestataire d'hébergement et qui n'induisent en rien une sélection par ce dernier des contenus mis en ligne, que la mise en place de cadres de présentation et la mise à disposition d'outils de classification des contenus sont justifiés par la seule nécessité, encore en cohérence avec la fonction de prestataire technique, de rationaliser l'organisation du service et d'en faciliter l'accès à l'utilisateur sans pour autant lui commander un quelconque choix quant au contenu qu'il entend mettre en ligne ; qu'il ajoute que l'exploitation du site par la commercialisation d'espaces publicitaires n'induit pas une capacité d'action du service sur les contenus mis en ligne ; que de l'ensemble de ces éléments la cour d'appel a exactement déduit que la société Dailymotion était fondée à revendiquer le statut d'intermédiaire technique au sens de l'article 6-I-2 de la loi du 21 juin 2004 »

**NOTE :**

Avec la naissance des prestataires d'hébergement de vidéos sur internet, s'est installé peu à peu une banalisation de la contrefaçon par l'intermédiaire de ces supports, ainsi qu'un accroissement des litiges avec les ayants droits.

La loi du 21 juin 2004 (loi LCEN) distingue principalement deux types d'acteurs : l'hébergeur et l'éditeur de services. Le premier bénéficie d'un régime de responsabilité très favorable puisque selon l'article 6 I-2 de la loi LCEN, les hébergeurs peuvent voir leur responsabilité engagée seulement s'ils ont eu connaissance des données litigieuses, ou si après notification de l'existence de celles-ci, ils n'ont pas agi promptement pour les retirer. Ainsi, dans les litiges et ce de manière logique, le défendeur va revendiquer la qualité d'hébergeur. Les ayants droit quant à eux vont s'évertuer à démontrer que leur adversaire est un éditeur.

C'est le cas en l'espèce : la société Nord Ouest Production tente de prouver que Dailymotion ne peut bénéficier du régime dérogatoire attaché aux hébergeurs. Elle avance les arguments selon lesquels la qualité d'hébergeur ne peut être reconnue qu'à un prestataire ayant une attitude passive vis-à-vis des informations stockées : « le prestataire technique dont l'activité [...] est limitée au processus technique d'exploitation et de fourniture d'un accès à un réseau de communication ... ». Moyen qui est tout à fait pertinent car jusqu'ici, la jurisprudence antérieure retenait comme critère de distinction, l'intervention dans les contenus (Ordonnance TGI Paris 9 Octobre 2009 : Kimberley P c/ Vincent B).

L'autre élément évoqué par la société Nord Ouest Production est la mise à disposition d'espaces publicitaires. Elle part du postulat qu'en proposant ce type de services, Dailymotion perd la possibilité de se prévaloir des dispositions prévues à l'article 6 I-2 de la loi LCEN. La Cour de cassation avait admis antérieurement que la mise en place d'espaces publicitaires payants privait un prestataire de la possibilité de se prévaloir du régime dérogatoire de l'hébergeur (Cass 1ère Civ 14 janvier 2010).

Les juges vont rejeter ces moyens et ce, pour plusieurs raisons. Tout d'abord, ils vont considérer que Dailymotion n'agit pas de manière active lorsqu'il s'agit de réencoder ou de fixer une limite quant à la taille du fichier. Ces opérations permettent le bon fonctionnement du site. La Cour mentionne de manière tacite qu'elles sont indissociables de la prestation principale

d'hébergement de fichiers. En outre, il s'agit de fonctions automatiques n'impliquant pas une intervention directe du prestataire sur le contenu mis en ligne. La Cour poursuit en évoquant le problème des outils de classifications de vidéos. Ils sont librement utilisés par les utilisateurs du site afin de leur faciliter la navigation. La finalité est donc ergonomique. Dailymotion n'incite pas les membres à fournir des contenus illicites. Par conséquent, il ne peut être considéré que Dailymotion intervient directement dans la commission de l'infraction. La Cour évoque la nécessité de « rationaliser l'organisation du service et d'en faciliter l'accès à l'utilisateur ». Le statut d'hébergeur ne peut donc pas être refusé selon les juges.

Quant à la location d'espaces publicitaires, un doute pouvait subsister au regard de la jurisprudence dite « Tiscali » du 14 janvier 2010. La Cour de cassation énonce très clairement que l'exercice d'une telle activité ne permet pas d'écarter le bénéfice de l'article 6 I-2 de la loi LCEN. Une position qui semble remettre en cause l'arrêt du 14 janvier 2010. Notons que ce dernier a été rendu sous l'empire de la loi du 30 septembre 1986 modifiée par la loi du 1er août 2000. Les faits datant de 2002, la loi LCEN n'avait donc pas vocation à s'appliquer. Pour le cas de Dailymotion, la publicité n'est pas un élément qui caractérise la qualité d'éditeur.

Une position critiquée par les ayants droits qui estime que le succès de telles plates-formes repose sur le stockage de fichiers illicites. Cependant, il n'est techniquement pas possible d'imposer des obligations similaires à celles des éditeurs, c'est-à-dire avant que l'atteinte aux droits d'auteur ne soit commise, ne serait-ce que pour des raisons financières.

La Cour de cassation lève donc les incertitudes liées au silence de la loi du 21 juin 2004. Légitimement, on peut penser que cette solution a vocation à s'appliquer pour d'autres opérateurs comme Youtube, pour des faits postérieurs à l'entrée en vigueur de la loi LCEN. Toujours est-il, qu'est consacrée dans cet arrêt, une jurisprudence très protectrice des nouveaux acteurs du Web 2.0.

Jurisprudence qui doit néanmoins être tempérée et mise en relation avec le décret du Conseil d'Etat du 1er mars 2011 qui impose de lourdes obligations aux hébergeurs.

**Olivier Alidal**

Master 2 Droit des médias et des télécommunications  
AIX-MARSEILLE UNIVERSITE, LID2MS-IREDIC 2011

**COUR DE JUSTICE DE L'UNION EUROPEENNE – GRANDE CHAMBRE, 25 OCTOBRE 2011, EDATE ADVERTISING GMBH / X ET OLIVIER M., ROBERT M. / MGN LIMITED**

*Affaires jointes N° Affaire C-509/09 et C-161/10*

**MOTS CLEFS : vie privée – internet – responsabilité – droits de la personnalité – compétence Judiciaire**

Joignant deux questions préjudicielles posées par les tribunaux français et allemands relatives aux compétences judiciaires en matière de dommages subis par des contenus mis en ligne sur internet, l'arrêt rendu par la Cour de Justice de l'Union européenne atteste de sa capacité à s'adapter aux nouvelles réalités et difficultés liées à l'omniprésence d'internet.

**FAITS:** Dans l'affaire française, un article rédigé en anglais, paru en 2008 sur le site internet du journal britannique Sunday Mirror, intitulé « Kylie Minogue est de nouveau avec Olivier Martinez » relatait, avec des détails, la rencontre de la chanteuse australienne et de l'acteur français. Dans l'affaire allemande, la société eDate Advertising, établie en Autriche, a publié sur son site internet des informations relatives à une infraction commise en Allemagne, et a cité expressément X comme étant l'auteur de celle-ci.

**PROCEDURE:** Dans l'affaire française, Olivier Martinez, et son père Robert Martinez, ont engagé une action devant le TGI de Paris contre le quotidien britannique sur le fondement de l'article 9 du code civil, pour atteinte à leur vie privée et au droit à l'image d'Olivier Martinez. Dans l'affaire allemande, X a engagé une action devant les juridictions allemandes contre la société eDate Advertising afin de faire cesser la citation de l'intégralité de son nom dans les informations qu'elle a publiées sur l'infraction commise. Dans ces affaires, les défendeurs ont soulevé l'incompétence des tribunaux pour défaut de rattachement suffisant entre la mise en ligne et le dommage. Le TGI de Paris et la Cour fédérale allemande, par décisions des 29 mars 2010 et 10 novembre 2009 ont décidé de surseoir à statuer et ont saisi la CJUE d'une question préjudicielle.

**PROBLEME DE DROIT :** En matière d'atteinte aux droits de la personnalité sur internet, la compétence juridictionnelle territoriale se limite-t-elle au lieu d'établissement de l'éditeur du contenu ?

**SOLUTION :** « *En cas d'atteinte alléguée aux droits de la personnalité au moyen de contenus mis en ligne sur un site internet, la personne qui s'estime lésée a la faculté de saisir d'une action en responsabilité, au titre de l'intégralité du dommage causé, soit les juridictions de l'État membre du lieu d'établissement de l'émetteur de ces contenus, soit les juridictions de l'État membre dans lequel se trouve le centre de ses intérêts. Cette personne peut également, en lieu et place d'une action en responsabilité au titre de l'intégralité du dommage causé, introduire son action devant les juridictions de chaque État membre sur le territoire duquel un contenu mis en ligne est accessible ou l'a été. Celles-ci sont compétentes pour connaître du seul dommage causé sur le territoire de l'État membre de la juridiction saisie* ».

**SOURCES :**

- Service Presse et Information, Communiqué de presse n° 115/11, CJUE, publié le 25 octobre 2011, consulté le 4 décembre 2011, URL <http://curia.europa.eu/jcms/upload/docs/application/pdf/2011-10/cp110115fr.pdf>
- Brèves, « Vie privée : la CJUE adapte les règles de compétence judiciaire à l'internet », Legalis.net, publié le 22 novembre 2011, consulté le 2 décembre 2011, URL : [http://www.legalis.net/spip.php?page=brevs-article&id\\_article=3270](http://www.legalis.net/spip.php?page=brevs-article&id_article=3270)

**NOTE :**

Par cet arrêt du 25 octobre 2011, la Cour de justice de l'Union européenne tranche l'importante question, qui divisait les juges des Etats membres, de la compétence judiciaire en matière d'atteinte aux droits de la personnalité par le biais d'internet.

**Les critères constants de rattachement en matière de délits de presse** En premier lieu, la CJUE rappelle les critères de rattachement prévus dans le règlement communautaire du 22 décembre 2000 concernant la compétence judiciaire, la reconnaissance et l'exécution des décisions de justice en matière civile et commerciale. Ainsi, en principe, le tribunal compétent est celui du défendeur. Cependant, la jurisprudence constante de la CJUE rappelle que l'article 5 point 3 du règlement précité prévoit une compétence dérogatoire. Celle-ci est fondée sur l'existence d'un lien de rattachement particulièrement étroit entre la contestation et les juridictions du lieu où le fait dommageable s'est produit. La Cour justifie une attribution de compétence à ces dernières pour des raisons de bonne administration de la justice et d'organisation utile du procès.

La Cour a eu l'occasion de préciser que le lieu où le fait dommageable s'est produit peut s'interpréter comme étant à la fois le lieu de l'événement causal et celui de la matérialisation du dommage. En second lieu, la Cour applique ces critères de rattachement aux délits de presse afin de déterminer le juge compétent. L'arrêt Shevill en date du 7 mars 1995 avait mis en exergue que, lorsque des exemplaires de l'article diffamatoire étaient publiés dans plusieurs Etats membres, la victime avait le choix d'intenter son action, soit devant les juridictions de l'Etat membre du lieu d'établissement de l'éditeur de la publication diffamatoire, soit devant les juridictions de chaque Etat membre dans lequel la publication a été diffusée et où la victime a matériellement subi le dommage.

**Les nouveaux critères de rattachement en matière d'atteinte aux droits de la personnalité sur internet** La CJUE fait encore une fois preuve de pragmatisme dans sa jurisprudence en adaptant à l'ubiquité d'internet ses interprétations des règles de compétence prévues dans le règlement de 2000. Elle a soulevé les problématiques réelles liées à la portée universelle de la mise en ligne de contenus sur un site internet. En effet, ceux-ci peuvent être consultés instantanément par un nombre indéfini d'internautes partout dans le monde, indépendamment de toute intention de leur émetteur visant à leur consultation au-delà de son Etat membre d'établissement et en dehors de son contrôle. Il apparaît donc que le critère de la matérialisation du dommage, dégagé dans l'arrêt Shevill, est devenu peu pertinent lorsque le dommage est issu d'une publication sur internet.

La CJUE a, de ce fait, dégagé trois critères de rattachement. La victime peut saisir d'une action en réparation de l'intégralité du dommage subi, soit les juges de l'Etat membre du lieu d'établissement de l'émetteur de ces contenus, soit les juges de l'Etat membre dans lequel se trouve le centre de ses intérêts, qui correspond en général à sa résidence principale. La victime a aussi la possibilité, comme pour les dommages causés par un article imprimé, d'introduire son action devant les juridictions de chaque Etat membre sur le territoire duquel un contenu mis en ligne est accessible ou l'a été. Ces juridictions dommage subi sur leur territoire.

La Cour met ainsi fin aux hésitations des juges nationaux en fixant de manière claire les règles de compétences à appliquer en cas de saisine d'une action en réparation d'un dommage subi par le biais d'internet.

**Christelle DARDANT**

Master 2 Droit des médias et des télécommunications  
AIX-MARSEILLE UNIVERSITE, LID2MS-IREDIC 2011

**CHAMBRE SOCIALE DE LA COUR DE CASSATION, ARRÊT DU 21 SEPTEMBRE 2011, M.X / MÉDITERRANÉENNE DE NETTOIEMENT GROUPE NICOLLIN.****MOTS CLEFS : internet – licenciement – faute grave – consultation de sites pornographiques – téléchargement – logiciel « cleaner »**

*La position de la Cour de Cassation concernant les salariés adeptes des sites « d'activité sexuelle et de rencontre » est claire : la consultation de ce type de sites en lieu et place de leur travail est constitutive d'un manquement grave à leurs obligations découlant de leur contrat de travail. Cependant, par cet arrêt, le téléchargement par un salarié depuis son poste de travail d'un logiciel permettant d'effacer les fichiers temporaires du disque dur constitue également un manquement grave à ses obligations contractuelles envers son employeur.*

**FAITS :** M.X, agent d'exploitation du groupe Nicollin a été licencié pour faute grave du fait d'avoir consulté à de nombreuses reprises depuis son poste de travail des sites « d'activité sexuelle et de rencontre », ainsi qu'un site destiné au téléchargement d'un logiciel permettant d'effacer les fichiers temporaires du disque dur et les données de connexion.

**PROCÉDURE :** M.X a saisi le Conseil des Prud'hommes afin d'obtenir les indemnités de licenciement et des dommages et intérêts pour licenciement sans cause réelle et sérieuse. Un appel est interjeté et la Cour d'appel reconnaît le caractère grave du manquement du salarié à ses obligations découlant de son contrat de travail le liant à son employeur. M.X se pourvoit alors en cassation.

**PROBLÈME DE DROIT :** Il s'agit de savoir si la consultation de sites « d'activité sexuelle et de rencontre » et le téléchargement d'un logiciel permettant de supprimer les fichiers temporaires du disque dur depuis le poste de travail du salarié sont constitutifs d'une faute grave ?

**SOLUTION :** La chambre sociale de la Cour de Cassation confirme l'arrêt attaqué. La Cour estime qu'à la vue du tableau des permanences et de la liste des heures de connexion sur des sites majoritairement considérés comme « d'activité sexuelle et de rencontre » et notamment un site destiné au téléchargement d'un logiciel permettant d'effacer les fichiers temporaires du disque dur ainsi que les données de connexion, depuis son poste de travail, ces faits sont bien constitutifs d'un manquement grave du salarié à ses obligation découlant de son contrat de travail, et par conséquent d'une faute grave du salarié.

**SOURCES :**

FARGEAUD P., « Consultation de sites sur internet et licenciement pour faute grave », mis en ligne le 05/10/2011, consulté le 20/11/2011, URL : <http://avocats.fr/space/pierre-fargeaud/tag/licenciement>

FANGET N., « Consulter des sites pornographiques au travail peut constituer une faute grave », mis en ligne le 11/10/2011, consulté le 20/11/2011, URL : [http://www.veberavocats.com/FLASH-ACTUSOCIAL-Consulter-des-sites-pornographiques-au-travail-peut-constituer-une-faute-grave\\_a109.html](http://www.veberavocats.com/FLASH-ACTUSOCIAL-Consulter-des-sites-pornographiques-au-travail-peut-constituer-une-faute-grave_a109.html)

**NOTE :**

Dans cet arrêt de la chambre sociale du 21 septembre 2011, la Cour de Cassation confirme sa jurisprudence antérieure, à savoir, que la consultation de sites pornographiques ou dits « d'activité sexuelle et de rencontre » par un salarié en lieu et place de son travail est constitutive d'un manquement grave à ses obligations découlant de son contrat de travail, soit d'une faute grave. La nouveauté apparaît en ce que la Cour estime, en l'espèce, que la consultation d'un site destiné au téléchargement d'un logiciel permettant de supprimer les fichiers temporaires du disque dur du poste de travail du salarié et des données de connexion constitue également un manquement grave à ses obligations contractuelles envers son employeur, autrement dit une faute grave. **Une entrave à la bonne marche de l'entreprise constituée.** En l'espèce, afin de contester l'arrêt de la Cour d'Appel, M.X rappelle que la faute grave résulte d'un fait ou d'un ensemble de faits imputables au salarié qui constituent une violation des obligations résultant du contrat de travail d'une importance telle qu'elle rend impossible le maintien de ce salarié dans l'entreprise. L'employeur qui l'allègue supporte alors de la charge de la preuve. Le requérant estime que la gravité de sa faute n'aurait pas dû être retenue du fait que, selon ce dernier, l'usage personnel d'un système de connexion n'entrave pas nécessairement la bonne marche d'une entreprise. En effet, il ajoute alors que « *l'envoi à une adresse personnelle d'une vidéo téléchargée sur l'ordinateur du bureau* » et la consultation de sites internet non professionnels (majoritairement des sites dits « *d'activité sexuelle et de rencontre* ») ainsi que le téléchargement du logiciel « *drivecleaner* » manquement à ses obligations contractuelles envers son employeur, ni un trouble objectif au bon fonctionnement de la société. Néanmoins, ces moyens ne seront pas retenus par la Cour, qui retiendra le caractère grave

de la faute du salarié en ce qui concerne le téléchargement du logiciel supprimant les fichiers temporaires et les données de connexion du disque dur du poste de travail du salarié. Ce que retient la Cour, c'est que le disque dur est bien la propriété de la société pour laquelle travaille le salarié. Qu'ainsi, même si le salarié bénéficie d'un droit d'utilisation raisonnable de l'ordinateur mis à disposition par son travail à des fins non personnelles, le simple fait de supprimer des données sur le disque dur constitue une atteinte à la propriété de la société et donc une entrave à la bonne marche de l'entreprise. **Une mauvaise foi du salarié sanctionnée.** En l'espèce, en considérant que le téléchargement d'un logiciel permettant de supprimer des fichiers temporaires et les données de connexion du disque dur du poste de travail du salarié constitue une faute grave de ce dernier, la Cour semble également sanctionner la mauvaise foi du salarié. En effet, il aurait pu simplement se contenter d'effacer l'historique de ses données de connexion de son poste de travail. Cependant, il a choisi un dispositif bien plus intrusif : la suppression de données du disque dur de son poste de travail, considéré par la Cour comme étant la propriété de l'entreprise. Preuve évidente d'une volonté de dissimulation des données contenues par le disque dur de son poste de travail. S'ajoute à la mauvaise foi du salarié, des accusations mensongères vis à vis de ses collègues, et de chantage, lorsque ce dernier se sentait menacé par une potentielle délation de ses collègues concernant ses activités fantaisistes en lieu et place de son travail.

**Olivia BELOUIN**

Master 2 Droit des médias et des télécommunications  
AIX-MARSEILLE UNIVERSITE, LID2MS-IREDEC  
2011/2012

**TRIBUNAL DE GRANDE INSTANCE DE PARIS – JUGEMENT, 3 NOVEMBRE 2011, OLIVIER M C/ PRISMA PRESSE, GOOGLE**

**MOTS CLEFS** : vie privée – droit à l'image – droit au nom – hébergeur- régime de responsabilité allégée – google adwords – directive du 8 juin 2000- LCEN

*Alors que le sort judiciaire du service Adwords, programme de publicité en ligne de la société Google, semblait scellé depuis les arrêts de Cour de Justice de l'Union Européenne du 23 mars 2010 et de la Cour de cassation du 13 juillet 2010, la justice connaît un nouveau rebondissement avec le jugement rendu par le tribunal de grande instance de Paris, le 14 Novembre 2011. Jusqu'alors le géant américain semblait pouvoir bénéficier de la qualité d' hébergeur, profitant de paire d'un régime de responsabilité allégé, dès lors que son activité se limitait à l'hébergement de liens sponsorisés et à la fonction de support publicitaire passif. Le TGI a alors pris le contrepied de cette jurisprudence en considérant que la société Google détenait un rôle actif, assimilable à celui d'un « éditeur », ce qui de fait, empêche la qualification d'hébergeur. En l'espèce l'application de ce régime aurait sans doute permis à Google d'échapper à sa condamnation.*

**FAITS** : L'acteur français, Olivier M. a constaté le 19 Mars 2008, d'une part, la mise en ligne sur le site gala.fr, d'un article accompagné de deux clichés photographiques le représentant, intitulé « Olivier M.: Je t'aime moi non plus », et d'autre part, le renvoi vers l'article litigieux depuis le moteur de recherche Google, *via* un lien commercial géré par le service Adwords.

**PROCÉDURE** : Par actes en date des 26 et 27 Juin 2008, Olivier M. a assigné en justice les sociétés Prisma Presse, éditrice du site internet gala.fr, Google France et Google Ireland au titre d'atteinte au droit à la vie privée, au droit à l'image ainsi qu'au droit au nom. Saisi, le TGI de Paris par un jugement en date du 9 décembre 2009 sursoit à statuer jusqu'aux décisions de la CJCE saisie à la suite d'un renvoi préjudiciel de la Cour de Cassation par trois arrêts du 18 mai 2008. La CJCE rend un arrêt le 23 mars 2010, au terme duquel elle considère, d'une part, qu'un prestataire de service ne peut bénéficier du régime de limitation de responsabilité prévu par l'article 14 de la directive du 8 juin 2000 relative au commerce électronique que dans les cas où son activité revêt « *un caractère purement technique, automatique et passif* », impliquant que ledit prestataire « *n'a pas la connaissance ni le contrôle des informations transmises ou stockées* », et d'autre part, qu'il appartient à la juridiction nationale d'apprécier « *si le rôle ainsi exercé par Google* » correspond à celui décrit par la Cour. Le TGI de paris, suivant l'interprétation donnée par la CJUE, rend un jugement le 14 Novembre 2011.

**PROBLÈME DE DROIT** : Google, en tant que fournisseur du service « Adwords », peut-il voir sa responsabilité engagée pour avoir orienté l'internaute, *via* un lien commercial, vers un article illicite ?

**SOLUTION** : Le TGI de Paris a estimé qu'il résulte des conditions générales d'utilisation du service « Adwords », que la société Google joue un rôle actif ce qui implique, dès lors, d'une part l'impossibilité pour la société, de se prévaloir du régime de responsabilité allégée de l'hébergeur prévu l'article 14 de la directive du 8 juin 2000 relative au commerce électronique et d'autre part la condamnation du moteur de recherche pour avoir dirigé l'internaute vers un article illicite.

