

**Commission d'éthique
pour les télécommunications**

Ellipse Building – Bâtiment C
Boulevard du Roi Albert II, 35
1030 BRUXELLES

Décision n° D-2012-24

concernant

Spil Games

1. Objet et procédure préalable

Dans la présente décision, la Commission d'éthique pour les télécommunications (également appelée ci-après: « la Commission d'éthique ») se prononce sur un dossier ouvert à charge de Spil Games BV de droit néerlandais (ci-après: "Spil Games") dans le cadre d'une procédure lancée de la propre initiative de la Commission d'éthique.

2. Contexte, faits et procédure

Le dossier D-2012-24 a été lancé à l'aide d'une constatation d'infractions éventuelles à l'arrêté royal du 9 février 2011 établissant le Code d'éthique pour les télécommunications du 9 mai 2012 (ci-après aussi: "la constatation") envoyée au contrevenant présumé Spil Games, par envoi recommandé avec accusé de réception à la date du 20 novembre 2012.

La lettre du secrétariat du 20 novembre 2012 demandait également à Spil Games de fournir des informations sur (a) le volume de SMS depuis et vers les numéros courts SMS examinés, (b) le nombre d'utilisateurs finals utilisant ce numéro, (c) le nombre d'utilisateurs finals dépensant plus de 10 € par mois, (d) les 5 montants les plus élevés (tous mois confondus) dépensés par un utilisateur final par numéro court SMS entre le 1er juillet 2011 et le 19 octobre 2012 et le chiffre d'affaires réalisé pendant la période susmentionnée à l'aide des numéros mentionnés ci-dessus.

Le contrevenant présumé Spil Games a introduit une défense écrite vis-à-vis de la constatation par courrier du 20 décembre 2012 (ci-après aussi: "la défense écrite").

Dans l'annexe au courrier du 20 décembre 2012, Spil Games a répondu à la demande d'information du secrétariat.

L'origine de ce dossier a été la réception par le secrétariat de la Commission d'éthique pour les télécommunications d'un mail du Service de médiation pour les télécommunications du 16 octobre 2012 (pièce 1 dossier du secrétariat) reprenant en annexe un dossier du Service de médiation pour les télécommunications concernant une plainte de Madame M.V.¹ concernant la facturation sur sa facture télécoms (émise par l'opérateur Telenet) de SMS payants provenant des numéros 3355, 3111 et 3140 (pièce 5 dossier du secrétariat).

Ces faits ont donné lieu au lancement d'une procédure de mesures urgentes et provisoires conformément à l'article 134/1 de la loi du 13 juin 2005 relative aux communications électroniques et de l'article (ci-après: la "LCE").

¹ [Confidentiel]

Dans le cadre de cette procédure, le Président de la Commission d'éthique a effectivement demandé à Spil Games par courrier du 18 octobre 2012 de volontairement suspendre dans un délai d'un jour ouvrable les facilités de paiement accordées via les numéros courts SMS en question.

Par e-mail du 19 octobre 2012, les membres du conseil de Spil Games ont confirmé qu'ils avaient volontairement suspendu - sous toutes réserves et sans reconnaissance préjudiciable - la possibilité de, via www.spel.nl, effectuer des paiements par le biais de numéros SMS courts afin de satisfaire à la décision du Président.

Dans le courrier du 6 novembre 2012, les membres du conseil de Spil Games ont donné des explications complémentaires concernant les mesures que Spil Games a prises - sous toutes réserves et sans reconnaissance préjudiciable - ou avait l'intention de prendre suite à la décision du Président du 18 octobre 2012.

Enfin, Spil Games a également répondu par courrier du 20 février 2013 au rapport du secrétariat du 1er février 2013 envoyé par lettre recommandée et avec accusé de réception du 1er février 2013.

Lors de la séance du 18/03/2013, après la relation des faits, les représentants légaux de Spil Games, M. Karel Janssens, avocat, M. Ernst van Niekerk, Product Manager Payments Spil Games et M. Roger Overbeek, Legal Counsel Spil Games, ont été entendus dans leurs moyens de défense. La langue néerlandaise a été utilisée.

3. Présentation générale des faits et rôle de Spil Games

Spil games propose des jeux en ligne sur le site Internet www.spel.nl.

Selon la défense écrite de Spil Games, la grande majorité de ces jeux ("*99% de l'offre globale*") est totalement gratuite. Pour un nombre restreint de jeux, il est en outre possible d'acheter des articles virtuels dans le cadre du jeu (par exemple des crédits supplémentaires). Pour payer ces articles, Spil Games propose plusieurs méthodes de paiement. Outre entre autres le paiement par carte de crédit et PayPal, les joueurs peuvent, selon Spil Games payer ("*jusqu'à 10 EUR*") pour ces articles virtuels en envoyant un SMS.

Pour cette possibilité de paiement, Spil Games fait appel au fournisseur de paiement Zaypay International B.V. de droit néerlandais (ci-dessous "Zaypay"), qui a mis les numéros courts SMS belges à la disposition de Spil Games.

Jusqu'au 19 octobre 2012, le paiement était effectué par SMS pour les articles virtuels à l'aide du numéro court SMS 3355 et 3140.

La réponse à la demande d'information du secrétariat a permis de constater que ces numéros servaient non seulement à l'achat de crédits supplémentaires pour le jeu Galaxy Life visé dans la plainte de M.V., mais également à l'achat de ces articles dans le cadre de 25 autres jeux en lignes, cités dans cette réponse, comme Goodgame Mafia, Army Attack, Landleven, Millionnaire City, etc.

4. Infractions à charge

Les infractions à charge de Spil Games étaient le non-respect de l'article 19 et point 2.a de l'annexe au Code d'éthique, articles 53 et 55 et articles 62 et 66 du Code d'éthique.

5. Appréciation par la Commission d'éthique

5.1 En ce qui concerne les infractions

5.1.1 Infraction à l'article 19 et point 2.a de l'annexe au Code d'éthique (utilisation d'un numéro d'une série de numéros erronée)

a. Faits et infractions reprochés dans la constatation

Vu que:

- la pièce 3 du dossier du secrétariat a établi que, pour l'achat virtuel de possibilités supplémentaires dans le jeu "Galaxy Life" et d'autres jeux, il avait été fait usage de numéros courts SMS appartenant à la série de numéros 3000 à 3999 et
- la pièce 4 du dossier du secrétariat a en outre établi qu'un SMS avec le mot 'PAY' suivi de 4 chiffres entraînait la réception de 4 reversed charged SMS (en l'espace d'environ 5 secondes) afin "*d'arrondir le paiement de 10,00 euros*"

la Commission d'éthique a estimé dans sa constatation que Spil Games a utilisé jusqu'au 19 octobre 2012, pour l'offre de son service payant pour l'accès à un jeu, des numéros SMS courts appartenant à une série de numéros erronée et a donc commis à première vue une infraction à l'article 19 du Code d'éthique et au point 2 a de son annexe.

b. Cadre juridique

L'article 19 du Code d'éthique stipule: « Chaque service payant est offert au moyen d'un numéro compatible avec l'utilisation des séries de numéro fixées dans l'annexe. »

L'annexe fixe la liste des séries de numéros pouvant être utilisées pour des services payants selon le type de service fourni et se présente au fond comme un « decision tree » (voir sous-répartition en colonnes et différentes séries de numéros liées à divers services, selon que le service soit fourni ou non via SMS).

Selon le point 2 a de l'annexe au Code d'éthique, un service payant (i) ..." donnant accès aux jeux, [...], à l'exception de jeux à connotation érotique ou sexuelle, [...], ou qui permettent de payer pour [...] d'autres produits ou services de détente, à l'exception de [...] produits ou services de détente à connotation érotique ou sexuelle, qui sont fournis pendant l'appel ou en conséquence directe de celui-ci" et (ii) qui est fourni par SMS, peut être uniquement accessible via:

- un numéro court SMS appartenant à la série de numéros 5000 à 5999, si l'on souhaite relier à l'association d'un SMS envoyé et d'un SMS reçu un tarif utilisateur final de maximum 50 eurocent
ou
- un numéro court SMS appartenant à la série de numéros 6000 à 6999, si l'on souhaite relier à l'association d'un SMS envoyé et d'un SMS reçu un tarif utilisateur final de maximum 2 euros.

c. Opinion de Spil Games

En ordre principal, Spil Games souligne qu' *in casu* aucun service comme visé au point 2.a de l'annexe n'est fourni.

Spil Games argumente qu'elle n'offre pas de contenu (comme un jeu ou un quiz) par SMS, mais offre uniquement (et à titre accessoire) la possibilité aux utilisateurs de son site Internet de payer, en plus d'autres moyens de paiement, par SMS pour des articles virtuels pour certains jeux proposés sur son site Internet.

Spil Games estime dès lors qu'il ne s'agit pas d'un service permettant à l'utilisateur en envoyant un SMS, de recevoir un logo, une sonnerie ou un service de divertissement sur son appareil et auquel le point 2. a de l'annexe au Code d'éthique est d'application, mais bien d'une forme de "m-payment" pour des services en ligne.

