

PARTIE INTERVENANTE

Composition de la cour :

L'affaire a été débattue à l'audience publique du 16 Juin 2005 devant la cour composée de :

Madame Francine BARDY, Président,
Madame Lysiane LIAUZUN, Conseiller,
Madame Françoise SIMONNOT, Conseiller,

qui en ont délibéré,

Greffier, lors des débats : Madame Sylvie RENOULT

Statuant sur l'assignation délivrée le 27 février 2002 par l'U. . . à l'encontre de la société A. . . , le tribunal de grande instance de Nanterre a déclaré abusives des clauses contenues dans le CGU à divers articles version 2000 et version 2003 et dit illicites et donc nulles d'autres clauses contenues dans les CGU à divers articles version 2000 et version 2003, (étant renvoyé plus amplement au dispositif du jugement), ordonné en conséquence la suppression par la société A. . . de son contrat de l'ensemble des clauses jugées abusives et illicites sous astreinte de 1000 € par jour de retard, condamné la société A. . . à payer à l'U. . . la somme de 30.000 € de dommages et intérêts, ordonné la publication du jugement dans diverses publications, ordonné l'exécution provisoire du jugement et alloué à l'U. . . une indemnité de 3.800 € en application de l'article 700 du nouveau code de procédure civile.

Appelante la société A. . . conclut aux termes de ses dernières écritures en date du 20 avril 2005 auxquelles il est renvoyé pour plus ample exposé à titre principal à l'infirmité du jugement en ce qu'il a déclaré recevable l'action engagée contre elle par l'U. . . et prie la cour, statuant à nouveau, de dire et juger l'action de l'U. . . irrecevable au regard des dispositions de l'article 6-1 de la convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et l'article 6 de la déclaration des droits de l'homme et du citoyen, à titre subsidiaire à l'infirmité du jugement et prie la cour de dire et juger irrecevable l'action de l'U. . . visant la suppression des clauses figurant dans les CGU de A. . . 2000, dire et juger que les clauses des CGU de A. . . 2003 jugées abusives ou illicites par le tribunal ne le sont pas et en particulier les clauses aux articles 6.2 § 2, 6.4, 8.1 § 2 et 3 , 8.2 § 2 et 3, 8.4 et 10.1 § 1, en toute hypothèse débouter l'U. . . de son appel incident tant sur les clauses contestées que le montant des dommages et intérêts, réformer le jugement du chef du montant des dommages et intérêts alloués, et subsidiairement allouer 1 euro symbolique, condamner l'U. . . à lui payer un euro en réparation du préjudice causé par son action abusive et la mise en œuvre de l'exécution du jugement, et la somme de 10.000 € en application de l'article 700 du nouveau code de procédure civile et aux entiers dépens.

L'Association des F. . . et intervenante volontaire à titre accessoire conclut aux termes de ses dernières écritures en date du 28 février 2005 auxquelles il est renvoyé pour plus ample exposé, au visa de l'article 554 du nouveau code de procédure civile, à la recevabilité et au bien fondé de son intervention et dire et juger que l'article 6.4 des CGU d'A. . . n'est ni illicite ni abusif, qu'il en est de même pour les articles 8.1 § 3 et 10.1 § 1 des CGU d'A. . . , de condamner l'U. . . aux dépens.

Intimée, l'U. conclut aux termes de ses dernières écritures en date du 14 janvier 2005 auxquelles il est renvoyé pour plus ample exposé, au débouté de la société A., à la confirmation du jugement sauf à faire droit à son appel incident tendant à voir déclarer abusives les clauses (complémentaires) suivantes du contrat litigieux version 2000 et 2003, soit l'article 2 § 6 version 2000 et l'article 5.1 § 6 de la version 2003 rendant responsable le consommateur de tout usage quel qu'il soit fût-il frauduleux de l'accès au réseau, l'article 8 § 6 version 2000 et l'article 10.2.1 version 2003 permettant une résiliation immédiate pour un manquement quelconque du consommateur (ou un manquement grave indéterminé), prie la cour d'ordonner en conséquence à la société A. de supprimer de son modèle de contrat deux clauses supplémentaires et ce dans le délai d'un mois de la décision à intervenir et sous astreinte d'un montant de 1.000 € par jour de retard, interdire l'usage de ces clauses à l'avenir, dire que sous la même sanction et dans le même délai la société A. devra adresser à l'ensemble de ses abonnés à la date de l'arrêt un extrait de celui-ci relatif à ces deux clauses afin de les informer de ce qu'elles ne sont plus applicables, de condamner la société à lui payer la somme de 77.000 € de dommages et intérêts et une indemnité de 2.500 € en application de l'article 700 du nouveau code de procédure civile et de déclarer l'A. irrecevable en son intervention volontaire.