**SOURCES** :

[http://www.legalis.net/spip.php?page=breves-article&id\\_article=3268](http://www.legalis.net/spip.php?page=breves-article&id_article=3268)

[http://www.legalis.net/spip.php?page=jurisprudence-decision&id\\_article=3267](http://www.legalis.net/spip.php?page=jurisprudence-decision&id_article=3267)

<http://www.lextimes.fr/4.aspx?sr=1059>

---

<http://www.journaldunet.com/ebusiness/expert/50459/au-regard-du-droit-de-la-presse--google-ne-peutse-departir-de-sa-responsabilite-editoriale.shtml>

**NOTE :**

Internet est très vite devenu une vitrine virtuelle, où il est bon, pour les annonceurs, d'exposer produits et services. Le référencement et le positionnement de marque sont alors apparus comme des enjeux cruciaux, sources de développement et de visibilité pour les sociétés. En parallèle, certains acteurs du Web y ont vu la possibilité d'une manne financière et ont développé en conséquence des services permettant d'organiser ce nouveau système publicitaire. Il était évident que la société Google, forte de sa place de moteur de recherche leader, allait intervenir sur ce marché. C'est ainsi qu'a été mis en place le système publicitaire « Adwords ».

Ce dernier permet à tout opérateur économique, moyennant la sélection d'un ou plusieurs mots clés, de faire apparaître un lien vers un produit ou service, lorsque les termes de la recherche effectuée par un internaute concorde avec ces mots. Ce lien est référencé dans la rubrique « annonce » qui se situe au dessus et à la droite des résultats dits « naturels ». Ce système a été source de maux que la jurisprudence a tenté de résoudre, non sans peine ni certaines incohérences. De manière plus globale, la responsabilité des acteurs de l'internet est l'objet de nombreuses controverses, d'hésitations tant législatives que jurisprudentielles qui appellent inévitablement à ce que des réponses soient apportées.

Dans un premier temps l'essentiel du contentieux relatif au système « Adwords » concernait la contrefaçon de marque (cf: affaire Louis Vuiton). Le litige qui a été porté devant le TGI de Paris est tout autre mais une donnée demeure inchangée: il est question de la responsabilité de Google et des obligations qui en découlent. L'intérêt de la société est que la qualité d'hébergeur lui soit reconnue afin de bénéficier d'un régime de responsabilité allégé contrairement à la qualité d'éditeur qui s'accompagne d'un certain nombre d'obligations dont la principale est l'obligation générale de surveillance des contenus. Dans l'affaire opposant l'acteur français Olivier Martinez aux sociétés Google France, Google Ireland et Prisma Presse, la

responsabilité de cette dernière ne posait pas de réelles difficultés dès lors que le caractère illicite de l'article car attentatoire au droit à la vie privée, au droit à l'image et au droit au nom, a été retenu. C'est véritablement la responsabilité des sociétés Google qui était source d'incertitudes.

Antérieurement à ce jugement, la Cour de Justice de l'Union Européenne, saisie par la Cour de Cassation de trois questions préjudicielles, a tenté de clarifier la situation. Il résulte de l'arrêt rendu le 23 mars 2010, une solution favorable à l'égard de Google qui tend à lui reconnaître le bénéfice de la qualité d'hébergeur avec le régime de responsabilité allégé prévu par l'article 14 de la directive du 8 juin 2000. C'est d'ailleurs au terme de cet arrêt que les sociétés Google estiment « *qu'il est désormais établi en droit que lorsque Google, au travers de son service Adwords, assure le stockage de contenus à la demande de tiers, afin que ce contenu soit ultérieurement diffusé au public, il bénéficie de la qualité d'hébergeur* ».

Toutefois les choses ne semblent pas avoir été aussi claires pour le TGI de Paris. En effet à travers le jugement du 14 Novembre 2011, le juge français semble prendre le contre-pied de la jurisprudence antérieure qui semblait conférer au géant américain un paravent juridique, si ce n'est une « immunité ». En effet le tribunal a concentré son examen sur les conditions générales d'utilisation du service Adwords, desquelles il ressortait que la société avait à la fois connaissance du contenu des messages et des mots clés ainsi que la maîtrise éditoriale du service. Au regard de ces éléments, le juge a considéré que la qualification d'hébergeur ne trouvait pas à s'appliquer.

Cette décision est riche d'opportunités, puisque la mise en cause du moteur de recherche pourra avoir un effet dissuasif face aux actes malveillants et illicites qui foisonnent sur le net car rappelons le: « *internet n'est pas une zone de non-droit* ».

**Adeline Cornet**

Master 2 Droit des médias et des télécommunications  
AIX-MARSEILLE UNIVERSITE, LID2MS-IREDIC 2011

n° 115

## NOTE DE JURISPRUDENCE – TÉLÉVISION

**COUR DE CASSATION – CHAMBRE CRIMINELLE, 07 JUIN 2011, « AFFAIRE C DANS L’AIR »****MOTS CLEFS : Chaîne publique – provocation à la discrimination, à la haine ou à la violence – diffamation – liberté d’expression – restrictions – sujet d’intérêt public**

*Cet arrêt traduit une évolution intéressante de la jurisprudence de la chambre criminelle de la Cour de cassation qui retient la notion d’intérêt public et général et qui l’interprète de façon très favorable à la liberté d’expression.*

**FAITS :** Le 11 février 2005 est diffusée l’émission « C dans l’air » sur France 5 ayant pour thème : « Délinquance : la route des Roms » pendant laquelle les participants ont été amenés à débattre sur ce sujet. Les propos ainsi tenus à l’encontre des Roms ont fortement indigné les associations de Roms, la LICRA, la MRAP et la Ligue des droits de l’homme.

**PROCEDURE :** À la suite de la diffusion de l’émission, le procureur de la République a cité plusieurs intervenants, dont M.Y ainsi que M.X en sa qualité de directeur de la publication, des chefs de provocation à la discrimination, à la haine ou à la violence raciale et de complicité de ce délit. La Cour d’appel de Paris a retenu la seule responsabilité de M.X, à titre d’auteur principal, et de M.Y comme complice en tant qu’auteur des propos incriminés ; propos qui consistaient en une dénonciation sans appel ni réserve de la communauté Roms à travers des affirmations péremptoires et des constats lapidaires et non étayés.

**PROBLEME DE DROIT :** La dénonciation d’une catégorie de personnes à travers des affirmations péremptoires et des constats lapidaires et non étayés est-elle constitutive d’une infraction de provocation à la discrimination, à la haine ou à la violence raciale prévue à l’article 24 alinéa 8 de la loi du 29 juillet 1881 ?

**SOLUTION :** En se fondant sur l’article 10 de la Convention ainsi que l’article 24 alinéa 8 de la loi du 29 juillet 1881, la Cour de cassation a cassé et annulé l’arrêt rendu par la Cour d’appel de Paris sans ordonner de renvoi devant une autre Cour d’appel. La Cour de cassation a rendu cette décision en considérant que la Cour d’appel aurait dû relever que les propos incriminés portaient sur une question d’intérêt public et, qu’ainsi, ils ne dépassaient pas les limites admissibles de la liberté d’expression. Par conséquent, les propos en cause relevant de la liberté d’expression, le délit de provocation à la discrimination, à la haine ou à la violence raciale n’était constitué dans aucun de ces éléments.

**SOURCES :**

LEPAGE (A.), « Infractions à la loi du 29 juillet 1881 et caractère d’intérêt général du sujet », *Comm. Com. Electr.*, 2011, n°9 pp. 37-40

AFP., « Discrimination envers les Roms : France Télévisions blanchie », *Le Point*, mis en ligne le 15 juin 2011, consulté le 24 Novembre 2011, URL : [http://www.lepoint.fr/medias/discrimination-envers-les-romsfrance-televisions-blanchie-15-06-2011-1342152\\_260.php](http://www.lepoint.fr/medias/discrimination-envers-les-romsfrance-televisions-blanchie-15-06-2011-1342152_260.php)

**NOTE :**

La liberté d'expression est sans aucun doute une des libertés fondamentales ayant amené le plus de questionnements en France et ce, notamment, lorsque cette expression se fait par la voie de la presse. Garantie constitutionnellement dans l'article 11 de la Déclaration des Droits de l'Homme et du Citoyen ainsi qu'au niveau européen dans l'article 10 de la Convention européenne des droits de l'Homme, elle est cependant, comme toute liberté, soumise à des restrictions. Ces restrictions sont entre autres énoncées dans la loi du 29 juillet 1881 relative à la liberté de la presse, et notamment dans son article 24 alinéa 8 dont il est question dans l'arrêt du 7 juin 2011 de la chambre criminelle de la Cour de cassation qui a dû se positionner sur une restriction éventuelle à la liberté d'expression.

**Une solution favorable à la liberté d'expression**

En l'espèce, lors de l'émission télévisée « C dans l'air », l'un des invités avait tenu certains propos sur une catégorie de personnes : les Roms, ce qui lui avait valu d'être cité par le procureur de la République, avec le directeur de publication, du chef de provocation à la discrimination, à la haine ou à la violence raciale prévu à l'article 24 alinéa 8 de la loi du 29 juillet 1881. Déboutés en appel, ces derniers forment alors un pourvoi en cassation arguant, entre autres, de la violation de l'article 24 alinéa 8 de la loi du 29 juillet 1881 et de l'article 10 de la Convention européenne des droits de l'Homme.

D'après les requérants, les juges du fond n'ont recherché ni le caractère intentionnel exigé pour que l'infraction soit constituée ni la fausseté des propos tenus, ce qui ne permet donc pas d'établir l'infraction et, par conséquent, ce qui ne permet aucunement de justifier une restriction à la liberté d'expression telle qu'entendue dans l'article 10 de la convention européenne des droits de l'Homme.

La chambre criminelle de la Cour de cassation a donné raison aux requérants et a cassé l'arrêt rendu en appel. Pour ce faire, la Cour a considéré que les propos tenus relevant d'une question d'intérêt public ils ne dépassaient pas le cadre admissible de la liberté d'expression et qu'ainsi l'infraction n'était constituée dans aucun de ses éléments. En retenant le critère d'intérêt public en amont, au niveau de la constitution de l'infraction et non pas de la justification, la Cour a ainsi rendu une solution très favorable à la liberté d'expression.

**Une solution dans la lignée des jurisprudences antérieures**

Cette solution retenue par la Cour de cassation est très intéressante car les juges de la chambre criminelle ont, cette fois-ci, retenu le caractère d'intérêt public pour l'infraction de provocation à la discrimination, à la haine ou à la violence raciale. En effet, plusieurs jurisprudences antérieures avaient vu ce critère retenu mais pour une autre infraction, celle de diffamation. Le caractère d'intérêt public semble donc permettre de faire prévaloir la liberté d'expression et, surtout, d'en empêcher les restrictions dans une époque où la liberté d'expression dans les médias est mise à mal (en témoignent les affaires des caricatures).

Cependant, ce critère reste assez flou : comment déterminer si des propos relèvent ou non de cet intérêt public ? Cette appréciation, qui est du ressort des juges du fond, amènera sans doute dans le futur la Cour de cassation à se positionner dessus et à indiquer ou tout du moins préciser ce qu'elle entend par intérêt public.

Marie-Béatrice Meunier

Master 2 Droit des médias et des télécommunications  
AIX-MARSEILLE UNIVERSITE, LID2MS-IREDIC 2011

n° 116

## NOTE DE JURISPRUDENCE – TÉLÉVISION

**COUR EUROPÉENNE DES DROITS DE L'HOMME DE STRASBOURG, 2ÈME SECTION, 29 MARS 2011, AFFAIRE RTBF C/ Belgique**

**MOTS CLEFS : Liberté d'expression – liberté de la presse – censure – restrictions préalables – presse audiovisuelle – prévisibilité de la loi**

*Les restrictions préalables en matière de presse ne peuvent être prévues que par un cadre légal strict et spécifique, particulièrement pour la presse audiovisuelle. Dans le cas contraire, la loi n'est pas suffisamment prévisible. Les décisions vont diverger d'un juge des référés à un autre avec une multiplication des demandes qui risquent de dénaturer la liberté de communication.*

**FAITS :** Lors d'une enquête sur les risques médicaux, une émission télévisuelle d'investigation de la Radio-télévision belge de la communauté française (RTBF) a illustré un reportage en se référant au docteur D.B. En effet ses patients s'étaient plaints d'erreurs médicales sans qu'une procédure judiciaire ne mette en cause le médecin. Les journalistes ont contacté le docteur qui, même s'il a refusé toute interview, a accepté de les recevoir en présence de son avocat.

**PROCÉDURE :** Le docteur a saisi le juge des référés pour demander l'interdiction préalable de diffusion de l'émission sous peine d'astreinte au motif qu'elle portait atteinte à son honneur et à la réputation. Par une ordonnance du 24 octobre 2001 le juge a fait droit à sa demande jusqu'à ce que la question soit tranchée au fond sans visionner l'émission. La chaîne a interjeté appel devant de la Cour d'appel de Bruxelles qui par un arrêt interlocutoire du 5 novembre 2001 l'a déboutée estimant que la presse audiovisuelle pouvait être restreinte, conformément à la Constitution, par des mesures préventives dans les « cas flagrants de violation des droits d'autrui ». Par un arrêt du 22 mars 2002 après visionnage du reportage, la Cour a conclu à cette violation. Le 12 mai 2003 la RTBF est déboutée par la Cour de cassation sur les mêmes motifs.

**PROBLÈME DE DROIT :** Une loi de portée générale est-elle suffisamment prévisible pour autoriser les restrictions préventives dans le domaine de la presse mettant en oeuvre la liberté d'expression ?

**SOLUTION :** « [...] L'article 10 de la Convention n'interdit pas en tant que telle toute restriction préalable à la publication. [...] Ces restrictions préalables doivent s'inscrire dans un cadre légal particulièrement strict quant à la délimitation de l'interdiction et efficace quant au contrôle juridictionnel contre les abus éventuels. [...] La Cour considère que le cadre législatif combiné avec la cadre jurisprudentiel existant en Belgique [...] ne répond pas à la condition de la prévisibilité voulue par la Convention. [...] Un contrôle judiciaire de la diffusion des informations par quelque support de presse que ce soit, opéré par le juge des référés, sur la base de la mise en balance des intérêts en conflit et dans le but d'aménager un équilibre entre ces intérêts, ne saurait se concevoir sans un cadre fixant des règles précises et spécifiques pour l'application d'une restriction préventive à la liberté d'expression. [...] »

**SOURCES :**

- BIGOT, Ch., « Jurisprudence de la CEDH en matière de liberté d'expression », *Légipresse*, n°286, septembre 2011, pp. 511-516
- MAS, C., « L'interdiction préventive en référé d'une émission n'est pas prévue par la loi Belge. Et par la loi française ? », *Légipresse*, n°287, Octobre 2011, pp. 261-263

**NOTE :**

L'article 10 de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés proclame un droit la liberté d'expression permettant à toute personne d'être émetteur et récepteur de l'information sans ingérence de l'autorité publique. Cet article, qui permet de soumettre l'audiovisuel à un régime d'autorisation préalable, liste les possibles restrictions auxquelles cette liberté peut être soumise. Même si les restrictions préalables sont admises, elles doivent s'inscrire dans un cadre légal strict quant aux limites de l'interdiction prononcée, associées à un contrôle juridictionnel.

En l'espèce, une émission journalistique de la RTBF a été préalablement interdite de diffusion. Une telle ingérence des pouvoirs publics, pour être justifiée, doit être prévue par la loi, poursuivre un but légitime et être nécessaire dans une société démocratique. La CEDH s'attarde rarement sur le contrôle de prévisibilité de la loi. Or la Belgique est condamnée sur ce fondement. La Cour a vérifié si la loi était suffisamment accessible et intelligible pour permettre à un citoyen de régler sa conduite en s'entourant au besoin de conseils éclairés. Pour l'État belge, cette condition était remplie.

La Constitution belge n'interdisait pas la censure de la presse audiovisuelle. La combinaison des articles 18, 19, 584 et 1039 du code de procédure civile et 1382 du code civil sur la responsabilité a permis au juge des référés de prononcer l'interdiction préventive de diffusion afin de prévenir toute atteinte à la vie privée, droit protégé par la Constitution. La CEDH a estimé que la Constitution n'autorisait pas l'interdiction mais son contrôle ne s'est pas arrêté là. Elle a constaté d'une part que les solutions jurisprudentielles sur les interdictions préalables étaient divergentes dans l'audiovisuel. D'autre part les textes législatifs en cause étaient des dispositions procédurales de portée générale et de responsabilité civile. Pour la Cour les restrictions préalables de la presse quel qu'en soit le support ne reposaient pas sur un cadre légal strict et spécifique. En effet la loi doit préciser le type de

restrictions envisagées et déterminer leur but, leur durée, leur étendue et leur contrôle. *A contrario* le juge dispose d'un large pouvoir discrétionnaire. Le risque est double puisque les solutions divergentes et contradictoires apparaissent entraînant une augmentation des demandes préalables, surtout dans l'audiovisuel où la publicité en amont permet aux intéressés d'agir sur la diffusion.

La loi ne permettait pas à un citoyen de régler sa conduite et menaçait la liberté de communication. La portée de l'arrêt ne se limite pas au cas d'espèce. Désormais, pour toute forme de restrictions préalables les pouvoirs du juge des référés doivent être limités par un texte strict et spécifique en matière de presse. L'arrêt vise autant la presse écrite qu'audiovisuelle tout en reconnaissant les spécificités de cette dernière et sans remettre en cause le traitement différencié qui peut lui être appliqué. Cette décision est transposable en droit français. En effet les juges des référés s'appuient sur un arsenal législatif similaire au droit belge pour l'audiovisuel, notamment l'article 809 du code de procédure civile, qui leur donne la possibilité de prendre des mesures préventives de natures diverses malgré une jurisprudence plutôt constante.

En revanche l'arrêt se limite aux référés. A cet égard la Cour a rappelé que les textes législatifs en cause restaient prévisibles s'ils réparaient un dommage subi après publication. La prévisibilité d'une loi s'apprécie en fonction de son contenu, du domaine concerné et de ses destinataires. Or en l'espèce et étrangement elle est aussi fonction de la communication au public. La prévisibilité de la loi varierait dans le temps. La Cour cherchait peut-être à limiter ou interdire les restrictions préalables en matière de presse.

**Swanie Fournier**

Master 2 Droit des médias et des télécommunications  
AIX-MARSEILLE UNIVERSITE, LID2MS-IREDIC 2011

n° 117

## NOTE DE JURISPRUDENCE – TÉLÉVISION

**COUR D'APPEL DE PARIS, POLE 5, CHAMBRE 1 – 27 AVRIL 2011, METROPOLE TELEVISION ET AUTRES C/ SBDS ACTIVE****MOTS CLEFS : base de données – droit d'auteur – télévision – site internet – concurrence déloyale – conditions générales d'utilisation – investissement – atteinte – droit d'exploitation**

*Les contenus offerts par les groupes de télévision deviennent de plus en plus variés au fil des années et il est désormais possible de rattraper depuis quelques temps avec les sites de télévision de rattrapage connus sous l'appellation « catch-up tv ». Ces plateformes proposent alors aux internautes de pouvoir visionner des programmes qui ont déjà été diffusés sur la chaîne, et sont en grande partie financées grâce aux bannières publicitaires présentes notamment en page d'accueil. Dans l'affaire opposant le groupe de télévision M6 à SBDS, groupe de sites de catch-up tv, les juges ont dû faire face à des problématiques relevant autant du droit d'auteur que du parasitisme économique.*

**FAITS :** Le groupe M6 a conclu un accord avec le groupe SBDS, qui contrôle plusieurs sites de catch-up tv tel tv-replay.fr, anciennement totalvod.com. Ce dernier site renvoie vers des contenus de rattrapage sur les sites officiels des chaînes comme M6. Cependant, M6 constate que tv-replay.fr envoie les internautes directement sur les contenus sans passer par la page d'accueil de sa plateforme officielle M6replay, la privant de sa manne financière perçue grâce aux bannières publicitaires et assigne le groupe SBDS en Justice.

**PROCEDURE :** Dans sa décision du 18 juin 2010, le Tribunal de Grande Instance de Paris donne raison à SBDS et déboute le groupe M6 de toutes ses prétentions. Les juges vont néanmoins refuser les demandes reconventionnelles de SBDS, fondées sur la rupture sans préavis suffisant de relations commerciales établies et le refus de délivrer les conditions générales de vente. Le groupe M6 interjette appel et les deux parties se présentent devant les juges avec les mêmes demandes et prétentions.

**PROBLEME DE DROIT :** Dès lors, la protection des sites de télévision de rattrapage peut-elle être fondée sur le droit d'auteur, ou bien est-ce le droit commun qui prime ?

**SOLUTION :** Dans son arrêt rendu le 27 avril 2011, la Cour d'appel de Paris confirme le jugement donné en première instance et va même aller plus loin en condamnant M6 Web, société du groupe M6, à des « dommages-intérêts en réparation du préjudice causé par les circonstances de cette rupture ». Elle reconnaît que le site M6 Web n'est pas une base de données et ne bénéficie donc pas de la protection qui lui est attribuée au titre du droit d'auteur. L'argument du parasitisme économique est lui aussi rejeté, privant M6 de la protection de droit commun.

**SOURCES :**

<http://www.legalis.net/spip.php?article2942>

[http://www.legalis.net/spip.php?page=jurisprudence-decision&id\\_article=3152](http://www.legalis.net/spip.php?page=jurisprudence-decision&id_article=3152)

**NOTE :**

La définition d'une base de données est établie à l'article L.112-3 du Code de la propriété intellectuelle (CPI), comme « un recueil d'oeuvres, de données ou d'autres éléments indépendants, disposés de manière systématique ou méthodique, et individuellement accessibles par des moyens électroniques ou par tout autre moyen ». Mais l'article L.341-1 du CPI pose une exigence supplémentaire, au sujet du producteur de la base de données. En effet, celui-ci doit être « entendu comme la personne qui prend l'initiative et le risque des investissements correspondants, bénéficie d'une protection du contenu de la base lorsque la constitution, la vérification ou la présentation de celui-ci atteste d'un investissement financier, matériel ou humain substantiel ». La question était de savoir si M6 Web pouvait bénéficier de cette protection pour son site de catch-up tv.

Le litige opposant les sociétés du groupe M6 à SBDS Active, groupe dirigeant tv-replay.fr, a permis à la jurisprudence de faire la lumière sur la protection dont peuvent bénéficier les bases de données. Le groupe M6 attaque en effet tv-replay.fr pour atteinte au droit d'auteur, et également pour parasitisme économique, car les liens que le site offrait pour lire les contenus de rattrapage n'emmenaient pas sur la page d'accueil de M6 Replay, mais directement à la lecture du contenu. Selon M6, cela priveraient leur site des recettes publicitaires, les bannières étant principalement situées en page d'accueil.