Selon Spil Games, le m-payment pour des services en ligne ne relève pas des séries 5xxx ou 6xxx mais bien de la série 3xxx sur la base du raisonnement suivant:

- l'arrêté royal initial du 27 avril 2007 relatif à la gestion de l'espace de numérotation national et à l'attribution et au retrait des droits d'utilisation de numéros (ci-après "l'AR Numérotation") prévoyait la série 4XXX visant à accommoder les formes de m-payment. La série 4xxx était et est reprise au point 3 de l'annexe ("*le service payant avec un contenu différent du contenu décrit au point 1 ou 2*").
- Suite à la modification apportée par l'arrêté royal du 24 mars 2009, la série 4xxx porte toutefois encore uniquement sur les services qui consistent "*à créer une valeur monétaire acceptée comme moyen de paiement de services qui ne sont pas fournis par le biais d'un réseau de communications électroniques*". Spil Games en conclut qu'une

autre série de numéros issue du point 3 de l'annexe, comme la série 3xxx peut et doit être utilisée pour les services *online* comme fournis par Spil Games.

De plus, Spil Games souligne que Telenet a également indiqué qu'elle estimait que le Code d'éthique avait été correctement observé (cf. e-mail de Telenet au Service de médiation pour les télécommunications du 1er octobre 2012). Selon Spil Games, ce mail établirait que les opérateurs belges estiment également que Spil Games a respecté correctement le Code d'éthique.

A titre accessoire, pour autant que la Commission d'éthique estime que la série de numéros 5xxx ou 6xxx est d'application et que la Commission d'éthique retient une infraction à l'article 19, Spil Games estime qu'aucune sanction ne peut être imposée pour plusieurs raisons.

Outre les motifs liés au défaut d'intention délibérée et au défaut de gravité de l'infraction, Spil Games invoque également un manque de transparence, car il n'apparaît pas suffisamment clairement pour un prestataire de services de quelle série de numéros les services offerts doivent relever.

Les fondements légaux sur lesquels repose cet argument de Spil Games sont:

- l'article 6.1 de la Directive Autorisation², qui stipule entre autres que les conditions auxquelles les droits d'utilisation de numéros sont soumises doivent être "*non-discriminatoires, proportionnées et transparentes*";
- l'article 2 de l'AR Numérotation, qui stipule : "*L'attribution de droits d'utilisation pour la capacité de numérotation se déroule de manière transparente et non discriminatoire dans le cadre des plans nationaux de numérotation, selon des critères objectifs et les principes successivement de la réservation et de l'attribution.*" Spil Games déclare ensuite dans sa défense que cet article est un principe de base général selon lequel des motifs d'objectivité et de transparence impliquent un plan de numérotation fixé au préalable (et donc transparent) pour l'attribution des droits d'utilisation et l'anticipation des besoins commerciaux des demandeurs.
- L'article 6 CEDH³ et l'article 14 CIPO⁴, qui contiennent l'exigence de prévisibilité générale applicable avant de pouvoir imposer des sanctions administratives.

A ce jour, Spil Games a suspendu la possibilité de paiement par SMS et a opté pour attendre la décision finale de la Commission d'éthique.

² Directive 2002/20/CE du Parlement européen et du Conseil du 7 mars 2002 relative à l'autorisation des réseaux et de services de communications électroniques (Directive Autorisation).

³ CEDH= Convention de sauvegarde des Droits de l'Homme et des Libertés fondamentales du 4 novembre 1950.

⁴ CIPO= Pacte international relatif aux droits civils et politique du 16 décembre 1966

Enfin, Spil Games conteste le paiement comme tarif d'activation pour le jeu et déclare que le paiement par SMS n'offre que des 'caractéristiques propres au jeu' qui ne sont pas nécessaires pour pouvoir jouer au jeu.

d. Jurisprudence Commission d'éthique

Pour étayer sa décision n° D-2011-05 concernant Media Technologies, la Commission d'éthique a, à la section 3.3, rappelé en détail les objectifs de l'article 19 du Code d'éthique et son annexe et a souligné **le lien étroit entre cet article et (i) l'arrêté Numérotation⁵ et ii) l'article 120 de la loi du 13 juin 2005 relative aux communications électroniques ainsi que l'arrêté d'exécution de cet article 120, l'arrêté ministériel du 12 décembre 2005 déterminant les catégories des messages sortants et les catégories des numéros appelés dont le blocage doit être offert gratuitement aux utilisateurs finals (tel que modifié par l'arrêté ministériel du 25 mai 2007) (ci-après « l'AM Call Barring »).**

La Commission d'éthique a indiqué qu'il fallait inférer de l'ensemble des dispositions reprises sous la section 3.3 de cette décision et des effets voulus par le législateur et le Roi, que pour évaluer si un service est fourni sous la série de numéros à taux majoré appropriée, il convient:

"1. d'examiner tout d'abord les dispositions expresses de l'annexe au Code d'éthique;

2, en cas de doute ou en l'absence d'informations exactes, d'opter pour un numéro à taux majoré de (cette catégorie de) cette (ces) série(s) de numéros qui offre(nt) le niveau de protection le plus élevé pour l'utilisateur final.

Cette protection est assurée en majeure partie par le système de blocage des appels (« Call Barring »). Toutefois, rien n'exclut qu'il soit également tenu compte d'autres systèmes de protection tels que les principes tarifaires applicables et l'obligation d'interrompre ou non les communications après 10 minutes (« forced release »)⁶.

Lorsque l'on examine la question du point de vue de la protection des utilisateurs finals via Call Barring, il convient de veiller en premier lieu à la protection du consommateur faible, en particulier la protection des mineurs contre le contenu inapproprié pour eux (à connotation érotique ou sexuelle). Il s'agit d'une protection généralement souhaitée par les parents (et la société). Ensuite, il convient également de tenir compte des intérêts légaux des employeurs qui souhaitent que des numéros à taux majoré « utiles » ou « sérieux » soient mis à la disposition de leurs employés (par ex. conseils fiscaux téléphoniques payants) sans que le téléphone du travail ne soit utilisé pour prendre connaissance de contenu destiné aux adultes et de détente, qui détournent ces employés des tâches qui leur ont été confiées et qui peuvent en outre causer des dommages financiers injustifiés à l'employeur."

⁵ Arrêté royal du 27 avril 2007 relatif à la gestion de l'espace de numérotation national et à l'attribution et au retrait des droits d'utilisation de numéros

5 Par principe tarifaire, le secrétariat entend notamment le fait qu'un appel peut être facturé à la minute par communication ou selon les deux méthodes d'imputation.

6 Voir article 50, §6, de l'AR Numérotation: « § 6. Les appels vers les numéros des séries de numéros dont la tarification est limitée dans le temps sont interrompus automatiquement après 10 minutes.

Ce paragraphe n'est pas d'application à l'identité de service 70. »

e. Appréciation par la Commission d'éthique

Selon la Commission d'éthique, le service payant proposé par Spil Games via les numéros courts 3140 et 3355 doit être qualifié de service payant, donnant accès à un jeu tel que visé au point 2 de l'annexe au Code d'éthique. Aussi, Spil Games aurait dû utiliser un numéro court SMS appartenant à la série de numéros 6000 à 6999, étant donné qu'ils reliaient l'association d'un tarif utilisateur final de maximum 2 euros à un SMS envoyé et un SMS.

L'argument de Spil Games selon lequel Telenet (cf. e-mail de Telenet au Service de médiation pour les télécommunications du 1er octobre 2012 - pièce 2 dossier secrétariat) avait déclaré qu'elle estimait que le Code d'éthique avait été dûment respecté, est, selon la Commission d'éthique, hors de propos et non pertinent. L'argument est à côté de la question, car M.V. ne s'était pas plainte auprès de Telenet et du Service de médiation de l'utilisation d'un numéro issu d'une série de numéros erronée. L'argument n'est pas pertinent, car Spil Games n'a rien convenu par contrat avec Telenet concernant l'utilisation de numéros⁶ et Telenet n'est pas non plus l'instance officiellement compétente pour se prononcer sur l'utilisation correcte des numéros payants en Belgique.

Par conséquent, la Commission d'éthique ne voit pas non plus sur quelle base il peut être question d'une violation de l'article 6.1 de la Directive Autorisation (ou l'exigence de prévisibilité générale du traité sur les droits de l'homme).

L'annexe au Code d'éthique est justement (relativement) détaillée et la jurisprudence de la Commission d'éthique à cet égard (qui est pertinente à défaut d'informations exactes dans l'annexe et en cas de doute dans le chef du prestataire de services) est disponible et peut être consultée par le public.

En outre, il existe également des informations présentées de manière schématique et synthétique sur le plan de numérotation dans la rubrique "informations sur les numéros payants" du site Internet de la Commission d'éthique www.telethicom.be.

