

Faut-il supprimer l'article L. 34-2 C. Postes et communications électroniques ?*

Eve Matringe
Docteur en droit privé
Centre de droit privé fondamental
Université de Strasbourg
e-mail : matringe@unistra.fr

Introduction

L'article L. 34-2 CPCE dispose que « La prescription est acquise, au profit des opérateurs mentionnés à l'article L. 33-1, pour toutes demandes en restitution du prix de leurs prestations de communications électroniques présentées après un délai d'un an à compter du jour du paiement. La prescription est acquise, au profit de l'utilisateur, pour les sommes dues en paiement des prestations de communications électroniques d'un opérateur appartenant aux catégories visées au précédent alinéa lorsque celui-ci ne les a pas réclamées dans un délai d'un an courant à compter de la date de leur exigibilité ». La brièveté du délai de l'article L. 34-2 résulte d'une considération pratique.

En 2001, dans le cadre de la loi relative à la sécurité quotidienne¹, le gouvernement a voulu permettre aux autorités judiciaires d'accéder aux données de connexion que les opérateurs conservaient déjà pour effectuer leurs opérations de facturation². La loi ne remet pas en cause le principe de l'obligation pour les opérateurs de télécommunication³ « d'effacer ou de rendre anonyme toute donnée relative à une communication dès que celle-ci est achevée ». Toutefois, les opérateurs de télécommunication sont désormais astreints à la conservation de certaines données de connexion (identité des personnes et caractéristiques techniques de la communication) jusqu'à la fin de la période au cours de laquelle la facture peut être légalement contestée ou des poursuites engagées pour en obtenir le paiement. Le texte indique ensuite que le délai de prescription est d'un an à compter de l'exigibilité de la facture⁴.

Il est curieux d'édicter un délai de prescription des actions en paiement des parties à un contrat en fonction d'impératifs de sécurité publique⁵. La conservation des données est désormais un service rendu par les prestataires de fourniture de communications électroniques à l'Etat, celui-ci étant tenu de verser une contrepartie financière⁶ qui s'ajoute à la rétribution ponctuelle des relevés de communications fournis aux services de police⁷. De plus, en pratique, les débats montrent que les parties fondent leur réclamation sur les

* La paternité de ce titre revient au(x) lecteur(s) anonyme(s) que je remercie pour sa/leur contribution. Je tiens également à remercier M. Jacques MARION, Premier président de la Cour d'appel de Colmar, ainsi que le personnel du greffe de la juridiction de proximité de Strasbourg et tout spécialement Mme Nathalie RECK, greffier, de l'aide qu'ils m'ont apportée pour l'étude des décisions pertinentes.

1 Loi n°2001-1062 du 15 nov. 2001 relative à la sécurité quotidienne, article 29.

2 Amendement n°9, présenté par le Gouvernement à la séance du 6 octobre 2001.

3 Les FAI sont compris dans la notion d'opérateurs de télécommunication car l'article 33-1 CPCE visent ceux qui établissent et exploitent des réseaux ouverts au public et fournissent au public des services de communications électroniques.

4 Ce délai de conservation est le même que celui des données dont la conservation est exigée des FAI ou hébergeurs par le décret n°2011-219 du 25 févr. 2011, publié au JORF du 1er mars 2011, relatif à la conservation et à la communication des données permettant d'identifier toute personne ayant contribué à la création d'un contenu mis en ligne. Le délai court à compter de chaque connexion ou contribution à un contenu ou, s'agissant des informations personnelles du compte ou du contrat, à compter de la clôture de ce compte.

5 Il est à noter que la constitutionnalité des dispositions relatives à la conservation des données de connexion risque d'être contestée en raison du défaut de nécessité et de proportionnalité au regard des objectifs poursuivis par le législateur. V. sur ce point D. DESHAYES et D. REINHOLD, « L'inconstitutionnalité des dispositions allemandes relatives à la conservation des données de connexion », *Communication Commerce électronique* 2010/12, étude 24. V. également A.-C. LORRAIN et G. MATHIAS, « Données de connexion : la publication du premier décret ou la première pierre d'un édifice encore inachevé », *RLDI* 2006/17, n°501, p. 35.

6 Article L. 34-1 III CPCE.

7 Article L. 34-1-1 CPCE : « Afin de prévenir les actes de terrorisme, les agents individuellement désignés et dûment habilités des services de police et de gendarmerie nationales spécialement chargés de ces missions peuvent exiger des opérateurs et personnes mentionnés au I de l'article L. 34-1 la communication des données conservées et traitées par ces derniers en application dudit article.

factures et non sur les données de connexion⁸.

Il serait par conséquent plus judicieux d'établir d'une part une durée maximale de conservation des données de connexion à fin d'information judiciaire dans le cadre des relations entre la police et les opérateurs de télécommunications, d'autre part de soumettre les actions en paiement des parties à un contrat de fournitures de prestations électroniques au délai de prescription de droit commun.

Cette justification pratique discutable explique également le champ d'application limité de l'article L. 34-2 CPCE que nous envisagerons en premier lieu (I) pour étudier ensuite les modifications conventionnelles qui seraient susceptibles d'intervenir pour élargir le domaine d'intervention de ce texte (II). L'étude de ces différents corps de normes montre d'une part qu'il est malaisé de les combiner avec l'article L. 34-2 CPCE, d'autre part, que cette difficulté de maniement entraîne une quasi-inutilité, voire une utilisation dévoyée.

I. L'article L. 34-2 : une disposition spéciale au champ d'application réduit

Peu connu des usagers de communications électroniques, ce texte leur est pourtant fréquemment opposé par les prestataires de communications électroniques, à plus ou moins bon escient, dès lors que l'enjeu du litige les conduit à se présenter devant le juge. Cependant, le maniement de ce texte n'est pas aisé. Le domaine d'application de ce texte est précisément délimité par la loi (A), à défaut de quoi, le droit commun de la prescription trouve à s'appliquer (B).

A. Une délimitation légale précise

L'article L. 34-2 du Code des postes ne s'applique en principe qu'aux actions en paiement ou en revendication de paiements indus du prix des prestations de communications électroniques. Par conséquent, les actions en responsabilité à l'encontre des FAI ou des opérateurs téléphoniques pour manquement à leurs obligations ne sont pas soumises à ce bref délai mais relèvent du délai de droit commun applicable à l'action en responsabilité contractuelle⁹. Antérieurement à la réforme de la prescription civile par la loi n°2008-561 du 17 juin 2008, le délai de prescription de droit commun était de trente ans dans les relations entre particulier et professionnels et de dix ans en matière commerciale. Le délai de droit commun est désormais de cinq ans dans les deux cas.