Les juges ont considéré qu'« aucune information sur les frais afférents à la conception et à la mise en oeuvre [...] et plus généralement d'organisation et de mise à jour » de la base en question. A ce titre, la protection sur le fondement du droit d'auteur est rejetée. L'accusation que formulait M6 à l'égard de tv-replay.fr concernant l'atteinte au droit d'auteur n'est pas non plus retenue. Il s'agit là d'un point de vue fort qu'a adopté la Cour d'appel, en ne reconnaissant pas pour le moment l'attribution de la

qualification de base de données, et par conséquent la protection du droit d'auteur, aux sites de télévision de rattrapage.

L'argument de la concurrence déloyale, et plus précisément du parasitisme économique, a aussi été soulevé par M6. Il est d'ailleurs possible de noter que le fait d'invoquer à la fois une atteinte au droit d'auteur et un acte de concurrence déloyale, fondée sur le droit commun, à l'appui d'un même recours est assez rare car en principe interdit (quand cela concerne des actes de contrefaçon). Le groupe M6 a pris garde d'ailleurs de ne pas lancer d'action en contrefaçon, afin de pouvoir invoquer ces deux moyens, probablement pour obtenir avec plus de chance l'une ou l'autre de ces protections.

Les juges se montrent là aussi implacables à l'endroit du groupe M6 et lui refuse la protection de droit commun. Pour eux, il n'y a pas parasitisme économique et même au contraire « les recettes publicitaires sont intégralement préservées voire augmentées ». De plus, M6 reprochait à tv-replay.fr de se lancer sur le marché de la télévision de rattrapage. Les juges rejettent cet argument en précisant que non seulement toutes les propositions commerciales formulées par SBDS ont été proposées par contrat, et aussi rejetées, par le groupe M6, mais que M6 a également fait en sorte de livrer partiellement les informations techniques nécessaires au fonctionnement d'un site de catch-up tv et d'en quelque sorte empêcher le développement de leur partenaire commercial.

Par cette décision, la Cour d'appel se montre exigeante pour accorder la protection des sites de catch-up tv, en suivant une interprétation littérale du CPI. La concurrence déloyale n'est pas non plus pour eux une voie de secours.

**Florent Michat**

Master 2 Droit des médias et des télécommunications  
AIX-MARSEILLE UNIVERSITE, LID2MS-IREDEC 2011

n° 118

## NOTE DE JURISPRUDENCE – PRESSE

**1ère CHAMBRE CIVILE DE LA COUR DE CASSATION – AUDIENCE PUBLIQUE, 20 OCTOBRE 2011, ANPAA / SAS LIXIR ET SAS RAPP**

**MOTS CLEFS : publicité – internet – alcool – santé publique – jeu-concours – cassation partielle**

*Un jeu-concours en ligne tendant à offrir comme lot une bouteille de whisky, dont les mérites sont vantés de manière à suggérer que sa consommation est réservée à une élite, ne peut s'inscrire dans le cadre légal défini par le code de la santé publique en matière de publicité.*

**FAITS :** Au début du mois de novembre 2009, la marque de whisky Glenfiddich propose, sur son site internet « [www.Glenfiddich.fr](http://www.Glenfiddich.fr) », un jeu-concours avec comme lot principal une prestigieuse bouteille de 40 ans d'âge, d'une valeur estimée à 3 900€. Considéré comme un moyen détourné de transmettre un message publicitaire en faveur de ces boissons alcooliques, l'Association nationale de prévention en alcoologie et addictologie assigne la société Lixir à l'origine du jeu-concours. L'ANPAA requiert, en ce sens, le retrait de certaines mentions et visuels, lesquels constitueraient de la publicité illicite en faveur de l'alcool.

**PROCÉDURE:** Assignée en référé, la société Lixir, rejointe volontairement par la société Rapp en charge du marketing et de la communication, s'est vu contrainte au retrait, et ce sous astreinte de 10 000€ par jour de retard, d'une partie des mentions et visuels incriminés. Lésée par cette ordonnance du 16 février 2010, la société principale interjette appel de la décision. La Cour d'appel de Paris, dans un arrêt du 8 juin 2010, infirme les prétentions de l'instance inférieure aux motifs que certains des éléments qualifiés de litigieux se sont bornés à l'objectivité requise par les dispositions du Code de la santé publique en matière de publicité pour les produits alcooliques. Déboutée en partie par les juges du fond, lesquels accèdent néanmoins à la demande de retrait du jeu litigieux, l'association forme un pourvoi en avançant de nouveau les moyens exprimés devant le juge des référés.

**PROBLÈME DE DROIT:** Le fait de procéder à une description détaillée d'un produit alcoolique, présenté comme le lot d'un jeu-concours organisé sur le site internet d'une marque de whisky, conduit-il à outrepasser le cadre légal relatif à la publicité en matière d'alcool ?

**SOLUTION :** « *Qu'en statuant ainsi, alors qu'il résultait de ses constatations qu'aucun des éléments litigieux ne constituait une simple indication et que, dans le contexte du jeu-concours présenté sur le site qui visait à promouvoir une image d'excellence des produits de la marque et à valoriser les consommateurs, les références à la couleur et aux caractéristiques olfactives et gustatives du produit dépassaient les limites de l'objectivité, la cour d'appel a violé le texte susvisé.* »

**SOURCES :**

GOUTHERON-VEBRET, A., « Le parcours initiatique du Club Glenfiddich permet-il d'avancer sur celui de la loi Évin », *Légipresse*, n°275, Septembre 2010, pp. 166-171.

FLEURIOT, C., « Encadrement de la publicité pour l'alcool et jeu-concours en ligne », *Dalloz Actualités*, consulté le 7 novembre 2011, mis en ligne le 7 novembre 2011, URL : <http://www.dalloz-actualite.fr> (espace abonnés).

**NOTE :**

La liberté d'entreprendre, promue à l'article 4 de la Déclaration des droits d'homme et du citoyen, tout comme la liberté du commerce et d'industrie justifient le recours de plus en plus systématique à la publicité. Cependant, cet outil majeur de notre société mercantile est contraint par une réglementation précise. Et ce, notamment, lorsqu'il s'attache à des produits dont la mise en vente se trouve elle-même contrôlée.

La publicité pour les produits alcooliques entre dans ce cadre légal restrictif. D'ailleurs, depuis la loi du 21 juillet 2009, portant réforme de l'hôpital et relative aux patients, à la santé et aux territoires, un 9° a été inséré à l'article L3323-2 du Code de santé publique. Ainsi, a été ajouté aux domaines autorisés, le support électronique comme moyen de propagande en faveur de l'alcool.

En l'espèce, au regard de ce régime permissif, il était légitime pour la société Lixir de penser qu'un jeu-concours, posté sur le site d'une marque réputée de whisky, mettant en jeu une bouteille prestigieuse, n'outrepasse pas l'autorisation de la loi.

Néanmoins, la liste des caractéristiques énumérées au sein de l'article L3323-4 du CSP, lesquelles seules peuvent faire l'objet d'une description étendue au profit d'une boisson alcoolique, se trouve être strictement exhaustive.

***Une solution constante et sans détour en matière de publicité en faveur de l'alcool***

La jurisprudence en la matière n'a cessé de valider cette interprétation limitative de la publicité en faveur de l'alcool, notamment par un arrêt du 31 mai 1995 ou encore du 19 décembre 2006, tout deux rendus en sa Chambre criminelle.

Ainsi lorsque l'on observe de plus près les termes employés par le jeu-concours posté sur le site de la marque Glenfiddich, l'on se rend compte que le vocable employé dépasse allègrement le cadre de la loi. A cet instant, il aurait pu être aisé de soulever le fait qu'il ne s'agissait que d'un jeu-concours et non d'une publicité en bonne et due forme.

Cependant, les Hauts magistrats ont mis en exergue l'impact induit par les superlatifs à l'égard des consommateurs. Les termes subjectifs quant à

la description, au fur et à mesure des étapes du jeu-concours, de la bouteille de whisky mis en lot principal, favorisait le sentiment d'élitisme du consommateur du fait de sa fidélité à cette marque.

La protection du consommateur, sans cesse remise à l'ordre du jour, que ce soit par des campagnes de sensibilisation ou des mentions à caractère sanitaire, a été le cheval de Troie de la Cour de cassation pour décider de l'illégalité de cet outil médiatique.

En effet, elle a retenu sans égard que la valorisation excessive, et exorbitante à l'objectivité requise par le CSP, des produits alcooliques de la marque Glenfiddich, illustre la volonté d'inciter l'internaute à la consommation.

A ce titre, le retrait des termes litigieux prend tout son sens. Cela permet tout de même au jeu-concours de perdurer, mais tronqué des qualificatifs non autorisés par la loi.

***Une solution pointilleuse mais obscure quant à sa portée***

La Cour d'appel s'est montrée moins sévère que la Cour de cassation en ne retenant pas la violation par certains termes, tel que « les sens » ou encore « l'originalité », du cadre légal posé. Ce qui justifie une cassation partielle et le renvoi devant la Cour d'appel de Versailles. Nonobstant la justification éclairée de la Haute Cour pour considérer, et ce au regard de l'article L3323-4 du CSP, ces expressions délictueuses, reste une interrogation soulevée par les juges du fond et non résolue par ce pourvoi.

De sorte, il semblerait que le support que constitue le jeu-concours, bien que non repris au sein des exceptions autorisées à proposer de la propagande en faveur de l'alcool, ait été admis par les juges comme pouvant proposer une certaine forme de publicité. Néanmoins, la rigueur d'interprétation opérée par la 1ère Chambre civile laisse transparaitre un probable rejet de ce support du champ des exceptions autorisées.

**Sarah AKKAOUI-BORGNA**

Master 2 Droit des médias et des télécommunications  
AIX-MARSEILLE UNIVERSITE, LID2MS-IREDIC 2011

n° 119

## NOTE DE JURISPRUDENCE – PUBLICITÉ

**CJUE, 22 SEPTEMBRE 2011, 1ERE CH., AFF. C-323/09, INTERFLORA C/ MARKS & SPENCER****MOTS CLEFS : CJUE – référencement – adword – marque – publicité**

*Le régime relatif à la protection des marques à été précisé par la Cour de Justice de l'Union Européenne dans un arrêt rendu le 22 septembre 2011. Suite à une question préjudicielle introduite par la High Court of Justice du Royaume-Uni, la CJUE a dû se prononcer sur l'existence d'une atteinte au droit des marques dès lors que le choix, par un opérateur économique, d'un mot clé dans le cadre du service « Adwords » du moteur de recherche Google portait sur la marque d'un concurrent.*

**FAITS :** La société Marks & Spencer (M&S) a choisi, dans le cadre du référencement « Adwords » sur Google, d'associer le mot « Interflora » et ses variantes à son lien commercial. La Société Interflora conteste ce choix, invoque une contrefaçon et revendique le droit à la protection de sa marque.

**PROCEDURE** La High Court of justice du Royaume-Uni doit se prononcer sur le conflit opposant M&S à Interflora. Afin de décider si l'utilisation de la marque Interflora constitue une contrefaçon, la High Court of justice pose plusieurs questions préjudicielles à la Cour de justice de l'Union Européenne. La CJUE doit se prononcer sur l'interprétation des textes communautaires relatifs au droit des marques.

**PROBLEME DE DROIT :** Il s'agit pour la CJUE de statuer si l'utilisation par un tiers d'une marque, sans le consentement de son titulaire, à titre de mot clé dans le cadre du référencement par Google constitue une atteinte à l'une des fonctions des marques.

**SOLUTION :** L'article 5§1 de la directive 89/104/CEE et l'article 9§1 du règlement 40/94/CE doivent être interprétés en ce sens que le titulaire d'une marque est habilité à interdire à un concurrent de faire, à partir d'un mot clé identique à cette marque que ce concurrent a, sans le consentement dudit titulaire, sélectionné dans le cadre d'un service de référencement sur Internet, de la publicité pour des produits ou des services identiques à ceux pour lesquels ladite marque est enregistrée, lorsque cet usage est susceptible de porter atteinte à l'une des fonctions de la marque. La CJUE considère qu'il appartient aux juges britanniques et aux juridictions nationales chargées de se prononcer sur l'existence d'une atteinte au droit des marques dans le cadre des « Adwords », de vérifier si il y a atteinte à la fonction d'indication d'origine de la marque, à la fonction de publicité et à la fonction d'investissement de la marque.

**SOURCES :**

BEM, A., « Sanctions juridiques de l'utilisation du service de référencement publicitaire payant Google Adowrds », *LEGAVOX*, publié le 26.11.2011, consulté le 29.11.2011, URL : <http://www.legavox.fr/blog/maitre-anthony-bem/sanctions-juridiques-utilisation-service-referencement-6953.htm>

BOURGEOIS, M., « Référencement payant et utilisation d'une marque : précisions apportées par l'arrêt « Interflora » », *K PRATIQUE*, publié le 09.11.2011, consulté le 23.11.2011, URL : [http://www.kpratique.fr/Referencement-payant-et-utilisation-d-une-marque-les-precisions-apportees-par-l-arret-Interflora\\_a77.html](http://www.kpratique.fr/Referencement-payant-et-utilisation-d-une-marque-les-precisions-apportees-par-l-arret-Interflora_a77.html)

DUBOIS, M., « La CJUE affine le régime relatif à la protection des marques utilisé par des tiers en tant que mot-clef s'un service de référencement », *NOMOS*, publié en octobre 2011, consulté le 26.11.2011, URL : <http://www.nomosparis.com/pdf/octobre2011/Regimeprotectionmarques.pdf>

WERY, E., « Adwords : la Cour de l'Union précise la portée de la précision des marques », *DROIT & TECHNOLOGIES*, publié le 22.09.2011, consulté le 23.11.2011, URL : <http://www.droit-technologie.org/actuality-1430/adwords-la-cour-de-l-union-precise-la-portee-de-la-protection-des-ma.html>

**NOTE :**

Etroitement lié au développement remarquable du commerce électronique et sans que l'on puisse distinguer s'il est en issue ou s'il le provoque lui-même, le service de référencement « Adwords » proposé par le moteur de recherche « Google » est essentiel. En effet, moyennant rémunération, Google permet à tout acteur économique de s'offrir une meilleure visibilité sur le web en associant des mots clés à son lien commercial ce qui lui permet un référencement optimal sur le moteur de recherche, le plus souvent en tête des résultats ou sur le côté.

La pratique pour les annonceurs d'« acheter » des mots clés correspondant aux produits ou services de leurs concurrents est répandue et suscite la colère des titulaires des marques concernées.

Dans un arrêt du 22 septembre 2011, la CJUE a dû décider si l'utilisation par un tiers d'une marque, sans le consentement de son titulaire, à titre de mot clé dans le cadre du référencement par Google constitue une atteinte au droit des marques.

**Le régime juridique des « Adwords » confirmé**

En l'espèce, la société Mark & Spencer, proposant un service de livraison de fleurs au Royaume-Uni, a choisi, dans le cadre du service de référencement « AdWords » de Google, le terme « Interflora » et ses variantes à titre de mots clés. Considérant ce choix comme constitutif d'une violation de ses droits de marque, la société renommée Interflora, qui pratique ce type de service dans le pays depuis les années 50, poursuit M&S devant la High Court of Justice du Royaume-Uni. Celle-ci décida de surseoir à statuer et posa à la Cour de Justice de l'Union Européenne plusieurs questions préjudicielles afin que celle-ci l'éclaire sur l'interprétation des textes communautaires en la matière.

Conformément à ce qu'elle avait décidé dans le cadre de sa jurisprudence Google du 23 mars 2010, la CJUE tempère l'idée selon laquelle une marque dispose d'une protection absolue.

En effet, la Cour se fonde sur l'article 5§1 de la directive 89/104 rapprochant les législations des Etats-membres sur les marques et sur le règlement 90/94/CE pour affirmer que le titulaire d'une marque ne peut s'opposer à l'utilisation de celle-ci par un concurrent que dans la mesure où cet usage porte atteinte aux fonctions de la marque.

Reprenant sa décision Google, la Cour commence par rappeler la première fonction de la marque : la fonction d'indication d'origine. Elle précise : « lorsque l'annonce du tiers suggère l'existence d'un lien économique entre ce tiers et le titulaire de la marque, il y a lieu de conclure qu'il y a atteinte à la fonction d'indication d'origine de cette marque ».

La Cour confirme ensuite, comme elle l'avait décidé dans sa jurisprudence antérieure, qu'une atteinte à la fonction de publicité de la marque n'était pas constituée par le simple fait que son titulaire devait fournir des efforts supplémentaires pour augmenter sa visibilité sur la toile.

**Le régime juridique des « Adwords » affiné**

Pour la première fois, la CJUE va préciser la protection de la fonction d'investissement de la marque en déclarant que celle-ci doit être remise en cause si son usage par un concurrent « gêne de manière substantielle l'emploi, par le titulaire, de sa marque pour acquérir ou conserver une réputation susceptible d'attirer et de fidéliser des consommateurs ».

La Cour va également soulever le problème des marques renommées et se demander si l'utilisation d'une telle marque dans le cadre d'« Adwords » est constitutive, en tout temps, d'une atteinte au droit des marques. Elle va conclure qu'une telle utilisation relève d'une « concurrence saine et loyale dans le secteur des produits ou des services en cause » dès lors qu'elle propose une « alternative par rapport aux produits ou aux services du titulaire de la marque renommée ». La Cour va toutefois exclure de cette conclusion les cas où l'utilisation d'une marque concurrente renommée constituerait une « simple imitation des produits ou des services du titulaire de cette marque » et causerait une « dilution ou un ternissement » de celle-ci.

Ces remarques sont sans incidence sur le principe développé ci-dessus selon lequel la Cour sanctionne l'utilisation d'une marque concurrente, renommée ou non, à titre d'« Adwords » dès lors qu'une atteinte aux fonctions de la marque est démontrée.

Il appartient désormais aux juridictions nationales chargées de se prononcer sur l'existence d'une atteinte au droit des marques de prendre leurs décisions au regard des précisions apportées par la CJUE dans cette affaire eu égard notamment, à leur appréciation de la renommée des intervenants.

Les « Adwords », dont l'existence a été contestée, ont donc encore de beaux jours devant eux, et ce, pour le plus grand bénéfice de Google, qui continuera à en tirer des revenus considérables.

Ils représenteront toujours des outils publicitaires d'une efficacité redoutable pour les sociétés présentes sur internet. Il incombera simplement à celles-ci de s'assurer que le choix des mots clés ne risque pas d'enfreindre le droit des marques des concurrents.

Florence Dall'Aglio

Master 2 Droit des médias et des télécommunications  
AIX-MARSEILLE UNIVERSITE, LID2MS-IREDEC 2011

n° 120

## NOTE DE JURISPRUDENCE – PUBLICITÉ

**COUR DE CASSATION – PREMIERE CHAMBRE CIVILE, 06 OCTOBRE 2011, UFC QUE CHOISIR/DARTY ET FILS, ASSOCIATION DE DROIT DU MARKETING****MOTS CLEFS : information – ordinateur – ventes liées – affichage – système d’exploitation – pré-installation**

*Trop d'utilisateurs ignorent qu'acheter un ordinateur clé en main est constitutif de vente liée, procédé par définition illicite. Attachée au respect du droit, l'Union Fédérale des consommateurs Que Choisir (UFC Que Choisir) assigne la société Darty pour pratique commerciale trompeuse afin de dénoncer la tolérance autour de ce dispositif et imposer une véritable information des individus sur la part des logiciels dans le prix d'un équipement informatique.*

**FAITS** : la société Darty expose à la vente des ordinateurs équipés d'un logiciel d'exploitation et de différents logiciels d'utilisation. Soutenant que cette pratique commerciale contrevenait à l'article L.122-1 du code de la consommation, l'association de défense des consommateurs UFC Que Choisir l'assigna aux fins de la voir condamner à cesser de vendre des ordinateurs sans offrir à l'acquéreur la possibilité de renoncer à ces logiciels moyennant déduction du prix correspondant à leur licence d'utilisation, d'autre part à indiquer le prix des logiciels préinstallés.

**PROCEDURE** : par décision en date du 26 novembre 2009, la cour d'appel de Paris débouta la demanderesse qui se pourvut aussitôt en cassation.

**PROBLEME DE DROIT** : est-il essentiel de communiquer au consommateur le détail des éléments constitutifs d'un ordinateur pré-équipé ?

**SOLUTION** : les informations relatives aux caractéristiques principales d'un ordinateur équipé de logiciels d'exploitation et d'application sont de celles que le vendeur professionnel doit au consommateur moyen pour lui permettre de prendre une décision en connaissance de cause. Par conséquent, l'arrêt rendu par les juges du fond fut cassé par les juges du droit.

**SOURCE :**

Legalis, *Vente liée ordinateur/logiciel : la Cour de cassation pour l'information du consommateur*, mis en ligne le 13 octobre 2011, consulté le 07 novembre 2011, disponible sur [http://www.legalis.net/spip.php?page=breves-article&id\\_article=3247](http://www.legalis.net/spip.php?page=breves-article&id_article=3247)

**NOTE :**

La commercialisation des ordinateurs entretient des atomes crochus avec la vente liée. Ce procédé illégal rend impossible l'achat séparé de différents produits formant un seul et même lot. Appliqué à la micro-informatique, cela revient à payer toutes sortes de programmes (système d'exploitation, suite bureautique, logiciel de gravure, logiciel de sécurité) alors que c'est la configuration de la machine (processeur, carte graphique, mémoire vive, connectique) qui suscite l'intérêt. Ancrée depuis les origines, cette habitude est acceptée dans ce secteur en vertu de l'intérêt du consommateur. Pourtant, démanteler l'édifice semble être un jeu d'enfant. Cet agissement étant par essence contraire à la loi, les défenses pour la contenir ne manquent pas. Le rempart principal a son siège à l'article L.121-1 du code de la consommation qui prohibe les pratiques commerciales trompeuses.

La muraille est solidifiée par l'article L.122-1 du même code, lequel interdit les ventes subordonnées, autre appellation de la vente liée. L'article 7 de l'arrêté du ministre de l'économie daté du 03 décembre 1987 et relatif à l'information du consommateur sur les prix consolide la citadelle en exigeant l'indication du prix de chaque produit dans le cas d'une vente par lot. Pour autant, la complexité de l'outil informatique amène à fermer les yeux sur le droit interne. Loin d'être dupe, l'UFC Que Choisir rappelle que les ordinateurs présentés dans les enseignes spécialisées et les grandes surfaces fonctionnent avec des logiciels disponibles à l'unité en magasin ou téléchargeables sur l'internet.

Les préinstaller sans indiquer le prix ni suggérer à l'acquéreur d'y renoncer contre déduction du montant du contrat de licence prive donc les acheteurs d'informations essentielles. Selon l'association, ces dernières sont volontairement

dissimulées et laisse le consommateur dans l'ignorance d'une alternative. La cour d'appel de Paris ne voit pas le problème sous cet angle. Son examen de la requête lancée contre Darty repose sur une interprétation stricte d'une directive du 11 mai 2005 sur les pratiques commerciales déloyales des entreprises vis-à-vis des consommateurs.

Etrangement, celle-ci ne proscriit pas les ventes liées. Partant, les juges recherchèrent, à la lumière du texte communautaire, si la vente litigieuse était assimilable à une pratique déloyale de nature à fausser de manière substantielle le comportement du consommateur. Ce raisonnement conduisit la juridiction de second ressort décida que les informations se rapportant à l'utilisation des logiciels ne constituaient pas une caractéristique principale du produit, eu égard à leur technicité. Qui plus est, le prix ne lui semblait pas revêtir un caractère substantiel. La Cour de cassation balaya ce piètre argumentaire.