SUR CE

I: SUR LA RECEVABILITÉ DE L'ACTION ENGAGÉE PAR L'U. CONTRE LA SOCIÉTÉ A.

Considérant qu'invoquant les articles 6.1 de la convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme, les dispositions de l'article R 132-4 du code de la consommation, la société A. soutient que l'action engagée par l'U. dont le représentant tant devant le tribunal que devant la cour, est celui-là même qui la représentait es-qualités devant la Commission des Clauses Abusives dont l'U. est membre titulaire depuis 1990, dont ce même représentant est l'auteur du rapport sur les clauses abusives dans les contrats de la téléphonie qui ont servi de support à la recommandation de la CCA dans ce domaine, et enfin qui, alors qu'il était membre titulaire de la CCA l'a directement auditionné dans le cadre des débats relatifs à l'élaboration de la recommandation de la CCA sur les contrats en litige, de tels faits étant en totale contradiction avec les principes prépondérants fondés sur l'article 6-1 de la convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et en particulier le principe de l'égalité des armes, dès lors qu'elle s'est trouvée placée en situation de net

désavantage et de déséquilibre significatifs par rapport à l'U. devant le tribunal est irrecevable ;

Considérant que le principe de l'égalité des armes qu'implique l'article 6-1 de la convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme s'entend de l'obligation d'offrir à chaque partie une possibilité raisonnable de présenter sa cause dans des conditions qui ne la placent pas dans une situation de net désavantage par rapport à son adversaire ;

Considérant que le jugement dont appel a été rendu par une juridiction indépendante des parties et impartiale et qu'il ne résulte aucun déséquilibre dans la situation des parties devant ce même tribunal, lequel n'est pas lié par les avis de la CCA, étant relevé que l'U. tire des articles L 421-1 et suivants du code de la consommation la qualité à agir et étant agréée par arrêté ministériel, que le fait d'être membre titulaire de la CCA n'implique pas que son vote parmi ceux exprimés par les douze autres membres ait une influence déterminante sur l'avis de la CCA et en tout état de cause sur la décision du tribunal, que l'U. n'a en tout état de cause pas participé au délibéré de la recommandation générale sur les contrats de fournisseurs d'accès à Internet n'étant plus membre de la CCA depuis juin 2002, le délibéré étant de septembre 2002 et ne visant pas un professionnel particulier mais la généralité des contrats d'une catégorie professionnelle, que le fait que le représentant de l'U. ait été l'auteur du rapport sur les clauses abusives dans les contrats de la téléphonie qui aurait servi de support à la recommandation sur la téléphonie dont la société A relève la proximité de matière, ou que l'U. ait participé à l'audition de la société A dans le cadre des débats relatifs à l'élaboration de la recommandation de la CCA au vote de laquelle elle n'a pas participé sont sans portée, qu'enfin et de façon dirimante la société A se présente devant les juridictions de l'ordre judiciaire en parfaite connaissance des travaux de la CCA qui sont rendus publics de telle sorte que l'U. n'a pas bénéficié d'informations privilégiées et que le principe de l'égalité des armes appliqué à la procédure suivie devant le tribunal de grande instance comme devant la cour ne subit aucune atteinte ;

Que le jugement sera confirmé pour avoir déclaré l'action de l'U. recevable

II : SUR L'INTERVENTION VOLONTAIRE DE L'ASSOCIATION DES FC

Considérant que l'U. soutient que l'A. n'est pas recevable à intervenir aux côtés de la société A qui est un de ses membres étant par définition étrangère aux

relations contractuelles impliquant la société A... et les consommateurs et son intervention ayant pour conséquence de faire intervenir indirectement d'autres fournisseurs d'accès à Internet non concernés par le litige ;

