

Le médiateur des consommateurs

Responsable du dossier :
Lars Grøndal

Notre date :

Notre référence :

Votre date :

Votre référence :

Plainte contre iTunes Music Store

Le Conseil norvégien de la consommation souhaite par la présente déposer plainte contre iTunes Music Store auprès du médiateur des consommateurs. Le motif de la plainte porte sur les conditions générales d'iTunes telles qu'elles figurent sur les sites <http://www.apple.com/no/support/itunes/legal/terms.html> (conditions générales) et <http://www.apple.com/no/support/itunes/legal/policies.html> (conditions de vente). D'après le Conseil de la consommation, plusieurs points de ces conditions sont contraires, entre autres, à la loi norvégienne sur les pratiques commerciales.

D'autre part, iTunes utilise un type de technologie, la DRM (Gestion des droits numériques), qui est indispensable à l'utilisation du service. Le Conseil de la consommation estime en outre que certains aspects des conditions contractuelles techniques sont contraires à la loi sur les pratiques commerciales.

1. La loi norvégienne sur les pratiques commerciales est-elle applicable ?

Il s'agit d'abord de savoir si le droit norvégien est applicable à ce service. L'article 22 des conditions stipule que « [l]e présent Contrat et l'utilisation du Service sont régis par le droit anglais. »

Selon l'article 1 (2) a de la loi norvégienne sur le commerce électronique¹, la loi s'applique à « tout service généralement fourni moyennant paiement et distribué par voie électronique ». Les services vendus par iTunes sont fournis par voie électronique. En droit, la règle générale est le principe du pays d'origine, cf. article 5. A la base, iTunes relève donc uniquement de la législation du pays où il est établi. Reste à savoir alors dans quelle mesure iTunes doit être considéré comme étant « établi » en Norvège.²

¹ Loi du 23 mai 2003 sur certains aspects du commerce électronique et d'autres services de la société de l'information

² Voir Gebhart, affaire C-55/94 : la Cour de justice européenne a défini la distinction entre établissement et prestation de service en fonction de la durée, la fréquence, la périodicité et la continuité du service.

Il est cependant inutile de se prononcer sur cette question, le principe du pays d'origine ne s'appliquant pas aux « conditions contractuelles des contrats conclus avec le consommateur », voir article 6c de ladite loi. Dans ses travaux préliminaires, le ministère écrit à propos de cette exception qu'« un consommateur peut se baser sur son droit national, et qu'un vendeur (commerçant) ne peut jamais priver le consommateur, par contrat, de la protection découlant de règles impératives inscrites dans son droit national.³»

On peut également souligner que les achats effectués sur iTunes.no ont un lien manifeste avec la Norvège :

- iTunes.no peut uniquement être utilisé par des consommateurs norvégiens
- le nom de domaine est norvégien
- la langue utilisée est le norvégien
- les prix sont indiqués en couronnes norvégiennes
- le numéro de téléphone du support d'iTunes.no est norvégien

Compte tenu de ce qui précède, le Conseil norvégien de la consommation estime que les règles norvégiennes de protection du consommateur s'appliquent aux conditions.

2. Des conditions abusives

Aux termes de l'article 9a de la loi norvégienne sur les pratiques commerciales, le Conseil de la consommation peut intervenir pour interdire des conditions contractuelles abusives. Il demande au médiateur d'utiliser ce pouvoir pour s'opposer à plusieurs dispositions des conditions générales d'iTunes telles qu'elles apparaissent par écrit et par le biais de barrières techniques.

L'article 9a de la loi sur les pratiques commerciales interdit toutes conditions contractuelles contraires à la législation impérative. Le service fourni par iTunes n'est cependant pas régi par la législation contractuelle. Mais les principes généraux du droit contractuel, tels qu'ils sont énoncés dans la législation relative à la protection des consommateurs, ne pourront cependant être enfreints par iTunes pour limiter les droits des consommateurs.

