

**COUR D'APPEL  
DE  
VERSAILLES**

*Extrait des minutes de la Cour d'appel de Versailles*

**REPUBLIQUE FRANCAISE**

**AU NOM DU PEUPLE FRANCAIS**

**14ème chambre**

**ARRET N° 89**

**CONTRADICTOIRE**

**DU 04 FEVRIER 2004**

**R.G. N° 03/07368  
N° 03/08320**

**AFFAIRE :**

**S.A. O**

**C/  
Association U**

**LE QUATRE FEVRIER DEUX MILLE QUATRE,  
La cour d'appel de VERSAILLES, a rendu l'arrêt suivant dans l'affaire entre :**

**APPELANTE**

**S.A. O**

représentée par la SCP LISSARRAGUE DUPUIS BOCCON GIBOD, avoués  
assistée par Maître LIMBOUR, avocat au barreau de PARIS

**INTIMEE**

**Association U**

représentée par la SCP DEBRAY-CHEMIN, avoués  
assistée de Maître BRASSEUR, avocat au barreau de GRENOBLE

Décision déferée à la cour :  
jugement rendu le 10  
Septembre 2003 par le  
Tribunal de Grande  
Instance NANTERRE  
N° de chambre : 1ère  
chambre A  
RG n° : 3296/02

Expéditions exécutoires

Expéditions

Copies

délivrées le : **04 FEV. 2004**

à :

représentée par la SCP  
LISSARRAGUE DUPUIS  
BOCCON GIBOD

représentée par la SCP  
DEBRAY-CHEMIN

**Composition de la cour :**

L'affaire a été débattue à l'audience publique du 07 Janvier 2004 devant la cour  
composée de :

Monsieur Michel FALCONE, Président,  
Madame Geneviève LAMBLING, Conseiller,  
Madame Chantal LOMBARD, conseiller,

qui en ont délibéré,

Greffier, lors des débats : Madame Geneviève LAMBLING,

## FAITS ET PROCEDURE

La société O. offre un service de téléphonie mobile sous forme d'abonnement.

A ses contrats sont annexés des conditions générales d'abonnement.

L'ASSOCIATION U a estimé que 16 clauses de ces conditions générales étaient abusives ou illicites et en a demandé la suppression.

Par jugement du 10 septembre 2003 le Tribunal de Grande Instance de Nanterre, a :

- dit que sont abusives les clauses suivantes contenues aux articles :

- . 4-5 en ce qu'elle ne précise pas les modalités de restitution du dépôt de garantie,
- . 6 prévoyant une durée initiale de 12 mois,
- . 7-2 § 1 sur la date de réception de la déclaration pour vol,
- . 8-1 in fine sur la seule obligation de moyen,
- . 8.2 sur le changement du numéro d'appel pour "*contraintes techniques*",
- . 12-3 sur la tenue d'intérêt de retard fixée à 1,5 fois le taux légal sans information sur le point de départ,
- . 16-1 sur la date d'effet de la résiliation,
- . 16-1 in fine sur l'impossibilité de résilier pendant les 12 premiers mois.

- en conséquence, ordonné la suppression par la société O. de l'ensemble des clauses précitées sous astreinte,

- dit que la clause 12-3 § 2 sur les frais de gestion est illicite et l'a déclaré nulle,

- condamné la société O. à payer à l'U la somme de 7 500 euros à titre de dommages et intérêts,

- ordonné la publication du jugement dans le Monde, le Figaro et Libération et sur la page d'accueil de son site internet,

- ordonné à la société O. d'adresser à chacun de ses abonnés un message électronique dit "SMS" l'informant des modifications apportées à son contrat,

- ordonné l'exécution provisoire du jugement,

- condamné la société O. au paiement d'une indemnité de 4 000 euros par application de l'article 700 du Nouveau Code de Procédure Civile.

La société O. a interjeté appel de ce jugement.

Par ordonnance de référé du 21 novembre 2003 le Premier Président de cette Cour a arrêté l'exécution provisoire du jugement en ce qu'il a ordonné l'envoi de messages électroniques dit SMS aux abonnés et a fixé l'affaire prioritairement.

L'U a formé un appel incident.