Un vendeur professionnel doit fournir au consommateur l'ensemble des données nécessaires à un choix mûrement réfléchi. Or celles identifiées par la demanderesse puis niées en appel en font partie. Les juges du droit auraient pu enfoncer le clou en relevant la contradiction de motifs de la défenderesse, qui d'une part prétexte que le consommateur averti pourra toujours comparer les tarifs entre les offres des assembleurs/intégrateurs et des constructeurs ; et d'autre part s'abrite derrière l'opacité des fabricants pour couvrir sa méconnaissance des prix respectifs de l'ordinateur seul et des logiciels installés. La victoire est acquise.

**Benjamin HERSANT**

Master 2 Droit des médias et des télécommunications  
AIX-MARSEILLE UNIVERSITE, LID2MS-IREDIC 2011

n° 121

## NOTE DE JURISPRUDENCE – TÉLÉCOMMUNICATIONS

**COUR DE CASSATION – CHAMBRE SOCIALE, 3 NOVEMBRE 2011, MOREAU INCENDIES C/ M.X****MOTS CLEFS : géolocalisation – salarié – employeur – informatique et liberté – licenciement – droit du travail – information préalable – déclaration – Cnil – contrôle – rémunération –**

*Alors que les contentieux sur la géolocalisation tendent à se développer en droit social. La Cour de Cassation vient par un arrêt de sa chambre sociale du 3 novembre 2011, rappeler les limites des employeurs à l'utilisation de tels systèmes. Respect de la liberté du salarié, connaissances préalables des employés, déclaration auprès de la Cnil, non détournement de la finalité du système sont autant de dérives que la cour souhaite contrôler.*

**FAITS** : M.X a été engagé par la société Moreau Incendie en qualité de vendeur salarié sur un secteur d'activité comportant deux départements. Afin de rendre compte de sa mission auprès de son entreprise, il est tributaire de la rédaction d'un compte rendu journalier. Suite à la notification par son employeur de la mise en place d'un système de géolocalisation dans le but d'optimiser ses visites, il prend acte de la rupture de son contrat de travail en raison de la réduction de sa rémunération calculée par cet outil de cyber surveillance.

**PROCEDURE** : Qualifié de démissionnaire par son entreprise, M. X considère que le détournement des finalités du système de géolocalisation constitue une rupture de son contrat de travail aux torts de l'employeur. L'ouverture d'une procédure devant les prudhommes se conclue par une action devant la cour d'appel de Paris le 24 mars 2010, qui fait foi aux demandes de M.X. La société Moreau incendie se pourvoi alors en Cassation.

**PROBLEME DE DROIT** : Le détournement des finalités d'un système de géolocalisation pour le contrôle d'un salarié constitue t'il un cas de rupture de contrat de travail aux torts exclusifs de l'employeur ?

**SOLUTION** : La chambre sociale rejette le pourvoi. Tout en rappelant que le contrôle de la rémunération, en vertu de l'article L 1121-1 du code du travail, n'est pas justifié lorsque le salarié dispose d'une liberté dans l'organisation de son travail, la Cour de Cassation considère que l'utilisation, à des fins autres que celles déclarées au salarié et à la commission nationale de l'informatique et des libertés (Cnil), est illicite. Un tel agissement constitue un manquement suffisamment grave justifiant la rupture du contrat aux torts exclusifs de l'employeur.

**SOURCES :**

GOUGACHE E., « La géolocalisation des employés est illicite lorsque l'entreprise en a détourné sa finalité », *lextime.fr*, mis en ligne le 4 décembre 2011, consulté le 4 décembre 2011, <http://www.lextimes.fr/4.aspx?sr=3019>

CHHUM F., « La géolocalisation illicite d'un salarié permet à celui-ci de prendre acte de la rupture de son contrat de travail », *Village Justice*, mis en ligne le 7 novembre 2011, consulté le 4 décembre 2011, <http://www.village-justice.com/articles/geolocalisation-illicite-salarie-permet,11112.html>

Délibération n°2006-066 du 16 mars 2006 portant adoption d'une recommandation relative à la mise en oeuvre de dispositifs destinés à géolocaliser les véhicules.

**NOTE :**

Utilisés dans des domaines aussi variés que le positionnement de commerces ou la navigation automobile, les systèmes de géolocalisations constituent aussi une manne non négligeable pour les employeurs désireux de contrôler à distance leurs salariés. Véritable *big brother* en puissance, ces outils engendrent de nombreux abus aux dépens des règles juridiques et notamment la loi n° 78-17 du 6 janvier 1978 « informatiques et libertés » et le code du travail. Face aux possibles excès, la cour de Cassation par sa chambre sociale dans un arrêt du 3 novembre 2011, se pose en garante de la protection des salariés géolocalisés. Un garant d'une protection qu'il convient toutefois de relativiser.

**Une protection relative de la liberté d'exercice du salarié...**

Si l'utilisation d'un système de géolocalisation n'est licite, pour contrôler la durée de travail, lorsqu'aucun autre procédé ne peut être mis en place, celle-ci doit être exclue dès lors qu'un salarié dispose d'une liberté d'organisation de sa mission. En effet l'article L1121-1 du code du travail, dispose que « nul ne peut apporter aux droits des personnes et aux libertés individuelles et collectives de restrictions qui ne seraient pas justifiées par la nature de la tâche à accomplir ni proportionnées au but recherché ». En l'espèce l'exécution de l'exercice du salarié était contrôlée par la réalisation d'un rapport journalier, donc la mise en place d'une cyber surveillance constitue une entrave à son autonomie prévue par le contrat de travail.

Toutefois, la liberté protégée par la cour n'est somme toutes que friables pour l'avenir. En l'occurrence, l'utilisation de tels outils n'était que marginale dans les années 90, il semble alors possible qu'un contournement se réalise par convention expresse. L'employeur n'aura qu'à obtenir l'accord contractuel de son employé. C'est réellement cette connaissance du dispositif qui

protège encore les salariés, car en vertu de l'article 6 de la norme 51 de la Cnil, l'employeur à l'obligation d'informer individuellement chaque salarié concerné dès qu'il envisage d'installer un dispositif de géolocalisation.

**Renforcée par un principe de « double déclaration ».**

Outre la connaissance effective du travailleur qui doit être prouvée, une note de service ne constituant pas un moyen précis (Cour d'appel de Dijon, 14 septembre 2010), les desseins d'un tel système doivent être, comme le rappelle la chambre sociale, transmis à la Cnil. Cette « double déclaration » permet d'éviter le détournement de finalité, qui est pénalement répréhensible (art 226-21 code pénal)

En l'espèce, la mise en place d'un système de géolocalisation dans le but d'optimiser à courts termes le temps de travail de son salarié, ne peut être utilisé pour le calcul de sa rémunération. Le détournement de finalité constitue alors un « *manquement suffisamment grave* » entraînant la rupture du contrat de travail aux torts de l'employeur.

Par cet arrêt les employeurs de plus en plus intrusifs sont mis à mal. Et même si la cour de Cassation laisse la porte ouverte à la liberté contractuelle, le juge se devra de contrôler systématiquement les finalités de la surveillance électronique. Non démunis face à leurs « patrons », espérons que les salariés concernés prennent à l'avenir connaissance des droits qui leurs sont garantis en matière de géolocalisation

Maxime Meyney

Master 2 Droit des médias et des télécommunications

AIX-MARSEILLE UNIVERSITE, LID2MS-IREDIC  
2011

n° 122

## NOTE DE JURISPRUDENCE – TÉLÉCOMMUNICATIONS

**TRIBUNAL DE GRANDE INSTANCE DE CLERMONT-FERRAND CHAMBRE CORRECTIONNELLE  
JUGEMENT DU 26 SEPTEMBRE 2011****Mots clefs : clé USB – confidentialité – données informatiques – fichiers – vol**

*Alors que la Cour de cassation a toujours refusé d'appliquer la notion de vol à l'information sans support matériel, le tribunal de grande instance de Clermont-Ferrand en juge autrement lorsqu'il décide de condamner une employée pour abus de confiance et vol de données informatiques. En effet le tribunal estime que « les faits de vol de données informatiques confidentielles au préjudice des sociétés X. et Y. sont établis ».*

*Si l'accusation d'abus de confiance a déjà été retenue dans le passé, celle de vol de données immatérielles est nouvelle.*

*Cet arrêt constituera-t-il un revirement de jurisprudence ouvrant enfin la voie à une condamnation pénale du vol de données informatiques en tant que tel, et non avec le détour par l'abus de confiance, ou ne s'agira-t-il que d'un arrêt d'espèce isolé ?*

**Faits :** Une femme est employée par une société le 20 août 2007 en qualité d'assistante commerciale. Son expérience passée et sa faculté de parler le mandarin donnent la possibilité à la société de développer son marché en Asie. Le contrat de travail de l'employée comporte une clause de confidentialité. Après le refus par l'employeur des primes sollicitées par l'employée, ceux-ci décident de mettre fin à leur collaboration et négocient une rupture conventionnelle le 16 janvier 2009. L'employeur lui demande d'établir une liste actualisée des clients, ce qu'elle fait tout en transférant ces données sur une clé USB qu'elle emportera ensuite à son domicile dans le but de créer une société concurrente.

Le 16 et 17 février 2009, la société dépose plainte avec constitution de partie civile pour « vol de matériel informatique et détournement de données informatiques » à l'encontre de son ex-employée. La société avait en effet été informée que son ancienne salariée avait démarché ses clients pour leur vendre les fichiers « clients » et « fournisseurs ».

**Problème de droit :** Le détournement de données informatiques peut-il être caractérisé de vol au sens de l'article 311-1 du code pénal ?

**Solution :** Aux termes de l'article 311-1 du code pénal le vol consiste en « *la soustraction frauduleuse de la chose d'autrui* ». L'une des conditions nécessaires à la caractérisation de l'infraction est ainsi la soustraction d'une chose matérielle ou corporelle. Le tribunal considère que « le transfert d'informations, aux fins d'actualisation des fichiers antérieurs sont constitutifs de soustraction frauduleuse » et déclare la salariée coupable de vol.

Par ailleurs, il estime que le détournement de fichiers informatiques de données confidentielles est constitutif d'un abus de confiance au préjudice de la société et condamne également sur ce fait l'employée.

**Source :**

Lefigaro.fr « Première sanction d'un vol de données numériques par un tribunal », *Le Figaro*, article du 3 octobre 2011 :<http://blog.lefigaro.fr/crequy/2011/10/premiere-sanction-dun-vol-de-donnees-numeriques-par-un-tribunal.html>

**NOTE :**

La question se pose depuis longtemps de savoir si les textes prévoyant et réprimant le vol sont applicables aux données informatiques.

Le Code pénal définit le vol dans son article 311-1 comme la soustraction frauduleuse de la chose d'autrui. Les données informatiques étant immatérielles, il convient de se demander si la soustraction peut porter sur une chose qui n'est pas matérielle, corporelle.

Le jugement du 26 septembre 2011 répond à cette question en admettant le vol de données informatiques d'une part, et en condamnant l'ex salariée sur le fondement de l'abus de confiance d'autre part.

**Le fondement classique de l'abus de confiance**

Dans le cas de détournement de fichiers informatiques la jurisprudence se fondait habituellement sur l'abus de confiance afin de pouvoir sanctionner. En effet jusqu'à présent, les sociétés qui demandaient la condamnation pour vol de données immatérielles ne trouvaient pas gain de cause sur ce fondement, mais uniquement sur l'abus de confiance dans le meilleur des cas.

Le vol de données n'avait jamais été reconnu en tant que tel. Par exemple, la cour d'appel de Grenoble (CA Grenoble, 1<sup>e</sup> ch. corr., 4 mai 2000, S. Faibie c/ Ministère public et autres) a énoncé que « *le vol étant la soustraction frauduleuse de la chose d'autrui, celle-ci est nécessairement une chose matérielle susceptible d'appréhension par l'auteur du vol et le "vol d'information" ne peut être appréhendé par la loi pénale qu'à travers le vol de son support matériel* ». Les tribunaux faisaient alors le détour par l'abus de confiance pour condamner l'auteur du vol de données immatérielles.

En l'espèce, l'abus de confiance a été reconnu dans la mesure où l'employée avait copié des données auxquelles elle ne pouvait avoir accès de par ses fonctions. Le tribunal relève par ailleurs « *un croisement de données, patiemment effectué, lui*

*permettant effectivement d'avoir accès à l'ensemble des tarifs, stocks et clients ou fournisseurs des deux sociétés ; cette connaissance, par définition cachée à son employeur parce qu'elle excédait la définition contractuelle de ses tâches, lui a permis de démarcher divers clients* ».

Le jugement, en plus de l'abus de confiance, condamne également l'employée pour vol.

**Une avancée significative : la reconnaissance du vol de données informatiques**

Certaines décisions avaient retenu le vol de « contenu informationnel » mais cela a été critiqué car elles dérogeaient aux principes généraux du droit pénal, à savoir le principe de légalité des délits et des peines et le principe d'interprétation stricte de la loi pénale.

Le jugement du TGI de Clermont Ferrand qui considère que « *le transfert d'informations, aux fins d'actualisation des fichiers antérieurs sont constitutifs de soustraction frauduleuse* » est donc une avancée significative sur le vol de données informatiques mais ne comble pas pour autant le vide juridique concernant le vol de données immatérielles.

L'avocat de la société, Me Olivier de Maison-Rouge, qui travaille depuis trois ans sur la préparation d'un texte notamment avec Bernard Carayon, le député UMP du Tarn, préconise un nouveau dispositif pénal qui s'insérerait dans le projet de loi sur le « confidentiel entreprise ». Les peines maximales associées pourraient être rapprochées des sanctions pour un vol de bien matériel, à savoir jusqu'à trois ans de prison et 45 000 euros d'amende, ainsi que d'éventuels dommages et intérêts.

**Orianne GILBERT**

Master 2 Droit des médias et des télécommunications  
AIX-MARSEILLE UNIVERSITE, LID2MS-IREDEC 2011

n° 123

## NOTE DE JURISPRUDENCE – DROIT D'AUTEUR

**COUR DE CASSATION, 1<sup>ER</sup> CHAMBRE CIVILE, 9 JUIN 2011, POURVOI N°10-13-570****MOTS CLEFS : droit d'auteur – droit moral – droit de divulgation post mortem – vie privée – héritiers**

*Selon les dispositions de l'art. L121-1 du CPI, le droit moral est perpétuel, il ne s'épuise pas à la mort de l'auteur, afin que les héritiers de l'auteur protègent la volonté de ce dernier. Avec cet arrêt de principe, la Cour de Cassation rappelle les conditions dans lesquelles l'abus de droit dans l'exercice du droit de divulgation peut être constitué et deux règles procédurales essentielles.*

**FAITS** : René Char avait institué légataire universelle son épouse. Il l'avait aussi chargée de veiller à l'ensemble de son oeuvre en coopération avec sa collaboratrice littéraire et maitresse pendant vingt ans, Tina Jolas. Au décès de cette dernière, ses héritiers, les consorts du Bouchet, avaient l'intention de publier les correspondances privées entre leur mère et René Char ainsi que celles échangées entre leur grand-mère et le poète. Ils se heurtèrent au refus d'une telle divulgation par l'épouse de l'auteur. En sa qualité de titulaire de droit de divulgation sur l'oeuvre elle refusât.

**PROCEDURE** : Les consorts du Bouchet saisissent le Tribunal de Grande Instance sur le fondement de l'abus notoire dans l'exercice du droit de divulgation dont Madame Charest investie selon les dispositions de l'article L121-3 du CPI. Le TGI infirme la demande des héritiers. Dès lors, ces derniers interjetèrent appel devant la Cour d'Appel de Paris qui leur donne gain de cause dans une décision du 4 décembre 2009 aux motifs que l'abus de droit était bien constitué et que c'était à elle d'apporter la preuve de son refus à cette publication. Madame Char forme alors un pourvoi en cassation.

**PROBLEME DE DROIT** : L'exécuteur testamentaire qui détient le droit de divulgation post mortem sur une oeuvre peut-il opposer son refus de divulguer l'oeuvre sans que ce refus soit considéré comme abusif ? A ce titre éventuel, la preuve de l'abus doit-elle être justifiée par la personne investie de ce droit ?

**SOLUTION** : Au regard des articles 1315 du code civil et L121-2 et L121-3 du CPI c'est à la personne qui invoque l'abus notoire d'en apporter la preuve. De plus, l'article L 331-4 du CPI prévoit que les parties à un litige peuvent produire des oeuvres non divulguées lorsque ces oeuvres sont nécessaires à l'accomplissement d'une procédure judiciaire. En l'espèce, la Cour d'Appel n'a pas respecté la loi en ajoutant une condition préalable à la production des actes. Au vue des prérogatives du droit de divulgation du légataire universel, de la réglementation de la charge de la preuve et les règles de divulgation d'une oeuvre dans un procès, la cour de cassation casse et annule entièrement la décision de la cour d'appel et renvoie l'affaire devant la cour d'appel de Lyon.

**SOURCE** : – Chaudon F., « Char : la Cour de cassation passe à l'assaut », mis en ligne le 23/06/2011, consulté le 20/11/11. Lien : <http://www.irpi.cci.fr/>

**NOTE :**

L'auteur ne livre «*son oeuvre au public que de la manière et dans les conditions qu'il juge convenables*» selon l'expression employée pour définir le droit de divulgation dans un arrêt célèbre de la Cour de Cassation du 6 mars 1931 aujourd'hui régi par l'article 121-3 du CPI, ce droit fait partie des prérogatives de droit moral, exclusif, discrétionnaire et perpétuel. Au décès de l'auteur ce droit est donc transmis à ses ayants droits.

En l'espèce, d'après les dispositions de l'article L 121-2 du CPI, qui prévoit la transmission post mortem du droit de divulgation selon un ordre dérogatoire au droit commun, son épouse est désignée comme exécutrice testamentaire. Cet arrêt de principe ne tranche pas réellement la question de savoir s'il y a eu un abus ou non dans l'usage du droit de divulgation par l'épouse du poète. En effet, la Cour de Cassation rappelle surtout deux points essentiels de procédure.

**Le droit de divulgation et la charge de la preuve**

En l'espèce, suite au refus de l'épouse du poète René Char, titulaire du droit de divulgation, de publier les correspondances échangées entre M. Char et sa maitresse les héritiers de cette dernière ont assigné devant le TGI de Paris Mme Char pour abus notoire dans l'exercice de son droit de divulgation. En effet, l'article L121-3 du CPI prévoit un recours spécifique devant le TGI en cas d'abus notoire dans l'usage ou le nonusage du droit de divulgation de la part des représentants de l'auteur décédé. Si l'abus est caractérisé il pourra ordonner toutes les mesures appropriées.

Selon les conclusions de la Cour de Cassation, la Cour d'appel a méconnu les règles légales prévues à l'article 1315 du code civil qui dispose que «*celui qui réclame l'exécution d'une obligation doit la prouver ...*». En effet, c'est à celui qui conteste la façon dont ce droit est exercé d'établir l'abus notoire défini par l'art. L121-3 du CPI, et non aux personnes qui en sont investies de justifier leur choix de divulguer ou non l'oeuvre. La Cour d'appel a ainsi renversé la charge de la preuve en demandant à l'épouse du poète de prouver que son mari n'aurait pas voulu publier cette correspondance. Donc en l'absence de dispositions

explicites de l'auteur, c'était aux demandeurs de démontrer que la divulgation de ces correspondances était possible même avec l'avis contraire du titulaire du droit moral sur l'oeuvre.

**Le droit de divulgation et la nature de l'oeuvre**

La propriété du support matériel est indépendante de la titularité des droits d'auteurs en vertu de l'art. L111-3 du CPI. Les héritiers détiennent les correspondances, c'est-à-dire le support papier mais c'est Mme Char qui détient la titularité des droits moraux dessus. Les oeuvres litigieuses sont des correspondances privées, leur nature fait qu'elles relèvent du secret des correspondances. C'est pourquoi le législateur, à l'article L331-4 du CPI a institué une exception au droit d'auteur qui permet de produire des oeuvres inédites dans des écritures judiciaires lorsque ces oeuvres sont nécessaires à l'accomplissement d'une procédure judiciaire.

La Cour de Cassation casse et annule l'arrêt car la Cour d'appel a une nouvelle fois fait une mauvaise application de la loi comme dans l'arrêt de la Cour de Cassation, Civ., 25 février 1997. Le juge de la mise en état, à qui revient l'examen de la demande de divulgation des oeuvres inédites, aurait limité la production de ces oeuvres.

Les juges de la Cour de Cassation ont eu une interprétation stricte de la loi : la divulgation d'oeuvres inédites est admise à condition qu'elle soit utile au procès et qu'il y est besoin de l'autorisation du juge de la mise en état. La Cour d'appel a donc violé le texte légal. La Cour de Cassation, s'est prononcée sur deux questions importantes de procédure, qui fait de cet arrêt un arrêt de principe en la matière, mais sans pour autant définir réellement s'il y a eu abus notoire dans l'exercice du droit de divulgation ou non. La Cour d'appel de Lyon devra statuer afin de trancher l'affaire pour établir l'existence ou non d'un abus du droit dans l'exercice du droit de divulgation post mortem.

Jeanne Aujoulet

Master 2 Droit des médias et des télécommunications  
AIX-MARSEILLE UNIVERSITE, LID2MS-IREDIC 2012

n° 124

## NOTE DE JURISPRUDENCE – DROIT D'AUTEUR

**COUR DE CASSATION – CHAMBRE COMMERCIALE, 18 OCTOBRE 2011, « ENDEMOL ET MISS FRANCE C/ G. DE FONTENAY ET ASSOCIATION COMITE MISS FRANCE »**

**MOTS CLEFS : droit d'auteur – clause de non concurrence – production audiovisuelle – protection juridique de l'idée – dimension économique de l'idée**

*Si on peut lire dans cet arrêt de la Cour de cassation le simple rappel des conditions de validité de la clause de non-concurrence, il est aussi possible d'y lire en filigrane une sorte de consécration en pratique de la protection de l'idée à valeur économique, le tout au mépris du précepte progressiste qui veut que « l'idée est de libre parcours ».*

**FAITS** : Après son départ de la société Miss France en février 2010, sur fond de divergences éthiques, Geneviève Mulmann, dite Geneviève De Fontenay, avait lancé, en collaboration avec son fils, le concours alternatif de Miss Nationale. Par ailleurs, elle n'a pas manqué de mener une campagne médiatique vindicative à l'encontre de ses anciens collaborateurs.