Considérant que l'intervention volontaire en cause d'appel est subordonnée à la seule condition d'un intérêt pour celui qui la forme et d'un lien suffisant avec la prétention originaire ;

Que l'A... association régie par la loi de 1901 qui rassemble les professionnels fournisseurs d'accès à Internet trouve dans son objet qui tend à assurer la défense des intérêts de ses membres tous concernés par les questions d'ordre public relatives au domaine d'accès à Internet la justification d'un intérêt à intervenir dans le cadre d'une instance opposant l'un de ses membres à l'U... relativement au contenu des contrats que ce membre offre à ses clients, son action au soutien des positions prises par l'un de ses membres s'inscrivant dans le cadre de son but associatif ;

Que l'intervention volontaire de l'A... est donc recevable

III : SUR LE FOND

A) sur le caractère abusif des clauses des CGU version 2000 et version 2003

Considérant en préliminaire que la société A... soutient que l'U... n'a aucun intérêt à agir relativement aux clauses contenues dans les CGU version 2000 au motif que le contrat a été modifié en mars 2003 et que celui proposé depuis contient suppression de 7 clauses contenues dans la version 2000 et ce pour tenir compte de la recommandation de la CCA, ces clauses étant obsolètes ;

Considérant d'une part que le contrat proposé en mars 2003 n'a pas tenu compte de l'intégralité de la recommandation puisque 7 clauses critiquées ont été supprimées alors que d'autres clauses ont été maintenues soumises au contrôle du tribunal et d'autre part que la société A... argue que la version 2000 n'est plus proposée sans pour autant faire la preuve que les contrats version 2000 ne sont plus en cours pour avoir été tous remplacés par la version 2003, de telle sorte que l'intérêt à agir qui présidait à l'action engagée devant le tribunal n'a pas disparu ;

Considérant que la société A... conteste s'incliner sur la décision des premiers juges relativement à 24 clauses déclarées illicites ou abusives et conclut à l'infirmité

du jugement en toutes ses dispositions en faisant valoir que le tribunal s'est fondé sur une définition du caractère abusif ou illicite de chaque clause insuffisante et ne répondant pas aux critères légaux et jurisprudentiels, que l'absence de fondement à sa décision justifie l'infirmité ;

Considérant comme l'ont justement retenu les premiers juges que le caractère abusif des clauses doit être apprécié au regard de l'article L 132-1 du code de la consommation et le caractère illicite au regard de l'article R 132-2 du même code ,

Considérant que la société A' qui se borne à reprendre les motifs des premiers juges au soutien du caractère abusif de l'article 11.4 de la version 2003 , de l'article 4.5 § 2 de la version 2003 , de l'article 11.1 de la version 2003, de l'article 10.3 de la version 2003 des CGU de A' et illicite l'article 1 § 9 de la version 2003 des CGU de A' sans faire la démonstration de la preuve de l'erreur d'appréciation du tribunal comme de l'application erronée des principes de droit doit être déboutée de son appel de ce chef et le jugement confirmé par adoption de motifs pour avoir déclaré abusives ou illicites ces clauses et celles autres que celles contenues aux articles 6.2 § 2 , 6.4, 8.1 § 2 et 3, 8.2 § 2 et 3, 8.4 et 10.1 §1 des CGU version 2003 pour lesquelles la société A' développe des moyens qu'il convient d'examiner point par point ;

Considérant que la société A' soutient que la clause contenue à l'article 6.2 § 2 version 2003 qui est la reprise de l'article 4§3 de la version 2000 n'est pas abusive et fait reproche aux premiers juges de ne pas avoir répondu aux moyens de droit par elle invoqués relativement aux dispositions légales excluant que les fournisseurs d'accès à Internet et les hébergeurs puissent être tenus pour responsables du contenu des informations et des services mis à disposition du client , ces responsabilités ne pouvant peser que sur les auteurs de ces informations, rappelant sa mise à disposition gratuite de système de filtrage à la discrétion du client, et de ne pas avoir à l'aune de l'article L 132-1 du code de la consommation définit le déséquilibre significatif résultant du contrat ;

Considérant que la société A' , affirme que la clause se borne à rappeler aux clients à titre d'information le contenu des dispositions légales françaises et européennes gouvernant le régime de la responsabilité des prestataires de service Internet ;