La société O. demande à la Cour de :

- rejeter l'appel de l'U

- réformer le jugement en ce qu'il a :

- dit que sont abusives les clauses contenues aux articles 6 et 16-4 des conditions générales,

- dit qu'est abusive la clause contenue à l'article 8-1 in fine,

- ordonné à la société O. d'envoyer un SMS à chacun de ses abonnés,

- constater que les articles 6 et 16-4 des conditions générales n'emportent aucun déséquilibre au détriment du non professionnel ou du consommateur entre les droits et obligations des parties au contrat,

- constater que l'article 8-1 in fine des conditions générales n'emporte, en sa rédaction antérieure au jugement dont appel, aucun déséquilibre au détriment du non professionnel ou du consommateur entre les droits et obligations des parties au contrat,

- constater que l'U est mal fondée à demander l'envoi par la société O. d'un message électronique à chacun de ses abonnés,

- confirmer le jugement en ce qu'il a dit que les clauses contenues aux articles 4-1 § 1, 4-1 § 6, 7-1 § 3, 7-2 § 4, 8-1 § 1, 9-2-2 § 3 et 13-5 des conditions générales d'abonnement n'emportent aucun déséquilibre au détriment du non professionnel ou du consommateur entre les droits et obligations des parties au contrat.

L'U demande à la Cour de confirmer le jugement sur les points critiqués par la société O. et faisant droit à son appel incident de dire abusive les clauses complémentaires suivantes :

- article 4-1 autorisant une demande du dépôt de garantie à tout moment pendant la durée du contrat par l'opérateur,

- article 8-1 § 1 exonérant l'opérateur de toute responsabilité en raison de perturbation,

- article 7-1 § 3 et 9-2-2 rendant responsable l'abonné de toute utilisation frauduleuse de sa carte SIM ou de son code confidentiel,

- article 13-5 imposant à l'abonné de payer en cas de défaillance du tiers payant.

Elle sollicite le paiement d'une indemnité de 3 000 euros par application de l'article 700 du Nouveau Code de Procédure Civile.

### MOTIFS DE L'ARRÊT

Attendu que les dossiers n° 03/8320 et 03/7368 qui ont le même objet seront joints ;

Attendu qu'au vu du caractère limité des appels tant principal qu'incident ne sont pas remises en cause les dispositions du jugement qui ont dit que sont abusives ou illicites les clauses suivantes :

- . 4-5 interdisant la compensation entre les créances réciproques,
- . 7-2 § 1 sur la date de réception de la déclaration pour vol,
- . 8-2 sur le changement de numéro pour contraintes techniques,
- 12-3 sur le taux d'intérêt de retard,
- . 12-3 § 2 sur les frais de gestion de dossier,
- . 16-1 sur la date d'effet de la résiliation

et que ne le sont pas les clause suivantes :

- 4-1 § 6 sur l'incitation au prélèvement par virement automatique
- . 7-2 § 4 sur l'exonération de responsabilité en cas de fausse déclaration pour vol.

Attendu que les autres clauses dont l'U prétend qu'elles seraient abusives seront examinées successivement ;

Attendu que les textes régissant la matière sont les suivantes :

. article L 132-1 du Code de la Consommation :

*“Dans les contrats conclus entre professionnels et non professionnels ou consommateurs, sont abusives les clauses qui ont pour objet ou pour effet de créer, au détriment du non professionnel ou du consommateur, un déséquilibre significatif entre les droits et obligations des parties au contrat” ;*

- article R 132-2 du Code de la Consommation :

*“Dans les contrats conclus entre professionnels et non professionnels ou consommateurs, est interdite la 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” ;*

- une liste des clauses pouvant être regardées comme abusives publiée le 27 juillet 1999 par la Commission des Clauses Abusives, cette liste n'étant qu'indicative.

- L'article 4-1 § 1 :

Attendu que cet article est ainsi rédigé :

*“A la conclusion du contrat et le cas échéant pendant la durée de celui-ci, O. peut demander à l'abonné de lui remettre un dépôt de garantie lorsqu'il se trouve dans les situations suivantes :*

- *l'abonné n'a pas souscrit préalablement d'autre contrat d'abonnement auprès d'O*
- *en cas d'incident de paiement de l'abonné,*

- l'abonné sans justificatif de domicile fixe à son nom sur le territoire français,

- l'abonné sans chèque et/ou sans relevé d'identité bancaire, postal ou de caisse d'épargne à son nom ou lorsque l'établissement financier n'est pas domicilié en France,

- en cas d'absence de souscription d'autorisation de prélèvement automatique au profit d'O

Attendu que l'U. soutient que cette clause est abusive car elle permet à la société O. de modifier unilatéralement le contrat après sa souscription ;

Qu'O. répond que les hypothèses dans lesquelles la modification peut intervenir sont clairement énoncées dans le contrat et que le consommateur est parfaitement informé ;

Attendu que l'article R 132-2 du Code de la Consommation, sus-énoncé, interdit au professionnel de prévoir le droit de modifier unilatéralement les caractéristiques du bien à livrer ou du service à rendre ;