**PROCEDURE** : En Mai 2010, les sociétés Miss France et Endemol Productions ont engagé une action en justice devant le tribunal de commerce de Paris, à l'encontre de Mme De Fontenay et de son association « Comité Miss France », afin de faire cesser toute campagne de dénigrement à leur encontre, de protéger la marque « Miss France » et d'interdire l'organisation d'un concours de beauté concurrent. Ils se basaient notamment sur une clause de non concurrence consentie huit ans plus tôt par Mme De Fontenay lors de la cession de ses parts Société Miss France à Endemol. Le 15 juin 2010, le TC fait droit aux demandes des sociétés demanderesse. Appel est interjeté. Dans un arrêt en date du 9 juillet 2010, la Cour d'appel de Paris maintient l'interdiction de dénigrement, mais revient sur les autres demandes, invoquant l'illicéité de la clause de nonconcurrence, du fait de stipulations excessives, concernant la limitation dans l'espace de celle ci. Le concours de Miss Nationale pouvait donc avoir lieu. Les sociétés Miss France et Endemol Productions se pourvoient en cassation.

**PROBLEME DE DROIT** : L'absence de limitation dans l'espace d'une clause de non-concurrence insérée dans un contrat commercial suffit elle à caractériser l'illicéité de celle ci ?

**SOLUTION** : La Cour de cassation va casser et annuler la décision de la Cour d'appel, mais seulement en ce qui concerne le rejet de la demande tendant à ordonner à Mme De Fontenay et son association, de cesser tout acte de quelque nature que ce soit en vue d'organiser une élection concurrente. Elle va retenir que la Cour d'appel, en se déterminant comme elle l'a fait, n'a pas recherché si le comportement de Mme De Fontenay constituait une méconnaissance de la garantie légale d'éviction, et si l'organisation d'une élection concurrente ne pouvait être de nature à exposer les sociétés Endemol et Miss France à un dommage imminent. Se faisant, la Cour d'appel a privé sa décision de base légale.

**SOURCES** : SERNA (M.), « Miss France, ou la valeur économique de l'idée en production audiovisuelle », [blog.dalloz.fr](http://blog.dalloz.fr), mis en ligne le 4 novembre 2011 : <http://blog.dalloz.fr/2011/11/miss-france-ou-la-valeureconomique-de-l-idee-en-production-audiovisuelle/>

**NOTE :**

Si la décision en elle même n'apporte pas de véritable révolution sur le terrain des conditions de validité des clauses de nonconurrence, elle est intéressante lorsqu'il s'agit de réfléchir au raisonnement qui a poussé les juges à trancher en faveur des sociétés Endemol et Miss France. La Cour, lorsqu'elle reconnaît que « l'organisation d'une telle élection [...] pouvait être de nature à exposer les sociétés [...] à un dommage imminent », soulève indirectement la question de savoir si un concours de beauté retransmis à la télévision est susceptible de constituer un concept protégeable au sens du droit d'auteur.

Pourquoi ? Car il ne peut y avoir de dommage que si le concept mis en cause détourne le public du programme initial. Ainsi, la démarche de Mme De Fontenay, de créer son propre concours, sera considéré comme une rupture avec la clause de non-concurrence si on admet que son programme détourne le public du programme initial, parce qu'il est similaire. Il s'agit là d'apprécier l'idée d'un programme et de son éventuelle protection / contrefaçon.

**Le principe : « l'idée est de libre parcours »**

C'est une réalité aussi vieille que le régime juridique de protection des créations intellectuelles. Carcan pour certains, elle reste pour la plupart la garantie de ne pas entraver le progrès. Pour Henri Desbois, elle est « ni plus ni moins qu'une liberté d'expression ». Reste que, derrière ce principe jusqu'alors inamovible, il n'est pas rare de se heurter à des difficultés d'application. Il n'existe pas de définition de l'idée, il n'existe donc pas de frontières précises entre l'idée, non protégeable, et l'oeuvre de l'esprit qui elle est protégeable.

En matière de production audiovisuelle, les juges sont appelés à analyser le pitch, le format (déroulement du programme), les synopsis, le storyboard, etc... au regard de l'empreinte de la personnalité de l'auteur (sa façon de traiter le programme). Derrière ce florilège de caractères

essentiels à l'analyse de l'idée, se trouve souvent des décisions extrêmement subtiles, parfois contradictoires, qui révèlent par extension, de l'existence d'enjeux mercantiles prédominants.

**La pratique : La protection de la dimension économique de l'idée**

Par le passé, en matière audiovisuelle, des décisions<sup>1</sup> ont fait ressortir la théorie des agissements parasites afin d'arriver à une situation de protection de l'idée de programme, dès lors qu'il pouvait exister une atteinte économique substantielle. Autant d'artifices destinés à admettre une certaine protection de la dimension économique de l'idée. Or, en l'espèce, la clause de non-concurrence insérée au contrat a pour finalité de prévenir les dommages que causerait l'exercice d'une activité concurrente.

Quid de sa validité ? Le droit prétorien lui a construit un régime juridique dans lequel on trouve cinq conditions cumulatives de validité, parmi lesquelles figurent la limitation spatio-temporelle et la protection des intérêts légitimes de l'entreprise. Ici, la rédaction de la clause est bancale (Il est interdit à G. De Fontenay d'exercer une activité ayant un rapport avec une des activités du groupe Endemol dans un des pays où celui ci exerce une activité et où il les exercera à l'avenir), et pourtant, la Cour de Cassation ne vas pas l'écartier, argumentant sur la garantie légale d'éviction et sur le dommage imminent.

Serais ce de nouveau un artifice visant à protéger des intérêts financiers, par delà le principe de libre parcours de l'idée ?

**Simon Vuillard-Pernier**

Master 2 Droit des médias et des télécommunications  
AIX-MARSEILLE UNIVERSITE, LID2MS-IREDEC 2011

<sup>1</sup> CA Versailles, 11 Mars 1993, « La nuit des héros / les marches de la gloire » et CA Paris, 10 novembre 2006, « Le couple idéal »

n° 125

## NOTE DE JURISPRUDENCE – DROIT D'AUTEUR

**TRIBUNAL DE PREMIÈRE INSTANCE DE L'UNION EUROPÉENNE (PREMIÈRE CHAMBRE) – ORDONNANCE DU PRÉSIDENT DU TRIBUNAL, AFFAIRE T-292/10, 8 AVRIL 2011, MONTY PROGRAM AB C/ COMMISSION EUROPÉENNE, DEMANDE D'INTERVENTION DE LA SOCIÉTÉ CANONICAL LTD.**

**MOTS CLEFS :** logiciel libre – open source – intérêt à agir – demande d'intervention

*Les instances Européennes ont souvent à se prononcer sur l'existence, l'importance et la licéité des enjeux économiques de mouvements de marché divers. Lorsque ces enjeux interviennent sur marché du logiciel libre ou open source, il arrive que les raisonnements classiques de ces instances sur l'intérêt que peut avoir une personne morale à intervenir à un litige ne soit plus adapté. Le Tribunal de Première Instance de l'Union Européenne (renommé Tribunal par la réforme des institutions de l'Union) en fait la démonstration par une ordonnance en total conformité avec le droit matériel et jurisprudentiel de l'Union, mais en aussi totale contradiction avec les spécificités propres de ce type de licence logiciel qui devraient porter les autorités juridictionnelles à tenir compte notamment des liens fragiles et singuliers qui unissent les acteurs du monde Open Source.*

**FAITS / PROCÉDURE :** La Commission Européenne autorise le 21 janvier 2010 le rachat de *Sun Microsystems* par *Oracle Corporation*, en déclarant la concentration conformes aux règles de l'Union.

**PROCÉDURE :** Le 1er juillet 2010, la société *Monty Program AB* engage une action en annulation de cette décision. La société *Canonical* souhaite intervenir dans cette procédure d'annulation, par acte déposé aux greffes du Tribunal le 16 novembre 2010. Suite à cette demande, *Monty Program AB* demande le traitement confidentiel de l'affaire vis-à-vis de *Canonical*.

**PROBLÈME DE DROIT :** Eu égard à la position et l'activité de *Canonical* sur le marché du libre ainsi qu'à ses liens avec les parties à la procédure principale, le Tribunal doit établir si la société peut se prévaloir d'un intérêt à la solution du litige et donc échapper à la demande de traitement confidentielle formulée à son encontre par le demandeur à l'annulation.

**SOLUTION :** Sans considération du grief tiré de l'application des dispositions du Chapitre 3 de son propre règlement de procédure (l'intervention), le Tribunal retient que « *les arguments avancés par Canonical au soutien de sa demande ne sont pas de nature à justifier son intérêt à la solution du litige au sens de [sa] jurisprudence* ». Ceci en raison d'une part que le demandeur ne rapporte par la preuve que la décision du Tribunal est « *susceptible de porter atteinte* » à son activité commerciale et d'autre part que les « *arguments vagues et difficilement compréhensibles de Canonical (...) ne sont pas non plus susceptible de fonder son intérêt direct, actuel et certain à la solution du litige* ».

**NOTE :**

La décision du Tribunal présente cette particularité qu'elle met en scène des acteurs tout à la fois méconnus des particuliers et essentiels de la sphère du *Free et Open Source Software* (FOSS) pour reprendre la formule du Tribunal lui-même. En effet, Sun Microsystems, Oracle et Canonical sont à compter au nombre des entreprises qui fournissent des solutions informatiques techniques extrêmement répandus de part le monde. Une grande partie de leur activité étant destinée aux professionnels de l'informatique, de la bureautique et des réseaux, ils ne bénéficient sans doute pas d'une bonne visibilité auprès du grand public.

Pour autant, ils intègrent assurément un marché global singulier (I) dont les spécificités peinent à être reconnues par nos instances européennes comme le démontre la présente ordonnance (II).

***Le FOSS, un marché à part entière mais un marché spécifique***

Pour autoriser la concentration entre Sun et Oracle, la Commission Européenne s'est prononcé au visa des règles matérielles de l'U.E. relatives à la concurrence et au marché sur le territoire de l'Union. Ce faisant, la Commission opère une appréhension légitime, de ce secteur commercial lucratif, en le soumettant notamment aux règles relatives aux concentrations commerciales préjudiciables aux consommateurs, preuve -s'il en est- de son caractère marchand. Pour autant, la présente décision fait montre d'un scepticisme, sinon d'une méconnaissance, vis-à-vis des caractéristiques propres de ce marché.

Il est adéquat de remarquer que Canonical prend la peine de conclure qu'il serait préjudiciable que la communauté entrepreneuriale commence à croire qu'héberger un projet FOSS peut présenter un risque en cas de fusion avec une entreprise bénéficiant d'une place importante sur le marché européen. Et de continuer que « *l'interaction*

*complexe et la symbiose* » entre les acteurs du libre doit être prise en compte par les règles du droit européen. Si l'interdépendance n'est bien sur pas propre au marché du FOSS, elle y trouve en tous les cas une expression particulièrement pertinente.

***L'étonnant rejet de l'intérêt à agir de Canonical***

C'est cette interdépendance qui constitue pour l'entreprise requérante son intérêt à agir. En n'admettant pas cet intérêt, le Tribunal fait une application stricte de sa jurisprudence antérieure. Pour autant, appliqué au cas d'espèce, ce raisonnement semble inadéquate. Le Tribunal se cantonne à considérer qu'une entreprise qui organise la diffusion en natif des solutions logiciels de divers fournisseurs, lorsqu'elle constitue le vecteur presque exclusif de la diffusion au public non professionnel de ces solutions, n'est pas fondée à intervenir à l'instance qui aura pour conséquence de modifier significativement le positionnement de ce fournisseur sur le marché. En d'autres termes, pour le Tribunal, l'autorisation ou non du rachat de Sun par Oracle n'aura pas de conséquence sur l'activité de Canonical.

À la lumière de cette affirmation, rappelons que Canonical était notamment connu pour intégrer OpenOffice.org, le projet phare de Sun à son propre système d'exploitation (Ubuntu) et que la seconde version d'Ubuntu postérieure au rachat de Sun par Oracle a vu OpenOffice être remplacé par LibreOffice, le *fork* open source de la solution bureautique. Canonical s'est notamment engagé à soutenir en moyen financiers et humains le développement de LibreOffice.

CQFD.

**Jeremy PAPPALARDO**

Master 2 Droit des médias et des télécommunications  
AIX-MARSEILLE UNIVERSITE, LID2MS-IREDIC 2011

n° 126

## NOTE DE JURISPRUDENCE – DROIT D'AUTEUR

**Tribunal de grande instance de Paris – Ordonnance de référé, 05 septembre 2011, SAS Universal Music France c/ SAS Blogmusik**

**MOTS CLEFS : droit d'auteurs – abus de position dominante – référé – contrefaçon – œuvre Musicale**

*Le Tribunal de Grande de Instance de Paris a rendu une décision inattendue. Par ordonnance du 5 septembre 2011, la société Universal Music France a été déboutée de l'ensemble de ses demandes tendant à interdire à Blogmusik, qui gère le site Deezer, d'exploiter son catalogue contre son gré. Une action en contrefaçon neutralisée par la reconnaissance d'un abus de position dominante, qui marque une victoire inattendue du droit de la concurrence sur les droits d'auteurs.*

**FAITS** : Universal Music France et la société Blogmusik ont passé un accord portant sur l'exploitation catalogue sur la plateforme en ligne Deezer. A la suite de modifications du contrat d'exploitation, Blogmusik refuse les nouvelles conditions d'Universal, qui portent sur les modalités du service payant de son site. Universal enjoint Blogmusik à mettre fin à l'exploitation de son catalogue sous huitaine, mais celle ci passe outre le délai.

**PROCEDURE** : Universal Music France assigne Blogmusik en contrefaçon devant le juge des référés le 1<sup>er</sup> juin 2011. Le demandeur exige que Blogmusik cesse d'exploiter les phonogrammes appartenant à son catalogue en service gratuit. De son côté, Blogmusik affirme que la rupture des accords contractuels du 16 mai 2011 constitue une pratique restrictive de concurrence révélatrice d'un abus de position dominante au sens de l'article 420-2 du Code de commerce.

**PROBLEME DE DROIT** : Une entreprise peut elle exploiter librement les droits patrimoniaux détenus par une société en situation de position dominante sur un marché caractérisé ?

**SOLUTION** : Le juge des référés déboute Universal Music France de l'ensemble de ses demandes. Il reconnaît que l'entreprise est détentrice de 50% des hits du Top 100 et de 30% des parts de marché de visite en ligne sur le site Deezer. Ainsi, le retrait du catalogue de la plateforme représenterait un dommage économique conséquent pour le défendeur. En outre, le tribunal reconnaît que le refus de fourniture du catalogue est à elle seule constitutive d'une position d'abus dominante. Le refus provient en effet du rejet par Blogmusik des conditions prises dans les nouveaux engagements et porte sur un produit essentiel à assurer une concurrence effective sur le marché. Ce refus est donc susceptible de léser à la fois le jeu de la concurrence, en écartant un acteur économique du marché, et les droits des consommateurs, en retirant une offre de service en ligne.

**SOURCES :**

CARON (C.), « *Caractérisation d'un abus de position dominante* », Revue Commerce Electronique, novembre 2011, p.39-40

CHAMPON (C.), « *Pourquoi Universal a perdu contre Deezer* », numerama.com, publié le 6 septembre 2011

LEGALIS, « *Tribunal de Grande Instance de Paris – ordonnance de référé – Universal Music c/ Blogmusik, 5 septembre 2011* », mis en ligne le 6 septembre 2011 sur le site legalis.net

**NOTE :**

Si les propriétaires d'œuvres de l'esprit bénéficient d'une emprise sur les conditions d'exploitations accordées aux tiers, ce régime tend à s'effacer face au droit de la concurrence. A défaut de tenir compte du régime pléthorique des droits d'auteurs, le tribunal le « neutralise » par la reconnaissance d'un abus de position dominante, qui en l'occurrence est constaté assez facilement, sans analyse économique approfondie de la situation de la société Universal Music. Si Blogmusik et Universal Music ont déjà passé des contrats portant sur l'exploitation de catalogue de phonogrammes pour le site Deezer, cette exploitation est maintenue après l'expiration de l'accord. Ce qui constitue normalement un délit de contrefaçon au sens de l'article L. 335-3 du Code de la propriété intellectuelle. La décision du Tribunal de Grande Instance a pris une position économique sur le fond du litige. En effet, la reconnaissance d'un abus de position dominante d'Universal Music sur la marché musical est interprété par le juge comme un moyen de pression contractuelle sur la société Blogmusik, pour laquelle le retrait du catalogue de phonogramme constituerait une perte économique conséquente, compte tenu de l'importances de titres à succès détenus par la *major*.

L'aspect particulier du litige est d'opposer deux entreprises dont chacune est en position de monopole, puisque Blogmusik détient 90% des parts de marché sur la musique en ligne. La distinction effective en la matière est que Blogmusik n'est pas propriétaire des droits patrimoniaux du catalogue qu'elle exploite. Si ces acteurs exercent en partie sur le même secteur, ils ne disposent pas des mêmes moyens d'actions. Cette détention de droits d'auteurs exploités par Universal est donc constitutive d'une facilité essentielle, puisqu'elle est indispensable à l'exercice de l'activité de Blogmusik. En ce sens l'ordonnance répond aux critères énoncés par la jurisprudence communautaire (*CJUE, 6 avril 1995 Magill*) qui a

admise que les droits d'auteurs sont susceptibles de constituer une facilité essentielle.

En l'espèce, Blogmusik n'a pas invoqué ce moyen, sans doute à cause de la méfiance du juge français vis à vis de cette théorie. La décision du Tribunal ouvre malgré toute une voie jurisprudentielle en ce sens. Malgré tout, en reconnaissant l'abus de position dominante d'Universal, l'ordonnance permet à la société Blogmusik d'exploiter son catalogue sur Deezer en l'absence de ratification d'un contrat. L'abus de position dominante ayant pour conséquence de paralyser l'action en contrefaçon, l'effet paradoxal est d'autoriser une exploitation d'œuvres de l'esprit en l'absence de conditions contractuelles. L'effet pervers de cette domination du droit de la concurrence sur le droit d'auteur pourrait être une déconsidération du statut particulier des œuvres et des droits conférés à leurs auteurs, au profit d'une approche classique des biens et services. En ce sens, ce sont les créateurs qui seraient lésés.

Toutefois, si la décision permet de recadrer la position controversée des majors au sein du marché de la musique, elle ne lèse pas nécessaire les intérêts des artistes. En effet, Blogmusik rappelle qu'il bénéficie du statut PUR attribué par l'HADOPI, et reverse donc les sommes aux ayants droits. Ainsi, l'ouverture des droits patrimoniaux à la concurrence peut sembler inopportune, en ce qu'elle ne tient pas compte du statut particulier du droit d'auteur.

Il semblerait toutefois que le tribunal ait pris le parti du développement économique de l'offre licite, en permettant au consommateur de s'y accoutumer et de ne pas retomber des réflexes ancrés du téléchargement illicite.

Vincent ARNAUD

Master 2 Droit des médias et des télécommunications  
AIX MARSEILLE UNIVERSITÉ LID2MS IREDIC 2011

n° 127

## NOTE DE JURISPRUDENCE – DROIT D'AUTEUR

**COUR DE CASSATION – PREMIERE CHAMBRE CIVILE, 12 JUILLET 2011 (N° DE POURVOI 09-16188)**

**MOTS CLEFS : protection image – droits moraux et patrimoniaux d'auteur – contrefaçon – marque communautaire – droit des marques – photographie du Che au béret et à l'étoile**

*La cour de cassation adopte une décision pour le moins inattendue en refusant le dépôt en tant que marque communautaire de la célèbre photographie du Che connu sous le nom le Che au béret et à l'étoile. Et c'est notamment la célébrité du personnage et le message politique que le public lui associe qui justifie ce refus (en plus des produits et services désignés par la marque).*

**FAITS** : Les demandeurs au pourvoi sont l'héritière d'Alberto Korda, auteur de la photographie dite du Che au béret et à l'étoile, la personne physique à laquelle l'auteur a cédé ces droits d'exploitation pour dix ans, et la société à laquelle le second a accordé une licence d'exploitation. En l'espèce, une société a commercialisée le DVD d'un groupe de musique avec en fond de la scène et du DVD un cliché représentant un portrait de Che Guevara. Les demandeurs l'assignent en contrefaçon pour atteinte portées à leurs droits moraux et patrimoniaux d'auteur. Également, la photographie a été déposée à titre de marque communautaire par le titulaire des droits.

**PROCEDURE** : Suite à la décision de la cour d'appel de Paris du 21 novembre 2008, les demandeurs font grief à l'arrêt attaqué d'avoir débouté leur demande pour contrefaçon et d'avoir prononcé l'annulation de leur marque communautaire. Ils saisissent donc la Cour de cassation.

**PROBLEME DE DROIT** : Les héritiers des droits d'auteur et la société bénéficiant d'une licence d'exploitation sur l'oeuvre peuvent-ils se prévaloir du dépôt comme marque communautaire de la photographie d'un personnage emblématique pour agir en contrefaçon de leurs droits moraux et patrimoniaux contre toute personne utilisant une quelconque photographie de ce personnage au vue de l'article 700 du code de procédure civile ?

**SOLUTION** : La Cour de cassation rejette le pourvoi des demandeurs. D'une part, elle considère que la contrefaçon pour atteinte aux droits moraux et patrimoniaux n'est pas fondée car elle écarte que la photographie présente sur le DVD soit la reproduction de la photographie de l'auteur et qui plus est, la société titulaire de la licence d'exploitation ne pouvait agir sur le fondement de la contrefaçon car elle ne disposait que d'une « licence non exclusive et non cessible d'utilisation de la photographie au vue du contrat ». D'autre part, la cour de cassation considère que la marque communautaire déposée a été annulée à bon droit car la photographie est à la fois la représentation d'un personnage emblématique et d'une époque de l'histoire, et qui plus est ne permet pas au consommateur de la percevoir comme une marque mais d'avantage comme une référence politique ou artistique ce qui la prive de son caractère distinctif.

**Source :**

BOURGEOIS M., « LE REFUS DE LA PROTECTION DE L'IMAGE PAR LE DROIT DES MARQUES, LE SURPRENANT ARRET DU 12 JUILLET 2011, *KPRATIQUE.FR*, 29 NOVEMBRE 2011  
ROCHE M., « HASTA SIEMPRE – LA MARQUE DU CHE », *VILLAGE-JUSTICE.COM*, 20 OCTOBRE 2011

**NOTE :**

Il sera ici sujet du refus par la cour de cassation du dépôt comme marque communautaire de la photographie du Che nommée « Guerillero Heroico ». Il ne sera pas question du rejet de la demande pour atteinte à leurs droits patrimoniaux pour contrefaçon car celle-ci n'est en l'espèce pas prouvée selon le juge. Qui plus est, les titulaires des droits d'auteur de cette célèbre photographie entameront d'autres actions en contrefaçon, pour atteintes à leurs droits moraux et patrimoniaux, qui quand à elles seront admises par les juges (cour d'appel de Paris Pôle 5 chambre 2, 17 juin 2011 concernant l'utilisation de la photographie au sein d'une oeuvre cinématographique et cour de cassation, chambre commerciale, 12 juillet 2011).

***Une solution étonnante fondée sur l'oeuvre et sa perception par le public***

En l'espèce, le titulaire des droits d'exploitation a décidé le 18 janvier 2002 de déposer à titre de marque communautaire la photographie elle-même. Le dépôt comprenait les produits de types 16 (articles de papeterie et photographies), 25 (vêtements) et 41 (services en lien avec l'éducation et le divertissement).