Considérant que l'article 6.2 § 2 est ainsi libellé « A' n'est pas responsable du contenu fourni par d'autres qu'elle-même sur le service A' ni du fait qu'un contenu non conforme n'a pas été supprimé ou l'a été avec retard ;

Considérant que cette clause ne peut être prise comme un simple rappel de la législation française et européenne qui exclut que la responsabilité du fournisseur et de l'hébergeur puisse être recherchée à raison du contenu des informations transmises dont les auteurs répondent ;

Qu'en effet les dispositions légales invoquées s'agissant tant de la loi du 1^{er} août 2000 que la directive européenne du 8 juin 2000 transposée dans la loi du 21 juin 2004 n'édicte pas un régime d'exonération totale des fournisseurs et des hébergeurs puisqu'elles prévoient expressément des restrictions à cette exclusion résultant de la connaissance du caractère illicite ou des faits et circonstances le faisant apparaître ou du défaut de réaction à retirer ces données ou rendre leur accès impossible ;

Que la clause litigieuse qui laisse entendre au consommateur qu'il n'a aucun recours contre son fournisseur emporte bien un déséquilibre significatif au détriment du consommateur lequel est réputé démuné de tout recours et ce contrairement aux dispositions légales qui prévoient bien une responsabilité des fournisseurs et hébergeurs qui ne respecteraient pas leurs obligations de contrôle du caractère licite des informations et d'avoir à retirer rapidement des contenus non conformes, la clause litigieuse étant non seulement abusive mais également illicite pour être contraire aux dispositions expresses de la loi du 21 juin 2004, sans que la société A... puisse se prévaloir de la faculté de bénéficier d'un système de filtrage tel le contrôle parental dont l'existence n'est pas de nature à l'exonérer de la responsabilité encourue à raison de ses manquements à ses obligations ;

Que d'ailleurs la société A... ne s'est pas méprise sur le caractère abusif de la clause puisqu'elle demande à la cour de prendre acte de la modification qu'elle entend apporter dorénavant ainsi qu'il suit "*A... n'est pas responsable du contenu fourni par d'autres qu'elle-même sur le service A... sauf dans les cas où elle est à l'origine de la demande de transmission litigieuse soit elle sélectionne le destinataire de la transmission, soit elle sélectionne ou modifie les contenus faisant l'objet de la transmission . de même A... ne peut voir sa responsabilité engagée à raison d'informations stockées à la demande d'un titulaire de compte A... si A... n'avait pas effectivement connaissance de l'activité ou de l'information manifestement illicite ou si dès le moment où elle en a eu connaissance elle a agi promptement pour retirer ces informations ou en rendre l'accès impossible*", ce rappel de la clause que la société A... se propose d'adopter dans ses contrats étant fait pour mémoire seulement et acte en étant donné à l'appelante ;

Considérant que la société A... conteste le caractère illicite conféré par le jugement à la clause de l'article 6.4 des CGU version 2003 ;

Considérant que l'article 2§3 du contrat version 2000 prévoyait que A... se réservait le droit de modifier ou interrompre à tout moment certains aspects du service A... y compris les contenus ou services ;

Que l'article 6.4 du contrat version 2003 stipule que A... sera amenée à procéder à la mise à jour du contenu ainsi qu'à des modifications ou interruptions de ce contenu ;

Considérant qu'au regard de l'article R 132-1 du code de la consommation qui prohibe toute clause ayant pour objet ou pour effet de réserver au professionnel le droit de modifier unilatéralement les caractéristiques du bien à livrer ou du service à rendre, la clause contenue dans la version 2000 est illicite en ce qu'elle prévoit bien au profit du professionnel la faculté de modifier unilatéralement le service fourni ;

Que la société A... ne conteste pas l'appréciation des premiers juges sur ce point sauf à reprendre le moyen d'irrecevabilité s'agissant de la version 2000 lequel a été précédemment écarté ;

Que s'agissant de l'article 6.4 version 2003, la société A..., soutenue dans sa démarche par l'A..., expose que les premiers juges ont commis une confusion entre le contenu contractuel et le contenu au sens où l'on entend habituellement dans le domaine de Internet, affirmant que le contenu en cause est le contenu éditorial correspondant à un ensemble d'informations, images, sons, etc. qui ne relève pas des caractéristiques du service à rendre, est évolutif par nature et qu'elle doit mettre à jour de la même manière que le fait un journal, un quotidien, que lui nier cette possibilité revient à priver l'abonné d'une mise à jour du contenu qu'elle fournit périodiquement et qu'au surplus elle ne peut avoir la totale maîtrise du contenu fourni en grande partie par des tiers ;