D'après le Conseil de la consommation, les conditions d'iTunes sont en violation avec plusieurs principes du droit contractuel et de la législation de l'Espace économique européen, et se caractérisent par un déséquilibre général.

a. Droit applicable

L'article 22 des conditions stipule que « [l]e présent Contrat et l'utilisation du Service sont régis par le droit anglais ». Comme indiqué ci-dessus, le contrat est régi par les règles norvégiennes en matière de protection des consommateurs. Il ne peut être dérogé à ce principe par contrat, voir les déclarations susmentionnées lors des travaux préliminaires à la loi sur le commerce électronique.

Les conditions sont sur ce point manifestement en violation avec la législation impérative.

b. Seul le lecteur mp3 d'Apple, l'iPod, peut être utilisé

A cause du DRM Fairplay d'iTunes, la musique qui est téléchargée à partir de iTunes

³ Voir Proposition à l'Odelsting [Ot.prp.nr.31](#) (2002-2003) p. 59

Music Store peut uniquement être écoutée sur un iPod.⁴ iTunes et iPod appartiennent tous les deux à Apple. Le DRM d'iTunes peut être contourné en copiant le fichier sur un CD avant de le transférer à nouveau sur le PC. Le fichier est alors dépourvu de DRM et peut être écouté librement sur d'autres types de lecteurs mp3.

D'après le Conseil norvégien de la consommation, ceci est une condition contractuelle technique abusive dans la mesure où elle empêche les acheteurs de fichiers musicaux sur iTunes d'utiliser d'autres lecteurs mp3 que l'iPod. L'objectif de ce type de DRM est exclusivement d'obliger les consommateurs à acheter les produits d'un acteur dominant du marché.

L'article 9b des conditions concernant les règles d'utilisation stipule ceci :

Vous acceptez de ne pas essayer – ou encourager ou aider une autre personne à le faire – de contourner ou modifier des éléments de sécurité techniques ou logiciels faisant partie du Service ou utilisés pour gérer les Règles d'utilisation ou supprimer, modifier ou interférer dans les informations relatives à la gestion des droits sur les Produits.

Le même article stipule également ceci :

Vous êtes autorisé à utiliser les Produits, à tout moment, sur un maximum de cinq dispositifs approuvés par iTunes.

La violation des règles d'utilisation a des conséquences importantes, voir notamment l'article 8b.

Les règles d'utilisation impliquent que le client ne peut modifier ou supprimer le DRM pour utiliser d'autres lecteurs mp3 pour la lecture de fichiers musicaux achetés sur iTunes.

Le Conseil de la consommation estime que ces conditions contractuelles sont abusives, en se référant à cet égard à l'article 53a (3) seconde phrase de la loi norvégienne sur les droits d'auteur⁵. Il découle de cette disposition que les consommateurs peuvent librement contourner les systèmes de protection techniques pour écouter des œuvres achetées en toute légalité sur des dispositifs de lecture appropriés.⁶

Les conditions sont en infraction avec la législation impérative et donc avec l'article 9a de la loi norvégienne sur les pratiques commerciales.

c. Modification unilatérale des conditions

Dans plusieurs conditions du contrat standard, iTunes se réserve le droit de modifier unilatéralement les droits du consommateur sur le matériel déjà acheté, voir par exemple les articles 9c et d, 14b, 18a (i) et 20. A titre d'illustration, les consommateurs qui achètent des fichiers musicaux sur iTunes sont aujourd'hui autorisés à copier les fichiers sur 7 CD au maximum. Les conditions citées impliquent qu'iTunes peut empêcher la copie de fichiers déjà téléchargés par le consommateur et enregistrés sur son disque dur. Ceci malgré le fait que le consommateur ait été avisé au moment de l'achat qu'il pouvait copier le fichier sur plusieurs CD.⁷

⁴ Voir http://www.consumersdigitalrights.org/mdoc/OnlineMusicDownloadServices_TechnicalReport_90041.pdf

⁵ Voir loi n° 2 du 12 mai 1961 sur les droits d'auteur

⁶ Il y a lieu de se demander également si la loi sur les droits d'auteur protège vraiment le DRM d'iTunes. L'article 53a interdit en effet le contournement de systèmes de protection *efficaces*. Or le DRM d'iTunes ne peut être considéré comme un système de protection efficace, voir ce qui est évoqué dans l'introduction sur la possibilité de contourner le DRM.

