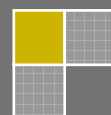
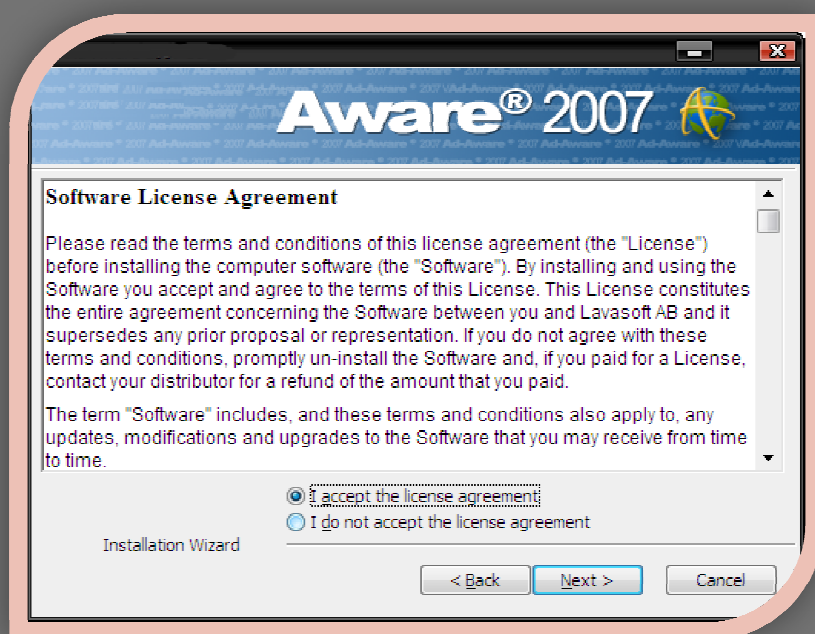


2010

Droit des sociétés et des contrats

Mémo sur la responsabilité en matière informatique

Brève étude des contrats numériques, ces quelques paragraphes auxquels on soumet un vague "J'accepte et comprends les conditions générales d'utilisation". Quelle place ont ces accords acceptés sans concession?



Sommaire

Introduction.....	2
I. Les contrats numériques sont-ils une réelle adaptation des écrits?.....	3
a. Authenticité.....	3
b. Peut-on les assimiler à des cas de jurisprudence?	4
II. Sachant qu'il y a peu de cas de jurisprudence, ont-ils un réel poids?.....	6
a. Sur quelles bases peut-on juger?	6
b. Comment sont analysées les clauses ?.....	8
Annexes	9
a. Une condamnation exemplaire d'un spammeur français	9
b. Condamnation d'une agence de voyages en ligne.....	9
c. CGU de Google	9

Introduction

Notre sujet a pour thème le droit et l'informatique et portera sur les contrats numériques. Et tout particulièrement sur les Conditions générales d'utilisation. Il s'agit d'un contrat qui octroie une licence d'utilisation en échange de l'acceptation des clauses. Nous le rencontrons dès que nous installons un logiciel, ou utilisons un service numérique. Nous sommes confrontés à deux choix : « j'accepte » ou « je n'accepte pas ». Par habitude, nous acceptons sans nous préoccuper du contenu, toutefois si l'on s'y intéresse nous sommes parfois confrontés à un jargon d'initiés, donc peu claires pour l'utilisateur lambda.

Peut-on affirmer l'authenticité de la signature ? Le contrat a-t-il une valeur légale ? Est-ce la même qu'un contrat écrit ? Est-il écrit par des juristes ? Qu'en est-il des clauses abusives ? Y a-t-il une jurisprudence pour non respect du contrat ? Sachant qu'internet est réputé sans frontière, quelles lois régissent ces contrats : est-ce la loi du pays d'origine de l'utilisateur ou du créateur ? Existe-t il un droit universel sur internet ? Les clauses, pour un même logiciel, sont-elles identiques dans chaque pays ?

Tout l'intérêt de ce sujet réside dans le fait que nous sommes quotidiennement confrontés à ce type de contrat. Nous allons donc nous intéresser au contenu et aux clauses en nous appuyant sur des exemples, des faits concrets, voir si possible des jurisprudences.

En effet, nous allons comparer un contrat **manuscrit**, où la signature garantit la connaissance et l'acceptation des clauses et où le contrat est matérialisé, avec un contrat **numérique**, où l'utilisateur est seul face à son ordinateur.

