

# Les TMT en bref

## L'EDITO...

### La revanche des plates-formes

L'industrie du luxe cherche un responsable emblématique à la contrefaçon qu'elle subit de manière systématique et industrielle. Cette victime expiatoire a pour nom eBay. Depuis 2006, une guerre mondiale opposant cette industrie à la plate-forme d'e-commerce, a donné lieu à une série de décisions illustrant la dualité des approches du régime de responsabilité des acteurs de l'Internet.

En Europe, la Directive 2000/31/CE du 8 juin 2000 a instauré un régime qui distingue entre les activités d'hébergement, bénéficiant d'une exemption de responsabilité quant aux contenus hébergés, et d'édition de contenus.

Au fil des procès, les contours d'une responsabilité des plates-formes d'enchères en ligne se sont dessinés autour de la question de la **qualification des activités d'eBay**.

Dans un premier temps, la Cour d'appel de Paris, dans un arrêt du 9 novembre 2007, a retenu une qualification unique d'hébergement pour les activités d'eBay. Cette position, très défavorable à l'industrie du luxe, ne permettait pas de rendre compte de la complexité des activités de la plate-forme.

En riposte, le Tribunal de commerce de Paris a jugé, par trois décisions du 30 juin 2008, qu'eBay n'était pas un simple prestataire d'hébergement et ne pouvait pas demander l'application du régime dérogatoire de responsabilité de l'hébergeur. eBay n'est donc ni hébergeur, ni éditeur, mais courtier en ligne. Sa responsabilité doit être recherchée sur le terrain de la **responsabilité délictuelle**.

Ainsi, les juges ont considéré qu'eBay est tenu d'une obligation extra-contractuelle générale de surveillance des opérations de vente réalisées sur ses sites, prêtant ainsi leur concours à la chasse aux sorcières contre la plate-forme. Ce jugement présente, selon nous, l'écueil d'écarter le véritable débat, à savoir celui de la **faute délictuelle**.

Au contraire, les juges anglo-saxons, saisis de faits similaires, se placent sur un autre terrain. Ainsi, il ressort d'une décision d'un Tribunal américain du 14 juillet 2008 que la responsabilité d'eBay doit être appréciée au

regard de la répartition des rôles des acteurs de l'e-commerce dans la chasse à la contrefaçon.

La faute d'eBay ne peut donc être retenue au titre d'une obligation générale de surveillance, mais d'une simple obligation de prudence et de diligence. Il appartient aux seuls détenteurs des marques d'agir contre les contrefacteurs. La jurisprudence américaine rend ici une décision très pragmatique, permettant de concilier réalité économique de l'e-commerce et règle de droit.

Face aux dérives de la jurisprudence européenne, un troisième mouvement a été initié par une décision du 31 juillet 2008 du Tribunal de commerce de Bruxelles, qui fait le choix d'une qualification distributive des activités d'eBay, prenant en compte l'évolution du rôle des intermédiaires qui fournissent diverses sortes de services. Le Tribunal de grande instance de Paris, dans un jugement du 13 mai 2009, a adopté la même logique.

Ainsi, la responsabilité d'eBay ne peut être recherchée que pour son activité de stockage et de mise en ligne d'annonces, soumise au régime exonératoire de responsabilité de la directive, ce qui permet de revenir à une appréciation plus mesurée de la question en ne retenant pas systématiquement la responsabilité d'eBay.

Délaissant la voie de la faute, les juges français s'engage dans une approche plus pragmatique ouvrant la voie au compromis. Ils mettent à la charge des parties une obligation de coopération dans la lutte contre la contrefaçon. Quant à savoir comment se matérialisera cette collaboration, les juges britanniques ont établi, dans une décision de la *Royal Court of Justice* du 22 mai 2009, une liste de dix mesures qu'eBay pourrait mettre en œuvre afin de réduire les ventes de produits contrefaisants.

En effet, un courtier en ligne, en sa qualité de simple intermédiaire, doit être tenu d'une obligation de surveillance moindre que le titulaire de la marque. Il est essentiel que l'appréciation de la responsabilité du courtier en ligne se fasse à l'aune de son rôle dans la chaîne économique qui relie les différents acteurs de l'e-commerce entre eux.

Souhaitons que cette décision soit le prélude à une armistice entre les belligérants et leur permette de coordonner leurs efforts pour tenter d'éradiquer la contrefaçon.