L'encadrement et la protection de la marque communautaire est garantie aux articles L717-1 à L717-7 du code de la propriété intellectuelle. Elle est aussi prévue par la directive du 21 décembre 1988 transposée en droit interne le 31 décembre 1992 relative au droit des marques. De plus, une marque doit respecter certains critères pour être légalement reconnue. Tout d'abord, l'article L711-3 prévoit qu'elle doit être licite c'est-à-dire, ne pas être un signe dont l'utilisation est interdite par la loi, notamment parce qu'il serait trompeur (« déceptif »). Ensuite, l'Article L711-4 affirme que le signe doit être disponible, soit, ne pas empiéter ni atteindre sur des droits antérieurs. Enfin, au sens de l'Article L711-2, le signe utilisé à titre de marque doit être distinctif ce qui signifie qu'il doit se différencier des signes des produits et services de ces concurrents.

À titre d'exemple, un terme usuel ne peut pas constituer une marque.

En l'espèce, la cour de cassation confirme la décision de la cour d'appel qui considère que le caractère distinctif de la marque n'est pas fondé pour deux raisons. D'une part, pour la célébrité tant de la photographie que du personnage qui ont reçus pour le public une résonance mondiale et sont évocateurs de motifs politiques et artistiques et non pas d'une marque. D'autre part, contrairement au grief des demandeurs, la cour d'appel a également motivé son refus « par rapport aux produits et services pour lesquels elle (la marque) était enregistrée, pour en déduire qu'elle était dépourvue de tout caractère distinctif ».

***Une solution protectrice de l'oeuvre et non pas de ses bénéfices commerciaux***

La solution de la cour de cassation est étonnante en ce qu'elle est encore rare en droit français. Mais elle s'inscrit dans la logique communautaire qui se fonde régulièrement sur l'absence de caractère distinctif du signe. En effet, cet arrêt se rapproche de la jurisprudence communautaire en matière de slogan (Tribunal de première instance des Communautés Européennes 5 décembre 2002 T-130/01). Une photographie emblématique pourrait ainsi être considérée comme l'équivalent d'un slogan mais d'un point de vue visuel.

L'apport de cet arrêt est d'autant plus important qu'il décide de protéger l'oeuvre, mais au-delà des intérêts des titulaires des droits de celle-ci c'est-à-dire à des fins historiques et non pas commerciales. Il semble mettre fin à une jurisprudence classique qui avait été retenue en première instance (TGI Paris 26 février 2007).

Cependant, certains reprocheront justement à la cour de cassation de ne pas « accompagner le développement international de nos entreprises ».

Alexia Cote

Master 2 Droit des médias et des télécommunications  
AIX-MARSEILLE UNIVERSITE, LID2MS-IREDEC 2011

n° 128

## NOTE DE JURISPRUDENCE – DROIT D'AUTEUR

**CONSEIL D'ETAT, SECTION DU CONTENTIEUX – JUGEMENT DU 17 JUIN 2011, CANAL + DISTRIBUTION, MOTOROLA ET AUTRES****MOTS CLEFS : – copie privée- droit d'auteur- redevance- support-professionnel- annulation.**

*En annulant la décision de la Commission copie privée du 17 décembre 2008, le Conseil d'Etat s'est conformé à la jurisprudence communautaire telle qu'établie par l'arrêt Padawan de la CJUE du 21 octobre 2010. Ce faisant, le Conseil remet en cause l'extension, par la Commission, de la rémunération pour copie privée à l'ensemble des supports, même acquis par des professionnels dans un but autre que la copie privée.*

**FAITS** : Par une décision en date du 17 décembre 2008, la commission copie privée a étendu la rémunération pour copie privée à l'ensemble des supports sans prévoir la possibilité d'exonérer ceux des supports acquis, notamment à des fins professionnelles, dont les conditions d'utilisation ne permettent pas de présumer un usage de ces matériels à des fins de copie privée.

**PROCEDURE** : Le Conseil d'Etat a été saisi par différentes sociétés dont Canal + Distribution afin que soit annulée la décision n°11 du 17 décembre 2008 de la commission copie privée prévue à l'article L. 311-5 du Code de la propriété intellectuelle.

**PROBLEME DE DROIT** : La question qui se pose est de savoir si l'extension à l'ensemble des supports, et plus particulièrement ceux acquis par des professionnels à des fins autres que la copie privée, est conforme au droit interne.

**SOLUTION** : Dans son arrêt du 17 juin 2011, le Conseil d'Etat annule la décision du 17 décembre 2008 de la commission relative à la rémunération pour copie privée.

Le Conseil d'Etat a rappelé que la rémunération pour copie privée devait être fixée à un niveau permettant de produire un revenu analogue à celui que procurerait la somme des paiements d'un droit par chaque auteur d'une copie privée. Or, en ce qui concerne les professionnels, les supports qu'ils acquièrent ne peuvent être, de fait, présumés avoir été acquis pour un usage de copie privée. Il aurait fallu que la commission « copie privée » prévoit alors un mécanisme afin d'exonérer les acquéreurs professionnels.

Cependant, le Conseil n'a pas souhaité faire rétroagir l'annulation. Il a jugé que différer de six mois l'effet de la décision constituait une nécessité impérieuse pour le respect du principe de sécurité juridique.

**Source :**

- Communiqué du Conseil d'Etat, Rémunération pour copie privée, consulté le 22/11/2011 : <http://www.conseil-etat.fr/node.php?articleid=2361>

**NOTE :**

La rémunération pour copie privée est souvent objet de discordance entre les sociétés de fabricants et vendeurs de supports électroniques, qui sont les premiers touchés par cette redevance, et les ayants droit qui militent pour une juste compensation de leur manque à gagner suite à l'entrée dans l'ère du numérique.

Le dispositif de la rémunération pour copie privée ayant été généralisé dans l'Union Européenne, la France doit dorénavant se plier aux règles établies par la directive du 22 mai 2001 sur l'harmonisation de certains aspects du droit d'auteur et des droits voisins dans la société de l'information.

Avec son arrêt du 17 juin 2011, le Conseil d'Etat n'échappe pas au débat et vient poser de nouvelles limites.

***Une solution conforme à la jurisprudence européenne.***

Pour annuler la décision de la commission « copie privée », le Conseil d'Etat s'est conformé à l'arrêt Padawan de la CJUE du 21 octobre 2010. Par cet arrêt, la Cour, répondant à une question préjudicielle, avait condamné le fait d'appliquer « sans distinction la redevance pour copie privée [...] notamment à l'égard de supports de reproduction numérique non mis à la disposition d'utilisateurs privés et manifestement réservés à des usages autres que la réalisation de copies à usage privé ».

En effet, au terme de l'article 5, paragraphe 2, sous b), le régime de la copie privée doit répondre à trois critères pour être conforme au droit de l'Union Européenne.

Ainsi, la rémunération pour copie privée telle que pensée par les Etats doit répondre à l'objectif d'assurer une compensation équitable pour les ayants droit, doit permettre d'assurer un juste équilibre entre les personnes concernées et établir un lien nécessaire entre l'application de la redevance et l'usage présumé des supports à des fins de reproduction privée.

Le Conseil d'Etat, a rappelé que la rémunération devait être appréciée sur la base des capacités techniques des matériels et de leurs évolutions afin d'en déterminer l'usage. Ainsi, en assujettissant l'ensemble des supports à la rémunération, sans prévoir de mécanisme d'exonération pour ceux dont les conditions d'utilisation ne permettent pas de présumer un usage à des fins de copie privée, la décision de la commission se trouve être contraire à la directive de 2001.

***Le rejet de l'effet rétroactif de l'annulation de la décision.***

Si en principe, l'annulation d'un acte administratif opère rétroactivement, le Conseil d'Etat a souhaité différer l'application de sa décision. En effet, l'annulation de la décision de la commission ne prendra effet qu'à l'expiration d'un délai de six mois à compter de la date de sa notification au ministre de la culture et de la communication.

En effet, la disparition rétroactive de la décision attaquée serait susceptible de mettre en péril le principe de sécurité juridique, en exposant notamment la commission à des demandes de remboursement et de versements complémentaires, mais encore en laissant présager des difficultés d'exécutions des délibérations antérieures.

Si on devrait connaître dans les semaines qui suivent les mesures finalement prises par la commission pour redéfinir les modalités de la rémunération, on ne peut que constater le débat houleux qui s'organise autour d'elle.

En effet, à l'aube de 2012, de nombreux projets semblent être en passe de modifier substantiellement le régime de la rémunération pour copie privée...

**Gaëlle Barberis**

Master 2 Droit des médias et des télécommunications  
AIX-MARSEILLE UNIVERSITE, LID2MS-IREDIC 2012

## JEUX DE HASARD EN LIGNE ET LIBRE PRESTATION DE SERVICES

Par Boris Barraud

Les jeux de cercle, paris sportifs ou autres loteries – que l'on peut regrouper sous le nom générique de jeux de hasard – présentent nombre de facettes sombres qui, indubitablement, obligent à les réglementer ou, *a minima*, à les réguler fortement. Ainsi, les risques de dépendance s'y rattachant se révèlent élevés pour une marge forte des utilisateurs et le crime organisé s'y implante ardemment ; mais ce marché de services – puisque c'en est un – est également une source de revenus substantielle pour les États qui le taxent<sup>1</sup>. À l'instar des législations en vigueur sur le tabac, il n'est donc pas étrange de voir ces pratiques autorisées mais fortement encadrées et imposées, sans respect du principe communautaire de libre prestation de services.

Depuis une dizaine d'années, les jeux de hasard se développent plus spécifiquement sur les réseaux de communication au public en ligne – soit Internet – remettant en cause les régimes juridiques jusqu'à lors en place dans les pays membres de l'Union Européenne. C'est pourquoi il est aujourd'hui opportun de trancher, à l'aune des recommandations de la Commission européenne et de la jurisprudence de la Cour de Justice de l'Union, entre le maintien d'un certain protectionnisme et une libéralisation plus intense, cette dernière devenant de plus en plus inéluctable du fait de l'apparition d'opérateurs en ligne proposant des services de jeux depuis les Bermudes ou – pire – depuis Malte ou Chypre, pays membres depuis 2004 et donc assujettis au droit européen. Les conséquences économiques et fiscales afférentes aux réponses apportées se révèlent évidemment substantielles.

Cette problématique revêt donc une portée et une étendue communautaires avant de présenter une dimension nationale. C'est pourquoi il s'agira de s'épancher sur ces premières avant de traiter le cas français, notamment à travers la récente loi du 12 mai 2010 sur les jeux de hasard en ligne<sup>2</sup>.

<sup>1</sup> VERBIEST (Th.) et REYNAUD (P.), « Jeux et paris virtuels : évolution ou révolution du droit européen ? » in *Communication commerce électronique*, 2004, étude 39.

<sup>2</sup> Loi n° 2010-476 du 12 mai 2010 relative à l'ouverture à la concurrence et à la régulation du secteur des jeux

## I / DU POINT DE VUE EUROPÉEN, UNE LIBÉRALISATION DES JEUX DE HASARD EN LIGNE À LIMITER POUR DES MOTIFS D'INTÉRÊT GÉNÉRAL

La jurisprudence de la CJCE est ambivalente : d'une part, elle se montre libérale lorsqu'elle avance les principes de cohérence et de non-discrimination (A), d'autre part, elle apparaît protectionniste dès lors qu'elle recourt au principe de protection des consommateurs et qu'elle exclut celui de la reconnaissance mutuelle (B).

## A / LA LIBÉRALISATION DE LA JURISPRUDENCE DE LA CJCE À TRAVERS LES PRINCIPES DE COHÉRENCE ET DE NON-DISCRIMINATION

Après quelques considérations générales relatives au droit et à la jurisprudence communautaires relatifs aux services, l'on s'attachera plus particulièrement à la libéralisation « en deux temps » opérée par la CJCE dans le domaine ici en cause.

### 1 / Considérations générales

#### a / L'applicabilité aux jeux de hasard des dispositions relatives aux services

En droit de l'Union européenne, les textes applicables aux services sont les articles 56 et suivants du Traité sur le Fonctionnement de l'Union Européenne (ci-après TFUE, anciennement les articles 49 et suivants du traité instituant la Communauté Européenne). Le service y est défini comme une prestation fournie contre rémunération, qu'elle soit ou non temporaire, et y est exigée la

d'argent et de hasard en ligne, JO du 13 mai 2010, p. 8881.

suppression de toutes restrictions à ces services lorsqu'elles seraient de nature à prohiber, gêner ou à rendre moins attrayantes les activités d'un prestataire établi dans un autre État membre<sup>3</sup>.

Par ailleurs, l'article 52 du Traité instituant la Communauté Européenne (TCE) prévoyait la libéralisation des services par voie de directives. Ainsi, deux d'entre elles furent adoptées en 2000 et 2006 afin de réglementer « *le commerce électronique* » et « *les services* »<sup>4</sup> dans le marché intérieur. Cependant, ces deux textes ne disent mot des jeux de hasard – ceux-ci consistant en des aspects trop particuliers pour être traités – et la clause du « marché intérieur » qui y est établie, permettant à un prestataire de choisir de se conformer à la loi d'origine du service, ne peut donc pas s'appliquer.

Or, selon une jurisprudence constante et inamovible de la Cour de Justice de L'Union Européenne (ancienne Cour de Justice des Communautés Européennes, ci-après CJUE ou CJCE), les jeux d'argent doivent bel et bien être assimilés à des prestations de services et relever de l'article 56 du TFUE, lequel traite du principe de liberté s'y rattachant<sup>5</sup>.

Il revenait donc à la Cour d'établir le cadre juridique applicable au niveau européen à ces services particuliers en jugeant de la conformité des réglementations nationales par rapport aux articles 56 et suivants, soit à la libre prestation de services, mais aussi au principe de libre établissement.

### **b / La jurisprudence classique : des possibles restrictions à la libre prestation de service**

À l'instar de toute liberté, les articles 51 et 52 du TFUE avertissent qu'il ne saurait être question d'absolutisme et que des limites peuvent y être assorties. En conséquence, « *l'exercice de l'autorité publique* » ainsi que « *des raisons d'ordre public* » sont susceptibles de justifier des réglementations portant atteinte aux principes.

<sup>3</sup> CJCE, 25 juill. 1991, *Säger*, aff. C-76/90, Rec. CJCE I-4221.

<sup>4</sup> La directive n° 2000/31/CE du 8 juin 2000 relative à certains aspects juridiques du commerce électronique dans le marché intérieur comme la directive n° 2006/123/CE du 12 décembre 2006 relative aux services dans le marché intérieur excluent explicitement de leur champ d'application les activités de jeux d'argent.

<sup>5</sup> CJCE, 24 mars 1994, aff. C-275/92, *Schindler*, Rec. CJCE 1994, I, p. 1039 ; obs. IDOT (L.), Europe 1994, comm. 195 ; CJCE, 21 sept. 1999, aff. C-124/97, *Läämä*, Rec. CJCE 1999, I, p. 6067 ; IDOT (L.), Europe 1999, comm. 37 ; CJCE, 21 oct. 1999, aff. C-67/98, *Zenatti*, Rec. CJCE 1999, I, p. 7289.

La Cour de Justice joua un rôle considérable dans l'élaboration de ces entraves en établissant sa théorie des « *raisons impérieuses d'intérêt général* », tout d'abord au sujet de la libre circulation des marchandises<sup>6</sup>, et aujourd'hui à propos des contentieux sur la libre prestation de services. Ces dernières, à condition d'être proportionnées et de ne pas être soutenues par des motivations économiques, fournissent aux États un cadre jurisprudentiel au sein duquel il est possible de restreindre fortement l'exercice de certaines libertés, au nombre desquelles celle rattachée aux prestations de service.

Dès 1994, la CJCE conclut que la prévention de la criminalité et la lutte contre la fraude justifiaient de mettre un frein au dit principe<sup>7</sup>. Ainsi, dans cette affaire la « *protection des consommateurs et de l'ordre social* » était un motif suffisant. En outre, la théorie des raisons impérieuses d'intérêt général permit de justifier qu'un État membre interdise toute loterie sur son territoire, réservasse le droit d'exploiter les jeux de hasard à un seul organisme ou instituasse un régime d'autorisation préalable afin qu'une pluralité d'opérateurs proposent de tels jeux<sup>8</sup>.

## **2 / Une libéralisation de la jurisprudence en deux temps**

### **a / L'arrêt Gambelli du 6 novembre 2003 : le premier pas vers la libéralisation**

L'arrêt *Gambelli* du 6 novembre 2003<sup>9</sup> constitue une fracture dans cette tendance protectionniste.

Ici, l'Etat italien reprochait à un gérant de centres de transmission de données par Internet de collecter des paris sportifs sur le sol romain au profit de bookmakers anglais, ce qui enfreignait la réglementation soumettant de telles opérations à l'attribution d'une autorisation de police administrative. Cependant, tant l'activité du bookmaker en Angleterre que celle de la collecte et

<sup>6</sup> CJCE, 18 janv. 1979, *Van Wesemael*, aff. 110/78, Rec. CJCE 35, pt 28.

<sup>7</sup> CJCE, 24 mars 1994, aff. C-275/92, *Schindler*, Rec. CJCE 1994, I, 1039, pt 63.

<sup>8</sup> Aff. *Schindler*, préc. ; Laära, préc.

<sup>9</sup> CJCE, 6 nov. 2003, *Gambelli*, aff. C-243/01, Rec. CJCE 2003, I, p. 13031 ; DECOCQ (G.), in *Communication commerce électronique*, 2003, comm. 124 ; DECOCQ (G.) in *Europe*, 2003, comm. 124 ; VERBIEST (Th.) et REYNAUD (P.), note in *JCPG*, 2004, II, 10172 ; DURAND (A.), « Paris sportifs : les jeux sont faits, rien ne va plus ! » in *Lettre Lamy droit du sport*, déc. 2003, n° 7, p. 1 et s.

de la transmission de données *stricto sensu* en Italie étaient respectueuses des législations locales. L'ambiguïté provenait en premier lieu de la divergence entre les législations nationales sur le jeu et de l'opposition de celles-ci à travers un réseau informatique. Dès lors, la législation italienne empêchait un prestataire de services anglais d'exercer et de s'établir en Italie. C'est pourquoi le tribunal italien demandait à la CJCE si la législation en cause pouvait être conforme au droit d'établissement et à la liberté de prestation de services.

La Cour répondit que la réglementation italienne limitant, sous peine de sanctions pénales, l'exercice d'activités liées à l'argent et au hasard constituait une atteinte auxdits principes inscrits aux articles 43 et 49 du TCE. Certes, elle admettait que la réduction des occasions de jouer pouvait constituer un motif pertinent et suffisant, mais elle infligeait un camouflet à l'Italie en raison du fait que, parallèlement, une politique de forte expansion des jeux était conduite : « *dans la mesure où les autorités d'un État membre incitent et encouragent les consommateurs à participer aux loteries, jeux de hasard ou aux jeux de paris afin que le Trésor public en retire des bénéfices sur le plan financier, les autorités de cet État ne sauraient invoquer l'ordre public social tenant à la nécessité de réduire les occasions de jeu pour justifier des mesures telles que celles au principal* ».

Cette attitude schizophrénique devait être condamnée.

Enfin, les sanctions pénales étaient exagérément élevées et donc disproportionnées au regard du but affiché, tandis que les concessions de jeux étaient réservées aux opérateurs locaux.

Protection des consommateurs et accroissement des recettes publiques étaient donc inconciliables et cette législation incohérente et discriminatoire aux yeux des juges européens.

### **b / L'arrêt *Placanica* du 6 mars 2007 : une libéralisation confortée**

Plus récemment, dans l'arrêt *Placanica* du 6 mars 2007<sup>10</sup>, la Cour approfondissait son raisonnement en considérant cette fois que ces atteintes restaient justifiées alors même que, parallèlement, les pouvoirs publics poursuivaient une politique expansive dans le domaine des jeux de hasard (en autorisant leur publicité ou en

permettant à de nouvelles formes de jeux de voir le jour). Ces actions permettaient, au sens des juges communautaires, de détourner les amateurs des formes de jeu illégales, notamment sur Internet<sup>11</sup>.

Cependant, en l'espèce la législation italienne écartait du marché les sociétés de capitaux et un bookmaker anglais – qui n'avait pu participer à l'appel d'offres – fut condamné pour avoir contourné l'interdiction en opérant à travers un écran constitué par des centres de transmission gérés par des indépendants<sup>12</sup>. La Cour estima que cette discrimination était illicite car allant au-delà de ce qui était nécessaire pour atteindre l'objectif invoqué et offrit la possibilité à ces opérateurs d'exercer leur activité nonobstant l'absence de concession légale, sans possibilité de les placer sous le coup des infractions pénales prévues.

On eut pu penser qu'il s'agissait là d'une jurisprudence communautaire bien établie<sup>13</sup>. Si un système relativement ouvert était condamné pour sa trop grande sélectivité, il aurait dû en être de même, *a fortiori*, pour les systèmes monopolistiques. Aussi la Commission européenne le crut et s'empressa, le 27 juin 2007, de mettre en demeure plusieurs états – dont la France – de « *prendre des mesures pour lever les obstacles à la prestation de services de paris sportifs* »<sup>14</sup>. En réalité, cette voie vers la libéralisation ne fut plus empruntée par la CJCE que modérément, comme en témoignent les arrêts les plus récents de la Cour.

<sup>11</sup> CJCE, 6 mars 2007, *Placanica*, aff. jtes C-338/04, C-359/04 et C-360/04, Rec. CJCE 2007, I, 1891, pts 52 à 55 ; obs. BROUSSY (E.), DONNAT (F.) et LAMBERT (C.) in *AJDA*, 2007, p. 1122.

<sup>12</sup> FRANCILLON (J.), « Exploitation de jeux de hasard sur internet », in *Revue de science criminelle*, 2008, p. 101.

<sup>13</sup> V. en particulier : Sénat, *Délégation pour l'Union européenne*, rapp. d'information n° 693, 6 févr. 2008.

<sup>14</sup> Une étude de l'Institut Suisse de droit comparé de Lausanne, effectuée en 2006 à la demande de la Commission, révéla l'incompatibilité de la plupart des législations nationales sur les jeux de hasard avec les principes de libre prestation de services et de liberté d'établissement. La Commission lança alors des procédures contre de nombreux États membres, à savoir Danemark, Finlande, Allemagne, Hongrie, Italie, Pays-Bas et Suède.

<sup>10</sup> V. VERBIEST (Th.) et HEFFERMEHL (E.), « Jeux d'argent en ligne : l'impact de l'arrêt *Placanica* » in *Revue Lamy droit de l'immatériel*, mai 2007, p. 69.

## **B / Le protectionnisme de la jurisprudence de la CJCE à travers le principe de protection des consommateurs et l'exclusion du principe de reconnaissance mutuelle**

Il s'agit ici d'étudier les motivations ayant amené la CJCE à adopter une posture protectionniste, motivations qui, ajoutées à celles de l'OMC, conduisent à penser que la libéralisation de ce marché est, pour l'heure, impossible.