L'article L. 34-2 CPCE appelle également à préciser la notion d'usager. A l'origine, ce court délai de prescription n'avait vocation à s'appliquer qu'aux actions en paiement entre l'usager et le service public de la Poste et de France Telecom¹⁰, ce qui explique l'emploi du terme « *d'usager* » au lieu de celui « *d'utilisateur* »¹¹. Aujourd'hui, dans la mesure où le texte ne distingue pas, il semble qu'il y a lieu de

Les données pouvant faire l'objet de cette demande sont limitées aux données techniques relatives à l'identification des numéros d'abonnement ou de connexion à des services de communications électroniques, au recensement de l'ensemble des numéros d'abonnement ou de connexion d'une personne désignée, aux données relatives à la localisation des équipements terminaux utilisés ainsi qu'aux données techniques relatives aux communications d'un abonné portant sur la liste des numéros appelés et appelants, la durée et la date des communications.

Les surcoûts identifiables et spécifiques éventuellement exposés par les opérateurs et personnes mentionnés au premier alinéa pour répondre à ces demandes font l'objet d'une compensation financière ».

8 Ainsi, les décisions rendues en 2007, 2009 et 2010 par la juridiction de proximité de Strasbourg, soit 77 litiges relatifs à la fourniture de prestations de communications électroniques, ne comportent que deux cas dans lesquels l'article L. 34-2 CPCE était invoqué. Les décisions des Cours d'appel montrent également que les débats ne portent pas sur la réalité des connexions : CA Colmar, 1er mars 2010, RG n°08/04584 (factures), CA Versailles, 7 janvier 2010, RG n°08/06598, JurisData n°2010-380766 (courriers et documents contractuels), CA Douai, 8 février 2010, RG n°09/02079 (factures, déclaration du débiteur, conditions générales, courriers).

9 V. par ex. Juge prox. Montreuil, 26 mars 2010, RG n°91-09-000067 : le titulaire d'un abonnement internet engage la responsabilité contractuelle du FAI pour mauvaise exécution en raison des innombrables coupures de connexion, la courte prescription édictée par l'article L. 34-2 du CPCE n'est pas applicable. CA Caen, 16 déc. 2010, RG n°09/02214 : « *il ne résulte pas des dispositions de l'article L. 34-2 susvisé que la prescription de un an concernerait les demandes de dommages et intérêts* ».

10 Le texte actuel résulte de l'ancien article L. 126 du Code des Postes et Télécommunications, introduit par la loi n°90-568 du 2 juill. 1990 relative à l'organisation du service public de la poste et à France Telecom, article 41 : « *La prescription est acquise au profit de l'exploitant public pour toutes demandes en restitution du prix de ses prestations présentées après un délai d'un an à compter du jour du paiement. La prescription est acquise au profit de l'usager pour les sommes dues en paiement des prestations de l'exploitant public lorsque celui-ci ne les a pas réclamées dans un délai d'un an courant à compter de la date de leur exigibilité* ».

11 Le législateur a en effet remplacé le terme « *d'usager* » par celui « *d'utilisateur* » dans l'actuel article L. 11 du

l'appliquer tant au particulier qu'à celui qui utilise les communications électroniques dans le cadre de son activité professionnelle¹².

La courte prescription de l'article L. 34-2 CPCE concerne les prestations de communication électronique, actuellement définies par l'article L. 32 6° CPCE comme « *les prestations consistant entièrement ou principalement en la fourniture de communications électroniques* » à l'exclusion des services consistant à éditer ou à distribuer des services de communication au public par voie électronique¹³. La notion de communications électroniques est définie par l'article 32 1° CPCE comme « *les émissions, transmissions ou réceptions de signes, de signaux, d'écrits, d'images ou de sons, par voie électromagnétique* ». Le champ d'application de l'article L. 34-2 CPCE s'étend donc de l'abonnement téléphonique, notamment portable, à l'accès internet, en passant par toutes les opérations visant à mettre à disposition de l'utilisateur une forme de communication électronique quelconque afin qu'il en dispose lui-même ou bien qu'il procède à une « *revente* ».

Longtemps cantonné aux relations entre opérateurs telecom et usagers du service public, ce texte est désormais également applicable aux relations entre les fournisseurs d'accès internet et leurs clients ainsi qu'entre les opérateurs de téléphonie portable comme fixe et leurs clients¹⁴. On voit là le vaste contentieux qui relève désormais de l'article L. 34-2 CPCE, ce, alors que les termes et les notions utilisés par le législateur nécessitent un sérieux effort de définition de la part du destinataire de la norme. Cette complexité facilite la mauvaise application du texte, obligeant ainsi les justiciables à saisir les juridictions supérieures pour obtenir une application stricte de l'article L. 34-2 CPCE.

Par ailleurs, en vertu du principe selon lequel les textes spéciaux sont d'interprétation stricte, le droit commun de la prescription s'applique dès lors que la créance ne relève plus du champ d'application limité de l'article L. 34-2 CPCE.

B L'application du droit commun de la prescription

L'article L. 34-2 fixe le point de départ du délai annuel ainsi que sa durée et son champ d'application mais ne dit rien des conditions d'interruption et de suspension ni des éventuelles modifications conventionnelles, lesquelles sont donc régies par le droit commun de la prescription¹⁵.

Le droit commun de la prescription prévoit que le délai peut être interrompu par la reconnaissance par le débiteur de sa dette¹⁶, par la demande en justice, même en référé, ou par un acte d'exécution forcée¹⁷. Cette liste de causes d'interruption est limitative et malgré sa formulation, le délai de l'article L. 34-2 CPCE ne saurait être interrompu par une simple réclamation du fournisseur^{18 19}. Une autre interprétation de l'article

CPCE qui édicte un délai de prescription annuel pour les créances en paiement ou en remboursement du prix des prestations du prestataire de service universel.

12 Les juges du fond n'ont cependant pas de position unifiée. Ainsi dans un arrêt peu clair (CA Versailles, 12e ch. section 1, 5 nov. 2009, RG n°08/05730), la Cour d'appel de Versailles relève que « *la société X. ne peut pas être considérée comme un usager au sens de ce texte* » tandis qu'elle déclare prescrites sur le fondement de l'article L. 34-2 des créances entre professionnels par un arrêt du 7 janv. 2010 (CA Versailles, 7 janv. 2010, Soc. X. c/ SFR, RG n°08/06598).

13 La notion de « *communication au public par voie électronique* » est définie par l'article 3 de la LGEN.

14 Par le passé, il a également été jugé qu'il s'appliquait au Minitel : Cass. civ., 1re, 21 févr. 2006, n°04-14919, D. 2006 p. 673.

15 La doctrine avait déjà tiré les conséquences du caractère de disposition spéciale de l'article L. 34-2 CPCE, v. entre autres l'article de X. HOFMAN, « De la prescription à très haut débit ou de l'urgence d'agir ? », publié le 22 janv. 2007, *DROIT-NTIC*, (vu le 4 avr. 2011) <www.droit-tic.com/pdf/revue200701.pdf>.

