

# *La modification unilatérale des contrats de communications électroniques*

Aurélie TAÏEB

Master 2 Droit des Nouvelles Technologies de l'Information et de la Communication  
& Master 2 Droit privé des contrats

Université de Versailles Saint-Quentin  
Mémoire réalisé sous la direction de M. Vincent VIGNEAU – Professeur associé

Juin 2007

Contact : [aurelietaieb@gmail.com](mailto:aurelietaieb@gmail.com)

*À mon père, qui rêvait l'univers  
des nouvelles technologies comme un grand espace de liberté.*

*Un remerciement particulier à :*

*M. Vincent VIGNEAU pour ses conseils avisés et sa disponibilité,*

*M. Jean-Marc GRANIER, Secrétaire général de la Commission des clauses abusives, pour  
ses commentaires précieux.*

## Abréviations

Alinéa	al.
Autorité de régulation des communications électroniques et des postes	ARCEP
Article	art.
Bulletin	Bull
Bulletin des arrêts de la Cour de cassation (chambres civiles)	Bull. civ. I ou II ou III ou IV
Cassation	cass.
Conseil d'Etat	CE
Chambre	ch.
Civil	civ.
Code	C.
Code civil	C. civ.
Code de la consommation	C. consom.
Code monétaire et financier	C. monet. fin.
Code des postes et communications électroniques	CPEC
Code de la propriété intellectuelle	CPI
Confer	Cf.
Conseil de la concurrence	Cons. Conc.
Cour	C.
Cour d'appel	CA
Cour de cassation	Cass.
Cour de cassation, chambres civiles	1 <sup>ère</sup> ou 2 <sup>ème</sup> ou 2 <sup>ème</sup> Civ.
Cour de Justice des Communautés Européennes	CJCE
Dalloz (Recueil)	D.
Dalloz périodique	DP
Fournisseur d'accès à Internet	F
Grands arrêts	GA - Jurisprudence civile : GAJ civ. - Jurisprudence administrative : GAJA
Institut de l'audiovisuel et des télécommunications en Europe	IDATE
Journal officiel	JO
Loi	L.
Opere citato	op. cit.
Ordonnance	ord.
Tribunal d'instance	TI
Tribunal de grande instance	TGI

## Plan

<b>Introduction</b>	<b>7</b>
<b>Partie 1 – Le cadre juridique des modifications unilatérales de contrats de communications électroniques</b>	<b>10</b>
<b>Chapitre 1 – La modification unilatérale face à la force obligatoire du contrat</b>	<b>10</b>
Section 1 – Le contrat, un acte immuable	10
Sous-section 1 – L’infailibilité du dogme de la force obligatoire du contrat	10
A. La force obligatoire du contrat fondée sur l’autonomie de la volonté	10
B. Une manifestation de la force obligatoire du contrat : la modification conjointe du contrat	11
Sous-section 2 – Atténuation du principe de l’autonomie de la volonté	12
A. Les contrats d’adhésion	12
B. L’hypothèse de la révision pour imprévision	13
Section 2 – Le contrat, un acte de prévision	14
Sous-section 1 – Pour une juste conciliation des intérêts contractuels	14
A. Loyauté contractuelle et respect de la parole donnée	14
B. L’opportunité de la modification unilatérale	14
Sous-section 2 – Le contrat, un acte de prévision pour le consommateur	17
A. La confiance dans les contrats de consommation	17
B. L’information du consommateur	18
<b>Chapitre 2 – Pour une protection absolue de la partie faible : le consommateur</b>	<b>20</b>
Section 1 – L’encadrement des activités professionnelles	20
Sous-section 1 – Le contrôle de la partie forte	20
A. La réglementation sur les clauses abusives	20

B. Appréciation et sanction du caractère abusif d'une clause	21
Sous-section 2 – Les moyens de lutte contre les clauses abusives	22
A. La reconnaissance du caractère abusif d'une clause : du monopole du pouvoir réglementaire à la consécration du pouvoir du juge	22
B. Les recommandations de la Commission des clauses abusives	23
Section 2 – La protection des intérêts du consommateur	25
Sous-section 1 – La clause relative à la modification des termes du contrat : une clause abusive	25
A. La reconnaissance du caractère abusif de la clause par la Commission des clauses abusives	25
B. La reconnaissance du caractère abusif de la clause par la jurisprudence	26
Sous-section 2 – L'action des consommateurs	28
A. De l'action en représentation conjointe à la « class actions »	28
B. L'action en suppression des clauses abusives	30
<b>Conclusion de la Partie 1</b>	<b>31</b>
<b>Partie II – Nouvelles perspectives de modification unilatérale pour les contrats de communications électroniques</b>	<b>32</b>
<b>Chapitre 1 – Un nouveau modèle contractuel imposé par les nouvelles technologies</b>	<b>32</b>
Section 1 – Le droit des contrats face aux évolutions des technologies de communication	32
Sous-section 1 – Les évolutions des technologies de communication	32
A. Un progrès technologique à très grande vitesse	32
B. Convergence et foisonnement des technologies	33
Sous-section 2 – Les limites à la liberté contractuelle	34
A. Des contrats de communications électroniques très encadrés	34
B. L'intervention de l'Autorité de régulations des communications électroniques et des	