En l'espèce, l'article 2 de l'AR Numérotation ne peut pas être invoqué, puisqu'il traite de l'attribution des droits d'utilisation pour la capacité de numérotation aux opérateurs (en l'espèce, les opérateurs mobiles), soit des opérations n'impliquant pas Spil Games.

⁶ Voir aussi le numéro en marge 18 de la défense écrite de Spil Games: "Zaypay était au courant des services offerts par Spil Games et Spil Games a supposé en toute bonne foi que les numéros 3355 et 3140 que Zaypay mettait à disposition à cet effet étaient conformes à la réglementation belge."

f. Conclusion

Par conséquent, la Commission d'éthique retient les faits et l'infraction reprochés et considère l'utilisation de numéros SMS courts 3140 et 3355 par Spil Games jusqu'au 19 octobre 2012 comme contraire à l'article 19 du Code d'éthique et au point 2.a de son annexe, vu que les numéros courts SMS 3140 et 3355 ne font pas partie des séries de numéros visées au point 2a de l'annexe au Code d'éthique.

5.1.2 Infraction aux articles 53 et 55 du Code d'éthique (limitation du montant pouvant être facturé via un service payant destiné aux mineurs d'âge)

a. Faits et infractions reprochés dans la constatation

Il a été déduit de la constatation sur la base de la pièce 5 p.3 et de la pièce 6 du dossier du secrétariat que les jeux, comme Galaxy Life, proposés sur spel.nl s'adressant spécifiquement aux personnes de moins de 18 ans ou moins étaient particulièrement attrayants pour ces dernières (voir définition d'un service payant destiné aux mineurs d'âge; article 1, 9° du Code d'éthique).

Sur la base des faits décrits dans la plainte de Madame V. et le logfile du dossier, il a été mis en avant dans la constatation que les achats virtuels rendus possibles par Spil Games pouvaient entraîner des montants élevés facturés dans un bref laps de temps (en l'espèce 290 euros en 4 jours⁷) et que par conséquent, Spil Games enfreignait à première vue l'article 53 alinéa trois, du Code d'éthique, étant donné qu'il ne peut pas être raisonnablement attendu de la part d'un mineur d'âge qu'il puisse payer lui-même la partie payante du jeu.

Ensuite et de surcroît, il a été reproché dans la constatation à Spil Games d'avoir enfreint à première vue l'article 55 du Code d'éthique jusqu'au 19 octobre 2012, étant donné qu'il ressort des pièces 3 et 4 du dossier du secrétariat que Spil Games dépassait déjà jusqu'à cette date le montant maximum déterminé dans cet article de 1 € par groupe de 1 SMS envoyé et reçu pour le premier SMS envoyé.

b. Cadre juridique

L'article 1, 9°, du Code d'éthique définit un "service payant destiné aux mineurs d'âge" comme un "*service payant qui est spécifiquement, partiellement ou intégralement destiné à des personnes de moins de 18 ans ou qui est particulièrement attractif pour ces personnes*".

⁷ Voir pièce 4: le logfile concerne la période du 21 au vendredi 24 août 2012

L'article 53, alinéa trois, du Code d'éthique stipule que les services payants destinés aux mineurs d'âge ne peuvent s'adresser aux mineurs d'âge de 12 ans ou plus, que si "[...] *il peut être raisonnablement supposé que le mineur d'âge est en mesure de payer lui-même [le produit ou le service faisant l'objet du service payant]*".

Conformément à l'article 55 du Code d'éthique, ne peuvent être proposés à des mineurs d'âge que des services payants via des numéros payants " [...] *dont le tarif utilisateur final visé à l'article 71 §6, de l'AR Numérotation est inférieur ou égal à 1 euro.*"

c. Opinion de Spil Games

1. En ce qui concerne l'article 53 du Code d'éthique

Spil Games argumente en ordre principal que la Commission d'éthique n'est pas compétente.

Spil Games insiste plus particulièrement sur le fait que l'article 53 du Code d'éthique ne détermine pas quel est le montant pouvant faire l'objet d'un service s'adressant aux mineurs d'âge et que ce n'est pas à la Commission d'éthique de déterminer ce montant, étant donné que cette compétence est réservée au Roi par l'article 134 §2 LCE ("*le Roi fixe une Commission d'éthique pour les télécommunications*").

Pour étayer cet argument, Spil Games renvoie également à un passage de l'avis n° 2007/001 de la Commission d'éthique sur le projet d'arrêté royal relatif à la gestion de l'espace de numérotation national et à l'attribution et au retrait des droits d'utilisation de numéros, dans lequel la Commission d'éthique exprimait sa préoccupation concernant l'existence d'une base légale fixe pour la détermination de tarifs maximums ou bien de tarifs fixes pour les numéros payants dans le projet d'AR.

Spil Games estime également que le principe de séparation des pouvoirs s'oppose à ce que la Commission d'éthique soit d'une part compétente pour déterminer le montant du niveau de prix auquel des services peuvent être offerts à des mineurs d'âge, et intervienne d'autre part comme autorité judiciaire appréciant la règle qu'elle fixe elle-même.

Pour autant que c'est nécessaire, Spil Games estime également qu'aucune infraction à l'article 53 du Code d'éthique n'a été commise.

En effet, les possibilités de jeu supplémentaires sur le site Internet www.spel.nl ont été offertes à un prix pour lequel il peut, selon Spil Games, être raisonnablement supposé qu'un mineur d'âge actuel peut se permettre.

Pour étayer cet argument, Spil Games renvoie:

- aux chiffres démontrant que la majeure partie des visiteurs ne dépensent qu'un montant inférieur à 10 EUR par mois (cf. numéro en marge 8 et 23 de la défense écrite).
- au fait que la possibilité de payer par SMS a uniquement été offerte pour les articles ne dépassant pas les 10 EUR, montant qui, selon Spil Games, reste dans les limites de l'argent de poche reçu de nos jours par les mineurs d'âge ou du crédit versé chaque mois par les parents sur la carte de crédit des mineurs d'âge. (Spil Games cite les critères de l'argent de poche et du crédit sur la carte en s'inspirant du document "Explication du rôle de la Commission d'éthique et du Code d'éthique" publié dans la rubrique "Notre rôle" sur www.telethicom.be). Ensuite, Spil Games argumente que l'on peut conclure que de nos jours, un mineur d'âge reçoit en moyenne 50 EUR d'argent de poche par mois (Spil Games se réfère dans son raisonnement à cet égard à une étude réalisée par le CRIOC en 2011 établissant que l'argent de poche moyen s'élevait à 39 EUR en 2010 (Annexe 6)).

Spil Games insiste ensuite sur le fait que le raisonnement suivi par la Commission d'éthique dans la constatation⁸ aurait pour conséquence d'empêcher toute offre, même si son prix est bas.

A titre subsidiaire, Spil Games souligne que le Code d'éthique prévoit d'autres mesures visant à éviter de nombreux achats faisant augmenter le prix total, comme par exemple l'article 66 du Code d'éthique concernant le message d'alerte envoyé lorsqu'un montant de plus de 10 EUR ou un multiple de cette somme est atteint.

Spil Games fait également remarquer que l'avis de la Commission d'éthique équivaldrait à limiter de manière déraisonnable, superflue et injustifiée la liberté de commerce et la libre circulation des services.

Accessoirement, Spil Games estime qu'aucune sanction ne peut être imposée pour manque de visibilité (voir aussi ci-dessus) car le critère issu de l'article 53 selon lequel *"il peut être raisonnablement supposé que le mineur d'âge est en mesure de payer lui-même ce service ou ce produit"* est tellement confus et imprécis qu'il est impossible de prévoir de manière suffisante et objective quand une infraction à cet article est commise.

Enfin, Spil Games estime qu'elle n'aurait pas dû suspendre l'accès aux mineurs d'âge aux services payants par SMS car elle trouve cette démarche manifestement contraire à la volonté du législateur qui a justement voulu permettre l'offre de services payants aux mineurs d'âge dans le cadre législatif des articles 52 et suivants du Code d'éthique. Elle déclare également que ce n'est pas au secrétariat d'ajouter des conditions supplémentaires au code pour s'assurer que les budgets des ménages ne soient pas grevés contre leur volonté.

⁸ A savoir qu'il y aurait infraction à l'article 53 du Code d'éthique car la commande en grands nombres de produits entraînerait des montants élevés.

2. En ce qui concerne l'article 55 du Code d'éthique

Selon Spil Games, une infraction à l'article 55 du Code d'éthique n'a pas été davantage commise.

En effet, pour acheter l'article virtuel, les utilisateurs du site Internet ont envoyé un SMS qui, selon Spil Games, a été facturé au tarif normal pour l'envoi d'un SMS. Spil Games estime ainsi que l'article 55 du Code d'éthique a été respecté.

En outre, le fait que l'utilisateur ait effectué le paiement de l'article virtuel commandé par SMS doit être dissocié de l'infraction à l'article 55, car Spil Games estime que cela ne fait pas partie de la notion de "tarif utilisateur final" comme visée à l'article 55.