# LES BREVES...

## 1. Média (presse-édition)

### La Radio Numérique Terrestre (RNT) programmée pour la fin de l'année

Le Conseil Supérieur de l'Audiovisuel (CSA) a annoncé dans un communiqué de presse en date du 26 mai 2009, la liste des premières radios autorisées à émettre en numérique à Paris, Nice et Marseille comme par exemple radio Mandarin d'Europe à Paris ou radio RTL l'Equipe dans les trois villes.

L'essor de la RNT dépend étroitement de l'arrêt par Canal + de son émission analogique sur la bande III destinée à la RNT, arrêt fixé le 25 novembre 2009 par le CSA. Ainsi, l'émission effective des premières radios numériques est prévue pour fin 2009.

Pour développer le passage au tout numérique, le CSA a par ailleurs lancé une consultation publique sur ce sujet qui se déroulera pendant six semaines à partir de juin 2009 et a prévu d'ouvrir de nouveaux appels à candidatures.

La RNT permet d'enrichir les programmes radiophoniques, de proposer une couverture plus étendue pour les grandes stations et surtout de fournir des données associées qui compléteront la réception sonore par des informations textuelles ou visuelles sur le programme en cours de diffusion.

## 2. Multimédia (Internet-commerce électronique-jeux vidéo)

### La loi Hadopi adoptée...puis censurée...mais finalement promulguée après avoir été amputée!

Le 19 mai 2009, le Conseil constitutionnel a été saisi par 60 députés pour qu'il se prononce sur la conformité à la constitution du projet de loi favorisant la diffusion et la protection de la création sur internet. Par sa décision du 10 juin dernier, il a censuré plusieurs dispositions du texte adopté par le Parlement.

Il a d'abord jugé que la faculté donnée à une autorité administrative de restreindre l'usage de

services de communication en ligne, même dans un but de protection des droits de propriété intellectuelle, porte atteinte à la liberté d'expression.

En outre, il a jugé que les dispositions en vertu desquelles le titulaire du contrat d'abonnement à internet pour la connexion depuis laquelle ont été réalisés des actes de contrefaçon, doit prouver qu'il n'a pas commis les actes litigieux pour s'exonérer de sa responsabilité, portent atteinte à la présomption d'innocence.

Enfin, il a jugé que les mesures de collecte de données personnelles par des personnes privées, afin d'identifier les titulaires d'abonnements à internet grâce auxquels les actes litigieux ont été commis, ne sont possibles que dans la mesure où elles "s'inscrivent dans un processus de saisine des juridictions compétentes".

Le Conseil constitutionnel a donc censuré le texte voté par le Parlement, et notamment les dispositions autorisant l'HADOPI à prononcer elle-même des sanctions.

La loi a toutefois été publiée au journal officiel du 12 juin 2009, amputée des dispositions déclarées contraires à la Constitution. Un nouveau texte aujourd'hui en discussion devant le Parlement devrait prochainement venir compléter ce dispositif.

### La qualité d'hébergeur n'empêche pas eBay d'appliquer ses CGV

La société XSS commercialise du matériel de sports extérieurs. Dans le cadre de cette activité, elle a ouvert plusieurs comptes sur le site d'eBay afin de vendre sa marchandise. A la suite de plaintes de clients, eBay a suspendu les comptes de la société XSS en application de l'article 9 de ses conditions générales de vente (CGV).

Les associés de XSS n'ont pas contesté cette décision mais ont créé une autre société, DWC, ayant une activité similaire et commercialisant également sa marchandise par l'intermédiaire du site eBay. eBay a fait le rapprochement entre les deux sociétés et a également suspendu les comptes ouverts par DWC.

DWC a saisi le Président du Tribunal de grande instance de Paris pour qu'il ordonne la remise en service des comptes litigieux. La Cour d'appel de Paris, saisie par eBay, a infirmé cette décision. DWC s'est alors pourvue en cassation.

DWC estimait notamment qu'en sa qualité d'hébergeur, eBay ne pouvait interdire à DWC l'accès à son site car elle n'avait pas eu préalablement connaissance effective du caractère manifestement illicite des activités et informations stockées par elle.

Par un arrêt du 5 mai 2009, la Cour de cassation a rejeté ce pourvoi au motif qu'eBay "pouvait légitimement penser que les comptes de la société DWC constituaient un moyen de contourner l'interdiction résultant de la suspension des comptes ouverts par la société XSS" et que dès lors, elle pouvait appliquer les mesures de suspension prévues par ses CGV.

### 3. Informatique & télécoms

Les opérateurs pourront amener leur fibre optique jusqu'au consommateur

L'article 109 VI de la loi n° 2008-776 du 4 août 2008 de modernisation de l'économie a instauré un principe de mutualisation de la terminaison des réseaux de fibre optique, celle-ci s'opérant à un point situé en dehors des limites des propriétés privées connectées. Il pouvait toutefois être dérogé à ce principe, dans les cas spécifiés par l'ARCEP.