Lorsque l'on signe un contrat de manière manuscrite, on y appose notre accord, qui est en règle générale incontestable, mais qu'en est-il du contrat numérique ?



I. Les contrats numériques sont-ils une réelle adaptation des écrits?

Tout d'abord, il faut rappeler qu'un contrat est une convention particulière. La **convention**, elle, est un accord de volonté entre au moins deux personnes, qui a créé, met fin ou modifie une obligation (contrat de type juridique). Le **contrat** a pour particularité de ne servir qu'à créer une ou plusieurs obligations.

En France, les contrats sont tous dits **consensuels** : ils sont conclus et valides par le seul échange des consentements de toutes les parties. La forme, donc libre, du consentement (son extériorisation, la façon dont on dit oui), est connue comme étant librement choisie par un ou l'ensemble des contractants.



La **preuve** du contrat peut prendre n'importe quelle forme. En pratique, on a souvent recours à un acte authentique, c'est-à-dire passé devant notaire, qui est préconisé dès lors que de fortes sommes ou des règles de pouvoirs sont en jeu. Et c'est ici que se pose une question intrigante! Sachant qu'un contrat numérique est parfois édité par un incompetent, et que les personnes s'y pliant ne prennent pas le temps de le lire, sont-ils réellement équivalents aux contrats faits par des professionnels?

a. Sont-ils authentiques?

La matérialisation du contrat n'est pas obligatoire pour qu'il soit valable. On choisit en général un acte écrit pour des raisons de sécurité, de preuve ou d'assurance de l'existence du contrat et du contenu. La matérialisation est importante dès lors que la loi requiert l'information de tiers. On parle alors de **formalisme à fins publicitaires**. La loi impose parfois l'enregistrement de ce type de contrat sur un registre que les tiers ont la possibilité de consulter.

Selon l'art 1108 du Code Civil, 4 conditions sont nécessaires à la validité d'un contrat :

- Le **consentement** de la partie qui s'oblige.
- Sa **capacité** à contracter.
- Un **objet** certain qui forme la matière de l'engagement.
- Une **cause** licite.

Soin de la rédaction

La lecture de certaines CGU (Conditions générales d'utilisation) font froid dans le dos, tant en grammaire qu'en orthographe. Pourtant il est plus qu'important de bien s'exprimer. Certaines inattentions, dans la ponctuation par exemple, peuvent changer le sens des obligations inscrites! Pour exemple, le 25 mars 1988 à la Cour d'appel de Paris : la virgule mal placée d'une clause prévoyant que "le fournisseur garantit la maintenance du système, et la mise à niveau technologique gratuitement pendant une durée de cinq ans..." a permis au "fournisseur de prouver qu'ils n'appliquaient la gratuité du service seulement à la mise à niveau et ne s'étendait pas à la maintenance!

Imaginez donc les décisions que pourraient prendre des juges face à des phrases du type :

*« 5.3.4.1 La sécurité de votre Compte est la seule responsabilité de vous-même et notre Société D**** ne pourra pas être prise pour responsable des dommages que pourrais subir votre Compte ou votre ordinateur personnel suite à la perte ou au partage des identifiants ou mot de passe de votre Compte chez nous. »*

Clauses contradictoires

C'est un phénomène très courant, constaté sur beaucoup de contrats faits en amateur. L'auteur aborde de multiples questions auxquelles il est sensé appliquer des règles, ce qui le pousse à répondre au même problème deux fois différemment! Résultat : on obtient un texte incohérent que les juges seraient, en cas de litige, amenés à interpréter par leur propre vision des circonstances. La plupart du temps, le tribunal décidera de trancher lui-même en prenant une unique cause qui primera.

b. Peut-on les assimiler à des cas de jurisprudence?

Nous pouvons remarquer qu'il est assez compliqué de trouver des cas de jurisprudence pour non respect des conditions générales d'utilisation. En effet, bien qu'il s'agisse de contrats en bonne et



due forme, beaucoup de problèmes persistent. Ces problèmes sont pourtant très peu résolus en se basant sur les CGU, peu de leurs auteurs vont jusqu'à poursuivre en justice les contrevenants. Comme dit précédemment, les clauses sont souvent floues, peu explicites et le contrat fait souvent des dizaines de pages. Ainsi, les utiliser est très risqué puisque la qualité de ces contrats rend bien plus probable le fait que la partie adverse obtienne gain de cause! Bien qu'écrits noir sur blanc, ces lignes sont facilement manipulables à l'avantage de la partie adverse car, pour la plupart des cas, elles ne sont pas rédigées par des juristes.