Que la seule exception prévue concerne des modifications liées à l'évolution technique, ce qui n'est pas le cas en l'espèce ;

Que la commission des clauses abusives recommande que soit éliminées des contrats, les clauses ayant pour objet ou pour effet d'autoriser le professionnel à exiger en cours du contrat un dépôt de garantie ou la production d'une caution ;

Attendu qu'il n'est pas contesté que la société O. a le droit de se faire remettre un dépôt de garantie à la conclusion du contrat ;

Qu'hormis le cas d'incident de paiement de l'abonné les autres situations sont connues dès la souscription du contrat ;

Que si la société O. n'estime pas utile de se faire remettre initialement un dépôt de garantie, elle ne peut le faire ultérieurement alors qu'aucun élément nouveau n'est intervenu sauf à bouleverser l'économie du contrat, le consommateur, dont la situation était connue, pouvant estimer que la société O. renonçait à la remise d'un dépôt de garantie ;

Qu'en ce qui concerne l'incident de paiement, ce fait est déjà sanctionné par des pénalités et peut toujours justifier la résiliation du contrat ;

Que de plus le montant du dépôt de garantie n'est pas précisé dans les conditions générales et figure seulement dans une fiche "tarif" dont il n'est pas certain qu'elle soit remise systématiquement à l'abonné ;

Attendu que la clause litigieuse non seulement est contraire aux dispositions de l'article R 132-2 du Code de la Consommation mais crée un déséquilibre significatif au profit du professionnel qui peut arbitrairement imposer au consommateur une obligation non justifiée par la survenance d'un fait nouveau ;

Que la clause donnant à O. la possibilité de demander la remise d'un dépôt de garantie pendant la durée du contrat est abusive ;

Que le jugement sera infirmé en ce sens ;

- Les articles 6 et 16 - 1 in fine

Attendu que ces articles sont rédigés ainsi :

Art. 6 : *“Le contrat est à durée indéterminée, avec une période initiale d'un an”*,

Art. 16-1 in fine : *“Toutefois lorsque l'abonné résilie avant la fin de la période initiale prévue à l'article 6 et sauf application des dispositions des articles 16-2 et 16-3 les redevances d'abonnement restant à courir jusqu'à l'expiration de cette période deviennent immédiatement exigibles”* ;

Attendu que l'article 16-3 prévoit que l'abonné peut mettre fin à son contrat dans des cas limitativement énumérés et que, en cas de résiliation par l'abonné qui ne serait pas justifiée par les motifs énoncés les dispositions de l'article 16-1 demeurent applicables ;

Attendu qu'il résulte de la combinaison de ces articles que le contrat peut être résilié à tout moment par l'abonné mais que si la résiliation intervient pendant la période initiale d'un an les redevances restant à courir seront immédiatement exigibles sauf si la résiliation est motivée par l'un des cas énoncés à l'article 16-3 ;

Attendu que la commission des clauses abusives recommande d'éliminer des contrats les clauses ayant pour objet ou pour effet d'imposer une durée minimale de 12 mois au contrat sans laisser au consommateur le choix d'une durée différente et sans prévoir la possibilité d'une résiliation anticipée pour motif légitime ;

Que le principe d'une durée minimale initiale n'est donc pas, en lui-même, constitutif d'un déséquilibre significatif au profit du professionnel mais doit nécessairement être assorti de la possibilité pour le consommateur de choisir une durée différente et de résilier par anticipation pour un motif légitime ;

Attendu que l'existence d'une période initiale est la contrepartie de la remise par O d'un terminal de communication pour un prix symbolique ;

Que le consommateur a la possibilité d'accéder à la téléphonie mobile par d'autres moyens que la souscription d'un contrat d'abonnement (système de carte pré-payée) qui ne le contraignent pas à s'engager pour une durée minimale ;

Que le choix qui lui est offert respecte suffisamment ses droits quant à la durée d'engagement ;

Mais attendu que le professionnel ne peut se faire juge du caractère légitime du motif invoqué par l'abonné pour résilier le contrat ;

Qu'en énumérant les cas limitatifs dans lequel la résiliation est possible sans indemnité, O prive l'abonné de la possibilité de résilier pour d'autres motifs que ceux énoncés et qui pourraient être considérés comme légitime par une juridiction ;

Que la référence au cas de force majeure au sens de la Cour de Cassation n'est pas suffisante dès lors que les notions de légitimité du motif et de force majeure sont différentes, celle-là imposant que l'événement invoqué soit extérieur à l'abonné alors que celle-ci peut être admise même si cette condition n'est pas remplie ;