16 La reconnaissance de sa dette par le débiteur devait remplir certaines conditions précisées par la jurisprudence. Ainsi, la première chambre civile de la cour de cassation indique, dans un arrêt du 5 févr. 1991, n°89-14738, Bull. n°52 que « *les mots « compte arrêté, cédule ou obligation » impliquent une reconnaissance écrite avec fixation du chiffre de la dette* », ce qui n'est pas le cas d'une simple lettre par laquelle une cliente demande à son dentiste un décompte d'honoraires. La Cour d'appel a donc refusé l'intervention de prescription, la lettre du débiteur « *ne contenait aucun élément chiffré du solde de sa dette et se bornait à solliciter l'envoi d'un décompte des honoraires* ». En revanche, lorsque le débiteur demande une remise de la somme réclamée, cela vaut reconnaissance de la dette au sens de l'article 2248 ancien du Code civil : Cass. civ. 2e, 15 juin 2004, n°03-30052, Bull. n°297. V. sur cette question J. MESTRE, « Des manières de combattre les courtes prescriptions », *RTDciv.* 1991. 744.

17 Articles 2240, 2241 et 2244 du Code civil.

18 Cass. civ. 2e, 14 mai 2009, n°08-17063, Bull. n°124 ; *RTD Com.* 2010 p. 180, obs. B. BOULOC : la Cour de cassation censure la décision d'un juge de proximité qui a admis que le court délai de prescription d'un an puisse être

L. 34-2 CPCE aurait conduit à appliquer un mode d'interruption différent selon qu'il s'agissait d'une action de l'utilisateur ou de l'opérateur, l'utilisateur devant recourir aux modes d'interruption limitativement énumérés par l'article 2244 du Code civil tandis que le fournisseur aurait pu en outre bénéficier de la cause d'interruption résultant de sa simple réclamation, sous une forme indéterminée.

La solution est la même avant comme après la réforme de la prescription car le législateur n'a pas modifié les textes relatifs aux causes d'interruption²⁰. A défaut de toute modification conventionnelle des causes d'interruption, la Cour de cassation applique les règles légales²¹. Cependant, il serait envisageable que les conventions entre usagers et fournisseurs de communications électroniques prévoient un délai de prescription plus long ou un mode d'interruption par LRAR.

Antérieurement à la réforme du 17 juin 2008, la jurisprudence avait admis que les règles régissant la suspension ou l'interruption de la prescription pouvaient être modifiées par l'accord des parties²². Désormais, l'article 2254 alinéa 2 du Code civil, tel qu'issu de la réforme, envisage expressément la possibilité de la modification conventionnelle de la liste des causes d'interruption de la prescription. La licéité de ces modifications conventionnelles est toutefois subordonnée au respect des règles protectrices du cocontractant qui viennent encore compliquer l'application de l'article L. 34-2 CPCE.

Nous avons vu que dans la mesure où l'article L. 34-2 CPCE est une disposition spéciale au champ d'application réduit, ses dispositions doivent être conjuguées avec le droit commun de la prescription. La combinaison de ces différentes normes est un facteur de complication, ce qui entraîne le risque d'une mauvaise compréhension par les justiciables et d'une mauvaise application par les juridictions. Comme nous allons maintenant le voir, cette complexité peut encore être accrue par les règles qui encadrent les possibles modifications conventionnelles de l'article L. 34-2 CPCE.

II L'encadrement des modifications conventionnelles

Conformément au droit commun de la prescription, les parties ont la possibilité de prévoir des aménagements conventionnels à l'article L. 34-2, sous quelques réserves posées par la loi du 17 juin 2008 d'une part (A) et par le droit de la consommation d'autre part (B).

A La loi du 17 juin 2008

Depuis la loi du 17 juin 2008, l'article 2254 nouveau du Code civil²³ permet aux parties de modifier conventionnellement le délai de prescription et les causes d'interruption ou de suspension. Toutefois, certaines modifications sont prohibées dans la mesure où le droit s'attache à préserver l'équilibre

interrompu par la réclamation par LRAR de l'opérateur téléphonique des échéances impayées d'abonnement. L'ambiguïté de l'article L. 34-2 qui prévoit que le délai de prescription des créances impayées court contre l'opérateur « *lorsque celui-ci ne les a pas réclamées* » explique les solutions contraires retenues par certains juges du fond : CA Versailles, 5 nov. 2009, RG n°08/05730 ; CA Paris, 9 juin 2006, RG n°05/22820.

19 La solution est de jurisprudence constante : Cass. civ. 2e, 26 juin 1991, n°90-11427, Bull. no195 ; JCP. G. 1991, IV, 40 ; J. MESTRE, « La liste de l'article 2244 du code civil est limitative », *RTDciv.* 1991 p. 744. Cass. civ. 1re, 18 sept. 2002, n°00-18325, *Bull.* n°206 : la participation volontaire à une opération d'expertise n'est pas une cause d'interruption au sens de l'article 2244, *Procédures*, 2002/11, p. 11, note R. PERROT. Pour une application récente, v. Cass. civ. 2e, 16 décembre 2010, n°09-70.735, *BICC* du 15 avr. 2011, p. 31.

20 V. en ce sens, B. BOULOC, obs. *RTD Com.* 2010 p. 180.

21 Dans son rapport inédit sur Cass. civ. 2e, 14 mai 2009, le conseiller rapporteur, Mme ROBINSON, a souligné qu'aucune dérogation conventionnelle n'est alléguée.

22 Ainsi, est valable la clause du contrat d'abonnement téléphonique prévoyant que la prescription est interrompue par l'envoi d'une lettre, même simple : Cass. civ. 1re, 25 juin 2002, n°00-14590, *Bull.* n°174 ; note critique Ph. STOFFEL-MUNCK, « Alerte sur les prescriptions extinctives : l'article 2244 du code civil n'est plus d'ordre public », *Dalloz* 2003. 155 ; J. MESTRE et B. FAGES, « L'article 2444 du code civil n'est pas d'ordre public », *RTDciv.* 2002. 815.

23 « La durée de la prescription peut être abrégée ou allongée par accord des parties. Elle ne peut toutefois être réduite à moins d'un an ni étendue à plus de dix ans.

Les parties peuvent également, d'un commun accord, ajouter aux causes de suspension ou d'interruption de la prescription prévues par la loi.

Les dispositions des deux alinéas précédents ne sont pas applicables aux actions en paiement ou en répétition des salaires, arrérages de rente, pensions alimentaires, loyers, fermages, charges locatives, intérêts des sommes prêtées et, généralement, aux actions en paiement de tout ce qui est payable par années ou à des termes périodiques plus courts. . »

contractuel.