Penchons-nous tout de même sur deux jurisprudences basées sur les CGU :

Le premier cas date de juin 2004. La plainte a été conjointement déposée par Microsoft, société éditrice de Hotmail, et AOL fournisseur d'accès à internet (cf. annexe a.). En effet, une société avait utilisé ces deux services afin de faire un envoi massif de 1 million de courriers électroniques dans un but publicitaire, procédé que l'on appelle communément « spam ». Cette société aurait ainsi outrepassé les droits qui lui étaient octroyés avec la licence des logiciels. Cette poursuite judiciaire a fait suite à beaucoup de plaintes déposées anonymement à la CNIL (Commission Nationale de l'Informatique et des Libertés). Les plaignants ont obtenu des dommages et intérêts.

Le second cas concerne la société VSM, éditrice du site www.lastminute.com, poursuivi par UFC-QueChoisir, l'association de consommateurs d'Europe Occidentale

L133-2 du code de la consommation selon lequel « les clauses des contrats proposés par les professionnels aux consommateurs ou aux non-professionnels doivent être présentées et rédigées de façon claire et compréhensible ».

qui demeure la seule association concernée par ce type de délits. La plaignante principale a fait souligner la présence de clauses illicites et abusives sur le site. De plus, lors d'un achat, il lui avait été impossible de lire et accepter les CGU : aucune acception n'était nécessaire pour valider la commande (cf. annexe b.). Dans ce cas aussi, la société accusée a été condamnée.

Ainsi nous avons pu mettre en lumière plusieurs choses grâce à ces deux exemples. Il faut tout d'abord que l'abus soit grossier, irréfutable, et gênant pour un grand nombre d'utilisateurs. En effet les juges se sont basés sur le nombre important de personnes touchées par ces sociétés en tort. De plus dans le deuxième cas, UFC Quechoisir n'a pas attaqué uniquement l'absence de contrat de vente visible mais aussi son contenu général.

Nous pouvons donc confirmer que, même si les conditions générales d'utilisations sont obligatoires, leur contenu est souvent totalement méconnu et beaucoup de clauses abusives peuvent y être glissées. Nous avons aussi pu remarquer qu'il n'existe pas vraiment d'association de consommateurs spécialisées sur le droit Internet, et lorsque des associations généralistes engagent des poursuites contre des sociétés dans ces cadres, leurs argumentations se basent la plupart du temps sur le droit civil ou commercial et non sur une quelconque législation spécifique à l'informatique.



II. Sachant qu'il y a peu de cas de jurisprudence, ont-ils un réel poids?

Il est donc certain que parmi le peu de plaintes et de procès en matière de droits numériques, ceux qui en ressortent sont des affaires ayant pris de grandes proportions. Seuls les cas impliquant de gros préjudices sont passés devant les tribunaux, et ce pour appliquer une loi parallèle ou invoquer le "bon sens". Mais il faut tout de même élargir le sujet : comment pouvoir s'occuper de ces litiges qui peuvent arriver à n'importe quel citoyen du monde? Quelles limites géopolitiques peut-on attacher à un contrat passé avec la Terre entière? Que sommes nous obligés de conserver ou craindre en tant qu'utilisateur? Que stipulent les contrats quant aux lois du pays à appliquer? Etudions les clauses de ce type de contrats atypiques...

a. Sur quelles bases peut-on juger?

Les logiciels et Internet pouvant être utilisés dans le monde entier : comment appliquer la loi?

Lors de la lecture de CGU, nous avons remarqué que pour certain produit, l'utilisateur le créateur et les droits qui régissent le contrat peuvent être de plusieurs **pays différents**.

En effet, nous avons étudié plusieurs CGU afin de nous appuyer sur des exemples. Dans cette partie nous parlerons des CGU des Service Google, du jeu vidéo Allods Onlines et du site internet Airlines-Manager.com.



Nous avons pus constater que, dans le cas de la société américaine Google (cf. annexe c.), c'est les droit **anglais** qui s'applique :

« Les présentes Conditions et vos droits et obligations envers Google tels que prévus aux présentes seront régis par le droit anglais »

Pour Allods qui appartient aussi a une entreprise américaine Gala-net, c'est le droit **Irlandais** qui est utiliser.