### **1 / L'arrêt *Liga portuguesa de futebol profissional* du 8 septembre 2009 : une réorientation de la jurisprudence consacrant une libéralisation limitée**

#### **a / Des objectifs légitimes de lutte contre la criminalité et de protection des consommateurs**

Par l'arrêt *Liga portuguesa de futebol profissional* du 8 septembre 2009<sup>15</sup>, la haute Cour européenne établit les limites à cette libéralisation de sa jurisprudence entrevue à l'occasion des précédentes affaires intéressant l'Italie<sup>16</sup>.

En l'espèce, était en cause la réglementation portugaise. Celle-ci prévoit en effet que les jeux de hasard et autres paris sportifs font l'objet d'un monopole attribué par l'État à Santa Casa qui est une « personne morale d'utilité publique administrative » et possède un pouvoir de sanction lui permettant de prononcer des amendes à l'encontre d'éventuels intervenants contrevenants<sup>17</sup>.

Or, il s'avérait que la société de paris en ligne Bwin – dont les serveurs sont installés à Gibraltar et le siège social en Autriche – avait passé un accord avec la ligue portugaise de football, tant et si bien que le championnat s'appelait alors « Bwin league ». Surtout, ledit accord réservait à l'opérateur le droit de procéder à des opérations de paris en ligne portant sur ce championnat, stipulation totalement illégale par rapport au

monopole institué en faveur de Santa Casa. Le contentieux qui naquit de cette situation amena la juridiction répressive portugaise à saisir la CJCE d'une demande de décision préjudicielle.

La Cour de Luxembourg devait donc se prononcer quant à la conformité de la réglementation portugaise par rapport au principe de libre prestation des services posé alors par l'article 49 du traité CE. La législation en cause constituant incontestablement une restriction à la libre prestation de services, il fallait qu'elle réponde aux deux questions classiques de la non discrimination et de la proportionnalité. Après avoir relevé que l'objectif de lutte contre la criminalité et de protection des consommateurs était légitime – conformément à sa jurisprudence antérieure – la Cour admettait que le fait d'octroyer des droits exclusifs à un opérateur relevant directement des pouvoirs publics pouvait « *permettre de canaliser l'exploitation des jeux dans un circuit contrôlé et être considéré comme apte à protéger les consommateurs* ».

#### **b / L'exclusion du principe de reconnaissance mutuelle**

Puis, elle considérait qu'il est permis à un État de s'opposer à un opérateur privé qui propose légalement, dans un autre État membre, des services similaires à ceux objet du monopole, malgré les conditions et contrôles existant déjà dans ce pays. Selon la Cour, cela n'équivaut pas à une « *garantie suffisante de protection des consommateurs nationaux contre les risques de fraude et de criminalité, eu égard aux difficultés susceptibles d'être rencontrées, dans un tel contexte, par les autorités de l'Etat membre d'établissement pour évaluer les qualités et la probité professionnelles des opérateurs* ».

En vertu de cet arrêt, ce type d'opérateur devrait donc s'établir dans tous les pays au sein desquels il souhaiterait proposer ses services, le principe de reconnaissance mutuelle ne pouvant valoir pour les jeux de hasard, *a fortiori* lorsque développés en ligne.

Jusqu'à lors, la Cour ne s'était jamais prononcée sur ce principe qui dans le marché intérieur, joue un rôle cardinal en obligeant un État à prendre acte de l'existence de contrôles effectués par un autre membre de l'Union sur une marchandise ou une activité. Un opérateur autorisé dans un État est donc susceptible, par l'effet de cette autorisation, d'offrir ses services aux consommateurs résidant dans les autres États. Mais, la prise en compte des dangers pour la santé

<sup>15</sup> CJCE, 8 sept. 2009, aff. C-42/07, *Liga Portuguesa de Futebol Profissional et Bwin International Ltd. V. CASSIA (P.)*, « Un monopole des jeux d'argent sur Internet est compatible avec la libre prestation des services », in *La Semaine Juridique Edition Générale*, n° 46, 9 Novembre 2009, p. 440 ; LE ROY (M.), « La régulation de l'ouverture à la concurrence des paris en ligne par la CJCE », in *AJDA*, 2009, p. 2184.

<sup>16</sup> CASSIA (P.), *op. cit.*

<sup>17</sup> Décret-loi n° 282/2003, 8 nov. 2003, *Diario da Republica I*, série A, n° 259.

publique, de deux liés au développement du crime organisé, de l'absence d'harmonisation communautaire des paris sur Internet et de la diversité des législations nationales empêchant l'application de ce principe. En lieu et place, pouvait entrer en jeu le principe de subsidiarité qui permet à chacun de maintenir le standard de protection qui lui semble le plus adéquat et donc de disposer d'un large pouvoir d'appréciation afin d'encadrer les jeux de hasard, justifiant les disparités de législations en la matière<sup>18</sup>.

En en décidant ainsi, la Cour s'opposait à la Commission européenne qui avait, dans un avis motivé en date du 27 juin 2007, déploré que la France puisse inclure dans la catégorie des opérateurs illégaux ceux autorisés dans d'autres États membres.

En refusant son application sur ce marché particulier, elle confortait le sentiment portugais selon lequel cela ne pouvait suffire face à des États négligents et, surtout, précisait que sa prise de position se justifiait fortement par des risques se développant exponentiellement au raison de la prise de pouvoir d'Internet.

### **c / Des risques liés au développement de la communication au public en ligne**

C'est sur ce point que l'analyse de la Cour était la plus novatrice, car pour la première fois elle traitait des jeux en ligne spécifiquement et relevait « *des particularités liées à l'offre de jeux de hasard par Internet* ». Les conclusions de l'avocat général Yves Bot précisait ainsi qu'il est « *difficile pour les consommateurs les plus fragiles et les mineurs de se poser des limites du fait du caractère virtuel de ces opérateurs* », ce qui amenait la Cour à adopter une vision plus restrictive que pour les opérateurs traditionnels de jeux opérant sur un espace physique inévitablement restreint. Elle précisait donc que sa position se justifiait par le « *manque de contact direct entre le consommateur et l'opérateur* » avant d'affirmer que « *les jeux de hasard accessibles par l'Internet comportent des risques de nature différente et d'une importance accrue par rapport aux marchés traditionnels de tels jeux en ce qui concerne d'éventuelles fraudes commises par les opérateurs contre les consommateurs* ».

En conclusion, la Cour de justice considérait donc que « *la restriction en cause au principal peut, eu égard aux particularités liées à l'offre de jeux de hasard par Internet, être considérée comme justifiée*

<sup>18</sup> V. déjà en ce sens : concl. Tizzano sur CJCE, 11 sept. 2003, aff. C-6/01, *Anomar*, Rec. CJCE 2003, I, 8621, pt 78.

*par l'objectif de lutte contre la fraude et la criminalité* ».

Cette décision était attendue dans la plupart des pays européens puisque le modèle portugais correspondait à celui en vigueur chez la plupart d'entre eux. Elle mettait fin aux espoirs de ceux qui imaginaient que la Cour viendrait au soutien d'une libéralisation accrue de ce marché aux revenus substantiels et elle devait amener les opérateurs désireux de concurrencer les prestataires titulaires de droits exclusifs à faire évoluer sensiblement leur organisation économique.

### **2 / La convergence entre les jurisprudences de l'Organisation Mondiale du Commerce (OMC) et de la CJUE, l'affirmation d'une impossible libéralisation**

En retenant un raisonnement similaire à celui de la CJUE, l'OMC renforce la sensation que les jeux de hasard sont un domaine trop spécifique et surtout dangereux pour laisser des principes de liberté les gouverner. En témoigne cet arrêt que rendit l'organe d'appel de l'institution supranationale le 7 avril 2005<sup>19</sup>.

Dans cette affaire, Antigua – État indépendant proche de Puerto Rico – se plaignait du fait que les États-Unis interdisent à des opérateurs exploitant des sites de paris et de jeux en ligne de proposer leurs services aux résidents américains. Était mis en avant l'Accord Général sur le Commerce des Services (AGCS), mais l'OMC estima que cette réglementation était nécessaire eu égard aux risques patents de blanchiment d'argent afférents à ces activités, mais également afin de protéger les mineurs. Cependant, était relevé que ces dispositions s'appliquaient différemment selon que les prestataires étaient nationaux ou étrangers, ce qui enfreignait les conventions de l'OMC.

Ce raisonnement est à peu de choses près identique à celui adopté par la CJUE.

### **3 / L'état actuel de la jurisprudence de la CJUE, la confirmation des monopoles**

À l'occasion de deux arrêts rendus le 3 juin 2010, la CJUE reprit la solution de l'arrêt « *Liga Portuguesa de Futebol Profissional* », confortant le

<sup>19</sup> V. TENENBAUM (A.), « Les jeux d'argent sur l'Internet facilités dans le cadre de l'Organisation mondiale du commerce – Réflexions à propos de la décision de l'organe d'appel de l'OMC du 7 avril 2005 » in *Communication commerce électronique*, 2005, étude 31.

cadre juridique en place<sup>20</sup>. Tout d'abord, dans une affaire dite « *Ladbroke's* »<sup>21</sup>, la question de la cohérence de la réglementation – en l'occurrence néerlandaise – se posa à nouveau aux juges de l'Union. En effet, cette législation permet aux opérateurs profitant d'une autorisation exclusive afin d'organiser des jeux de hasard de développer de nouveaux concepts et de recourir à la publicité. La Cour répond qu'il s'agit d'une « *politique d'expansion contrôlée* » qui a pour ambition de détourner les joueurs des activités clandestines et de les orienter vers une offre légale et contrôlée. C'est pourquoi rendre attrayants ces jeux de hasard n'est pas antinomique de l'objectif de protection des consommateurs.

Dans la seconde affaire, dite « *Sporting Exchange* »<sup>22</sup>, est confirmée la possibilité de recourir au monopole sur le marché des jeux de hasard, malgré le principe de libre prestation de services. En résulte que les États sont en droit de s'opposer à l'activité de tous opérateurs nationaux, mais aussi de tout État membre, qui proposeraient, par Internet, des services relevant de ce régime. La Cour va même loin dans cette tendance au protectionnisme en jugeant que les principes d'égalité de traitement et de transparence, qui découlent de la libre prestation de services, ne sauraient être mis en œuvre dès lors que l'opérateur unique est public et relève directement d'une surveillance étroite et directe de l'État, ou même s'il est privé, mais à condition que les pouvoirs publics soient en mesure d'exercer un tel contrôle.

Puis, la Cour poursuit sur cette route en jugeant conforme la législation suédoise, le 8 juillet 2010<sup>23</sup>. Cette dernière prohibe toute promotion des jeux de hasard en ligne par des opérateurs privés établis dans d'autres États membres de l'Union et réserve le droit d'exploiter ces jeux à ses nationaux sitôt qu'ils poursuivent des objectifs d'utilité publique ou d'intérêt général au sens de la loi. La Cour explique qu'il ne saurait être permis que des profits émanent de « *l'exploitation d'un fléau social ou de la faiblesse des joueurs et de leur infortune* » et qu'en conséquent le principe de libre prestation de service peut tout à fait être limité par des raisons d'ordre moral ou culturel.

<sup>20</sup> DEMUNCK (C.), « Réglementation des jeux en ligne : nouveaux éclairages de la CJUE » in *Dalloz actualité*, 15 juillet 2010.

<sup>21</sup> CJCE, 3 juin 2010, *Ladbroke's*, 18 C-258/08.

<sup>22</sup> CJCE, 3 juin 2010, *Sporting Exchange Ltd*, 9 C-203/08.

<sup>23</sup> « Articulation entre réglementation des jeux de hasard sur Internet et objectifs d'utilité publique ou d'intérêt général » in *Dalloz actualité*, 31 août 2010.

Enfin, la CJUE rendit deux arrêts plus nuancés, sur questions préjudicielles, les 8 et 9 septembre 2010, précisant sa jurisprudence au sujet des restrictions apportées à l'exercice d'une activité de jeux de hasard et de paris et rappelant le besoin de respecter le principe de cohérence<sup>24</sup>. Dans le premier, elle explique que « *lorsque a été institué un monopole public régional en matière de paris sur les compétitions sportives et de loteries poursuivant un objectif de prévention de l'incitation à des dépenses excessives liées au jeu et de lutte contre l'assuétude à celui-ci et qu'une juridiction nationale constate, tout à la fois que :*

- *d'autres types de jeux de hasard peuvent être exploités par des opérateurs privés bénéficiant d'une autorisation,*

- *à l'égard d'autres types de jeux de hasard ne relevant pas dudit monopole et présentant en outre un potentiel de risque d'assuétude supérieur aux jeux soumis à ce monopole, les autorités compétentes mènent des politiques d'expansion de l'offre de nature à développer et à stimuler les activités de jeu, notamment en vue de maximiser les recettes provenant de celles-ci, ladite juridiction nationale peut légitimement être amenée à considérer qu'un tel monopole n'est pas propre à garantir la réalisation de l'objectif en vue duquel il a été institué en contribuant à réduire les occasions de jeu et à limiter les activités dans ce domaine d'une manière cohérente et systématique ».*

La Cour rappelle donc le besoin de cohérence – à l'instar de ce qu'elle fit à l'occasion de l'affaire Gambelli de 2003<sup>25</sup> – mais accepte néanmoins l'organisation du marché sous l'égide d'un principe d'autorisation préalable dès lors que l'administration se réfère à des critères « *objectifs, non discriminatoires et connus à l'avance, de manière à encadrer l'exercice du pouvoir d'appréciation des autorités nationales afin que celui-ci ne puisse être utilisé de manière arbitraire* », et à condition que ce régime soit justifié par le besoin « *de prévenir des dépenses excessives liées au jeu, de lutter contre l'assuétude à celui-ci et de protéger les jeunes* ».

Dans le second cas, loin de remettre en cause ces précédents développements, la CJUE précise qu'en cas d'ouverture du marché à différents opérateurs, la procédure doit se faire à travers une mise en concurrence respectueuse des principes de transparence, d'égalité de traitement et de non discrimination, lesquels avaient été bafoués en l'espèce.

<sup>24</sup> Arrêt *Carmen Media Group Ltd*, aff. C-46/08, CJUE, 8 septembre 2010 ; arrêt *Ernst Engelmann*, aff. C-64/08, CJUE, 9 septembre 2010.

<sup>25</sup> CJCE, 6 nov. 2003, *Gambelli*, aff. C-243/01.

Bien qu'il soit rappelé que la poursuite d'objectifs d'intérêt général doit se faire au moyen d'une réglementation proportionnée au but poursuivi, c'est-à-dire répondant au souci de l'atteindre de manière « cohérente et systématique »<sup>26</sup>, l'heure n'est donc pas à la libéralisation des jeux de hasard au sens de la CJUE. Pourtant, la France est passée récemment d'un système totalement monopolistique à un système monopolistique pour les jeux physiques et oligopolistique dans le cadre de l'offre de service sur Internet.

#### 4 / Entre les différents États membres, « une convergence judiciaire et des divergences législatives »<sup>27</sup>

Si les juges se conforment et s'alignent dans leur grande majorité sur la position de la CJUE, en revanche les évolutions législatives se révèlent beaucoup plus lentes à se dessiner.

À l'heure actuelle, coexistent au sein de l'Union Européenne – notamment du fait de l'élargissement de 2004 – des pays aux législations sur les jeux de hasard étroites et des pays ultralibéraux tels que Malte aux cadres juridiques plus que souples.

L'institut suisse de droit comparé mena, à la demande de la Commission, une étude des régimes juridiques des jeux de hasard dans l'Union Européenne. Elle conclut que tous les États membres soumettent le secteur à des réglementations visant à sauvegarder des objectifs d'intérêt général. Néanmoins, elle constata que ces normes varient considérablement d'un pays à un autre, entraînant des obstacles à la libre prestation de services insurmontables.

Par exemple, en Grande-Bretagne – où règnent les bookmakers – cette activité est régie par une norme particulière : le *Gambling Act* du 7 avril 2005. Cette dernière libéralise dans une certaine mesure le marché des jeux en soumettant l'entrée sur ledit marché à l'obtention d'une licence délivrée par la *Gambling Commission*. Mais il n'en demeure pas moins que la réglementation en la matière est stricte et précise dans un pays pourtant réputé pour sa culture des paris et jeux d'argent en tous genres.

Comme par ailleurs l'Union Européenne en général et la Commission Européenne en particulier

<sup>26</sup> CJCE, 10 mars 2009, *Hartlauer*, aff. C-169/07.

<sup>27</sup> CASTETS-RENARD (C.), « Jeux et paris en ligne » in *Contrats Concurrence Consommation*, n° 10, Octobre 2007, étude 12.

se refusent à aborder le sujet mis à part dans des cas d'espèces, se justifiant à travers « la spécificité de ces activités qui entraînent de la part des États membres la mise en oeuvre de politiques touchant à l'ordre public et visant à protéger les consommateurs »<sup>28</sup>, n'existe aucune réglementation commune.

Le cas français ne manque pas de poser problème.

## II / DU POINT DE VUE FRANÇAIS, UNE LIBÉRALISATION DES JEUX DE HASARD LIMITÉE PAR DES « MOTIFS D'INTÉRÊT FINANCIER »

Que l'on se situe avant (A) ou après (B) l'intervention du législateur par la loi du 12 mai 2010, le constat demeure identique : l'« Etat croupier » entend avant toute autre chose préserver ses recettes et, donc, avoir la main mise sur les jeux d'argent et de paris.

### A / AVANT LA LOI DU 12 MAI 2010, UN CADRE STRICTE PROFITANT À L'OBJECTIF INAVOUÉ D'UN ÉTAT CROUPIER

Historiquement, la Française des jeux (ci-après FDJ) et le Pari mutuel urbain (PMU) étaient une source importante de recettes pour l'Etat. La solution du monopole était donc justifiée notamment par cet aspect pécunier. Face à ces intérêts, les juges de l'ordre judiciaire comme de l'ordre administratif ont peiné à tracer une ligne directrice claire.

#### 1 / L'historique du cadre juridique des jeux de hasard en France

La France hérite de l'histoire un des systèmes les plus restrictifs d'Europe. Ainsi, depuis la loi du 21 mai 1836<sup>29</sup>, étaient interdits tous les jeux de hasard et d'argent, mis à part pour la FDJ à qui était octroyé un monopole. Lentement, émergèrent quelques dérogations à cette situation. Ainsi le PMU

<sup>28</sup> V. notamment la directive n° 2006/123/CE, 12 décembre 2006, consid. 25, JOUE n° 376, 27 déc. 2006, p. 36.

<sup>29</sup> Loi du 21 mai 1836 portant prohibition des loteries, bull. des lois, 9e S., B. 421, n° 6282.

se vit conféré un monopole sur les courses hippiques à l'occasion de la loi du 2 juin 1891<sup>30</sup>, puis la loi du 15 juin 1907<sup>31</sup> vint permettre l'ouverture de casinos, mais en les encadrant très étroitement par des conditions liées aux jeux autorisés et surtout aux lieux autorisés (stations thermales, balnéaires ou climatiques).

Plus récemment, la loi du 12 juillet 1983<sup>32</sup> fut rédigée afin de réprimer les jeux de hasard ouverts au public et notamment sanctionner la tenue de « *maisons de jeux* », c'est-à-dire d'établissements fixes dans lesquels ces pratiques sont habituelles et permanentes.

Enfin, la loi du 21 juin 2004 pour la confiance dans l'économie numérique<sup>33</sup> dispose que les activités de jeux d'argent en ligne ne s'exercent pas librement sur le territoire national, bien qu'elle consacre la liberté du commerce électronique. Ainsi sur Internet, espace de libertés s'il en est, le caractère particulier des jeux de hasard est confirmé

Le régime juridique en cause était donc le fruit de lois anciennes et devenait forcément archaïque à l'heure de « la société de l'information ». C'est pourquoi la loi du 12 mai 2010 revêt une importance singulière. Il sera tant d'y revenir *in fine* de ces développements.

## 2 / Une source de revenus significative pour le budget national

Le rapport remis en 2006 par le sénateur François Trucy évoquait un « *État croupier* »<sup>34</sup>. Cette appellation témoigne de la place substantielle occupée par les recettes liées aux jeux de hasard et d'argent dans le budget du ministère des finances français. Il n'est donc pas étonnant que le taux d'imposition à pratiquer ait été au centre des débats lors de la genèse de la loi du 12 mai 2010 puisque d'une part il s'agissait pour l'État de préserver ses

ressources mais, d'autre part, un taux trop élevé posait des problèmes en termes de compétitivité par rapport aux taux de redistribution<sup>35</sup>.

Ainsi, à l'instar de la politique italienne évoquée précédemment, on relève une attitude ambivalente des pouvoirs publics qui d'un côté justifient les monopoles et les réglementations très strictes par le besoin de protection des usagers de ces services particuliers afférents à des activités perçues historiquement comme immorales, et de l'autre côté mènent une politique de développement très active des offres de la FDJ – dont l'État est l'actionnaire majoritaire – afin de percevoir des recettes croissantes sur le produit de ces jeux. Dès lors, à l'image des réponses données par la CJCE dans les affaires *Gambelli* et *Placanica*<sup>36</sup>, on peut se demander légitimement si ce régime juridique visant à réduire l'offre et donc les risques lui étant liés grâce à un axe prohibition-monopole présente bien les caractères de cohérence et de systématicité exigés par la haute Cour.

## 3 / La jurisprudence française en la matière : chaotique et indéfinie

### a / Le Conseil d'État et le renvoi à la CJCE

Les hautes juridictions nationales durent se prononcer à quelques reprises sur la compatibilité de la législation en matière de jeux et paris avec le principe communautaire de libre prestation de services<sup>37</sup>.

Le Conseil d'État, à propos des lois régissant les jeux de hasard et le PMU en particulier, estima dans un premier temps – le 15 mai 2000 – qu'un décret contesté était respectueux des règles supranationales de libre circulation des services dans la mesure où les dispositions qu'il prévoyait s'avéraient tout à la fois nécessaires et proportionnées.

En revanche, il saisit en interprétation préjudicielle la CJCE le 9 mai 2008<sup>38</sup> sur le point de savoir si le monopole étatique en matière de jeux et

<sup>30</sup> Loi du 2 juin 1891 ayant pour objet de réglementer l'autorisation et le fonctionnement des courses de chevaux, bull. des lois, 12e S. B. 1405, n° 23707.

<sup>31</sup> Loi du 15 juin 1907 relative aux casinos, bull. des lois, 12e S., B. 2884, n° 49846, 49951.

<sup>32</sup> Loi n° 83-628 du 12 juillet 1983 relative aux jeux de hasard, Journal Officiel du 13 Juillet 1983.

<sup>33</sup> Loi n° 2004-575 du 21 juin 2004 pour la confiance dans l'économie numérique, Journal Officiel du 22 juin 2004, v. article 16, 1, 1°.

<sup>34</sup> V. le rapport d'information du 7 novembre 2006 de la commission des finances, du contrôle budgétaire et des comptes économiques de la Nation sur l'évolution des jeux de hasard et d'argent en France.

<sup>35</sup> V. ANTOINE (A.), « Jeux d'argent et droit européen : vers un marché commun des jeux, paris et loteries » in *La Semaine Juridique Edition Générale*, n° 46, 10 Novembre 2004, p. 10172.