Le troisième alinéa de l'article 2254 nouveau du Code civil indique que la modification conventionnelle du délai de prescription et les causes d'interruption ou de suspension ne peuvent s'appliquer « *aux actions en paiement de tout ce qui est payable par années ou à des termes périodiques plus courts* », ce qui comprend les échéances impayées ou les trop-payés d'abonnement internet ou téléphonique. En présence d'une clause prévoyant une autre cause d'interruption ou de suspension, il faut donc déterminer le moment où elle a été stipulée : avant le 17 juin 2008, elle est valable car le contrat est sous la loi ancienne²⁴, après, elle est nulle comme contraire à l'article 2254 nouveau²⁵ s'agissant des contrats de fournitures de prestations électroniques les plus courants : abonnements téléphonique ou internet.

La modification conventionnelle du délai de prescription peut aussi résulter d'un allongement du délai de prescription pour le faire passer d'un an à un délai plus long. Sous l'empire de la loi ancienne, l'opinion commune considérait que les clauses prolongeant le délai légal étaient nulles. La justification était d'éviter que par ce biais le débiteur ne soit conduit à renoncer par anticipation au bénéfice de la prescription, renonciation anticipée prohibée par l'article 2220 ancien du code civil²⁶. Cette règle s'appliquait à toutes les prescriptions et la clause en question était frappée d'une nullité d'ordre public²⁷. Par conséquent, les contrats de fourniture de prestations électroniques ne pouvaient comporter de clauses allongeant le délai imposé par l'article L. 34-2 CPCE antérieurement à la réforme.

Sous l'empire de la loi nouvelle et sous réserve de l'exclusion édictée par l'article 2254 alinéa 3, un allongement du délai de prescription est possible, dans la limite de dix ans posée par le premier alinéa de l'article 2254.

Enfin, même sous l'empire de la loi ancienne, la stipulation d'un délai de prescription plus court des actions en paiement ou en restitution des sommes payées au titre d'un contrat de fourniture de prestations électroniques est peu envisageable. Si ces clauses de réduction de délai étaient licites²⁸ et admises par la jurisprudence²⁹ même en cas de faute lourde³⁰, elles ne devaient cependant pas mettre le créancier dans l'impossibilité de faire effectivement valoir ses droits³¹. Or le délai d'un an est déjà très court. D'ailleurs, la loi du 17 juin 2008 a posé une limite aux possibilités de raccourcissement des délais de prescription. L'article 2254 nouveau alinéa premier dispose en effet qu'un délai de prescription ne peut être réduit en deçà d'un an.

24 La modification conventionnelle des causes d'interruption ou de suspension est licite : Cass. civ. 1re 25 juin 2002, et les références précitées.

25 Sur la solution des conflits de lois dans le temps en matière contractuelle, v. T. BONNEAU, « Application de la loi dans le temps », *JCL civil*, art. 2, fasc. 20, n°17 et s.

26 La règle est tellement évidente qu'il n'y a pas réellement de décision sur ce point. Ainsi, la Cour d'appel de Paris indique que « *par application de la règle posée à l'article 2220 C. civ., il a été jugé qu'on ne peut opposer à celui qui invoque la prescription libératoire des faits et documents desquels il résulterait de sa part une renonciation à cette prescription si ces faits et documents sont antérieurs à l'époque où cette prescription a été acquise* », CA Paris, 13 avr. 1867, *DP*. 1867. II. 49.

27 P. MAISTRE DU CHAMBON, « Régime de la réparation, action en réparation, prescription », *JCL responsabilité civile et assurance*, fasc. 222, avr. 2000, spéc. n°6 et s. R. CARIO, « Les modifications conventionnelles de la prescription extinctive », *LPA*. 6 nov. 1998, p. 9-18, spéc. p. 12.

28 Cass. civ 1re., fév. 1853, *Dalloz* 1853. I. 77. TERRE, SIMLER, LEQUETTE, *Les obligations*, Dalloz, Paris, 10e éd., 2009, p. 1465 n°1490 ; R. CARIO, op. cit. spéc. p. 15 ; P. MAISTRE DU CHAMBON, Régime de la réparation, action en réparation, prescription, *JCL responsabilité civile et assurance*, fasc. 222, (avr. 2000), n°9 et s. ; D. MAZEAUD, « Ordre public et aménagements de la prescription », in *Les désordres de la prescription extinctive*, P. COURBE (dir.), PU Rouen, 2000, p. 85-95 ; A.-M. SOHM-BOURGEOIS, « Prescription extinctive », *Enc. Dalloz*, (mars 2002), n°198 et s.

29 Cass. civ. 31 janv. 1950, *Dalloz* 1950 p. 261, note P. LEREBOURS-PIGEONNIÈRE ; S. 1950. I. 121, note J.-P. NIBOYET ; R. SARRAUTE et P. TAGER, « Evolution ou révolution, A propos de l'arrêt de la Cour de cassation du 31 janvier 1950 sur la prescription extinctive en droit international privé », *GP*. 1950. I. 42. *JCP*. 1950. II. 5541, note WEILL.

30 Cass. com., 12 juillet 2004, n°03-10891 et 03-10547 : la disposition contractuelle abrégant le délai de prescription reçoit application même en cas de faute lourde ; *Dalloz* 2004, p. 2296, note Ph. DELEBECQUE ; *Contrats, conc. consom.* 2004, comm. n°169, obs. L. LEVENEUR ; *RDC*. 2005, p. 272, note D. MAZEAUD.

31 TERRE, SIMLER, LEQUETTE, *Les obligations*, Dalloz, Paris, 10e éd. 2009, p. 1366 n°1489 ; P. MAISTRE DU CHAMBON, Régime de la réparation, op. cit., n°10 et s. ; A.-M. SOHM-BOURGEOIS, op. cit., n°199 ; Cass. civ., 31 janv. 1950, précité.

En résumé, la modification conventionnelle des règles de prescription de l'action en paiement ou en restitution du prix de prestations électroniques n'est pas valable sauf en ce qui concerne les modifications des causes de suspension ou d'interruption de la prescription stipulées antérieurement à la loi du 17 juin 2008. Surtout, les clauses de modification conventionnelle de la prescription ne peuvent concerner tout ce qui est payable par années ou à des termes périodiques plus courts ce qui recouvre la plupart des contrats de fourniture de prestations électroniques.

Si le délai de prescription édicté par l'article L. 34-2 CPCE ne peut qu'exceptionnellement être l'objet de modification conventionnelle, la question de son éventuelle extension contractuelle à l'action en responsabilité contractuelle mérite d'être envisagée³², car elle est d'une importance pratique non négligeable. La modification conventionnelle du champ d'application du délai de prescription annuel peut en effet résider dans son extension à toutes les actions découlant du contrat de prestations électroniques, spécialement les actions en responsabilité civile. Il est fréquent qu'un opérateur de communication électronique, attiré en responsabilité contractuelle par l'un de ses usagers pour mauvaise exécution de ses obligations, tente d'opposer le délai de l'article L. 32-4 CPCE³³. En présence d'une telle clause, quelles seraient donc les dispositions légales pertinentes ? Une telle stipulation s'analyserait comme une réduction conventionnelle du délai puisque l'action en responsabilité contractuelle relève du délai quinquennal de l'article 2224 nouveau, ou, avant la réforme, du délai trentenaire de l'article 2262 ancien³⁴.