« Le présent contrat sera réputé avoir été fait et exécuté en Irlande sans égard aux conflits de lois, et tout litige découlant du présent contrat sera réglé conformément à la législation irlandaise. »



Le site www.Airlines-manager.com n'admet quant à lui aucune précision sur le caractère géopolitique des lois s'y appliquant. Cependant, étant développé en France, par un français, et utilisé en majorité par des français ; il semble "logique" que le droit Français soit utilisé. Mais qu'en dirait un juge en cas de litige?

Il est donc possible, pour les entreprises multinationales, de choisir les lois qui régiront leurs produits. Par conséquent, l'entreprise doit préciser au contracter la langue utilisée. En effet, si nous reprenons l'exemple de Google, il est mentionné dans la CGU que celle-ci a été rédigée en Anglais. Ainsi, en cas de litige de traduction, la version anglaise aura le seul et unique poids décisif :

« Seules les versions des Conditions en langue anglaise régiront vos rapports avec Google. »

Cependant, nous nous sommes interrogé sur la façon dont la justice pouvait faire respecter ces lois, puisqu'internet est réputé sans frontière! Grâce à www.legifrance.gouv.fr, nous avons pu constater que selon la directive européenne du 8 juin 2000, il existait des lois européennes contrôlant les contrats numériques. Celles-ci ont été transposées dans le code civil français à l'article 1369-1, sous le nom de « contrats sous forme électronique ».

« la voie électronique peut être utilisée pour mettre à disposition des conditions contractuelles ou des informations sur des biens ou services. ».

Cet article comporte 4 obligations, qui permettent de matérialiser le contrat numérique en imposant certaines règles de conservation et de rédaction. Cependant, après quelques recherches, il s'est avéré que ces contrats restent tout de même facilement contestables. Le contrat doit donc pouvoir être réalisé de telle sorte qu'il puisse être conservé et reproduit (imprimé). Le contrat est supposé valable tant que l'offre reste accessible électroniquement ; il doit aussi être rédigé selon des critères précis ; et doit être obligatoirement conservé par le contractant.

b. Comment sont analysées les clauses ?

Depuis que les contrats numériques existent, nous avons toujours entendu parler de clauses abusives. Notamment concernant la sécurité de nos informations personnelles ou la divulgation de nos adresses e-mail à des entreprises spécialisées dans la communication, qui sont des exemples parmi tant d'autres. Nous nous sommes donc demandé quelles protections juridiques étaient à la disposition des utilisateurs. Les lois sont-elles rédigées ? En effet, lorsqu'on lit les CGU de Google et qu'il est stipulé que toutes nos informations pourront être divulguées au filiale dont Google. Inc est la maison mère, nous ne pouvons craindre qu'un abus de la part du géant du web.



Suite à de nombreuses recherches, nous avons constaté qu'il existait des lois et commission chargée de ce type de contrôle. Dès 1993, des décrets européens ont été votés pour contrôler les clauses de contrat, quel que soit le type de celui-ci. Il s'agit de la Directive 93/13/CEE du Conseil du 5 avril 1993.

Mais il faudra attendre le début des années 2000 pour avoir les premières actions concernant les clauses numériques, et notamment en 2005, grâce à l'article 1369 cité dans la partie précédente. En 2009, la loi commence à appliquer de réelles sanctions aux clauses numériques abusives. La loi française a répertorié dans "liste noire" et "liste grise" des clauses considérées comme abusives. Afin de limiter les agissements des entreprises et informer l'utilisateur sur ses droits. Cela implique, si une clause répertoriée dans l'une de ces listes est concernée, qu'elle est interdite de parution dans le contrat. Si une prévenance de la liste noire apparaît malgré cela, elle est considérée comme non-écrite ! Si une clause provenant de la liste grise apparaît sur un contrat, elle est seulement soumise à une étude d'approfondissement. Ces conditions sont répertoriées dans le décret n° 2009-302 du 18 mars 2009 portant application de l'article L. 132-1 du code de la consommation.



Nous avons pu trouver quelques exemples d'entreprises condamnées, notamment parmi les fournisseurs d'accès internet (FAI) qui ont été sujets à de nombreux rappels à l'ordre. Pour exemple AOL, en juin 2004, qui fut condamné suite à la constatation de 21 clauses sur 36 jugées abusives.