En application de ces dispositions, l'ARCEP a proposé, le 22 juin dernier, un cadre juridique pour le déploiement de la fibre optique dans les zones à forte densité de population. Ce projet prévoit notamment que chaque opérateur pourra demander à l'opérateur choisi par la copropriété pour fibrer l'immeuble, "de disposer d'une fibre supplémentaire dédiée pour chaque logement, moyennant un préfinancement de son installation et un co-financement de l'investissement initial".

Cette solution permettra une meilleure concurrence entre les opérateurs et évitera de reproduire la situation monopolistique de la boucle locale.

Les projets de décisions et de recommandations relatifs à ce cadre juridique sont désormais soumis à consultation publique, les réponses devant être communiquées à l'ARCEP avant le 22 juillet. Parallèlement, l'ARCEP consultera l'Autorité de la Concurrence, la Commission consultative des réseaux et services de communications électroniques et la Commission européenne sur ces projets. Ils devront ensuite être homologués par le ministre chargé des communications

électroniques, avec pour objectif de les faire entrer en vigueur cet automne.

La loi autorise la dématérialisation du bulletin de paie

Aux termes de l'article L.3243-2 du Code du travail, l'employeur a l'obligation de remettre à l'employé une pièce justificative du paiement du salaire. Jusqu'à présent, la remise du bulletin devait se faire en main propre ou par courrier.

La loi du 12 mai 2009 de simplification du droit est venue préciser que désormais "avec l'accord du salarié concerné, cette remise peut être effectuée sous forme électronique".

La dématérialisation du bulletin de paie est cependant subordonnée, outre l'accord du salarié, à la préservation de la sécurité des données non seulement lors de leur transmission (les modalités techniques (scellement ou signature électronique) doivent encore être précisées), mais également lors de leur conservation. La lisibilité, la stabilité du contenu informationnel et la traçabilité des opérations réalisées sur les documents dans le temps doivent en effet être assurées.

Cette mesure, outre son caractère écologique, devrait permettre aux entreprises de réaliser des économies substantielles.

### 4. Audiovisuel - publicité

Vers une interprétation plus souple de la loi Evin ?

Au nom de la lutte contre le tabagisme, Jacques Tati s'est vu récemment, comme d'autres avant lui, privé de sa légendaire pipe par la régie publicitaire de la RATP le privant ainsi d'un élément caractéristique de son image. Une application aussi stricte de la loi Evin a cependant créé une véritable polémique autour de ce que certains ont pu qualifier de "nouveau dérapage du politiquement correct".

Ainsi, l'Autorité de régulation professionnelle de la publicité a décidé, courant mai, que la promotion d'une publicité "exempte de tout risque pour le public, ne s'oppose pas à la présence de produits de consommation du tabac lorsqu'ils sont indissociables de l'images de personnalités disparues". Elle prend l'initiative de ne plus déconseiller la représentation de produits liés au tabac dans des publicités, sous réserve de la réunion de plusieurs conditions :

- l'absence de lien entre l'annonceur et l'industrie du tabac;
- la finalité culturelle ou artistique de la publicité;
- la représentation de personnes disparues ou figurant dans des œuvres d'art utilisées dans une publicité relative à une manifestation artistique;
- le caractère indissociable du produit lié au tabac et de l'image de la personne représentée.

Il s'agit cependant d'un simple avis qui n'a pas encore reçu de confirmation jurisprudentielle ou légale.

Les contours de la publicité en matière de jeux de hasard et d'argent se dessinent...

Le Conseil paritaire de la publicité (CPP), structure associée à l'autorité de régulation professionnelle de la publicité (ARPP), dont la mission est de formuler des demandes d'évolution des règles déontologiques encadrant le contenu des publicités, a rendu son deuxième avis relatif à la prochaine ouverture du marché des jeux de hasard et d'argent à la concurrence le 14 mai 2009.

Le CPP a soumis à l'ARPP trois pistes de réflexion sur lesquelles l'autorité devrait s'appuyer afin de rendre une nouvelle recommandation s'adressant non seulement aux futurs opérateurs en ligne mais également à tous les acteurs du marché.

Le CPP insiste sur la protection des mineurs notamment par *"le refus de l'utilisation de références culturelles spécifiquement proches des jeunes"*. Ensuite, il souhaite favoriser l'émergence d'un jeu responsable afin que les jeux d'argent *"ne soient pas considérés comme un moyen plus facile ou plus intelligent de réussir dans la vie"*. Enfin, il souligne l'importance de l'information du joueur-consommateur pour que ce dernier ne soit pas induit en erreur notamment *"quant au coût réel du jeu, aux gains espérés ou aux pertes auxquelles [il] peut s'attendre"*.