Considérant toutefois que selon l'article 6.1 qui définit contractuellement le Contenu, «Internet et le service A... contiennent des informations, logiciels, communications, photos, vidéos, images, graphiques, musiques et sons, proposés en ligne et tout autre élément, bien ou service (collectivement désignés par le contenu), que le contenu disponible sur le service A... est fourni notamment par A... et les sociétés du groupe A... et des tiers » ;

Que à l'aune de cette définition qui lie les parties, la société A... n'est pas fondée à soutenir que le terme contenu visé dans la clause litigieuse se réduirait aux seuls éléments informationnels, alors que la clause litigieuse fait état des nécessités des

évolutions techniques lesquelles se comprennent au regard de la définition du Contenu à l'article 6.1 soit l'ensemble des biens et services et non au regard d'un prétendu seul contenu rédactionnel qui n'est pas affecté par des évolutions techniques ;

Qu'en définitive la clause est soit trop ambiguë sur la nature du contenu qu'elle vise par rapport à la définition du Contenu dans le contrat tel que prévue à l'article 6.1, soit trop imprécise quant au caractère substantiel ou non des éléments soumis à cette modification unilatérale et discrétionnaire, qu'octroyant au professionnel la faculté de modifier unilatéralement les services qu'il doit contractuellement à ses abonnés, elle est à ce titre contraire à l'article R 132-1 du code de la consommation et donc illicite ;

Considérant que la société A... remet en cause le caractère abusif de l'article 8.1 § 2 et 3 des CGU version 2003 tel que décidé par le jugement ;

Considérant que l'article 6§1 du contrat version 2000 précisait que « *vous (l'abonné) reconnaissez qu'ils (A..., le logiciel A..., les outils de détection anti-virus de tiers, tout logiciel de tiers et Internet) vous sont fournis en l'état et tels que disponibles sans aucune garantie quelle qu'elle soit, expresse ou implicite, notamment quant à l'absence d'interruption ou d'erreur du service A... ou aux performances et aux résultats découlant de l'utilisation de celui-ci* » ;

Que l'article 8.1 § 2 et 3 des CGU version 2003 intitulé Responsabilité, reprend la même disposition et précise qu'au cas particulier A... ne peut offrir et n'offre pas la garantie que vous pourrez vous connecter au service A... où et quand vous l'aurez choisi pour des raisons de contrainte liées au réseau lui-même. Toutefois A... fera ses meilleurs efforts pour assurer la fourniture de l'accès au service A... » ;

Que la société A... estime n'être tenue qu'à une obligation de moyens et que cette clause qui limite sa responsabilité quant à la fourniture du service n'est pas abusive et invoque la particularité de son activité, que soutenue dans sa démarche par l'A..., elle fait grief aux premiers juges d'avoir déduit l'existence d'une obligation de résultat pesant sur elle de la nature du contrat qualifié de contrat de prestation de service, alors que la doctrine et la jurisprudence retiennent comme critère de distinction entre les deux obligations celui de l'aléa dans l'exécution de l'obligation, qu'au cas particulier les caractéristiques et spécificités techniques mêmes de la prestation de fourniture d'accès à Internet font à raison de leur nature même peser sur tout fournisseur d'accès à Internet une obligation de moyens justifiant les termes critiqués de l'article 8.1 ;

Considérant en préliminaire que l'argumentation développée par l'A... selon

laquelle l'article 8.1§ 2 et 3 définit l'objet du contrat de fourniture d'accès au réseau Internet et ne pourrait de ce fait tomber sous le coup des dispositions de l'article L 132-1 du code de la consommation est sans pertinence dès lors que la clause litigieuse, tant dans la version 2000 que dans la version 2003, n'a d'autre finalité que de limiter la responsabilité du fournisseur et exclure à priori toute garantie en cas de mauvais fonctionnement dans l'utilisation du service A... ;