D'autre part, une commission de 13 magistrats a été créée. Sa fonction est d'exercer des pressions sur les professionnels "penchants vers le malhonnête". Bien que cette commission soit officialisée, les clauses dites abusives révélées par les magistrats n'entraînent que très peu de poursuites judiciaires. On remarque d'ailleurs une tendance à "attendre le litige" puisque lorsqu'un consommateur rapporte une clause en commission et que celle-ci est déclarée comme abusive, elle est très souvent rapidement considérée comme nulle...

Annexes

a. Une condamnation exemplaire d'un spammeur français

15 juin 2004

Dans le cadre de son action contre le spam, la CNIL se félicite de la condamnation prononcée le 5 mai 2004 par le Tribunal de commerce de Paris à l'encontre d'une entreprise française à l'origine d'envoi massif de courriers électroniques non sollicités, plus communément appelés « spams ». La CNIL espère que cette décision aura un effet dissuasif auprès des entreprises françaises qui continueraient à méconnaître les règles applicables en matière de prospection commerciale par courrier électronique.

Cette décision fait suite à une plainte déposée conjointement par les sociétés Microsoft, editrice du service de messagerie gratuite Hotmail et AOL France, fournisseur d'accès à Internet. Celles-ci reprochent à l'entreprise mise en cause d'avoir utilisé leurs services pour procéder à l'envoi d'un million de courriers électroniques publicitaires non sollicités assurant la promotion de divers articles de football, via plusieurs sites édités par cette entreprise.



Selon les sociétés demanderesse, cette entreprise a méconnu les conditions générales d'utilisation de leurs services qui interdit explicitement la pratique du spamming. Le juge a fait droit à leur demande en la condamnant à 10 000 € de dommages et intérêts et à 12 000 € de frais de procédure sur le fondement de la violation des conditions contractuelles du service de messagerie gratuite de Microsoft et du service d'accès Internet d'AOL. Il a également ordonné l'interdiction permanente pour cette entreprise d'adresser des courriers électroniques non sollicités par l'intermédiaire des services proposés par les sociétés parties au litige.

Dans le cadre de l'action en justice entreprise par les sociétés requérantes, la CNIL leur avait transmis, sous forme anonyme, tous les éléments relatifs aux plaintes enregistrées auprès d'elle concernant cet émetteur de courriers électroniques non sollicités.

Dans une autre affaire, la CNIL est appelée à témoigner lors du procès contre une entreprise qu'elle avait dénoncée au parquet le 24 octobre 2002, à l'issue de l'opération « boîte à spam ». L'audience devant le Tribunal correctionnel de Paris a été fixée au 25 juin prochain.

<http://www.cnil.fr/la-cnil/actu-cnil/article/article//une-condamnation-exemplaire-dun-spammeur-francais/>

b. Condamnation d'une agence de voyages en ligne

Le [tribunal de grande instance de Bobigny](#) a rappelé que le droit de la consommation s'appliquait également aux ventes en ligne en condamnant la société Voyages sur mesures (VSM) à retirer de ses conditions générales de vente 20 clauses jugées illicites et 9 autres qualifiées d'abusives. En l'espèce, suite à une étude des conditions générales de vente pratiquées par les agences de voyage en ligne, UFC-Que Choisir a constaté un certain nombre d'anomalies au sein de celles de VSM, disponibles sur le site www.lastminute.com. En outre, le processus d'achat en ligne ne garantissait pas que le consommateur ait vraiment pris connaissance de ces dispositions, contrairement à l'obligation faite par l'article L133-2 du code de la consommation selon lequel « les clauses des contrats proposés par les professionnels aux consommateurs ou aux non-professionnels doivent être présentées et rédigées de façon claire et compréhensible ». Le tribunal a donc suivi l'association dans ses demandes malgré les modifications apportées dans les contrats litigieux. En effet, les juges ont souligné « l'intérêt de voir discutée la totalité des clauses critiquées y compris celles modifiées voire supprimées dans la mesure où ces clauses pourraient être ultérieurement reprises ». VSM a également été condamnée à payer 30 000 € à titre de dommages-intérêts à l'association UFC-Que Choisir en raison du nombre importants de clauses concernées.



http://www.legalis.net/breves-article.php3?id_article=1629

c. CGU de Google

<http://www.google.com/accounts/TOS?hl=fr&loc=fr>