Selon Spil Games, il convient en effet de faire la distinction entre le tarif du numéro payant par le biais duquel le service payant est proposé - visé à l'article 55 - et l'objet (service ou produit) du paiement - visé à l'article 53.

d. Appréciation par la Commission d'éthique

Selon la Commission d'éthique, le débat concernant le respect de l'article 53 du Code d'éthique ne tourne pas autour du montant pouvant faire l'objet d'un service s'adressant à des mineurs d'âge⁹ mais bien autour de la question de savoir si de manière absolue un service payant, tel que mis en place par Spil Games, peut s'adresser à des mineurs d'âge (de 12 ans ou plus).

Le service payant par SMS, tel que mis en place par Spil Games, permet à des mineurs d'âge d'effectuer des paiements illimités pour des possibilités supplémentaires dans un jeu.

L'on peut s'attendre à ce qu'un tel service cause des dérives et que les mineurs d'âge occasionnent des factures très élevées que ces derniers ne peuvent pas payer (avec leur propre argent de poche ou crédit sur la carte prépayée du GSM¹⁰).

Le fait que la consommation moyenne serait faible et qu'un certain nombre de mécanismes d'alerte seraient intégrés (certains prescrits par le Code d'éthique et d'autres volontairement appliqués par Spil Games) n'y change rien.

Même si chaque session payante est "limitée" à 10 €, rien dans la mise en place du service de Spil Games n'empêchait un utilisateur (mineur d'âge) de réinitier à chaque fois des sessions payantes de 10 €, comme le montrent d'ailleurs plus que clairement les pièces liées à la plainte de M.V. auprès du Service de médiation.

⁹ Spil Games ne conteste pas la qualification de son service comme un service payant destiné aux mineurs d'âge.

¹⁰ Spil Games invoque ces critères à juste titre. Ils proviennent du document mentionné ci-dessus, publié dans la rubrique "notre rôle" du site Internet de la Commission d'éthique. La Commission d'éthique estime que l'argument de Spil Games du manque de prévisibilité par rapport à l'article 53 du Code d'éthique échoue.

Spil Games n'aurait donc pas dû adresser le service payant, tel qu'il avait été mis en place, à des mineurs d'âge ou, *en l'espèce* et très concrètement, le lier à un site Internet accessible au public¹¹ contenant des jeux particulièrement attrayants pour les mineurs d'âge. En le faisant malgré tout, Spil Games a enfreint l'article 53 du Code d'éthique.

De plus, la Commission d'éthique estime qu'un prestataire de services raisonnable, prudent et prévoyant aurait dû estimer que le service en question ne pouvait raisonnablement pas être payé par chaque mineur d'âge.

Selon la Commission d'éthique, le libre commerce et la libre circulation des services ne peuvent pas être invoqués pour développer des services payants et les lier à un site Internet accessible au public contenant des jeux particulièrement attrayants pour les mineurs d'âge mais que ces mineurs d'âge ne peuvent pas (ou pas toujours) raisonnablement payer.

Autrement dit, la Commission d'éthique est d'avis que Spil Games aurait dû se limiter à proposer des possibilités de paiement pouvant être uniquement utilisées par des majeurs, comme des cartes de crédit, Paypal, etc.¹², ou permettre l'accès à la partie du site Internet où l'on peut payer par SMS uniquement aux majeurs.

En effet, de la sorte, il est tout à fait possible que des enfants jouent à des jeux payants sans l'autorisation de leurs parents, enfants qui devraient respecter les limites et possibilités budgétaires de chaque famille individuelle.

En dépit de tous les conseils de Spil Games sur son site Internet (et la proposition d'..."*un formulaire de contact*"... quand ça tourne quand même mal...(!)), un système permettant de payer par GSM pour des possibilités de jeux supplémentaires sur un site Internet accessible au public ne peut pas atteindre un tel objectif: Spil Games sait très bien que presque tous les mineurs d'âge de 12 ans ou plus possèdent un GSM personnel¹³ et que le blocage d'appels n'y est souvent pas paramétré.

Par conséquent, la Commission d'éthique retient définitivement les faits et infractions cités dans la constatation concernant le non-respect de l'article 53 du Code d'éthique.

e. Conclusion

¹¹ Par site Internet accessible au public, la Commission d'éthique entend également un site Internet où tout un chacun - majeur ou mineur d'âge - peut s'enregistrer sans contrôle effectif de l'âge, comme c'est le cas ici: voir pièce 7 supplémentaire du dossier du secrétariat: Capture écran du 28/01/2013 de l'art. 9 "limites d'âge" des conditions d'utilisation de www.spel.nl.

¹² Par conséquent, la défense de Spil Games selon laquelle l'article 53 du Code d'éthique restreint les possibilités de jeux des majeurs sur www.spel.nl manque également en droit dans ce sens.

¹³ Voir par exemple l'étude du CRIOC: "Jeunes et GSM – octobre 2011" publié sur <http://www.crioc.be/FR/doc/x/y/document-6228.html>, en particulier p. 6 : 1) graphique établissant que 98 % des 2.862 répondants à un questionnaire écrit possèdent un GSM et 2) le commentaire y afférent: "A l'âge de 12 ans, quasi tous les jeunes possèdent un GSM."

La Commission d'éthique retient l'infraction reprochée à l'article 53 du Code d'éthique pour la période allant du 1er juillet 2011 au 19 octobre 2012.

5.1.3 Infraction aux articles 62 et 66 du Code d'éthique (mesures augmentant la transparence)

a. Faits et infractions reprochés dans la constatation

Comme aucune pièce du dossier n'a établi que Spil Games n'ait, après l'envoi du mot clé "PAY" et des 4 chiffres applicables et avant le commencement du paiement du service, envoyé un message d'accueil gratuit à l'utilisateur final, la Commission d'éthique a estimé à première vue que Spil Games avait enfreint l'article 62 du Code d'éthique au moins jusqu'au 19 octobre 2012 inclus.

En outre, la Commission d'éthique avait estimé dans sa constatation que Spil Games enfreignait à première vue, au moins jusqu'au 19 octobre 2012 inclus, l'article 66 alinéa premier et deux du Code d'éthique.

La motivation de cette dernière infraction dans la constatation prima facie était la suivante:

"Spil Games a certes envoyé jusqu'au 19 octobre 2012 inclus lorsqu'un montant de plus de 10 EUR ou un multiple de cette somme est atteint le message gratuit suivant à l'utilisateur final: *SMS Cost [X] euro. Service : Payment Service op sc 3355 à EUR 2,00. Provider : www.zappay.com – Free SMS*⁵, mais l'utilisateur final moyen dans le groupe cible auquel ces messages sont envoyés, à savoir des "enfants" (voir pièce 6 du dossier du secrétariat⁶), est, vu l'usage d'un (i) jargon professionnel ("Payment Service", "sc"¹⁴, "Provider", ...) et (ii) de l'anglais, dans l'impossibilité de déduire de ce type de messages que sa consommation pendant le mois en cours pour le numéro 3355 a atteint le montant de 10 € ou un multiple de cette somme.

5. Où [X] euros, comme déjà indiqué ci-dessus, représente 10 euros ou tout multiple de 10 euros.

En particulier le passage suivant: "*En tant que parent, vous pouvez payer les achats de votre enfant, mais il/elle peut aussi le faire lui-même/elle-même par exemple en utilisant un téléphone mobile.*" (c'est nous qui soulignons)

6. Ce terme figure dans le jargon professionnel pour "Short Code" ou, dans les termes (en néerlandais) du Code d'éthique et l'AR Numérotation pour le numéro court (SMS).

b. Cadre juridique

¹⁴ Ce terme figure dans le jargon professionnel pour "Short Code" ou, dans les termes (en néerlandais) du Code d'éthique et l'AR Numérotation pour le numéro court (SMS).

L'article 62 du Code d'éthique stipule:

« Art. 62. Immédiatement après l'envoi du mot-clé et avant le début du jeu, concours ou quiz proprement dit, proposé via un numéro court SMS ou MMS payant, l'utilisateur final reçoit un ou plusieurs messages mentionnant:

1° la confirmation de l'accès au jeu, concours ou quiz concerné;

2° le tarif utilisateur final le plus élevé qui est appliqué dans le secteur des communications électroniques pour chaque message devant être envoyé ou reçu par l'utilisateur final pour pouvoir participer au jeu, concours ou quiz;

3° le coût total le plus élevé appliqué dans le secteur des communications électroniques pour participer à une séance de jeu.

4° le numéro de téléphone requis à l'article 15 du service clientèle de la personne qui propose le jeu, concours ou quiz concerné.

Le message ou les messages visés à l'alinéa 1er sont gratuits pour l'abonné. »

L'article 66, alinéa premier et deux, du Code d'éthique stipule :

« Art. 66. « Lorsqu'une communication est établie entre le numéro utilisé par un utilisateur final et le numéro court SMS ou MMS par lequel le jeu, le concours ou le quiz est offert et que de ce fait, un montant de plus de 10 euros par mois est ou sera dû pour ce numéro payant, l'utilisateur final en est informé à l'aide d'un message SMS ou MMS, qui est gratuit pour l'abonné.