<sup>36</sup> V. *supra*.

<sup>37</sup> V. AUBERT (B.), « Prohibition des loteries et libéralisation européenne » in *Revue de science criminelle*, Chronique du droit de l'Union européenne, 2010, p. 474.

<sup>38</sup> La société zeturf demandait l'annulation du décret n° 97-456 du 5 mai 1997 instaurant le monopole du PMU pour la gestion du pari mutuel hors hippodrome.

paris en ligne était ou non conforme au droit communautaire. Si le juge européen n'a pas encore communiqué sa réponse, le législateur s'est permis d'anticiper largement au moyen de la loi du 12 mai 2010.

### **b / La chambre criminelle de la Cour de cassation et l'indifférence à la CJCE**

De son côté, la chambre criminelle de la Cour de cassation donna à deux reprises son point de vue sur cette problématique. Tout d'abord, le 22 mai 1997, elle confirma la condamnation d'un bookmaker qui avait organisé des concours de pronostics sur les résultats du Tour de France 1989 alors que la loi du 21 mai 1836 suscitée considère que doivent être assimilées à des loteries interdites « toutes opérations offertes au public, sous quelque dénomination que ce soit, pour faire naître l'espérance d'un gain qui serait acquis par la voie du sort ». Ladite chambre se fonda sur les mêmes arguments que la Cour d'appel parisienne qui s'était prononcée en second ressort, à savoir qu'en l'absence d'harmonisation européenne les restrictions à la libre prestation de services demeuraient permises et laissées à la discrétion des législateurs nationaux, mais également que l'absence de garanties suffisantes de la part d'entreprises basées à l'étranger motivaient un contrôle strict.

Plus récemment, dans un arrêt du 18 novembre 2008<sup>39</sup>, les juges du droit eurent se placer vis-à-vis de la loi du 12 juillet 1983 relative aux jeux de hasard et de sa conformité aux principes de libre établissement et de libre prestations de services. Dans cette affaire, un commerçant avait été condamné pour avoir placé des appareils de jeux de hasard en des lieux publics. Ne faisant pas droit au pourvoi qui suggérait la saisine de la CJCE en interprétation préjudicielle, ils répondaient que « les poursuites avaient été engagées sur le fondement d'un texte de droit interne à l'encontre d'un ressortissant de nationalité algérienne agissant sur le territoire national » et que la question « ne portait pas sur l'interprétation des dispositions communautaires ».

Ils eurent pu reformuler ladite question et renvoyer aux juges communautaires, mais s'y refusèrent. Pourtant, aurait pu être opportun de rechercher si les restrictions contribuaient « à limiter les activités de paris d'une manière cohérente et systématique » comme la CJCE l'avait demandé au moyen de son arrêt Gambelli du 6 novembre

<sup>39</sup> Cour de cassation, Chambre criminelle, 18 novembre 2008, 08-81.672, publié au bulletin.

2003<sup>40</sup>.

Le Conseil d'État s'était interrogé sur le point de savoir si le monopoles de la FDJ ou du PMU sur les jeux en ligne étaient bien nécessaires alors qu'était menée parallèlement une politique de développement commercial dynamique *a priori* antinomique des objectifs affichés de lutte contre la dépendance et contre la criminalité.

Finalement, seule la haute juridiction administrative se permit de saisir la CJCE, et à une seule reprise. À l'inverse de l'Italie ou du Portugal, les juridictions françaises estiment cela inutile alors qu'il s'agit pourtant de considérations éminemment européennes. La chambre commerciale ne déroge pas à cette règle. Mais elle se révèle beaucoup plus attentive à la jurisprudence communautaire.

### **c / La chambre commerciale de la Cour de cassation et les contrariétés de jurisprudences**

À l'occasion d'un arrêt très commenté rendu le 10 juillet 2007<sup>41</sup> – dans une affaire opposant le PMU à la société maltaise Zeturf – la chambre commerciale se conforma à la position de la CJCE, ce qui aboutit à des contradictions par rapport à la jurisprudence de la chambre criminelle<sup>42</sup>. En l'espèce, l'opérateur permettait à ses internautes de parier sur les courses hippiques françaises.

Saisi par le PMU, le TGI de Paris ordonna en référé, le 8 juillet 2005<sup>43</sup>, la cessation immédiate de cette activité portant atteinte au monopole du PMU<sup>44</sup>. Cette décision fut confirmée en appel le 4 janvier 2006<sup>45</sup> tandis que le juge maltais refusait de faire exécuter la décision française considérant que le règlement sur la reconnaissance et l'exécution

<sup>40</sup> V. AUBERT (B.) *op. cit.*

<sup>41</sup> Cass. com., 10 juill. 2007, n° 06-13.986, *Zeturf*, JurisData n° 2007-040137 ; PICOD (F.), note in *JCPG*, 2007 ; CLERGERIE (J.-L.), obs. in *Dalloz*, 2007, p. 1359 ; IDOT (L.), obs. in *RSC*, 2007, p. 641 ; SIMON (D.), obs. in *Europe*, 2007, comm. 298.

<sup>42</sup> V. PORACCHIA (D.) et MARMAYOU (J.-M.) « Un an de sport dans le droit de la communication, centre de droit du sport de l'université Paul Cézanne (Aix-Marseille III) » in *Communication commerce électronique*, n° 11, Novembre 2007, chron. 10.

<sup>43</sup> TGI Paris, ord., 8 juill. 2005, *PMU c/ Eurf, Zeturf* ; DURAND (A.), obs. in *Lettre Lamy droit du sport*, mars 2006, n° 402 ; GRYMBAUM (L.), note in *Communication commerce électronique*, 2005, comm. 172.

<sup>44</sup> V. la loi du 2 juin 1891 ayant pour objet de réglementer l'autorisation et le fonctionnement des courses de chevaux, bull. des lois, 12e S. B. 1405, n° 23707.

<sup>45</sup> CA Paris, 14e ch., sect. A., 4 janv. 2006, *sté Zeturf LTD c/ GIE Pari mutuel urbain* ; Juris-Data n° 2006-289287 ; JEANNEREY (P.-A.), note in *AJDA*, 2006, p. 481.

des décisions judiciaires<sup>46</sup> n'avait pas ici vocation à s'appliquer<sup>47</sup> ; ainsi Zeturf continuait son activité.

La Cour de cassation donna raison à la société de paris en ligne, censurant l'arrêt d'appel, au motif que celui-ci ne suivait pas l'interprétation donnée par la CJCE du principe de libre prestation de service dans ses arrêts Gambelli et Placanica. Ainsi « une restriction à la libre prestation de services (...) peut être justifiée soit au regard de l'objectif consistant à prévenir l'exploitation des jeux de hasard à des fins criminelles ou frauduleuses en les canalisant dans des circuits contrôlables, soit au regard de l'objectif tenant à la réduction des occasions de jeux », mais à condition de vérifier que « les autorités nationales n'adoptent pas une politique expansive dans le secteur des jeux afin d'augmenter les recettes du trésor public », ce que la cour d'appel avait omis de faire.

Les juges du droit rappellent donc que la législation en cause doit réduire les occasions de jeu d'une manière cohérente et systématique. En outre, ils ajoutent que « la libre prestation de services ne peut être limitée que par des réglementations justifiées par des raisons impérieuses d'intérêt général et s'appliquant à toute personne ou entreprise exerçant une activité sur le territoire de l'État de destination de la prestation de services, uniquement dans la mesure où cet intérêt n'est pas sauvegardé par les règles auxquelles le prestataire est soumis dans l'État membre où il est établi, de sorte que les autorités de l'État de destination de la prestation de services doivent prendre en considération les contrôles et vérifications déjà effectués par l'État d'origine de celle-ci ».

Ils appliquent donc le principe de reconnaissance mutuelle, lequel sera plus tard écarté par la CJCE – donnant rétrospectivement raison à la chambre criminelle – à l'occasion de son arrêt « *Liga Portuguesa de futebol* » auparavant étudié.

Si les vues des chambres commerciale et criminelle semblent diverger, cette impression s'explique par le fait que l'une accepte d'analyser le droit français à l'aune de la jurisprudence de la

<sup>46</sup> Règlement (CE) 44/2001 du 22 décembre 2000 concernant la compétence judiciaire, la reconnaissance et l'exécution des décisions en matière civile et commerciale.

<sup>47</sup> CA Malte, 9 janv. 2007, MENDOZA-CAMISADE (A.), obs. in JCPG, 2007, I, 172, § 7 ; DEBET (A.), obs. in Communication commerce électronique, 2007, comm. 57 ; le litige n'entrerait pas dans le champ d'application du règlement communautaire, puisque ce dernier porte sur les matières civile et commerciale et ne couvrirait pas les matières fiscales, douanières et administratives. Or, le litige, touchant au monopole du PMU, serait administratif.

CJCE quand l'autre s'y refuse. Ainsi, dans un arrêt de juin 2009, la chambre criminelle persiste en estimant que la législation nationale s'avère parfaitement conforme aux exigences communautaires.

## **B / APRÈS LA LOI DU 12 MAI 2010, UN CADRE JURIDIQUE NOUVEAU MAIS TOUJOURS CONFORME À L'OBJECTIF INAVOUÉ D'UN ÉTAT CROUPIER**

Sous la pression de la Commission européenne, la France a donc décidé d'ouvrir le marché des jeux et paris en ligne. Toutefois – et c'est heureux –, le choix d'un régime de l'autorisation préalable a été opéré, une autorité administrative indépendante *ad hoc* étant instituée afin de mettre en œuvre ce régime juridique nouveau.

### **1 / Le contexte**

#### **a / La pression de la Commission européenne**

La loi du 5 mars 2007 relative à la prévention de la délinquance<sup>48</sup> aggravait fortement les sanctions dans le domaine des jeux. Ainsi, risquait 30 000 euros d'amende quiconque produisait sur Internet quelque publicité en faveur de jeux de hasard, paris sportifs ou hippiques illégaux. Par ailleurs, était modifiée la LCEN du 21 juin 2004 par l'insertion à son article 6 d'une disposition prévoyant que les hébergeurs et fournisseurs d'accès aux services de communication au public en ligne devaient désormais mettre en place un dispositif permettant d'avertir les internautes des risques encourus en cas de violation de la loi et de tenir une liste des sites non autorisés par les autorités compétentes.

Ce dispositif en réalité permettait peut-être de prévenir quelque peu les risques, mais il permettait surtout de renforcer davantage l'emprise de la FDJ et les recettes de l'État, attitude totalement à contre courant des attentes de la Commission européenne.

Or, après une première mise en demeure le 12 octobre 2006<sup>49</sup>, cette dernière adressa un avis

<sup>48</sup> Loi n° 2007-297 du 5 mars 2007 relative à la prévention de la délinquance, J.O. du 7 mars 2007.

<sup>49</sup> Des procédures d'infraction avaient été ouvertes contre la France, l'Italie et l'Autriche. Pour la France, la Commission s'interrogeait sur des restrictions imposées aux prestataires de paris sportifs à distance qui avaient

motivé à la France le 27 juin 2007<sup>50</sup>, rendant une procédure aboutissant auprès de la CJCE de plus en plus inéluctable. Elle estimait très simplement que les restrictions en place violaient le droit communautaire – le principe de libre prestation de services en particulier – en ne permettant à aucun acteur autre que la FDJ et le PMU d'accéder au marché des jeux d'argent en ligne.

La France devait revenir sur sa législation et mettre en œuvre, *a minima*, un système d'autorisations préalables non discriminatoire afin de permettre à des opérateurs privés européens de postuler, comme en Italie, au Royaume-Uni ou en Belgique.

### **b / Le rapport Trucy, la conclusion de la nécessité d'une évolution législative**

Par ailleurs, plusieurs rapports rédigés par une commission dirigée par le sénateur François Trucy aboutissaient à la conclusion qu'une évolution des lois en vigueur était devenue inéluctable. Si en 2002<sup>51</sup> étaient mises en évidence les menaces de concurrence dues au développement exponentiel des jeux de hasard en ligne, notamment car – si l'installation sur le territoire de serveurs était prohibée – les joueurs français qui y recouraient n'encouraient aucune sanction ; dans sa dernière mouture<sup>52</sup>, ce rapport se révélait plutôt explicite, comme en témoigne l'intitulé de son premier chapitre : « *le contexte : un cadre juridique devenu irréaliste et contesté par les autorités européennes* ».

En outre, une autre expertise, remise par l'inspecteur général des finances Bruno Durieux le 24 avril 2008<sup>53</sup>, préconisait à son tour une ouverture à la concurrence des jeux de hasard en ligne. Ce fut chose faite avec la présentation en Conseil des ministres, par le ministre du budget Éric Woerth, du projet de loi relatif à l'ouverture à la concurrence et à la régulation du secteur des jeux d'argent et de

hasard en ligne, le 25 mars 2009<sup>54</sup>.

### **c / Les enjeux**

Officiellement, ledit projet de loi poursuivait un triple objectif : la protection des joueurs et des populations vulnérables, la sécurité des opérations de jeux et la lutte contre la fraude et le blanchiment d'argent<sup>55</sup>.

Factuellement, il ne fait aucun doute que le texte cherchait avant tout à concilier deux exigences : la mise en conformité avec les exigences de la Commission européenne à l'égard de la libre prestation de services et la préservation des recettes de l'État par des prélèvements fiscaux consistants<sup>56</sup>. L'enjeu était de taille pour le ministre du budget puisqu'il rappelait cette statistique au moment du passage du texte devant la chambre des sénateurs : au total près de 25 000 sites proposaient des jeux de hasard dans de nombreux domaines et 5% des Français y misaient un montant total avoisinant les 4 milliards d'euros<sup>57</sup>.

Par ailleurs, la procédure fut accélérée afin que le nouveau régime juridique soit en vigueur au cours de la coupe du monde de football s'étant déroulée du 11 juin au 11 juillet 2010. Eu égard aux retombées financières attendues, il n'était donc pas étonnant d'entendre le ministre affirmer en séance que les décrets d'application étaient déjà dans les tiroirs.

## **2 / Le contenu**

### **a / Les jeux en ligne, des services particuliers nécessitant un régime particulier**

Après avoir passé sans encombre l'étape de l'examen du Conseil Constitutionnel<sup>58</sup>, la loi fut donc promulguée par le Président de la République le 12 mai 2010.

Tout d'abord, le texte rappelle sur son fronton que « *les jeux d'argent et de hasard ne sont ni un commerce ordinaire ni un service ordinaire* », donc ne saurait s'y appliquer un principe de libre prestation de services ordinaire. Un système d'autorisation préalable et de régulation est ainsi d'entrée justifié.

leur licence et étaient établis dans d'autres États membres.

<sup>50</sup> La Commission européenne rendait le 27 juin 2007 cet avis motivé à propos des spécificités (comprendre monopoles) française, grecque et suédoise entravant la libre prestation de services de paris sportifs, v. ASTAIX (A.), « Libérez le bandit manchot », blog Dalloz, 2 juill. 2007.

<sup>51</sup> V. le rapport au Sénat n° 223, 2001-2002, sur les jeux de hasard et d'argent en France.

<sup>52</sup> « Rapport au sénat sur le projet de loi, adopté par l'Assemblée Nationale, relatif à l'ouverture à la concurrence et à la régulation du secteur des jeux d'argent et de hasard en ligne », n° 209, remis le 19 janvier 2010.

<sup>53</sup> V. EL KADI (A.), obs. in *Dalloz actualité*, 15 mai 2008.

<sup>54</sup> V. LAVRIC (S.), obs. in *Dalloz actualité*, 26 mars 2009.

<sup>55</sup> V. <http://www.vie-publique.fr/actualite/panorama/texte-vote/loi-du-12-mai-2010-relative-ouverture-concurrence-regulation-du-secteur-jeux-argent-hasard-ligne.html>.

<sup>56</sup> V. *infra*.

<sup>57</sup> V. LAVRIC (S.), obs. in *Dalloz actualité*, 25 sept. 2009.

<sup>58</sup> Conseil constitutionnel, n° 2010-605 DC, 12 mai 2010.

Puis, afin d'éviter que n'échappent à la couverture de la loi les multiples jeux qui se présentent comme liés davantage à l'intelligence qu'à la chance, la définition du jeu de hasard fait enfin son entrée dans le corpus juridique français. Ainsi, ce dernier consiste en « *un jeu payant où le hasard prédomine sur l'habileté et les combinaisons d'intelligence pour l'obtention du gain* » (art. 2).

Le troisième article revient sur les motifs faisant qu'une liberté de prestation de services est, dans ce secteur spécifique, inenvisageable : il faut « *1° prévenir le jeu excessif ou pathologique et protéger les mineurs ; 2° assurer l'intégrité, la fiabilité et la transparence des opérations de jeu ; 3° prévenir les activités frauduleuses ou criminelles ainsi que le blanchiment de capitaux et le financement du terrorisme ; 4° veiller au développement équilibré et équitable des différents types de jeu afin d'éviter toute déstabilisation économique des filières concernées* ».

C'est pourquoi, « *compte tenu des risques d'atteinte à l'ordre public et à l'ordre social, l'exploitation des jeux d'argent et de hasard est placée sous un régime de droits exclusifs délivrés par l'État* ».

### **b / L'institution de l'ARJEL, bras séculier du nouveau régime d'autorisation préalable**

Afin de veiller au respect des objectifs de cette politique, est instituée l'Autorité de Régulation des Jeux en Ligne (ARJEL), autorité administrative indépendante délivrant aux opérateurs des agréments d'une durée de validité de cinq années leur permettant d'accéder enfin légalement au marché (art. 38). Elle dispose d'un pouvoir coercitif lui permettant de mettre effectivement en œuvre une régulation efficace du marché des opérateurs en ligne et de lutter aux côtés des ministères de l'intérieur et de la justice contre les sites illicites.

Plusieurs amendements sénatoriaux furent adoptés afin de renforcer l'indépendance de l'autorité de régulation. En conséquence, à l'instar du Conseil Supérieur de l'Audiovisuel (CSA), les 7 membres de l'instance sont nommés par les présidents de la République, du Sénat et de l'Assemblée nationale, ils sont soumis à une obligation de réserve et à des incompatibilités : ils ne peuvent détenir ou avoir détenu au cours des deux années précédant leurs mandats d'intérêts dans une entreprise de jeux en ligne (art. 36).

En outre, les opérateurs se voient appliqué, en vertu de l'article 46 de la norme, un régime fiscal plutôt contraignant mais permettant à l'État de

préserver ses marges : 7,5 % sur les paris sportifs et hippiques et 2 % sur les jeux de poker. Enfin, ils doivent s'acquitter d'un droit fixe au moment de leur demande (entre 2 000 et 15 000 euros) ainsi que d'un droit annuel à verser tous les 1<sup>er</sup> janvier (entre 10 000 et 40 000 euros).

## **3/ Conclusion et perspectives**

### **a / Les contradictions entre Commission et Cour de justice européennes, méandres pour le législateur français**

Alors que le projet de loi avait été étudié et arrêté en Conseil des ministres le 25 mars 2009, l'arrêt *Liga portuguesa de futebol profissional* du 8 septembre 2009 de la CJCE<sup>59</sup> vint au soutien d'un cadre juridique – le Portugais – sensiblement identique à celui alors en place en France. Pourtant, le législateur s'activait sous la pression européenne puisque il tentait de se conformer aux préconisations d'un rapport de la Commission européenne de mars 2008<sup>60</sup>. Ainsi, lors de l'examen du projet de loi devant la chambre des députés, entre le 7 et le 13 octobre 2009, nombre d'entre eux ne manquèrent pas de soulever les contradictions entre instances communautaires, amenant cet arrêt de la CJCE au soutien d'un maintien du monopole des jeux en ligne au profit de la FDJ et du PMU.

En réalité, plus qu'une contrainte émanant du droit communautaire, la libéralisation du secteur était sans doute devenue un choix et un enjeu politique dépassant le simple cadre juridique.

Ces questions sont en tout cas au cœur de l'actualité et des évolutions sont à attendre comme en témoigne la conférence du 12 octobre 2010 sur le rôle des autorités dans la réglementation des jeux de hasard, organisée conjointement par la Commission européenne, la Commission belge des jeux de hasard et le gouvernement belge qui assurait alors la présidence de l'Union.

### **b / Une libéralisation au demeurant très limitée**

La loi du 12 mai 2010 se cantonne à une libéralisation des paris sportifs, hippiques et jeux de poker, et cela seulement dans la mesure où ils sont organisés en ligne. Pour le reste, les jeux de hasard demeurent associés à un monopole étatique et à de nombreuses dispositions pénales sanctionnant ses atteintes. Ainsi la question de la conformité du

<sup>59</sup> V. *supra*.

<sup>60</sup> V. <http://www.gouvernement.fr/premier-ministre/pour-une-ouverture-maitrisee-du-marche-des-jeux>.

cadre juridique français aux principes communautaires de liberté d'établissement et de libre prestation de service n'a-t-elle peut-être pas fini de se poser. Quand bien même la jurisprudence de la CJCE serait favorable au maintien d'un protectionnisme fort permettant d'encadrer ou même interdire les jeux de hasard sur le territoire national, il n'en demeure pas moins que les mesures en cause doivent rester cohérentes, non discriminatoires, proportionnées et adaptées à la réalisation de l'objectif poursuivi. Or, cela ne fait désormais plus de doute après cette étude, la politique de développement commercial et de promotion des jeux de hasard en France empêche de se conformer à ces exigences.

La première version du rapport Trucy, en 2002, avait pourtant proposé trois éléments permettant de se conformer à ce principe de cohérence :

« 1°) *un marketing mesuré et qui ne cible pas les mineurs ;*

2°) *l'existence de campagnes de sensibilisation des joueurs sur le risque lié au jeu excessif et l'aide aux joueurs compulsifs ;*

3°) *l'existence d'une autorité de régulation et de contrôle indépendante, à l'image du CSA ».*

Certes ces propositions ont bien été reprises au

creux de la récente loi, mais sa portée se limitant à la communication au public en ligne, cela ne peut que demeurer à l'évidence insuffisant et inefficace aux yeux de la Cour de justice.

Partant, deux voies s'ouvriraient sur le chemin du législateur français. En empruntant l'une, il modifierait les règles permettant à la FDJ et au PMU de se développer et, en contrepartie, il déciderait que le marché des jeux de hasard doit demeurer organisé sous forme de monopole afin de diminuer les occasions de jeux et protéger les joueurs « pathologiques ». Seulement, les retombées financières pour l'État se retrouveraient amoindries. En se risquant sur l'autre, il ouvrirait le secteur à une concurrence privée, estimant qu'il s'agit de services classiques pour lesquels le principe de liberté doit s'appliquer totalement. FDJ et PMU pourraient alors légitimement continuer de vendre le mérite des jeux et paris qu'ils proposent. Mais là aussi, les recettes de l'État s'en ressentiraient affectées.

Pour l'heure, le législateur hésite. Pourtant, il lui faudra un jour s'aventurer – à gauche ou à droite – car, entre les deux, il demeure sur le territoire de la réprimande communautaire.



---

L.I.D.2 M.S.

Laboratoire Interdisciplinaire de Droit des Médias & des Mutations Sociales

---

EA n° 4328