

JEUX EN LIGNE :

Contraintes et responsabilités entre opérateurs et SSII

L'ouverture du marché des jeux en ligne sur le territoire français a contraint les opérateurs commercialisant ces services auprès du grand public à se soumettre à des exigences techniques découlant d'obligations imposées par l'Autorité de régulation des jeux en ligne (ARJEL).

La majorité des opérateurs de jeux en ligne confie à des prestataires, en l'occurrence des sociétés de services en ingénierie informatique, le soin de fournir et d'héberger toutes les applications informatiques nécessaires au fonctionnement de leurs services en ligne, et conformes aux règles françaises en vigueur. Ces prestations comprennent le plus souvent le traitement des données liées aux transactions, la fourniture de logiciels, la maintenance des applications etc. L'opérateur décide parfois d'intégrer ces prestations au sein d'un service global fourni par un prestataire unique, lequel peut éventuellement en sous-traiter certaines composantes.

Ces prestations font l'objet de contrats entre opérateurs et prestataires et soulèvent pour les deux parties des contraintes techniques et juridiques créatrices

d'obligations contractuelles déterminant le niveau d'efficacité, pour chacune d'elles, des recours en cas de défaillance du service.

Les contraintes techniques imposées aux opérateurs de jeux en ligne et à leurs sous-traitants

Tout opérateur de jeux en ligne doit en premier lieu mettre en place l'infrastructure classique nécessaire à l'exploitation d'une plate-forme pour tout service commercial en ligne. Outre cette difficulté technique habituelle, la loi française impose aux opérateurs de jeux en ligne agréés par l'ARJEL, la mise en place d'un dispositif technique spécifique permettant notamment de garantir la traçabilité des opérations de jeux.

Ainsi, l'exploitation d'un service de jeux en ligne oblige l'opérateur à faire face à la fois à des contraintes techniques habituelles en matière de services en ligne adaptées aux jeux en ligne et à des contraintes techniques et juridiques spécifiques aux opérations de jeux en ligne imposées par l'ARJEL.

> Les contraintes techniques habituelles en matière de service en ligne : le taux de disponibilité et ses limites

La première exigence d'un opérateur de service en ligne portera sur la performance quasi permanente des équipements et services fournis dont, bien entendu, la connexion au réseau internet. Cette disponibilité s'im-

Jean-Vasken Alyanakian



Jean-Vasken Alyanakian,

avocat (1999), Jean-Vasken Alyanakian est diplômé de l'école HEC (1993). Il a notamment travaillé au sein des cabinets d'avocats Archibald Andersen puis Bredin Prat avant de créer, en 2004, le cabinet Alyanakian Avocats.

pose d'abord à des fins commerciales pour garantir un accès permanent d'un site commercial pour tout consommateur.

Cette exigence de disponibilité, classique en matière de services en ligne, revêt une importance cruciale en matière de jeux en ligne : il s'agit d'une exigence légale. La réglementation française des jeux en ligne impose aux opérateurs de mettre à disposition de l'ARJEL, même à distance, le traitement des données liées à une transaction. Pour être en mesure de fournir à l'ARJEL les données exigées, l'opérateur doit assurer les fonctions d'enregistrement, d'authentification et d'archivage de ces données 24 heures sur 24 et 7 jours sur 7.

> **L'obligation de disponibilité à la charge de la SSII : le « Service Level Agreement »**

La disponibilité du système informatique constitue le cœur de l'obligation du prestataire de services et, à ce titre, cette obligation est insérée dans une partie du contrat intitulée « Service Level Agreement » ou « S.L.A. ». Une analyse minutieuse devra lui être consacrée. En cas de défaillance, l'opérateur de jeux en ligne est susceptible de perdre une partie de son chiffre d'affaires surtout si la défaillance se produit à quelques heures d'un événement sportif majeur représentant pour lui des enjeux financiers considérables.