Lorsqu'un multiple de 10 euros est atteint au cours de la période indiquée dans l'alinéa 1er, le même message est envoyé à l'aide de la mention du multiple atteint de 10 euros.

c. Opinion de Spil Games

1. En ce qui concerne l'article 62

Spil Games argumente en ordre principal que l'envoi d'un message gratuit visé à l'article 62 n'est pas requis, car Spil Games n'offre pas de jeu au sens des articles 61 à 63 du Code d'éthique.

Spil Games évoque qu'il ressort en effet du texte de ces articles et du Rapport au Roi du 9 février 2011 que ces dispositions portent sur des jeux, concours ou quiz joués par SMS et pour lesquels l'utilisateur final doit répondre à plusieurs questions par SMS pour avoir l'occasion de gagner un prix.

Spil Games objecte qu'en l'espèce, il ne s'agit pas d'un jeu ou d'un quiz joué par SMS mais bien d'un jeu joué sur le site Internet www.spel.nl et que le SMS n'est qu'un des *moyens de paiement*

permettant d'acquérir des articles virtuels sur le *site Internet* www.spel.nl pouvant être achetés pour certains des jeux proposés sur ce site Internet.

De plus, Spil Games souligne que le joueur qui souhaite commander des possibilités de jeux supplémentaires pendant un jeu, est informé au préalable sur le site Internet des informations relatives aux jeux SMS devant être affichées dans le message gratuit conformément à l'article 62.

2. En ce qui concerne l'article 66

Selon Spil Games, une infraction à l'article 66 du Code d'éthique n'a pas été davantage commise.

Spil Games conteste qu'il puisse être question d'une infraction car le texte du message est suffisamment clair, malgré l'utilisation de termes anglais comme "Payment Service" et "Provider".

Spil Games estime qu'aux jours d'aujourd'hui, les mineurs d'âge sont bien familiarisés avec la langue anglaise, du moins suffisamment pour comprendre la portée du message envoyé par Spil Games.

Selon Spil Games, de nombreux jeux sont également proposés en anglais sur le site Internet www.spel.nl.

D'autre part, l'utilisateur est bel et bien informé par le message envoyé par Spil Games du numéro dont le coût dépasse le montant de 10 € par mois.

Aussi, selon Spil Games, un mineur d'âge sera véritablement informé, par la mention "*SMS Cost [10 ou multiple de 10] euros*" "*que le coût de l'utilisation des services s'élève (à plus de) 10 EUR*", afin de satisfaire à l'exigence contenue dans l'article 66.

Enfin, Spil Games souligne pour plus de clarté que les articles 62 et 66 ne sont entrés en vigueur que le 1er décembre 2011 (art. 103 Code d'éthique).

d. Point de vue du secrétariat

1. Bien que, selon le secrétariat, dans le cadre de l'article 62, il ne soit pas requis qu'il s'agisse d'un jeu, d'un concours ou d'un quiz pour lequel l'utilisateur final doit répondre à plusieurs questions par SMS pour avoir l'opportunité de gagner un prix, le secrétariat est effectivement d'accord avec Spil Games pour dire que la combinaison du (i) texte de l'article 62 (en particulier le passage "*avant le début du jeu, concours ou quiz proprement dit, proposé via un numéro court SMS ou MMS payant*"), et (ii) le Rapport au Roi justifient légalement la conclusion selon laquelle Spil Games n'est pas tenue d'envoyer un message d'accueil conformément à l'article 62 du Code d'éthique.

2. Pour le secrétariat, le service payant offert par Spil Games via les numéros courts SMS 3140 et 3355 doit être qualifié de service de messagerie payant¹⁵, donnant accès à un jeu et pour lequel, en application du point 5 de l'annexe au Code d'éthique, des numéros appartenant à la série de numéros 9500 à 9999 devaient donc être utilisés.

Le secrétariat est arrivé à cette conclusion sur la base des pièces du dossier établissant qu'un SMS avec le mot 'PAY' suivi de 4 chiffres entraînait la réception de 4 *reversed charged SMS* (en l'espace d'environ 5 secondes) afin "d'arrondir le paiement de 10,00 €".

Le secrétariat a donc invité la Commission d'éthique à:

- requalifier l'infraction à l'article 62 du Code d'éthique, décrite dans la constatation, comme une infraction à l'article 33 du Code d'éthique¹⁶;
- constater qu'aucune pièce du dossier n'établit que après l'envoi du mot clé "PAY" et les 4 chiffres applicables le message gratuit visé à l'article 33 a été envoyé à l'abonné avant le début de l'attribution proprement dite du service;

¹⁵ Défini à l'article 1, 6° du Code d'éthique comme: un "service payant via un réseau de communications électroniques, pour lequel l'utilisateur final doit recevoir deux ou plusieurs SMS ou MMS payants pour l'achat complet du service."

¹⁶ L'article 33 du Code d'éthique prescrit:

Art. 33. Immédiatement après la souscription à ou la commande d'un service de messagerie payant et avant le début de la fourniture proprement dite du service, l'utilisateur final reçoit un ou plusieurs messages indiquant:

1° la confirmation de la souscription ou la commande du service de messagerie payant concerné ;

2° une description du service auquel l'utilisateur final a souscrit ou du produit ou service commandé par ce dernier, ainsi que, pour un service d'abonnement, des informations sur la reconduction tacite ou non de la période d'abonnement.

3° selon le cas, la mention prescrite par l'article 21, 1°, b) et c), l'article 21, 2° b), ou l'article 21, 3°.

4° la procédure à suivre pour la désinscription au service;

5° le numéro de téléphone requis à l'article 15 du service clientèle de la personne qui offre le service de messagerie payant en question.

Le message ou les messages visés à l'alinéa premier sont gratuits pour l'abonné.

- retenir les faits et l'infraction ainsi requalifiés, de la période allant du 1er décembre 2011 au 19 octobre 2012¹⁷.

Le fait que les joueurs puissent prendre connaissance sur le site Internet de Spil Games des informations à afficher dans le message gratuit est, selon le secrétariat, insuffisant pour répondre aux exigences de l'article 33 du Code d'éthique, étant donné que ce type d'informations n'est pas comprise dans les messages gratuits à envoyer par Spil Games dans un délai très spécifique¹⁸.

e. Appréciation de la Commission d'éthique

1. En ce qui concerne l'article 62

Bien que, selon la Commission d'éthique, dans le cadre de l'article 62, il ne soit pas requis qu'il s'agisse d'un jeu, d'un concours ou d'un quiz pour lequel l'utilisateur final doit répondre à plusieurs questions par SMS pour avoir la chance de gagner un prix, la Commission d'éthique est effectivement d'accord avec Spil Games pour dire que la combinaison du (i) texte de l'article 62 (en particulier le passage "avant le début du jeu, concours ou quiz proprement dit, proposé via un numéro court SMS ou MMS payant), et (ii) le Rapport au Roi justifient légalement la conclusion selon laquelle Spil Games n'est pas tenue d'envoyer un message d'accueil conformément à l'article 62 du Code d'éthique.

2. En ce qui concerne l'article 66

Bien que l'on puisse supposer un certain niveau de connaissance de l'anglais de la part des mineurs d'âge de 12 ans ou plus, la Commission d'éthique souligne que cette supposition ne peut pas être généralisée.

De plus et surtout, l'article 66 du Code d'éthique n'exige pas spécialement que l'utilisateur final soit informé "*que le coût de l'utilisation des services s'élève à (plus de) 10 EUR,*" comme argumente Spil Games, mais bien qu'il doit être informé que "*un montant de plus de 10 euros par mois est ou sera dû pour ce numéro payant*".

Le message d'alerte doit donc établir clairement que la consommation pour un numéro court SMS déterminé a atteint pendant le mois en cours le montant de 10 € ou un multiple de cette somme.

¹⁷ Au moins, car la période de l'infraction dépend de la réponse de Spil Games à la demande d'informations du secrétariat à la section 3.13 ci-dessus.

¹⁸ A savoir "*Immédiatement après [...] la commande d'un service de messagerie payant et avant le début de la fourniture proprement dite du service*"

Cette information ne peut pas être transmise par un message qui mentionne "SMS Cost [10 ou multiple de 10] euros".

f. Conclusion

La Commission d'éthique ne retiendra dès lors pas l'infraction reprochée à l'article 62 du Code d'éthique, mais retiendra cependant l'infraction à l'article 66 du Code d'éthique, et ce pour la période allant du 1er décembre 2011 au 19 octobre 2012.

5.2 Concernant la gravité des infractions et le caractère délibéré ou non de celles-ci

5.2.1 Généralités

L'article 134, §3, alinéa trois, de la loi du 13 juin 2005 relative aux communications électroniques (ci-après aussi: "la loi du 13 juin 2005") stipule que pour prononcer les sanctions, la Commission d'éthique tient compte de la gravité de l'infraction ainsi que du caractère délibéré ou non de celle-ci.