Considérant que ces clauses qui ont pour effet de dégager la société A... de son obligation d'assurer l'accès au service promis alors qu'elle a contracté envers ses clients l'obligation de leur fournir la prestation promise et est tenue non d'une simple obligation de moyens mais d'une obligation de résultat, la rendant présumée responsable de tout dysfonctionnement dont l'utilisateur n'est pas en mesure de connaître la cause et encore moins de rapporter la preuve d'une faute de son fournisseur, créent un déséquilibre significatif au détriment des abonnés justifiant leur suppression sans que la société A... puisse invoquer les difficultés qu'elle rencontrerait du fait de tiers et les spécificités de sa prestation, étant relevé le caractère général des clauses qui ne précisent pas les causes mêmes d'interruption de telle sorte que par ces clauses la société A... s'exonère en définitive des conséquences de ses propres carences, étant encore relevé qu'est en cause non le fait de la connexion illimitée mais seulement le fait d'accéder au service promis en contrepartie du paiement d'une redevance ;

Que la circonstance que le fournisseur d'accès ne soit qu'un maillon dans la chaîne des intervenants n'est pas de nature à influencer sur la nature de l'obligation contractée par ce dernier envers l'abonné, étant relevé que le fournisseur dispose toujours d'un recours contre ceux dont le comportement est la cause de l'inexécution par le fournisseur de sa propre obligation de résultat ;

Que le jugement sera confirmé de ce chef ;

Considérant que la société A... conteste que l'article 8.4 des CGU version 2003 puisse être qualifié d'abusif dans la mesure où ces stipulations constituent une transposition pure et simple des dispositions légales applicables dont l'article 6 de la loi du 21 juin 2004, ajoutant que sa suppression revient à priver le consommateur d'une information nécessaire à la compréhension des droits et obligations impartis par le législateur à chacune des parties dans le cadre de l'utilisation du service proposé par le prestataire de services, invoquant les dispositions des articles 1119 et 1121 du code civil prévoyant expressément la stipulation pour autrui et ses conditions de validité, laquelle au cas particulier est conforme à ces textes puisqu'elle ne met aucune obligation à la charge des tiers fournisseurs mais leur fait bénéficier uniquement des mêmes droits et

garanties qu'A... , ces tiers étant déterminables, une telle stipulation qui ne concerne en rien les droits et obligations d'A... ne pouvant créer un déséquilibre significatif entre les droits et obligations des parties au contrat au détriment du consommateur ;

Considérant que l'article 6§6 des CGU version 2000 prévoit *qu'une grande partie du Contenu disponible sur A... étant fournie par des tiers (fournisseurs de service) ceux-ci bénéficieront du présent article 6 dans les mêmes conditions que s'il s'agissait d'A...*, que l'article 8. version 2003 intitulé Contenu de tiers, prévoit *une grande partie du Contenu sur le service A... étant fournie par des tiers, ceux-ci bénéficieront du présent article 8 dans les mêmes conditions que s'il s'agissait d'A...*. Toutefois en utilisant le Contenu émanant d'un tiers, vous pouvez être soumis à d'autres conditions : AOL ne sera pas partie à aucun contrat qui pourrait découler de cette utilisation ;

Considérant d'une part ainsi que l'a pertinemment décidé le tribunal, la clause de limitation de responsabilité ayant été déclarée abusive, elle ne peut bénéficier à des tiers par ailleurs non contractants, sauf à porter atteinte au principe d'effet relatif des contrats qui n'ont force de loi qu'entre contractants ;

Considérant d'autre part ainsi que le relève l'U... , que le mécanisme de la stipulation pour autrui invoquée par la société A... ne permet que d'engager le stipulant, ici A... à l'égard du bénéficiaire , ici des tiers fournisseurs, alors que les clauses litigieuses ont pour effet d'engager le contractant du stipulant, ici le consommateur en édictant au profit de tiers et au détriment du consommateur une exonération de responsabilité et de garantie, au demeurant jugée non écrite, au profit d'un tiers au contrat, les clauses créant un déséquilibre significatif au détriment du consommateur auquel elle rend opposable des dispositions qui ne concernent que les propres rapports d'A... avec ces tiers ;

Que le jugement sera confirmé de ce chef ;