Sous le droit antérieur, la jurisprudence avait admis la licéité d'une clause de réduction conventionnelle du délai de prescription, à la condition qu'elle ne mette pas le créancier dans l'impossibilité de faire effectivement valoir ses droits. L'article 2254 nouveau permet également la réduction conventionnelle du délai sous réserve d'une durée minimale d'un an. Toutefois, par différence avec l'action en paiement ou en restitution dont le délai court à compter du terme échu ou du paiement indu, le point de départ du délai de prescription de l'action en responsabilité est variable.

Avant la réforme, la définition du point de départ du délai de prescription de l'action en responsabilité contractuelle résultait de la jurisprudence³⁵. Le point de départ du délai de prescription était fixé non au jour du fait générateur de l'obligation mais à celui de son exigibilité, c'est-à-dire au moment où toutes les conditions de mise en jeu de la responsabilité contractuelle étaient réunies.

Sous le droit nouveau, l'article 2224 fait courir le délai de prescription du moment où le titulaire du droit a connu ou aurait dû connaître les faits lui permettant d'exercer son action³⁶. Les conditions de la responsabilité contractuelle sont la survenance d'un préjudice en relation de causalité avec la violation du contrat.

En outre, la jurisprudence avait admis que ce point de départ puisse être repoussé au moment où la victime prenait effectivement connaissance du dommage³⁷. Toutefois, s'agissant de contrat de fourniture de

32 X. HOFMANN, « Prescription et communications électroniques : un délai très (trop ?) court », *Le Journal du Net* (26/11/2006), <<http://www.journaldunet.com/expert/6800/prescription-et-communications-electroniques-un-delai-tres-trop-court.shtml>> consulté le 15 juillet 2011.

33 V. par ex. Juge prox. Montreuil, 26 mars 2010, RG n°91-09-000067 ; CA Caen, 16 déc. 2010, RG n°09/02214.

34 Pour un exemple de prescription de droit commun de l'action en responsabilité contractuelle, v. Cass. soc. 15 mars 2005, n°02-43616, *Bull.* n°86, p. 75 : la Cour de cassation écarte la prescription quinquennale prévue par l'article (ancien) L. 143-14 du Code du travail aux termes duquel « l'action en paiement du salaire se prescrit par cinq ans conformément à l'article 2277 du code civil » en relevant que « l'action en réparation du préjudice résultant d'une telle discrimination, se prescrit par trente ans ».

35 V. LASSERRE-KIESOW, « La prescription, les lois et la faux du temps », *JCP* éd. N. 2004. 1225 ; P. SARGOS, « les points de départ de la prescription dans la jurisprudence de la Cour de cassation », in *Les désordres de la prescription extinctive*, P. COURBE (dir.), PU Rouen, 2000, p. 23 et s.

36 Cass. soc. 1er févr. 2011, n°10-30160, à paraître au *Bulletin*.

37 Une salariée découvre lors de sa demande de retraite que son employeur n'a pas payé certaines cotisations sociales vingt ou trente ans auparavant, Cass. soc. 26 avr. 2006, n°03-47525, *Bull.* n°146, p. 142 : « la prescription d'une action en responsabilité contractuelle ne court qu'à compter de la réalisation du dommage ou de la date à laquelle il est révélé à la victime si celle-ci établit qu'elle n'en avait pas eu précédemment connaissance ». *Dalloz* 2006, IR, p. 1250 ; D. ASQUINAZI-BAILLEUX, « Assurance vieillesse : point de départ de la prescription de l'action en responsabilité dirigée contre l'employeur en raison d'un défaut de paiement de cotisations », *JCP* S. 2006, n°25, pp. 38-39 ; G. AUZERO, « Rappel quant au point de départ du délai de prescription de l'action en responsabilité contractuelle », *Lexbase Hebdo - Edition Sociale*, n°214 du Jeudi 11 Mai 2006, n°8034AKR ; J.-S. BORGHETTI, note sous Cass. soc. 26 avr. 2006, *RDC*. 2006. 1217.

prestations électroniques, il est difficile d'imaginer que l'utilisateur ne se rende pas immédiatement compte de la mauvaise exécution du contrat. Il est possible que son ignorance du dommage causé repousse le point de départ du délai mais cette situation semble devoir rester exceptionnelle. Cependant, si le cocontractant fait obstacle à la mise en œuvre immédiate d'une action judiciaire par des moyens dilatoires, le juge peut estimer que le créancier s'est trouvé dans l'impossibilité d'agir³⁸, de sorte que le délai de prescription aura été suspendu. L'appréciation des juges du fond sur la réalité de l'empêchement d'agir est souveraine³⁹.

En matière d'action fondée sur un contrat de fourniture de prestations électroniques et sous l'empire du droit nouveau, l'article 2224 nouveau du Code civil indique que « *les actions personnelles ou mobilières se prescrivent par cinq ans à compter du jour où le titulaire d'un droit a connu ou aurait dû connaître les faits lui permettant de l'exercer* ». Par conséquent, d'une part les manœuvres dilatoires d'un fournisseur de prestations de communications électroniques sont susceptibles d'entraîner la suspension du délai de prescription annuel des actions en revendication des trop-payés, d'autre part l'action en responsabilité contractuelle en raison de la mauvaise exécution d'un contrat de fourniture de prestations de communications électroniques se prescrit par cinq ans à compter du jour où l'utilisateur est en mesure d'agir, sauf stipulation d'un délai plus court qui ne peut cependant être inférieur à un an.

L'exposé de ces diverses règles montre que le cocontractant d'un fournisseur de prestations électroniques ne peut facilement connaître les délais de prescription qui lui sont opposables. Le fait que le délai de prescription des actions en responsabilité contractuelle soit celui du droit commun conduit à penser qu'il serait plus simple de soumettre l'intégralité des actions résultant d'un contrat de fourniture de prestations électroniques au droit commun de la prescription en supprimant l'article L. 34-2 CPCE.

La complexité de ces règles est encore accrue par les possibles modifications conventionnelles imposées par le professionnel à son cocontractant. En raison du risque d'abus que cela comporte, il convient d'envisager les limites que peut apporter le droit de la consommation aux modifications conventionnelles de l'article L. 34-2 CPCE après avoir envisagé les façons de combiner ce texte avec le droit commun de la prescription et l'encadrement des modifications conventionnelles par le droit commun de la prescription.

B Les limites posées par le droit de la consommation

Les limites à l'extension du délai d'un an édicté par l'article L. 34-2 aux actions en responsabilité contractuelle sont de plusieurs ordres : d'abord la protection de l'utilisateur consommateur ou non-professionnel contre les stipulations contractuelles abusives du prestataire de communications électroniques, ensuite les restrictions à la liberté des modifications conventionnelles de la prescription prévues par la loi du 17 juin 2008 afin de protéger le consommateur, enfin la protection du professionnel contre les clauses ayant pour effet d'entraîner un déséquilibre significatif.