5.2.2 Éléments mis en avant par Spil Games

Par le biais de sa défense écrite concernant les infractions, Spil Games a objecté à titre subsidiaire un certain nombre d'éléments visant à considérer les infractions comme non graves et non délibérées.

Il s'agit en résumé des éléments suivants:

5.2.2.1 Concernant la gravité de l'infraction et les circonstances atténuantes

a. Concernant la mauvaise utilisation de numéros (infraction à l'article 19 et annexe)

- L'article 19 vise principalement à empêcher que des consommateurs faibles, comme des mineurs d'âge, n'aient accès à des informations inappropriées, et plus particulièrement un contenu à caractère érotique ou sexuel. Il n'est pas question d'un tel contenu en l'espèce;
- Les numéros utilisés par Spil Games n'avaient pas non plus d'impact sur les parents souhaitant non seulement bloquer l'accès à du contenu sexuel mais également à des services payants en général, étant donné que la série 3xxx et donc les services de Spil Games étaient également bloqués dans le cas présent;

- Il s'agit ici de services ayant exclusivement lieu en ligne, de sorte que les parents disposent de possibilités de blocage supplémentaires, à savoir en contrôlant et en limitant l'utilisation de l'Internet par leurs mineurs d'âge;
- Il n'a pas été fait de publicité ou de promotion en général pour ces numéros courts, raison sur laquelle la Commission d'éthique s'est fondée dans la décision n° D-2012-05 pour considérer l'infraction comme non grave;
- Jusqu'à la réception de la plainte déposée auprès du Service de médiation pour les télécommunications, Spil Games n'avait encore jamais reçu de plainte similaire;
- Spil Games accorde également beaucoup d'attention à l'exactitude des informations communiquées aux parents par le biais de son site Internet (voir annexe 3 dossier Spil Games). Elle n'est pas d'accord avec le fait que les parents soient induits en erreur par la mention sur son site Internet de *"Le site le plus cool des jeux gratuits en ligne"*. Selon Spil Games, les jeux proposés sont bel et bien gratuits et de plus, la majorité des jeux n'offre pas de possibilités de paiement. Les possibilités de paiement éventuelles servent uniquement à ajouter des caractéristiques supplémentaires au jeu.
- Comme il ressort de la réponse c) à la demande d'information, en fonction du numéro court SMS en question, seulement [confidentiel] à [confidentiel] % des joueurs paient un montant de 10 EUR ou plus. Selon Spil Games, ce chiffre comprend également des joueurs majeurs.
- Spil Games invoque les circonstances atténuantes suivantes:
 - Spil Games a, sous toutes réserves et sans reconnaissance préjudiciable, immédiatement après la réception de la lettre du Président du 18 octobre 2012, volontairement mis fin à l'utilisation des numéros de la série 3xxx et a suspendu toute possibilité de paiement par numéros courts SMS;
 - Spil Games a confirmé par lettre du 6 novembre 2012 ne plus utiliser les numéros 3355 et 3140 et a prié son fournisseur de numéros courts SMS de mettre à disposition des numéros appartenant à la série de numéros 5000 à 5999 ou appartenant à la série de numéros 6000 à 6999;
 - Spil Games n'a jamais été condamnée auparavant pour une infraction à ces articles;
 - Compte tenu de la demande de nouveaux numéros, il n'y a pas de risque de récidive.

b. Concernant la limitation des montants facturés via un service payant destiné aux mineurs d'âge (art. 53 et 55)

- Spil Games attire à nouveau l'attention sur le caractère assez exceptionnel des commandes s'élevant à plus de 10 EUR par mois et donc des mineurs d'âge qui commandent un article qu'ils ne peuvent raisonnablement pas payer;
- Spil Games souligne qu'elle a toujours agi de bonne foi et a mis en place plusieurs mécanismes pour éviter toute dépense supplémentaire: informations claires sur le site Internet, l'application d'un montant maximum de 10 € pour les paiements par SMS, l'envoi de messages d'alerte, etc.
- Aucune procédure d'infraction n'a été ouverte précédemment par des parents confrontés à des montants inopinément élevés.
- Si certains utilisateurs passent encore commande pour des montants élevés non souhaités, Spil Games offre la possibilité aux parents via un formulaire de contact de prendre contact avec Spil Games afin que les mesures nécessaires puissent être prises pour remédier au problème;
- Ensuite, Spil Games attire l'attention sur d'autres circonstances atténuantes:
 - Spil Games est, dans le cadre d'une procédure de mesures urgentes et provisoires, toujours disposée à entamer le dialogue et Spil Games est, sous toutes réserves et sans reconnaissance préjudiciable, disposée à implémenter un montant maximum mensuel de 50 EUR.
 - De plus, Spil Games a également déclaré qu'elle allait implémenter un tarif utilisateur final maximum de 1 EUR pour le numéro court à utiliser;
 - Spil Games n'a jamais été condamnée précédemment pour une infraction à ces articles;
 - Compte tenu des mesures envisagées par Spil Games, il n'y a pas de risque de récidive;
 - La Commission d'éthique n'a pas encore adopté par le passé de décision liée à cette problématique.

c. Concernant les mesures augmentant la transparence (art. 62 et art. 66)

- Le joueur qui, pendant un jeu, souhaite commander des possibilités de jeux supplémentaires, a déjà été informé au préalable via le site Internet des informations à communiquer pour les jeux SMS.

- Même si l'utilisateur final devait ne pas comprendre tous les mots du message, le message d'alerte anglais envoyé a néanmoins communiqué à l'utilisateur les informations essentielles, à savoir le montant (en augmentation) des coûts SMS.
- Ensuite, Spil Games attire ici aussi l'attention sur des circonstances atténuantes:
 - Spil Games a, immédiatement après la réception de la lettre du Président de la Commission d'éthique, dans le cadre de mesures urgentes et provisoires, pris "*les mesures nécessaires afin que le texte du message gratuit envoyé après que le montant de 10 EUR ait été atteint, figure désormais en néerlandais*"¹⁹;
 - Spil Games n'a jamais été condamnée précédemment pour une infraction à ces articles;
 - La Commission d'éthique n'a jamais adopté par le passé d'opinion à cet égard.

5.2.2.2. Concernant le caractère intentionnel de l'infraction

Il est clair pour Spil Games qu'il n'est pas question d'une intention délibérée dans son chef, sur la base des considérations suivantes:

a. Concernant la mauvaise utilisation de numéros (infraction à l'article 19 et annexe)

- Spil Games a supposé de bonne foi que les numéros 3355 et 3140 mis à disposition à cet effet par Zaypay étaient conformes à la réglementation belge;
- De plus, il semble que l'utilisation de la série 3xxx pour effectuer des paiements mobiles pour des articles virtuels soit, selon Spil Games, la norme en Belgique. Spil Games renvoie en la matière à l'annexe 5 de sa défense écrite;
- En tous les cas, ce n'était aucunement l'intention de Spil Games d'utiliser sciemment une mauvaise série de numéros afin d'éviter les dispositions légales en la matière.

b. Concernant la limitation des montants facturés via un service payant destiné aux mineurs d'âge (art. 53 et 55)

Spil Games met tout en oeuvre pour éviter des dépenses non souhaitées et renvoie à cet égard à l'annexe 3 de sa défense écrite, qui contient des extraits de son site Internet, par lesquels Spil Games informe les parents des risques éventuels des jeux et leur donne des conseils pour réagir de la manière appropriée.

¹⁹ Défense écrite, numéro en marge 44, première puce

c. Concernant les mesures augmentant la transparence (art. 62 et art. 66)

- Spil Games a pu considérer à juste titre, sur la base des termes clairs utilisés dans le rapport au Roi, que l'article 62 n'était pas d'application;
- Spil Games envoie effectivement ce type de messages aux utilisateurs conformément à l'article 66;
- Spil Games a considéré en toute bonne foi que les utilisateurs de son site Internet étaient suffisamment familiarisés avec la langue anglaise pour comprendre la portée du message.
- De plus, Spil Games se fiait aussi au professionnalisme de Zaypay qui avait rédigé et envoyé le texte aux utilisateurs.

5.2.3 Appréciation par la Commission d'éthique

En ce qui concerne la gravité et le caractère délibéré de l'infraction, la Commission d'éthique étudie les éléments suivants:

5.2.3.1 Gravité de l'infraction

a. Généralités

En général, la gravité d'une infraction peut être évaluée compte tenu de sa nature et de la manière dont elle a un impact sur les intérêts des utilisateurs finals.

Concernant ces critères, la Commission d'éthique examine les éléments suivants:

b. En ce qui concerne le non-respect de l'article 19 et l'annexe

In abstracto et par principe, la Commission d'éthique est d'avis que les infractions à l'annexe au Code d'éthique doivent par nature être considérées comme graves. De telles infractions rendent le mécanisme de Call Barring non fiable²⁰, entraînant ainsi des préjudices financiers et autres²¹ dans le chef des entreprises et utilisateurs résidentiels.