## 5. Sport - jeux en ligne

Un sénateur propose de lutter plus efficacement contre la dépendance aux jeux de hasard

Le 21 avril dernier, le sénateur Nicolas About a déposé une proposition de loi visant à lutter plus efficacement contre les phénomènes de dépendance aux jeux de hasard.

Le parlementaire estime que les dispositifs existants ainsi que ceux prévus aux articles 20 et 21 du projet de loi d'ouverture à la concurrence du marché des jeux en ligne ne contribuent pas suffisamment à la prévention de l'addiction, mais surtout négligent l'assistance des joueurs dépendants.

Sa proposition de loi aurait pour effet d'obliger chaque opérateur de jeux de hasard à créer, entretenir et financer des équipes de conseillers spécialisés pouvant écouter, conseiller et éventuellement orienter les joueurs dépendants vers des structures spécialisées capables de les prendre en charge.

Ces dispositifs devraient être mis en place tant par les opérateurs de jeux payants que gratuits, ce qui donnerait un champ d'application très large à ces dispositions.

La Commission européenne émet des réserves sur l'avant projet de loi français pour l'ouverture à la concurrence du marché des jeux d'argent

Le 8 juin dernier, la Commission européenne a rendu un avis circonstancié sur l'avant projet de loi français relatif à l'ouverture à la concurrence et à la régulation du secteur des jeux d'argent et de hasard en ligne.

Bien que la Commission semble accueillir favorablement l'orientation prise par la France, elle émet plusieurs réserves et demande à la France d'amender les points suivants de son texte :

- lors de l'attribution des licences, l'autorité de régulation française devra prendre en compte le fait qu'un candidat dispose déjà d'une autorisation pour exercer son activité dans un autre Etat membre de l'Union ;
- le monopole des organisateurs de manifestations sportives ne doit pas apporter de restrictions disproportionnées au principe de libre prestation de services ;
- la Commission demande à la France de justifier que le plafonnement de la proportion des mises reversées en moyenne aux joueurs est bien motivé par la lutte contre l'addiction au jeu et, le cas échéant, d'adopter des seuils cohérents avec ceux actuellement en vigueur ;

- les obligations d'avoir, en France, un représentant fiscal et éventuellement un serveur informatique, pourraient être contraires au principe de libre prestation de services ;

La France devra prendre en compte cet avis, au risque d'être de nouveau mise en demeure par la Commission de modifier sa législation.

## 6. Informatique et libertés - données personnelles - vie privée

**Les recommandations de l'union européenne face à l'essor des puces RFID et à leur menace sur la protection des données personnelles**

Face au caractère émergent et très prometteur du marché des puces RFID, l'Union européenne a émis plusieurs recommandations le 12 mai 2009 sur l'utilisation de cette technologie. Ces puces, qui permettent le traitement automatique de données lorsqu'elles sont à proximité de lecteurs, suscitent des inquiétudes quant à la protection de la vie privée et des données à caractère personnel.

Le communiqué de presse de l'Union européenne synthétise les recommandations de la Commission en quatre points :

- la désactivation automatique et gratuite sur le lieu de vente des puces intégrées aux produits achetés par les consommateurs,
- l'information claire et facilement accessible des consommateurs sur les informations collectées et leur usage futur. Les individus devront également être dûment informés de la présence d'un lecteur de puce RFID,
- la mise en place d'un logo européen unique identifiant les objets porteurs d'une puce,
- l'élaboration de rapports par les acteurs concernés sur la conciliation de la technologie RFID avec l'exigence de protection de la vie privée et des données personnelles.

En plus des recommandations européennes, le gouvernement français a ouvert le 20 mai 2009 une consultation publique sur l'Internet du futur à destination des différents acteurs économiques portant, entre autres sur l'Internet

des objets, dont la technologie RFID est la principale illustration.

**Lutte contre le terrorisme aérien : gare à la violation des droits fondamentaux !**

La Commission des lois du Sénat a adopté le 13 mai une proposition de résolution portant sur la proposition de décision-cadre de la Commission européenne relative à l'utilisation au niveau européen des données des dossiers passagers (PNR) aux fins de lutte contre le terrorisme et la criminalité organisée et qui entend faire obligation aux compagnies aériennes de transférer ces données, pour des vols extra-communautaires, aux autorités requérantes.