Outre les prohibitions de modifications conventionnelles indiquées ci-dessus, le législateur a prévu à l'article L. 137-1 du Code de la consommation que « *par dérogation à l'article 2254 du code civil, les parties au contrat entre un professionnel et un consommateur ne peuvent, même d'un commun accord, ni modifier la durée de la prescription, ni ajouter aux causes de suspension ou d'interruption de celle-ci* »⁴⁰. Il en résulte qu'un opérateur téléphonique ou un FAI ne peut soumettre l'action en responsabilité contractuelle à un délai plus court que celui prévu par l'article 2224 du Code civil. Cette disposition interdit toute extension du champ de l'article L. 34-2 CPCE aux actions en responsabilité, au moins en ce qui concerne les contrats passés avec des utilisateurs consommateurs. En revanche, dans la mesure où la notion d'utilisateur n'est pas exclusive de celle de professionnel, l'article L. 34-2 CPCE peut être contractuellement étendu aux actions en responsabilité contractuelle découlant d'un contrat de fourniture de prestations électroniques entre professionnels.

Il est à noter que l'applicabilité de l'article L. 137-1 du Code de la consommation pourra être soulevée d'office par le juge en application de l'article L. 141-4 du Code de la consommation⁴¹. Il ne s'agit que d'une

38 V. par ex. s'agissant d'un assureur qui a dissuadé le bénéficiaire d'une assurance-vie d'entamer une procédure judiciaire pour lui opposer ensuite l'écoulement du délai biennal : Cass. civ. 1re, 28 oct. 1991, *Bull.* n° 282 ; P.-Y. GAUTIER, « Où c'est cette fois l'assureur qui succombe à une déchéance : à propos de la prescription biennale », *RTDciv.* 1992 p. 588.

39 Cass. req. 3 janv. 1870, *DP.* 1872. I. 22.

40 G. RAYMOND, « Droit de la consommation et prescription », *Contrats, conc. consom.* 2010/7, comm. 189.

41 Article L. 141-4 C. conso. : « *Le juge peut soulever d'office toutes les dispositions du présent code dans les*

faculté selon le droit français, faculté limitée au droit de la consommation figurant dans le Code de la consommation⁴². Cependant, le droit européen prévoit quant à lui que le juge national a l'obligation de relever d'office le caractère abusif des clauses figurant dans un contrat entre professionnel et consommateur⁴³ et de prendre toutes les mesures d'instruction nécessaires pour déterminer si la clause présente ou non un caractère abusif, sans se limiter aux éléments présentés par les parties⁴⁴. Par conséquent, s'agissant d'un litige résultant d'un contrat entre un consommateur et un professionnel, le juge français devrait par exemple relever d'office la nullité des extensions conventionnelles du champ d'application de l'article L. 34-2 CPCE.

L'article L. 132-1 du Code de la consommation prohibe les clauses abusives entendues comme celles qui ont pour objet ou pour effet de créer, au détriment du non-professionnel ou du consommateur, un déséquilibre significatif entre les droits et les obligations des parties au contrat. Contrairement aux règles spéciales qui résultent de la réforme de la prescription, lesquelles protègent spécifiquement le consommateur, la législation française sur les clauses abusives étend sa protection au non-professionnel^{45 46}. Il s'agit donc d'examiner dans quelle mesure la législation sur les clauses abusives pourrait permettre à un non-professionnel de faire écarter une clause qui étendrait le délai de prescription de l'article L. 34-2 CPCE aux actions en responsabilité contractuelle, ou bien ajouterait aux causes d'interruption ou de suspension de la prescription.

Un cocontractant est considéré comme professionnel ne bénéficiant pas de la protection contre les clauses abusives lorsque le contrat qu'il a conclu est en rapport direct avec son activité professionnelle⁴⁷, *a fortiori* lorsque les parties sont toutes deux commerçantes⁴⁸.

Il faut souligner que la notion de non professionnel est propre au droit français, le droit communautaire ne connaissant que celle de consommateur, entendu comme une personne physique⁴⁹ agissant à des fins qui

litiges nés de son application ». H. CROZE, « Pouvoir de relever d'office les moyens tirés du Code de la consommation », *Procédures* 2008/3, comm. 80. G. POISSONNIER, « Mode d'emploi du relevé d'office en droit de la consommation », *Contrats, conc. consom.* 2009/5, étude 5 ; L. RASCHEL, « Pouvoir de relever d'office la violation des dispositions du Code de la consommation », *Procédures* 2009/3, comm. 84.

42 G. POISSONNIER, op. cit.

43 CJCE, 4 juin 2009, Pannon GSM (C-243/08, Rec. p. I-4713) ; v. entre autres, C. AUBERT DE VINCELLES, « Office du juge communautaire et national, et directive numéro 93/13/CE sur les clauses abusives », *RDC* 2009/4, pp. 1467-1472 ; C. CHENEVIÈRE, « Arrêts Pannon et Asturcom : le caractère abusif des clauses attributives de compétence dans la lignée de la jurisprudence Oceano », *Revue européenne de droit de la consommation* 2010/2, pp. 351-363 ; O. DESHAYES, « L'obligation pour le juge de relever d'office le caractère abusif d'une clause », *RDC* 2010/1, pp. 59-62 ; C. NOURISSAT, « Nouvelles précisions sur l'office communautaire du juge national », *Procédures* 2009/8, p. 19 ; V. MICHEL et M. MEISTER, « Clauses abusives », *Europe* 2009/8, comm. 334 ; G. PAISANT, « L'obligation de relever d'office du juge national », *JCP. G.* 2009, n°42, pp. 33-37 ; G. POISSONNIER, « La CJCE franchit une nouvelle étape vers une réelle protection du consommateur », *Dalloz* 2009. 2312 ; L. RASCHEL, « Jurisprudence relative à la protection des consommateurs : le juge national doit examiner d'office le caractère abusif d'une clause incluse dans un contrat conclu entre un consommateur et un professionnel », *JCP. E.* 2009, n°42, pp. 26-28.

44 CJUE, 9 nov. 2010, Péntügyi Lizing Zrt. c/ Ferenc Schneider, JOUE C 13 du 15 janv. 2011, p. 2 : point 48 et s. M. MEISTER, « Nouvelles précisions sur l'office « communautaire » du juge national en matière de clauses abusives », *Europe* 2011/1, comm. 28. *BICC* du 1er mars 2011 n°737, p.18, n°210 ; N. SAUPHANOR-BROUILLAUD, « La CJUE renforce l'effectivité de la protection des consommateurs contre les clauses abusives », *L'ESSENTIEL Droit des contrats*, 1er févr. 2011 n°2, p. 5.