Il est vrai que les parents disposent de possibilités de blocage supplémentaires pour contrôler et limiter l'utilisation d'Internet même par leurs enfants, mais en l'espèce, force est de constater que Spil Games induit en erreur ces parents en mettant sur chaque page de son site Internet sous spel.nl le slogan "*Le site le plus cool des jeux gratuits en ligne*" (voir par ex. la pièce 3 du dossier secrétariat, souligné par le secrétariat), ce qui diminuera justement le besoin de nombreux parents de contrôler de plus près le comportement de jeu de leurs enfants sur www.spel.nl.

L'existence de facto d'une norme d'utilisation des numéros de la série 3xxx ne change rien à la gravité de l'infraction et souligne justement la nécessité pour la Commission d'éthique d'intervenir énergiquement, non seulement vis-à-vis de Spil Games mais aussi pour inciter d'autres contrevenants potentiels à respecter à l'avenir le Code d'éthique et/ou à ne pas récidiver²².

²⁰ Voir aussi en la matière la section 5.12 de la décision de la Commission d'éthique concernant Media Technologies, où la Commission d'éthique a considéré l'infraction à l'article 19 et son annexe comme grave se fondant notamment sur la motivation suivante: "*2. Toute infraction à l'annexe doit être considérée comme grave, compte tenu de la nature fondamentale de la protection des intérêts du consommateur, plus précisément la protection des mineurs d'âge, ainsi que l'efficacité et la fiabilité du Call Barring*".

²¹ Par exemple des disputes entre parents et enfants, des saisies pour d'autres dettes qui ne peuvent plus être remboursées, etc..

²² Voir aussi la décision n° D-2011-09 Music Hall, section 5.1.3.

Il est en effet vrai qu'aucune publicité n'a été faite pour les numéros concernés dans ce dossier. En soi, cet argument n'est pas suffisant pour considérer l'infraction comme moins grave.

Selon la Commission d'éthique, la particularité de ce dossier est, comparé aux services de rencontre (dont il s'agissait dans le dossier D-2012-05), de rendre les jeux plus attrayants pour davantage de jeunes et des jeunes moins âgés et que l'utilisation de numéros SMS dans ce dossier poursuivait, selon la Commission d'éthique, l'objectif implicite mais certain de créer des possibilités de paiement pour des mineurs d'âge, ce qui n'est pas ou pratiquement pas le cas dans le dossier D-2012-05.

La bonne coopération de Spil Games dans ce dossier peut cependant être retenue comme circonstance atténuante.

c. En ce qui concerne le non-respect de l'article 53 et 55

In abstracto et par principe, la Commission d'éthique est d'avis que les infractions aux articles concernant la protection des mineurs d'âge doivent par nature être considérées comme graves.

Dans ce dossier, la Commission d'éthique épingle tout particulièrement le fait qu'il soit mis en place un service payant par SMS permettant à des mineurs d'âge d'effectuer des paiements illimités pour acheter des possibilités supplémentaires dans un jeu sur le "*site le plus cool des jeux gratuits en ligne*".

Ce type d'attitude aboutit inévitablement à des factures élevées²³ et à des tensions (par exemple disputes entre parents et enfants au sein des familles) qui auraient pu être évitées.

Le respect (ou le futur respect) des obligations légales, comme offrir des coordonnées de contact aux parties prenantes pour déposer plainte ou l'introduction d'un tarif utilisateur final de 1 €, ne peuvent pas être invoquées pour affaiblir la gravité de l'infraction.

La Commission d'éthique, siégeant et appréciant au fond en tant qu'organe de décision collégial, estime que le montant maximum de 50 euros que Spil Games est prêt à introduire est beaucoup trop élevé. La Commission d'éthique estime que 10 euros est la limite supérieure absolue.

Le montant de 50 euros correspondrait, selon le propre raisonnement de Spil Games, à l'intégralité du montant mensuel de l'argent de poche moyen, reçu par un mineur d'âge en 2013.

De plus: s'il n'est que "*vraiment exceptionnel*"²⁴ que des commandes dépassent 10 €, pourquoi la limite doit-elle être fixée à 5x plus ?

²³ Il ressort de la réponse d) de Spil Games à la demande d'information du secrétariat que le cas de M.V. ne figure même pas dans le "top 3" des dépenses les plus élevées.

En tous les cas, les infractions doivent être considérées comme sérieuses, car Spil Games a obtenu des revenus illégaux et donc induit suite au non-respect de l'article 53 pendant la période d'infraction.

L'acquisition de revenus illégaux est en effet grave par nature et le défaut de transparence va à l'encontre des objectifs explicites du Code d'éthique.

L'infraction a également un impact négatif (financier et pour les familles également moral) sur les utilisateurs finals.

d. En ce qui concerne le non-respect de l'article 66

L'objectif évident des messages d'avertissement de tarif au sens de l'article 66 du Code d'éthique est de prévenir les utilisateurs finals de factures inopinément élevées pour ainsi éviter d'avoir des dettes trop élevées.

En formulant les messages d'avertissement comme elle l'a fait, Spil Games a fortement atténué le caractère d'alerte de ces messages et a empêché, dans certains cas, la réalisation de l'objectif de l'article 66 du Code d'éthique.

Aussi la Commission d'éthique estime-t-elle que les intérêts des utilisateurs finals sont gravement lésés.

5.2.3.2 Caractère délibéré

La Commission d'éthique ne trouve dans le dossier actuel aucun élément convaincant indiquant une intention délibérée dans le chef de Spil Games.

Cela n'empêche qu'il faut reprocher à Spil Games d'avoir agi de manière négligente.

Il peut également être souligné que Spil Games n'a certainement pas "*mis tout en oeuvre pour éviter des dépenses non souhaitées*", comme déclaré à tort par Spil Games dans le numéro en marge 33 de sa défense écrite.

Si l'aspiration de Spil Games était telle, elle aurait dû, comme déjà mentionné ci-dessus, limiter les possibilités de paiement sur son site Internet aux possibilités de paiement pouvant être uniquement utilisées par des majeurs.

²⁴ Selon le Secrétariat, cette affirmation doit du reste être nuancée à la lumière des chiffres fournis par Spil Games en réponse à la question c) demande d'information.

La prétendue absence de l'intention d'enfreindre le Code d'éthique n'enlève rien au fait que (au moins par le passé) le Code d'éthique a été enfreint et que ces infractions peuvent être sanctionnées²⁵.

5.2.4 Conclusion

Vu ce qui précède, le secrétariat propose que la Commission d'éthique qualifie les infractions **d'infractions graves**, pour lesquelles il n'est **pas** prouvé qu'elles aient été commises **délibérément**.

5.3 Concernant la sanction

5.3.1 Généralités

Conformément à l'article 134, §3, alinéa 1er, de la loi du 13 juin 2005, la Commission d'éthique peut sanctionner les infractions au Code d'éthique d'une amende administrative d'un montant de 125 à 125 000 euros et/ou d'une suspension des activités de 1 à 90 jours.

En cas d'infraction grave ou répétée, la Commission d'éthique pour les télécommunications (ou l'une de ses chambres) peut imposer une ou plusieurs des mesures suivantes:

- 1° une amende administrative à hauteur de 250 à 250 000 euros;
- 2° une suspension des activités jusqu'à un an;
- 3° la suppression du service concerné;
- 4° l'interdiction d'offrir de nouveaux services.

(article 134, §3, alinéa 2, loi du 13 juin 2005)

5.3.2 Éléments mis en avant par Spil Games

Comme déjà dit précédemment, Spil Games invoque, à titre subsidiaire, pour chaque infraction, comme circonstance atténuante le fait que Spil Games n'ait jamais été condamnée auparavant pour une infraction à ces articles.

Spil Games déclare qu'il n'a pas été tenu compte de la réalité du dossier et que par conséquent, le dommage subi ne peut pas être considéré comme "grand" étant donné que seule une petite partie des SMS a donné lieu à des dépenses de 10 euros par mois, et encore moins des montants supérieurs.²⁶

²⁵ Voir en la matière aussi l'article 134, alinéa trois, LCE, chargeant la Commission d'éthique de tenir compte lors du prononcé de sanctions du caractère délibéré (ou intentionnel) ou non de l'infraction.

²⁶ [Confidentiel] % des utilisateurs n'atteignent pas le seuil de € 10 par mois – lettre Spil Games 20/02/2013, p. 8

Spil Games demande également que, compte tenu des éléments qu'elle a avancés, aucune sanction ne soit prononcée, car elle ne serait ni appropriée, ni proportionnelle, ou au moins que des sanctions limitées soient prononcées et plus précisément 250 euros pour infraction à l'article 19 juncto point 2.a de l'annexe, 250 euros pour infraction à l'article 53 et 55, et 250 euros pour infraction à l'article 62 et 66. Spil Games insiste également sur le fait que dans les décisions n° D-2011-05 et D-2012-05, une amende de seulement 250 EUR a été prononcée.