Les données PNR sont des informations renseignées par les passagers lors de la réservation et portant entre autres sur l'itinéraire, les contacts à terre et les modalités de paiement.

En l'état actuel de la décision-cadre, la Commission des lois estime qu'elle présente des garanties insuffisantes au regard de la protection des données à caractère personnel. Elle relève, notamment, que la transmission des données sensibles (race, religion, santé) renseignées en champ libre sur les formulaires de réservation devrait être exclue du PNR européen, que la durée de conservation de 13 ans devrait être rapportée à 3 ans, et que doivent être précisées les finalités de cette collecte et le droit des personnes concernées (information, accès, rectification).

## 7. Propriété Intellectuelle - Marques & Brevets

**Un premier pas de la SACEM vers les licences paneuropéennes...**

La SACEM a confirmé mardi 26 mai 2009 qu'elle était disposée à renoncer à son monopole concernant l'octroi de licences sur son répertoire et à agir en qualité de gestionnaire de droits non exclusif pour les éditeurs et les autres sociétés de gestion collective.

Neelie Kroes, commissaire européen à la concurrence, félicite cette avancée qui s'inscrit dans la lignée des mesures prises par la commission européenne consistant à mettre un terme aux monopoles nationaux sur les répertoires des sociétés de gestion collective

afin de permettre le développement de l'offre musicale en ligne.

Si les possibilités d'octroi de licences paneuropéennes se généralisent en Europe, les fournisseurs de musique en ligne n'auront qu'un seul interlocuteur pour la négociation des droits d'auteurs ce qui facilitera considérablement la constitution de répertoires.

Les progrès sur l'existence de licences paneuropéennes seront examinés lors d'une prochaine table ronde qui fera suite à celle du 16 décembre 2008 sur la distribution de musique en ligne.

### Le jeu vidéo est une œuvre complexe

Dans un arrêt du 25 juin 2009, la première Chambre civile de la Cour de cassation, confirmant la position des juges d'appel, a retenu, pour la première fois, la qualification d'œuvre multimédia pour un jeu vidéo. Cet arrêt met fin à une controverse de longue date portant sur la qualification distributive ou globale des différents éléments intégrés dans un jeu vidéo.

En l'espèce, l'enjeu était de savoir si les œuvres musicales incorporées étaient soumises ou non aux droits de reproduction mécanique appartenant à la Sesam et, dans ce cas de figure, si celle-ci pouvait faire inscrire au passif de la liquidation judiciaire d'une société les créances issues de la reproduction illicites des dites œuvres musicales.

Si les juges, au contraire, avaient considéré que le jeu vidéo appartenait à la catégorie des œuvres logicielles, l'éditeur aurait bénéficié de l'exception de l'alinéa 5 de l'article L.131-4 du Code de la propriété intellectuelle au terme duquel *"la rémunération de l'auteur peut être évaluée forfaitairement dans les cas suivants : [...] 5° en cas de cession des droits sur un logiciel"*. Dans ce cas de figure, la Sesam n'aurait pas pu invoquer l'absence de paiement des redevances dues au seul titre de la reproduction mécanique des œuvres musicales, le forfait englobant alors la totalité des droits cédés sur le jeu.

Selon la Cour, *"un jeu vidéo est une œuvre complexe qui ne saurait être réduite à sa seule dimension logicielle, quelle que soit l'importance de celle-ci, de sorte que chacune de ses composantes est soumise au régime qui lui est applicable en fonction de sa nature"*.

Reconnaissant ainsi la structure complexe du jeu vidéo, la Cour de cassation oblige les sociétés éditrices de telles œuvres à s'acquitter du paiement des redevances afférentes à la reproduction des compositions musicales réalisées par des adhérents de la SACEM.

### Département TMT

#### Denton Wilde Sapte, Paris

Emmanuel Sordet  
T 01 53 05 79 04  
emmanuel.sordet@dentonwildesapte.com

Anne Cousin  
T 01 53 05 16 12  
anne.cousin@dentonwildesapte.com

Stefan Naumann  
T 01 53 05 16 68  
Stefan.naumann@dentonwildesapte.com

Editeur :

Denton Wilde Sapte LLP  
5/7 avenue Percier  
75008 Paris

Directeur de la publication : Emmanuel Sordet

[www.dentonwildesapte.com](http://www.dentonwildesapte.com)

Si vous ne souhaitez plus recevoir cette newsletter, ou la recevoir à une autre adresse, merci de bien vouloir adresser votre demande par courriel à l'adresse suivante : [catherine.pincourt@dentonwildesapte.com](mailto:catherine.pincourt@dentonwildesapte.com).