Les prestataires de services informatiques qui acceptent de s'engager sur une disponibilité de leurs services sont obligés de s'entourer de certaines précautions de nature à limiter ou contrôler leur niveau de responsabilité. Les niveaux de performance et de responsabilité du prestataire convenus dépendent naturellement du prix global payé par l'opérateur.

La plupart des contrats font référence à un seuil dit « de disponibilité » sur une période donnée. Le prestataire s'engage alors à fournir un service informatique dont la disponibilité sera supérieure ou égale à ce seuil. Par exemple, le prestataire s'engage à fournir un logiciel permettant d'enregistrer les données d'une transaction de pari en ligne en assurant un taux de disponibilité de 99,7 % sur une période de référence de 24 heures sur 24.

La fixation de ce seuil de performance permet au client de mesurer le laps de temps pendant lequel le système n'a pu être utilisé comparativement à la durée d'utilisation normalement attendue.

Il faut être vigilant sur le mode de calcul du taux de disponibilité. Les données techniques étant, par nature, conservées par le prestataire de services, le contrat

doit décrire les types d'incidents pris en compte pour calculer l'indisponibilité du service. L'information du client sur ces incidents et les voies de recours devront également faire l'objet de stipulations précises. En particulier, pour des raisons techniques, si le prestataire de services peut se réserver des interventions programmées à l'avance non comptabilisées dans le taux de disponibilité.

> **Assurer la continuité du service**

Pour éviter une panne du service sur un laps de temps trop long comme (par exemple plusieurs heures consécutives), il existe des procédures de rétablissement accéléré de la disponibilité. Ces procédures font l'objet d'obligations contractuelles spécifiques dépassant la simple notion de taux de disponibilité qui n'est, par définition, qu'un taux moyen sur une période donnée, souvent d'un mois. En pratique, une indisponibilité d'une heure affectant un service de jeux en ligne la veille d'un match important de la coupe du Monde de football pénaliserait plus fortement un opérateur de paris en ligne que six pannes de dix minutes chacune. La notion de rétablissement rapide permet d'éviter cette situation. Ce niveau de réactivité justifie naturellement l'augmentation du coût du service.

La disponibilité du système peut en outre être assurée par l'engagement du prestataire à assurer un hébergement d'un système de secours, localisé sur un site géographiquement distinct du site principal. Dans l'hypothèse d'une panne affectant le premier site, le second site prendrait immédiatement le relais et pas seulement au bout de quelques heures. Là encore, le coût de la prestation sera proportionnel à l'étendue et aux conditions de la disponibilité assurée.

Enfin, sauvegarder la disponibilité implique de prévoir le cas d'une résiliation - anticipée ou non - du contrat avec le prestataire, en aménageant un principe de transition entre l'ancien et le nouveau prestataire. Cette précaution est d'usage dans la plupart des contrats informatiques d'information sous le terme de « clause de réversibilité ».

En cas de difficulté technique rencontrée par le prestataire, l'opérateur sera tenu à une obligation de collaboration de ses équipes avec celles du prestataire en vue de circonscrire l'incident et le résoudre.

> **Les contraintes techniques et juridiques spécifiques imposées par l'ARJEL**

- **Du coffre-fort électronique...**

Outre les contraintes classiques que rencontre tot

opérateur d'un service commercial en ligne, l'opérateur de jeux en ligne doit assurer le dispositif technique appelé « frontal » afin de se conformer aux exigences légales et réglementaires françaises à savoir assurer l'intégrité, la fiabilité, la transparence et la conservation des opérations réalisées sur sa plate-forme de jeu.

Le frontal devra recueillir, archiver et stocker en temps réel les transactions, de manière sécurisée, réalisées entre le joueur et la plate-forme de jeu. Ce dispositif comprend notamment un « coffre-fort électronique »^[1] dont le niveau de fiabilité et de performance est défini par le cahier des charges de l'ARJEL.

Faute pour l'opérateur de prévoir ces applications, il n'obtiendrait pas sa licence ou, par la suite, s'exposerait à des sanctions de l'ARJEL pouvant aller jusqu'au retrait de l'agrément.