Que les cas prévus par le contrat auraient pu être seulement indicatifs mais leur caractère limitatif crée, au profit de O un déséquilibre significatif puisque le professionnel impose au consommateur sa définition du motif légitime ;

Que pour cette raison, l'existence d'une période initiale d'un an, avec une possibilité de résiliation anticipée pour les seuls motifs énoncés limitativement par O est abusive ;

Qu'elle doit être supprimée sauf à O. à modifier les termes et l'article 16-3 en remplaçant le membre de phrase "dans les cas limitatifs suivants" par "pour des motifs légitimes", quitte à énoncer un certain nombre de cas à titre d'exemple ;

Que le jugement sera confirmé de ce chef ;

- L'article 7-1 § 3 :

Attendu que cet article prévoit que "en tout état de cause l'abonné est responsable de l'utilisation et de la conservation de sa carte en l'absence d'une faute commise par O. " ;

Attendu que l'U. soutient que par cette clause O. renverse la charge de la preuve ;

Attendu que doit être considérée comme abusive une clause qui exonère le professionnel de toute responsabilité en cas d'usage du service par une personne non autorisée même si cet usage a été rendu possible par une défaillance du professionnel ;

Que le professionnel ne peut pas faire supporter par l'abonné les conséquences de sa propre faute mais ne doit pas supporter celles de la négligence du consommateur ;

Attendu que si l'existence de "piratage" est un fait difficilement niable, il appartient à l'abonné de prendre toutes les précautions utiles pour non seulement éviter le vol de son appareil mais préserver le caractère confidentiel du code qu'il est seul à connaître ;

Que l'utilisation de la carte SIM par un tiers non autorisé qui a nécessairement pour origine une négligence de l'abonné ne relève pas de la responsabilité de O. ;

Que la clause stipulant que la responsabilité de l'utilisation et de la conservation de la carte incombe à son titulaire qui n'emporte aucune dispense de l'obligation de garantie au bénéfice de O. qui reste responsable des conséquences de sa propre faute, n'est pas entachée d'abus ;

Que le jugement sera confirmé en ce qu'il a dit que l'article 7-1 § 3 ne contient pas de clause abusive ;

- L'article 8-1 :

Attendu que cet article dispose :

"O. est responsable de la mise en place des moyens nécessaires à la bonne marche du service. Elle prend les mesures nécessaires au maintien de la continuité et de la qualité de service de radiotéléphonie.

A ce titre la responsabilité de O. ne sera pas engagée en raison de perturbation causées par des travaux d'entretien, de renforcement, de réaménagement ou d'extension des installations de son réseau ainsi qu'en cas de force majeure au sens de la jurisprudence de la Cour de Cassation ;

L'obligation de O. est une obligation de moyens" ;

Attendu que l'Union soutient que l'ensemble de cette clause est abusive car elle est contraire aux dispositions de l'article R 132-1 du Code de la Consommation et permet à O de ne pas exécuter ses obligations contractuelles du droit commun ;

Que O soutient, quant à elle, qu'elle n'est pas tenue à une obligation de résultat ;

Attendu que le contrat offert par O a pour objet de définir le service qui permet l'accès par voie hertzienne au réseau public de télécommunication ;

Que ce service permet à l'abonné d'émettre et de recevoir des communications nationales et internationales à partir de n'importe quel terminal agréé GSM conçu pour recevoir la carte SIM ;

Attendu qu'en sa qualité de prestataire des services O est tenu à une obligation de résultat envers l'abonné ;

Qu'elle est présumée responsable de tout dysfonctionnement sauf à elle à rapporter la preuve d'une cause étrangère ;

Que l'abonné privé de l'accès au réseau public de télécommunications n'est pas en mesure de connaître la cause de l'interruption du service qui lui est dû et encore moins de rapporter la preuve d'une faute de l'opérateur ;

O. Que dès lors en affirmant péremptoirement que son obligation est une obligation de moyens créé un déséquilibre significatif à son profit ;

Que le jugement sera confirmé en ce qu'il a ordonné la suppression du dernier aliéna de l'article 8-1 ;

Attendu sur le premier alinéa que la référence par l'Union à l'article R 132-1 du Code de la consommation est inopérante dès lors que cet article ne concerne que les contrats de vente ce qui n'est pas le cas en l'espèce ;

Mais attendu que la commission des clauses abusives a considéré que sont abusives les clauses qui assimilent à des cas de force majeure des événements tels que dysfonctionnement du réseau, défaillance, incendie, émeutes ou conflit du travail et celles qui exonèrent le professionnel de toute responsabilité en cas de dysfonctionnement, perturbation, voire de tout problème quel qu'il soit ;