⁷ Voir http://www.boingboing.net/2005/03/16/apple_steals_itunes_.html

Une étude réalisée par Intertek à la demande du BEUC, le Bureau européen des unions de consommateurs, montre qu'il serait techniquement possible pour iTunes de le faire. D'après BoingBoing, un site internet sur les technologies de l'information et de la communication, iTunes a utilisé la possibilité de limiter les droits des consommateurs.⁸

L'annexe de la directive 93/13/CEE concernant les conditions contractuelles abusives des contrats conclus avec les consommateurs énumère des exemples de conditions contractuelles pouvant être considérées comme abusives. Deux de ces exemples sont particulièrement intéressants dans ce contexte :

- j) d'autoriser le professionnel à modifier unilatéralement les termes du contrat sans raison valable et spécifiée dans le contrat
- k) d'autoriser les professionnels à modifier unilatéralement sans raison valable des caractéristiques du produit à livrer ou du service à fournir

D'après le Conseil norvégien de la consommation, le fait de se réserver le droit de modifier unilatéralement les droits du consommateur après que des fichiers musicaux ont été achetés et téléchargés constitue une condition contractuelle abusive.

d. Limitation du droit d'indemnisation des consommateurs

La possibilité de demander à être indemnisé pour une perte financière prévisible causée par un manquement au droit contractuel constitue un principe général du droit des contrats. Il est notamment inscrit dans l'article 33 de la loi norvégienne sur les achats des consommateurs⁹.

Les conditions d'iTunes limitent le droit des consommateurs à une indemnisation, comme l'illustre par exemple l'article 18a (ii) des conditions :

iTunes ne garantit pas que le service sera à l'abri de pertes, corruption, attaques, virus, dérangements, piratages ou autres atteintes à la sécurité, et iTunes décline toute responsabilité à cet égard.

D'autres exemples de limitations de responsabilité figurent aux articles 12, 18b et d et 19.

La clause citée implique que le consommateur ne peut faire valoir de demande d'indemnisation si le logiciel d'iTunes crée des failles de sécurité susceptibles d'être exploitées par un virus informatique. Cette question très concrète peut être illustrée par les problèmes suscités par le dernier DRM de Sony BMG, XCP. Ce DRM laisse en effet une faille de sécurité qui permet à un virus d'avoir accès à des parties très sensibles d'un ordinateur. Cette faille de sécurité a engendré des pertes financières pour nombre de consommateurs, principalement américains.

Une telle limitation de l'obligation d'indemnisation d'iTunes est contraire aux principes généraux du droit des contrats et constitue, aux yeux du Conseil norvégien de la consommation, une clause contractuelle abusive.

e. Discrimination géographique

iTunes limite la concurrence en cloisonnant le marché européen par le biais de conditions contractuelles et techniques.

⁸ Voir http://www.consumersdigitalrights.org/mdoc/OnlineMusicDownloadServices_TechnicalReport_90041.pdf

⁹ Voir loi norvégienne du 21 juin 2002 sur les achats des consommateurs

Le point 10 des conditions stipule ceci :

Le Service est uniquement disponible pour vous en Norvège. Vous acceptez de ne pas utiliser ou essayer d'utiliser le Service à l'extérieur du territoire où le Service est disponible, et vous acceptez qu'iTunes utilise des technologies afin de vérifier que cette condition est bien respectée.

Les conditions de vente disposent également que « nous ne pouvons accepter les cartes de crédit ou de paiement émises par des banques situées en dehors de la Norvège ». Les pages norvégiennes d'iTunes n'acceptent pas les cartes de crédit étrangères. Des dispositions similaires s'appliquent aux consommateurs norvégiens sur des pages iTunes étrangères.

Cette situation permet une discrimination géographique en matière de prix. Ceux-ci varient donc selon les différents sites internet d'iTunes.