Dans l'hypothèse où l'opérateur sous-traite ces fonctions à un prestataire, il faut vérifier dans le contrat que ces missions sont toutes bien assurées et en vérifier la durée. En particulier, la durée de conservation des enregistrements devra être explicitement prévue par le contrat. En cas de résiliation de celui-ci, il faut prévoir les conditions d'archivage des données par le prestataire ou leur transfert soit vers l'opérateur soit vers un tiers.

- ...aux règles de prudence

Après s'être conformé techniquement au dispositif imposé, l'opérateur doit également démontrer sa capacité à se conformer aux contraintes juridiques également imposées par l'ARJEL, tels que la mise en œuvre des moyens de lutte contre le blanchiment de capitaux, le financement du terrorisme ou encore le jeu excessif ou pathologique. A défaut, l'ARJEL pourra lancer une procédure de sanction à l'encontre de l'opérateur.

Ces contraintes juridiques ont une conséquence sur l'exécution du contrat de services : dans l'hypothèse de la suspension ou du retrait de l'agrément de l'opérateur prononcé par l'ARJEL sur l'un de ces trois fondements, l'opérateur serait dans l'obligation, sauf stipulations contractuelles contraires, de poursuivre le paiement du prestataire qui, de son côté, n'aura pas failli à sa mission.

Quels recours en cas d'indisponibilité du service ?

Dans l'hypothèse d'une défaillance du service fourni,

comme par exemple l'absence d'enregistrement des données dans le délai contractuellement fixé, le sort du contrat et les recours des parties dépendront du type de responsabilité du prestataire.

> Les différents types de responsabilité du prestataire de service et du client

La responsabilité de tout prestataire, mais également du client, dépend du type d'engagement fixé, dans la majorité des cas, par le contrat lui-même.

- L'exigence d'un résultat

Si l'engagement considéré est constitutif d'une obligation de résultat, le prestataire doit exécuter cet engagement quelles que soient les circonstances. Seuls les cas de force majeure, notamment une catastrophe naturelle, pourront l'exonérer de sa responsabilité. A défaut, le prestataire sera responsable de la défaillance de son service. Le client se trouve alors dans une situation juridiquement favorable puisqu'il n'aura pas à rapporter la preuve d'une faute du prestataire.

> La conformité aux règles de l'art

Lorsque c'est une obligation de moyens qui est à la charge du prestataire, ce dernier doit mettre en œuvre tous les moyens conformes aux règles de l'art pour réaliser sa mission. Ce type de responsabilité est d'autant plus envisageable que les prestations portent sur une technicité particulière et novatrice ne permettant pas de garantir un résultat. Le prestataire n'engage sa responsabilité qu'après démonstration de sa faute par le client. C'est au client qu'il revient de prouver la faute de son prestataire à partir des données techniques souvent conservées par le prestataire lui-même.

Parfois le juge saisi peut se montrer sévère à l'égard du prestataire en retenant à sa charge une obligation de résultat nonobstant la qualification contractuelle de cette obligation en obligation de moyens. Cette analyse est compréhensible dès lors que le service proposé n'est pas, à la connaissance du client, spécialement novateur, sophistiqué et potentiellement instable.

Les parties optent parfois pour une solution médiane : l'obligation de moyens renforcée. Dans cette hypothèse, ce n'est plus au client de rapporter la preuve de la faute du prestataire mais à ce dernier de prouver qu'il n'a pas commis de faute pour se dé-

[1] Le coffre-fort électronique est un logiciel permettant le chaînage, l'horodatage et le chiffrement de données qui sont archivées de façon sécurisée. Il garantit ainsi l'exhaustivité, l'intégrité et la confidentialité des données. [cf. : dossier des exigences techniques disponible sur le site internet de l'ARJEL : www.arjel.fr]

gager de toute responsabilité. Ce type d'obligation peut paraître, selon les circonstances plus équitable pour les deux parties.