45 Art. L. 132-1 C. conso.

46 Il a ainsi été jugé qu'un syndicat de copropriétaires pouvait se prévaloir des dispositions protectrices du code de la consommation relatives à la résiliation des contrats de prestation de services renouvelables par tacite reconduction : Cass. civ. 1re, 23 juin 2011, n°10-30645, à paraître au *Bulletin*.

47 Cass. civ. 1re, 24 janv. 1995, n°92-18227, *Bull.* n°54, *BICC* du 15 mars 1995, p. 23. L'appréciation de l'existence d'un rapport direct entre le contrat conclu et l'activité professionnelle relève de l'appréciation souveraine des juges du fond : Cass. civ. 1re, 1er déc. 1998, *Bull.* n°339.

48 Cass. com. 23 nov. 1999, n°96-21869, *Bull.* n°210 : un contrat conclu entre deux commerçants dans le cadre de relations professionnelles habituelles n'étant pas soumis aux dispositions du Code de la consommation, une Cour d'appel peut relever que la clause d'irresponsabilité qui y est insérée ne revêt pas de caractère abusif sans être tenue de rechercher si elle ne procure pas au débiteur de l'obligation un avantage excessif. P. NEAU-LEDUC, *JCP. E.* 2000, n°16, p. 463 ; J.-P. CHAZAL, *JCP. G.* 2000, n°22, p. 1030.

49 La Directive 93/13/CEE du Conseil, du 5 avr. 1993, concernant les clauses abusives dans les contrats conclus avec les consommateurs, JOCE L 95 du 21 avr. 1993, indique en son article 2b qu'il faut entendre par « consommateur » : toute personne physique qui, dans les contrats relevant de la présente directive, agit à des fins qui

n'entrent pas dans le cadre de son activité professionnelle. Toutefois, il est soutenu que le législateur national a la faculté d'étendre la répression des clauses abusives au bénéfice des professionnels pour les contrats n'ayant pas de rapport direct avec leur activité professionnelle⁵⁰. La Cour de cassation a indiqué que les dispositions de la législation sur les clauses abusives « *ne s'appliquent pas aux contrats de fournitures de biens ou de services qui ont un rapport direct avec l'activité professionnelle exercée par le cocontractant* »⁵¹. L'existence d'un rapport direct entre le contrat conclu et l'activité professionnelle relève de l'appréciation souveraine des juges du fond⁵². La lecture de la jurisprudence montre que certaines juridictions retiennent cependant une notion large de non-professionnel et font bénéficier de la protection contre les clauses abusives les professionnels qui ont contracté pour les besoins de leur activité mais dans un domaine qui leur est étranger⁵³.

Les contrats concernés par la législation sur les clauses abusives sont ceux qui n'ont pas fait l'objet d'une négociation individuelle par le consommateur ou le non-professionnel⁵⁴. Cette notion recouvre donc tout contrat de fourniture de prestations de communications électroniques conclut sur la base des conditions générales des opérateurs de téléphonie ou des fournisseurs d'accès internet qui n'a pas fait l'objet de négociation, ce qui est le plus souvent le cas. S'agissant d'un consommateur, le droit de la consommation interdit déjà l'extension du champ d'application de l'article L. 34-2 CPCE aux actions en responsabilité contractuelle par exemple. En revanche, un non professionnel pourrait avoir intérêt à invoquer la législation sur les clauses abusives.

Le caractère abusif de certaines clauses est présumé par la loi qui renvoie au pouvoir réglementaire le soin d'édicter une liste de clauses prohibées⁵⁵. D'autres clauses sont présumées abusives, à charge pour le professionnel de démontrer que ce n'est pas le cas. La réglementation prévoit qu'est abusive la clause qui a pour effet de « *supprimer ou réduire le droit à réparation du préjudice subi par le non-professionnel ou le*

n'entrent pas dans le cadre de son activité professionnelle ». Par un arrêt du 22 nov. 2001, C-541/99 et C-542/99, Rec. p. I-9057, la CJCE a indiqué que la notion de consommateur « *doit être interprétée en ce sens qu'elle vise exclusivement des personnes physiques* ». V. entre autres G. PAISANT, « Le consommateur protégé par la directive du 5 avr. 1993 sur les clauses abusives est une personne physique », *JCP. G.* 2002, n°12, II, 10047 ; C. RONDEY, « Le consommateur est une personne physique », *Dalloz* 2002, p. 90. La solution actuellement retenue par la Cour de cassation (Cass. civ. 1re, 15 mars 2005, n°02-13285, *Bull.* n°135 ; Cass. civ. 1re, 23 juin 2011, n°10-30645) selon laquelle « *la notion distincte de non professionnel, utilisée par le législateur français, n'exclut pas les personnes morales de la protection contre les clauses abusives* » pourrait donc être tout-à-fait eurocompatible. G. PAISANT, « Une personne morale n'a pas accès à la protection de l'article L. 132-1 dès lors qu'elle a contracté « *en qualité de professionnel* », *JCP. G.* 2005, n°36, II. 10114.

50 En ce sens, C. RONDEY, « Le consommateur est une personne physique », op. cit. : l'auteur raisonne par analogie avec la solution retenue par la CJCE en matière de démarchage. (CJCE, 14 mars 1991, Di Pinto, C-361/89, Rec. p. I-1189 ; *Dalloz* 1991, IR p. 100).

51 Civ. 1re, 24 janv. 1995, n°92-18227, *Bull.* n°54, BICC du 15 mars 1995, p. 23 : s'agissant d'un artisan contestant les clauses de son contrat de fourniture d'électricité, le pourvoi fondait l'applicabilité de la législation sur les clauses abusives sur le fait « *qu'est un consommateur celui qui contracte hors de sa sphère habituelle d'activité et de sa spécialité* » ; *Dalloz* 1995, *Juris.* p. 327, note G. PAISANT ; *Dalloz* 1995, somm. p. 229, obs. Ph. DELEBECQUE ; *Dalloz* 1995, somm. p. 310, obs. J.-P. PIZZIO ; L. LEVENEUR, *Contrats, conc., consom.* 1995, comm. 84.

52 Cass. civ. 1re, 1er déc. 1998, n°96-13924, *Bull.* n°339 : à la suite d'un démarchage à domicile, une kinésithérapeute passe commande d'un logiciel comportant plusieurs fonctions dont celle de comptabilité. Approbation de la Cour d'appel qui a souverainement estimé que cette acquisition n'avait pas de rapport direct avec la profession exercée. *JCP. G.* 1999, n°3, IV. 1133 ; *JCP. E.* 1999, n°3, p. 104 ; J.-P. PIZZIO, « Démarchage, contrat sans rapport direct avec la profession exercée », *Dalloz* 2000, p. 39 ; *RTDcom.* 1999. 736, obs. B. BOULOC ; *Dalloz affaires* 1999, p. 117, obs. C. RONDEY ; *RLDA.* 1999, n°13, n°798, obs. P. STORRER ; P. CHAUVEL, « Démarchage », *Droit et patrimoine* 1999, n°71.