Les conditions impliquent :

- que les consommateurs étrangers ne peuvent pas utiliser iTunes.no,
- que les consommateurs norvégiens ne peuvent pas utiliser de carte de crédit émise par un fournisseur étranger de carte lors d'un achat sur iTunes.no,
- et que les consommateurs norvégiens ne peuvent pas utiliser le service lorsqu'ils sont à l'étranger.¹⁰

D'après le Conseil de la consommation, le fait de discriminer les consommateurs en raison de leur nationalité constitue une condition contractuelle abusive. Les conditions contractuelles et techniques d'iTunes sont en infraction avec le principe de libre circulation des services. Un des principes généraux du droit de l'Espace économique européen veut que ni les commerçants ni les autorités ne doivent pouvoir entraver la concurrence au sein de l'EEE en établissant des barrières commerciales entre les pays de l'EEE.

Rappelons dans ce contexte que la Commission européenne étudie actuellement, suite à une plainte de Which?, une association de consommateurs anglaise, si le critère de nationalité est contraire aux règles de la concurrence du traité de Rome.¹¹ Une interdiction similaire existe dans la loi norvégienne relative à la concurrence.¹²

Le Conseil de la consommation souhaite également souligner que ce type de discrimination ne pourra en aucune circonstance être maintenu lorsque la nouvelle directive sur les services¹³ sera adoptée. L'article 21 du projet de directive oblige en effet les Etats membres à veiller à ce que les consommateurs ne fassent pas l'objet d'une discrimination en raison de leur nationalité par les prestataires de services.

f. Conditions déséquilibrées

Il ressort de l'article 9a (2) de la loi sur les pratiques commerciales qu' « en examinant si les conditions sont équitables, il y a lieu de tenir compte de l'équilibre entre les droits et les

¹⁰ Les magasins iTunes d'autres pays ont des dispositions similaires. Les consommateurs norvégiens ne peuvent donc pas acheter de la musique meilleur marché sur iTunes dans d'autres pays.

¹¹ Voir articles 81 et 82 du traité de Rome

¹² Voir articles 10 et 11 de la loi n° 5 du 3 mai sur la concurrence entre les entreprises et le contrôle des fusions d'entreprises

¹³ Voir http://europa.eu.int/eur-lex/lex/LexUriServ/site/en/com/2004/com2004_0002en03.pdf

¹⁴ Loi n° 105 du 21 décembre 2000 sur l'obligation d'information et le droit de rétractation lors de la vente à distance et de la vente en dehors du lieu de vente fixe

obligations des parties ». Aux yeux du Conseil de la consommation, les conditions se caractérisent par leur unilatéralité. Le consommateur dispose de peu ou pas de droits, tandis que le vendeur, iTunes, se réserve une série de droits en partie inéquitable.

3. Droit d'information

Le Conseil de la consommation souhaite d'autre part souligner qu'iTunes ne satisfait pas à l'obligation d'information lors de la vente à distance prévue par l'article 9 de la loi norvégienne sur le droit de rétractation.¹⁴ Ci-joint les informations fournies lors de la conclusion du contrat « écrit sur un support durable ».

Il paraît également peu probable qu'iTunes soit en conformité avec l'obligation d'information inscrite dans les articles 8 et 11 de la loi sur le commerce électronique.

4. Autres prestataires de téléchargement de musique

Pour conclure, nous souhaitons attirer l'attention du médiateur sur le fait que les autres prestataires de services de téléchargement disposent de conditions contractuelles similaires. Le Conseil de la consommation demande donc aussi que celles-ci soient examinées. Voir par exemple :

- MSN : <http://sib1.od2.com/common/help/TermsAndConditions.aspx>
- CDON.COM : <http://www.cdon.com/main.phtml?nav=10954&navroot=904&page=delivery>
- Musiconline : <http://www.musiconline.no/shop/default.asp>
- Prefueled : <http://prefueled.com/terms>

Bien cordialement

pour le Conseil de la consommation

Erik Lund-Isaksen
Directeur

Gro-Ellen Linnås
sous-directeur

Copie à : iTunes SARL, 8 rue Heinrich Heine, L-1720 Luxembourg

Pièces jointes : (1) E-mail reçu de la part d'iTunes lors du téléchargement sur iTunes Music Store
(2) E-mail reçu de la part d'iTunes lors de l'achat de musique