Attendu que si O est tenue de prendre les dispositions nécessaires pour assurer de manière permanente et continue l'exploitation du réseau, les perturbations causées par les travaux d'entretien ou autres ne constituent pas pour elle une cause étrangère ;

Qu'en cas d'intervention sur le réseau, il lui appartient de prendre toutes précautions utiles pour éviter une interruption de service et en cas d'impossibilité, l'abonné doit être indemnisé qu'elle que soit la durée de l'interruption ;

Que la clause qui permet à O de ne pas assurer la prestation due pendant deux jours consécutifs sans contrepartie crée un déséquilibre significatif à son profit ;

Qu'elle est abusive et doit être supprimée ;

Que le jugement sera infirmé en ce sens ;

- Article 9-2-2 :

Attendu qu'aux termes de cet article "*la responsabilité de O. ne saurait être engagée en cas d'utilisation de ce code (code confidentiel permettant d'accéder à la messagerie) par un tiers*" ;

Attendu que les motifs développés à propos de l'article 7-1 § 3 sont applicables à l'article 9-2-2 ;

Que pour ces motifs auxquels il est renvoyé le jugement sera confirmé en ce qu'il a dit que la clause n'était pas abusive ;

- Article 13-5 :

Attendu que cet article est ainsi rédigé :

*"En cas de défaillance du tiers-payeur, l'abonné n'est pas exonéré de son obligation de paiement"* ;

Attendu que l'article 2-2 des conditions générales précise que l'abonné est la personne signataire du contrat ;

Qu'en sa qualité de co-contractant c'est lui qui, bénéficiaire du service, est débiteur des obligations qui en sont la contre-partie ;

Que la délégation de paiement aux termes de laquelle un tiers s'engage à payer les factures, n'opère pas novation, dès lors que le créancier n'a pas expressément déclaré qu'il entendait décharger son débiteur (article 1275 du Code Civil) ;

Que contrairement à ce que soutient l'U la clause qui prévoit que le débiteur doit payer sa dette n'est pas abusive ;

Que le jugement sera confirmé de ce chef ;

Sur l'envoi de messages électroniques dit SMS

Attendu que par des dispositions non critiquées, le tribunal a ordonné la publication de son jugement dans trois journaux et sur la page d'accueil du site internet d'O. ;

Que ces mesures sont de nature à informer les abonnés ;

Que l'envoi de messages électroniques dit SMS se heurte à des difficultés techniques tenant au nombre de caractères qui ne permet pas une information utile des destinataires ;

Qu'une telle mesure ne sera pas ordonnée et le jugement infirmé en ce sens ;

Attendu que O. qui succombe pour l'essentiel supportera les dépens et versera à l'U une indemnité complémentaire de 3 000 euros (trois mille euros) par application de l'article 700 du Nouveau Code de Procédure Civile.

**PAR CES MOTIFS**

Statuant publiquement, par arrêt **CONTRADICTOIRE** et en dernier ressort,

Ordonne la jonction des dossiers n° 03/8320 et 03/7368,

Statuant dans les limites des appels tant principal qu'incident,

Constate que ne sont pas remises en cause les dispositions du jugement concernant les articles :

- 4.5
- 7.2 § 1
- 8.2
- 12.3
- 12.3 § 2
- 16.1
- 4-1 § 6
- 7-2 § 4

Infirme le jugement en ses dispositions concernant les articles 4.1 § 1 et 8.1,

Statuant à nouveau de ce chef,

Dit que sont abusives les clauses suivantes contenues aux articles :

- 4.1 § 1 en ce qu'elle permet à O. de demander la remise d'un dépôt de garantie pendant la durée du contrat,

- 8.1 sur l'absence de responsabilité de O. en raison de perturbations causées par des travaux d'entretien de renforcement, de réaménagement ou d'extension des installations de son réseau,

L'infirme également en ce qu'il a ordonné à la société O. d'adresser à chacun de ses abonnés un message électronique dit SMS,

Confirme le jugement pour le surplus,

Condamne la société O. à payer à l'U. une indemnité complémentaire de 3 000 euros (trois mille euros) par application de l'article 700 du Nouveau Code de Procédure Civile,

La condamne aux dépens d'appel qui seront recouvrés par la S.C.P. DEBRAY-CHEMIN, avoués, conformément à l'article 699 du Nouveau Code de Procédure Civile.

Arrêt prononcé et signé par Monsieur Michel FALCONE, Président et par Madame Marie-Pierre LOMELLINI, Greffier présente lors du prononcé

Le GREFFIER,



Le PRESIDENT,