Considérant que la société A... relayée par l'A... conteste que l'article 10. §1 des CGU soit abusif , soutenant que le raisonnement tenu par le tribunal s'exonère de toute analyse du droit applicable au contrat d'abonnement qui implique une faculté permanente et réciproque de non renouvellement ou de résiliation unilatérale du contrat, même s'il est conclu avec des consommateurs, que les engagements perpétuels étant illicites la faculté de résiliation unilatérale doit être offerte à chacune des parties au contrat, que le conseil constitutionnel a lui-même posé le principe de la libre faculté de résiliation , ne reconnaissant qu' au législateur le droit de limiter cette faculté, l'abus dans l'exercice du droit de résiliation étant protégé par le juge, que la CCA dans sa recommandation 91-02 a décidé qu'est seulement abusif le fait de réserver aux seuls

professionnels la faculté de résilier de façon discrétionnaire sans accorder la même faculté au consommateur, que l'annexe visée à l'alinéa 3 de l'article L 132-1 du code de la consommation pose le même principe, qu'au cas particulier l'article 10.1 prévoit une faculté de résiliation unilatérale au bénéfice des deux parties, prévoyant une prérogative bilatérale, de telle sorte qu'il n'en résulte aucun déséquilibre significatif ;

Considérant que l'article 8§2 du contrat version 2000 prévoit que *chacune des parties peut résilier l'abonnement à tout moment et pour quelque raison que ce soit par notification écrite adressée à l'autre partie dans les formes prévues par l'article 10*, que l'article 10.1 1^{er} alinéa version 2003 prévoit la même faculté sauf à rajouter un délai de préavis ;

Considérant que les clauses en ce qu'elles prévoient une faculté réciproque de résiliation unilatérale satisfont certes aux dispositions de l'article 1134 du code civil et au principe de liberté qui induit la prohibition des engagements perpétuels, qu'en l'espèce la validité des clauses s'apprécie non au regard du droit commun mais des dispositions particulières du droit de la consommation qui imposent de veiller à la protection du consommateur ;

Que n'est pas en cause le droit pour chaque partie au contrat de s'en délier, si bon lui semble, mais les conditions dans lesquelles la résiliation peut intervenir de la part du professionnel ;

Que ces clauses qui permettent au professionnel de mettre fin sans motif précis à tous les contrats d'abonnement conclus quels qu'ils soient en privant discrétionnairement le consommateur du service qu'il avait choisi à des conditions auxquelles il a adhéré, créent à raison de sa généralité ou son imprécision instaurant une situation de précarité pour le consommateur, un déséquilibre significatif au détriment du consommateur et sont abusives au sens de l'article L 132-1 du code de la consommation ;

Que le jugement sera confirmé de ce chef ;

Considérant que par voie d'appel incident, l'U sollicite la réformation du jugement qui a rejeté ses demandes relativement à deux clauses contenues respectivement à l'article 2§6 version 2000 et l'article 5.1§6 de la version 2003, et l'article 8 § 6 version 2000 et l'article 10.2.1 version 2003 ;

Considérant que l'article 2 § 6 version 2000 prévoit que *"l'abonné est responsable de toute utilisation de son compte principal. quel que soit l'utilisateur. y*

compris les frais entraînés par une utilisation non autorisée des comptes, que l'article 5 1 § 6 prévoit en reprenant la précédente que l'abonné est présumé responsable de toute utilisation" ;

Considérant que ces clauses qui ne font, conformément au droit commun en matière de preuve qu'édicter une présomption de responsabilité du consommateur à raison de l'utilisation détournée ou usurpée de son compte n'emportent aucun déséquilibre significatif au détriment du consommateur dès lors que lui est laissée la faculté de rapporter le preuve d'une utilisation en fraude de ses droits de son compte dont il a seul la maîtrise ;:

Qu'elles ne sont pas abusives ;

Considérant que l'article 8 § 6 version 2000 autorise la société A... à mettre fin à l'abonnement sans préavis ni mise en demeure faute de respect d'au moins l'une des obligations qui vous incombent aux termes des présentes CGU et que ce manquement est de l'avis de A... particulièrement grave, que l'article 10.2.1 version 2003 prévoit qu'il peut être mis fin à l'abonnement de plein droit sans préavis ni mise en demeure préalable en cas de manquements graves de l'une des parties aux obligations essentielles découlant des documents contractuels" ;