53 G. RAYMOND, « Domaine d'application du droit de la consommation : nécessité d'un lien avec une activité professionnelle », *Contrats, conc. consom.* 2007/12, comm. 312.

54 L'article 3 de la directive dispose que « *1. Une clause d'un contrat n'ayant pas fait l'objet d'une négociation individuelle est considérée comme abusive lorsque, en dépit de l'exigence de bonne foi, elle crée au détriment du consommateur un déséquilibre significatif entre les droits et obligations des parties découlant du contrat. 2. Une clause est toujours considérée comme n'ayant pas fait l'objet d'une négociation individuelle lorsqu'elle a été rédigée préalablement et que le consommateur n'a, de ce fait, pas pu avoir d'influence sur son contenu, notamment dans le cadre d'un contrat d'adhésion. Le fait que certains éléments d'une clause ou qu'une clause isolée aient fait l'objet d'une négociation individuelle n'exclut pas l'application du présent article au reste d'un contrat si l'appréciation globale permet de conclure qu'il s'agit malgré tout d'un contrat d'adhésion* ». Pour une application, v. Cass. civ. 1re, jeudi 25 févr. 2010, n°09-12126, *Bull.* n°49.

55 Article R. 132-1, C. conso. G. PAISANT, « Le décret portant listes noire et grise de clauses abusives », *JCP. G.* 2009, n°28, 6 juil. 2009, 116.

consommateur en cas de manquement par le professionnel à l'une quelconque de ses obligations »⁵⁶. S'agissant d'une clause qui réduirait le délai pour agir en responsabilité contractuelle de cinq ans à un an par une extension du champ d'application de l'article L. 34-2 CPCE, elle pourrait être jugée abusive.

En effet, la Commission des clauses abusives a eu l'occasion de se prononcer sur des clauses de délai trop bref⁵⁷. Il s'agissait en l'espèce de contrat de déménagement mais le raisonnement peut être transposé aux contrats de fourniture de prestations électroniques. Deux délais étaient en cause, le premier courant à compter du déménagement et concernant l'action en dommages-intérêts pour les dommages causés aux biens déplacés, le second délai d'un an courait à compter de la mauvaise exécution du contrat (retard). La Commission a jugé⁵⁸ le premier délai abusif parce que certains dommages pouvaient ne se révéler que plus tard, cela revenait donc à priver le consommateur de toute action en réparation. Le second délai n'est pas jugé abusif *per se* mais en raison des circonstances concrètes de l'affaire, la clause comportait un risque de priver le consommateur d'une réelle possibilité d'agir.

Il résulte de ces développements que la seule stipulation d'un délai de prescription plus court par l'extension du champ d'application de l'article L. 34-2 CPCE n'est pas en soi abusive s'agissant d'un contrat entre un non professionnel et un professionnel, sous réserve évidemment que le cocontractant soit informé clairement des éventuelles modifications contractuelles portant sur le point de départ du délai ou sur les causes d'interruptions et de suspension de la prescription. Il appartient donc à celui qui estime la clause de réduction de délai abusive d'établir les circonstances propres à démontrer cet abus.

L'exposé des différentes règles devant être combinées avec l'article L. 34-2 CPCE montre que ce texte est un facteur de complication des relations juridiques, et partant, qu'il est une cause de contentieux puisque l'obscurité de la norme ou son utilisation dévoyée vont forcément conduire les parties à soumettre leur différend au juge. Non seulement il s'agit d'une norme difficile à manier, mais en plus son utilité juridique est discutable.

Un auteur expose la distinction entre la règle « *effective* » en tant qu'elle est une règle appliquée, la règle « *efficace* » dont l'application permet d'atteindre l'objectif visé par le législateur et la règle « *efficiente* » en ce sens qu'il n'existe pas de moyen moins onéreux de réaliser cet objectif⁵⁹. Appliquée à l'article L. 34-2 CPCE, cette grille de lecture montre d'abord que ce texte n'est pas effectif car dans la majorité des litiges, le prestataire ne se déplace même pas devant la juridiction alors que le juge ne peut soulever d'office le moyen tiré de la prescription. Ensuite, on remarquera que l'article L. 34-2 CPCE n'est pas non plus efficace car le but poursuivi par le législateur est d'assurer la conservation des données pour lutter contre le terrorisme et non d'embrouiller l'utilisateur afin de lui interdire d'agir en remboursement ou en responsabilité contre le prestataire. Il y a donc confusion entre le but assigné au texte et le moyen juridique employé.

Enfin, il convient de relever que cette inutile complication du droit a un coût judiciaire non négligeable. Fondé sur la durée de conservation des données de communication électronique, il s'avère que les rares litiges où ce texte est invoqué ne nécessitent pas de telles productions, les preuves étant constituées de façon classique par des courriers, des conventions, des factures, des témoignages ou l'aveu du débiteur. En revanche, lorsque ce texte est invoqué, il l'est fréquemment à mauvais escient pour contrer une action en responsabilité contractuelle introduite par l'utilisateur contre son fournisseur de communications électroniques⁶⁰. En outre, lorsque le demandeur constate que son action en réclamation de trop-perçus est prescrite, il aura toujours la possibilité de se placer sur le terrain de la responsabilité contractuelle du fait de la mauvaise exécution du contrat par le prestataire auteur de prélèvements abusifs⁶¹.

56 Article R. 132-1, 6° C. conso.

57 N. SAUPHANOR-BROUILLAUD, « Clauses abusives dans les contrats de consommation : critères de l'abus », *Contrats, conc. consom.* 2008/6, étude 7, spéc. n°40.

58 Avis de la Commission des clauses abusives n°07-01, 25 janvier 2007, contrat de déménagement.

59 O. FAVEREAU, « Critères d'efficacité économique du droit du travail : un essai de classification raisonnée », texte rédigé pour l'étude *L'évaluation du droit du travail : problèmes et méthodes*, réalisée par l'Institut International Pour les Études Comparatives (IIPEC, ex-Institut International de Paris La Défense) (2005-2007) dans le cadre de l'appel à projets L'analyse économique du droit du travail (Direction de l'Animation de la Recherche, des Études et des Statistiques, Ministère de l'Emploi, de la Cohésion sociale et du Logement) sous la responsabilité scientifique d'Antoine LYON-CAEN, 1er décembre 2006.

60 V. par ex. Juge prox. Montreuil, 26 mars 2010, RG n°91-09-000067. CA Caen, 16 déc. 2010, RG n°09/02214. CA Colmar, 8 nov. 2010, RG n°09/00109.

61 V. par ex. CA Colmar, 8 nov. 2010, RG n°09/00109.

La mise en œuvre de l'article L. 34-2 CPCE n'est pas évidente en raison de son champ d'application restreint et de la nécessité de le conjuguer avec le droit commun de la prescription, voire le droit de la consommation. Facteur de complications et générateur de contentieux, pourquoi ne pas le supprimer au profit des délais de droit commun ?