> **Différents recours indemnitaires ou visant à remplacer un prestataire déficient**

- L'automatisme de la clause pénale

En cas de non respect par une partie de ses obligations – essentiellement le SLA – le contrat peut prévoir le règlement d'indemnités par la partie défaillante en application d'une clause pénale. Ce mécanisme permet aux parties de convenir à l'avance de la sanction infligée à celle qui n'exécute pas son obligation.

En pratique, lorsque le fournisseur d'accès n'atteint pas le taux de disponibilité prévu au contrat, le client peut directement solliciter le montant des pénalités contractuellement acceptées. Ces pénalités, souvent progressives en fonction du taux d'indisponibilité, s'expriment par exemple en un pourcentage du montant annuel du contrat. Les enjeux financiers dans le domaine des jeux en ligne peuvent être tels que le montant des pénalités pourra s'avérer élevé. Mais cette exigence est naturellement à mettre en relation avec le prix du service, c'est-à-dire les moyens mis à la disposition du client pour lui garantir un taux élevé de disponibilité.

L'avantage d'un tel mécanisme est double. D'une part, le client n'a pas à prouver la réalité de son préjudice ni à en justifier l'évaluation. L'application automatique des pénalités tarit de nombreuses sources de procès si toutefois elles sont effectivement réglées (les contrats prévoyant souvent un mécanisme de compensation).

D'autre part, la clause pénale est analysée comme un forfait dont le montant est fixé de façon définitive par les parties. Cela étant, les parties doivent savoir qu'en cas de contestation judiciaire de leur application, le juge peut en réduire ou augmenter le montant.

- La rupture du contrat

Outre le recours à une clause pénale, le contrat peut également prévoir la résiliation de la convention dans l'hypothèse de dysfonctionnements graves et répétés du service et notamment en

cas d'indisponibilité endémique. Dans l'hypothèse d'une défaillance prouvée du prestataire soumis à une obligation de moyens ou de l'absence de force majeure dans le cas d'une obligation de résultat, le prestataire pourra difficilement échapper à une résiliation du contrat. Une telle résiliation peut être accompagnée, le cas échéant, en cas de recours judiciaire du client du versement au dit client de dommages et intérêts en réparation des préjudices subis, qui peuvent encore une fois être considérables.

Face à un tel risque financier, les prestataires prévoient souvent dans leur contrat un plafond de responsabilité au-delà duquel ils ne sont plus tenus d'indemniser leur cocontractant. Cette clause permet ainsi au prestataire de service de limiter le montant de sa responsabilité au montant global du contrat par exemple.

De même, les parties peuvent prévoir dans le contrat de ne pas réparer certains types de préjudices subis par l'une ou l'autre, tels que les pertes de profit, de marché, de contrat, de chiffre d'affaires, de temps ou tout autre dommage immatériel consécutifs à une inexécution de ses obligations par l'une des parties, etc.

Le contrat doit par ailleurs prévoir les modalités précises de la résiliation et en particulier, toujours en cas de défaillance, son effectivité dans des délais suffisamment brefs pour permettre au client de confier rapidement et sans suspension du service sa fourniture à un autre prestataire.

La résiliation du contrat peut également s'effectuer entre les parties de façon amiable, voire faire l'objet d'une transaction, d'une médiation ou encore d'un arbitrage.

L'ultime recours en cas d'indisponibilité préjudiciable d'un service est de saisir le juge compétent qui sera amené à trancher le litige entre les parties, au besoin en urgence par une procédure de référé.

Que les parties s'accordent amialement ou qu'un juge intervienne, le contrat reste la clef de voûte des rapports entre les parties, surtout dans l'hypothèse d'une déficience. Pour toute prestation informatique, la négociation du contrat et la parfaite compréhension par les parties de chaque clause envisagée sont des étapes fondamentales permettant d'anticiper des solutions adaptées et rapides en cas de dysfonctionnements ou de défaillances. ■