Considérant que l'U... estime que ces clauses sont abusives en ce qu'elles ne définissent pas limitativement les causes de résiliation, en ce qu'elles permettent l'appréciation arbitraire du professionnel sur la gravité des manquements et en ce qu'elle n'est pas réciproque , l'U... dénonçant le caractère de généralité des clauses ;

Considérant que la clause résolutoire étant sous-entendue dans tous contrats synallagmatiques et les clauses tant dans le version 2000 que dans la version 2003 définissant la nature des manquements graves autorisant la résiliation immédiate du contrat par opposition aux manquements de moindre gravité pour lesquels d'autres sanctions sont prévues, et que la faculté de résiliation immédiate est réciproque, l'U... n'est pas fondée à exciper du caractère abusif du contenu des clauses qui n'emportent aucun déséquilibre significatif au détriment du consommateur ;

Que le jugement sera confirmé de ces chefs ;

B) sur les dommages et intérêts alloués à l'U

Considérant que la société A expose au soutien de son appel que les premiers juges n'ont pas justifié le principe même d'une condamnation au profit de l'U, que le préjudice subi est déjà réparé par la suppression des clauses litigieuses et que l'évaluation faite par le tribunal de la réparation pécuniaire ne répond pas à sa vocation légitime mais présente un caractère de sanction arbitraire et est discriminatoire ;

Qu'elle ajoute que le préjudice doit être évalué en tenant compte de sa bonne volonté et de son comportement, lesquels justifient sa bonne foi et conduisent à réduire voire à supprimer toute prétention de l'U ;

Considérant que dès lors que les clauses des contrats sont abusives y compris celles résultant de la version 2003, preuve de la résistance d'A, prévenue par l'U de la nécessité de mettre les contrats en conformité avec la réglementation, la conclusion de contrats comportant de telles clauses a porté atteinte à l'intérêt collectif des consommateurs dont l'U de par la loi assure la défense, que l'évaluation faite par le tribunal de ce préjudice en considération du nombre de clauses et du nombre même présumé des contrats conclus par A dont elle a tiré des profits incontestables, doit être approuvée sans que la société A puisse arguer du caractère de sanction pécuniaire des dommages et intérêts appréciés souverainement et correctement par le tribunal et du caractère discriminatoire de leur montant en contemplation du sort réservé à d'autres professionnels dans des situations nullement comparables ;

Que déboutant de l'appel principal comme de l'appel incident, le jugement sera encore confirmé de ce chef ;

Considérant que la société A qui succombe tant en première instance qu'en appel ne saurait exciper d'un préjudice résultant de l'exercice abusif du droit d'ester en justice de l'U alors que la procédure judiciaire a été rendue nécessaire pour contraindre la société A, à supprimer les clauses abusives ou illicites tant en ce qui concerne la version 2000 que celle 2003 ;

Que pour les mêmes motifs la société A n'est pas fondée à exciper de l'abus de droit commis dans l'exécution du jugement à laquelle l'U a en vertu de l'exécution provisoire légitimement procédé ;

Que la société A doit être déboutée de ses demandes de ce chef ;

Considérant que la société A qui succombe dans son appel doit être

condamnée à indemniser l'UI des frais irrépétibles qu'elle a été contrainte d'exposer en appel, que pour les mêmes motifs elle doit supporter la charge des dépens d'appel sauf ceux exposés par l'Assurés qui doivent rester à la charge de cette dernière ;

PAR CES MOTIFS

LA COUR, statuant en audience publique, par arrêt contradictoire et en dernier ressort,

DÉCLARE recevable l'intervention volontaire de l'Assurés

CONFIRME le jugement en toutes ses dispositions,

CONDAMNE la société Assurés à payer à l'UI la somme de 2500 € en application de l'article 700 du nouveau code de procédure civile,

CONDAMNE la société Assurés aux dépens sauf ceux de l'intervention volontaire de l'Assurés restant à sa charge avec faculté de recouvrement direct conformément à l'article 699 du nouveau code de procédure civile par ceux des avoués de la cause qui peuvent y prétendre..

Arrêt prononcé par Madame Francine BARDY, Président, et signé par Madame Francine BARDY, Président et par Madame Sylvie RENOULT, Greffier, présent lors du prononcé

Le GREFFIER,

Le PRESIDENT,