5.3.3 Appréciation par la Commission d'éthique

5.3.3.0 Préambule: des mesures de réparation n'empêchent pas un sanctionnement

Des mesures de réparation déjà mises en œuvre ou envisagées, comme l'absence d'intention délibérée, n'empêchent pas que le Code d'éthique a été enfreint (du moins par le passé) et que ces infractions peuvent être sanctionnées²⁷.

5.3.3.1 Qualification des infractions comme répétées

Selon la Commission d'éthique, les infractions à retenir ne doivent pas être considérées comme des infractions répétées, vu que celles-ci n'avaient pas encore été constatées auparavant dans une décision finale de la Commission d'éthique.

5.3.3.2 Qualification des infractions comme graves

Sur la base des chiffres donnés dans la réponse à la question b) de la demande d'informations du secrétariat (annexe 4 dossier Spil Games), la Commission d'éthique estime que les infractions ont été commises à relativement grande échelle²⁸.

Les dommages financiers, causés entre autres par le Call Barring devenu non fiable et l'ignorance des règles de protection des mineurs d'âge, peuvent être estimés comme importants, compte tenu du nombre de SMS qui, d'après la réponse de Spil Games à la demande d'information du secrétariat, ont été échangés durant les 15 ½ mois précédant la demande d'information du secrétariat²⁹.

²⁷ Voir par exemple la décision n° 2011-03 du 21 décembre 2011 concernant Europabank SA où la Commission d'éthique a décidé que:

« [l]'intention annoncée par Europabank de passer pour le 1er décembre 2011 à un numéro 0800 n'a pas d'impact sur l'existence de l'infraction, qui pour la période débutant à partir de l'entrée en vigueur du Code d'éthique (le 1er juillet 2011), peut être sanctionnée par la Commission d'éthique. ») (décision citée, section 5.1, p. 5).

²⁸ La somme du "Grand Total" des réponses à la question 2. a. de la lettre du secrétariat du 20/11/2012 permet de déduire que pendant les 15 ½ mois pour lesquels des données ont été communiquées [confidentiel], des demandes individuelles de possibilités de jeu supplémentaires ont été introduites dans le jeu.

Les réponses à la question 2. c. établissent que jusque [confidentiel] utilisateurs uniques ont utilisé ces possibilités de jeu supplémentaires (réponse pour le short code 3355 pour le mois d'août 2012).

²⁹ Selon les chiffres communiqués en réponse à la question a), [confidentiel] SMS ont été échangés pendant la période concernée.

Enfin, il convient de signaler que dans la décision n° D-2012-05 concernant Rendez-vous Group, aucune amende administrative de 250 EUR n'a été imposée mais bien une amende administrative de 500 EUR.

5.3.4 Conclusion

Vu ce qui précède, il est possible selon le secrétariat de considérer les infractions comme graves.

Les sanctions possibles dans ces circonstances sont l'imposition de:

- 1° une amende administrative à hauteur de 250 à 250 000 euros;
- 2° une suspension des activités jusqu'à un an;
- 3° la suppression du service concerné;
- 4° l'interdiction d'offrir de nouveaux services.

5.4 Autres modalités de la décision définitive de la Commission d'éthique

L'article 134, alinéa deux, de la loi du 13 juin 2005 stipule: "*Le Code d'éthique pour les télécommunications fixe également les modalités selon lesquelles les opérateurs collaborent à [...] l'exécution des décisions de la Commission d'éthique pour les télécommunications.*"

Les dispositions du Code d'éthique qui, exécutent pour le moment ce passage de l'article 134 de la loi du 13 juin 2005, sont les articles 101 et 102 du Code d'éthique.

L'article 32, § 2, alinéa premier, de l'arrêté royal du 1er avril 2007 relatif à la procédure et aux règles pratiques relatives au fonctionnement de la Commission d'éthique pour la fourniture de services payants via des réseaux de communications électroniques stipule à nouveau que les décisions de la Commission d'éthique pour les télécommunications sont envoyées par envoi recommandé "aux parties concernées".

Pour promouvoir le rétablissement du droit qui, conformément à l'article 134, §3, dernier alinéa, de la loi du 13 juin 2005, doit faire suite à la décision de sanction de la Commission d'éthique³⁰:

1. il doit être déterminé que suite au non-respect des articles enfreints du Code d'éthique pour les télécommunications, en particulier l'article 53, tous les montants obtenus pendant les 15 ½ mois de mise en service des numéros concernés, sont remboursés aux différentes personnes lésées;

³⁰ Ce rétablissement du droit consiste en le remboursement « *par l'intermédiaire des opérateurs concernés et dans les trente jours qui suivent la notification du verdict* » des montants obtenus de la ou des personne(s) lésée(s) suite à l'infraction constatée.

2. la Commission d'éthique charge le secrétariat d'également adresser une copie de la décision définitive aux parties intervenues dans la facturation des messages au départ et vers les numéros 3140 et 3355³¹.

Il s'agit, selon la réponse de KPN Group Belgium à la demande d'information conformément à l'article 3 du Code d'éthique, outre des opérateurs de réseau mobiles, de:

- Zaypay International B.V. de droit néerlandais (Payment Provider)
- KPN Call Factory (Connectivity Provider)
- Velti Netherlands B.V. de droit néerlandais (Hosting Provider).

Bien que pour le moment, ces parties ne semblent pas être soumises au pouvoir de sanctionnement de la Commission d'éthique, celles-ci semblent néanmoins pouvoir être qualifiées de "*parties concernées*", étant donné qu'elles attribuent des numéros payants à Spil Games et sont impliquées dans la gestion de flux financiers entre les parties qui collaborent pour fournir un service payant via un réseau de communications électroniques.

6. Décision

La Commission d'éthique pour les télécommunications,

- après avoir entendu le représentant de Spil Games le 18 mars 2013,
- après avoir pris connaissance du dossier,
- après délibération et appréciation de l'affaire le 18 mars 2013,

1. constate que Spil Games a enfreint l'article 19 et son annexe ainsi que les articles 53 et 66 de l'arrêté royal du 9 février 2011 établissant le Code d'éthique pour les télécommunications,
2. impose pour cette raison et conformément à l'article 134, §3, de la loi du 13 juin 2005 relative aux communications électroniques une amende à Spil Games d'un montant de deux mille cinq cents euros;
3. ordonne que le montant de l'amende soit payé dans les 30 jours suivant la réception de la présente décision sur le numéro de compte IBAN: BE12 6790 0007 7192 - BIC: PCHQBEBB au nom de l'IBPT, Boulevard Roi Albert II 35, B – 1030 BRUXELLES, avec en communication « Amende à la Commission d'éthique », suivi du numéro de décision figurant sur la page de titre de la présente décision;
4. considère, suite aux infractions constatées, en particulier l'infraction à l'article 53 du Code d'éthique, tous les montants obtenus de la part des utilisateurs finals comme des montants qui, conformément à l'article 134, §3, dernier alinéa, de la loi du 13 juin 2005, suite aux infractions constatées doivent être remboursés aux différentes personnes lésées, par Spil Games, via les opérateurs concernés et dans les trente jours qui suivent la notification du verdict;
5. enjoint le secrétariat à adresser une copie de la décision définitive
 - au Payment Provider Zaypay International B.V. de droit néerlandais
 - au Connectivity Provider KPN Call Factory
 - au Hosting Provider Velti Netherlands B.V. de droit néerlandais
 - aux opérateurs de réseau mobiles concernés.

7. Voies de recours

Conformément à la loi du 6 juillet 2005 relative à certaines dispositions judiciaires en matière de communications électroniques, vous avez la possibilité d'introduire un recours contre cette décision devant la Cour d'appel de Bruxelles, Place Poelaert 1, B-1000 Bruxelles. Les recours sont formés, à peine de nullité prononcée d'office, par requête signée et déposée au greffe de la Cour d'appel de Bruxelles dans un délai de soixante jours à partir de la notification de la Commission d'éthique pour les télécommunications

décision ou à défaut de notification, après la publication de la décision ou à défaut de publication, après la prise de connaissance de la décision.

L'appel peut être formé : 1° par acte d'huissier de justice signifié à partie; 2° par requête déposée au greffe de la juridiction d'appel en autant d'exemplaires qu'il y a de parties en cause; 3° par lettre recommandée à la poste envoyée au greffe; 4° par conclusions à l'égard de toute partie présente ou représentée à la cause. Hormis les cas où il est formé par conclusions, l'acte d'appel contient, à peine de nullité, les indications de l'article 1057 du code judiciaire.

8. Publication

La présente décision sera, conformément à l'article 32, §3, de l'arrêté royal du 1er avril 2007 relatif à la procédure et aux règles pratiques relatives au fonctionnement de la Commission d'éthique pour la fourniture de services payants via des réseaux publiée sur le site Internet de la Commission d'éthique www.telethicom.be. La publication aura lieu après la traduction en français de la décision.

Fait à Bruxelles, le vendredi 12 juillet 2013,

Pour la Commission d'éthique pour les télécommunications

Willem Debeuckelaere
Président