postes (ARCEP)	35
Section 2 – La « légalisation » d’une clause abusive pour la modification des contrats de communications électroniques	36
Sous-section 1 – La loi du 9 juillet 2004 relative aux communications électroniques et aux services audiovisuels (LCE)	36
A. L’adoption de la loi LCE du 9 juillet 2004	36
B. La réponse apportée à une contractualisation de masse	38
Sous-section 2 – Un encadrement du régime des modifications contractuelles	39
A. Le mécanisme institué par le nouvel article L121-84 du Code de la consommation	39
B. L’abandon de l’exigence d’un accord explicite	40
<b>Chapitre 2 - L’opportunité de solutions particulières aux technologies de communication</b>	<b>42</b>
Section 1 – L’impact de la modification unilatérale sur le consommateur	42
Sous-section 1 – Un impact en principe limité	42
A. Un impact limité par la baisse des prix	42
B. Un impact accentué par la modification des services	43
Sous-section 2 - L’hypothèse d’une redevance sur les abonnements d’accès à Internet	44
A. Les nouveaux moyens de mise à disposition du public	44
B. Le droit à rémunération équitable face aux nouvelles technologies de communication	45
Section 2 – Un nouveau <i>business model</i> écrasant	46
Sous-section 1 – La position dominante des opérateurs	46
A. La menace d’une position dominante des opérateurs	46
B. Entente illicite entre opérateurs	47
Sous-section 2 – La position des consommateurs face au pouvoir des opérateurs	48

A. Le pouvoir de négociation des particuliers	49
B. Le pouvoir de négociation des professionnels	49
<b>Conclusion de la Partie 2</b>	<b>51</b>
<b>Conclusion générale</b>	<b>52</b>
<b>Index thématique</b>	<b>53</b>
<b>Bibliographie</b>	<b>54</b>
<b>Annexe</b>	<b>56</b>

## Introduction

« Un nouveau monde. Le vôtre ». Dans ce nouveau monde, le consommateur n'est pas à l'abri de subir une modification contractuelle initiée par son opérateur. Mais heureusement, son opérateur le rassure : « vous n'avez pas fini d'être libre ! ». En effet, le consommateur est libre de quitter son opérateur et d'en trouver un autre.

Le contrat de communications électroniques est l'un des contrats les plus conclus en France. Il désigne une catégorie de contrat qui regroupe le contrat d'accès Internet, le contrat de service téléphonique fixe et le contrat de service téléphonique mobile. En 2006, les abonnés à un service d'accès Internet étaient 14 millions et les abonnés à un service de téléphonie étaient 37 millions pour le fixe et 49,8 millions pour le mobile<sup>1</sup>. Le terme exact est « contrat de service de communications électroniques » (depuis la loi LCE du 9 juillet 2004 relative aux communications électroniques) et vient peu à peu remplacer le terme de « télécommunications » qui n'apparaît plus vraiment adapté aux nouveaux moyens de communications. Les chiffres concernant le marché des communications électroniques sont impressionnants. En 2006, les marchés mondiaux des télécoms et de l'Internet grand public, matériel informatique, logiciel et électronique compris, ont généré un revenu global de 2 600 milliards d'euros. Ce chiffre représente une croissance de 5,8 % par rapport à 2005<sup>2</sup>. Toutefois, cette croissance a été plus lente en Europe et en Amérique du Nord ce qui, selon l'Institut de l'audiovisuel et des télécommunications en Europe (IDATE), « correspond à la poursuite de la baisse des prix (...) et à une certaine saturation du marché mobile » mais « masque un dynamisme qui ne faiblit pas, entretenu par un flux croissant d'innovations ». L'Europe<sup>3</sup>, l'Amérique du Nord, le Japon, la Corée du Sud, l'Australie et la Nouvelle Zélande représentent près de trois quarts du marché mondial alors que les marchés émergents tels que l'Inde et la Chine gagnent en parts de marchés (en octobre 2006, le nombre d'utilisateurs de mobiles a augmenté de 6,7 millions en Inde et de 5 millions en Chine). De plus, le secteur de nouvelles technologies de l'information et de la communication subit aujourd'hui un bouleversement dû à la convergence du haut débit, du mobile et de la puissance des outils informatiques. Pour l'IDATE, « les chaînes de valeurs sont bouleversées, les chasses gardées des acteurs traditionnels de ces secteurs sont menacées, leurs modèles économiques sont contestés ».

Dans un tel environnement économique, les repères sociaux et culturels évoluent et la règle de droit doit s'adapter. Les acteurs de cette nouvelle scène ne savent pas toujours comment organiser leurs relations contractuelles (ou font semblant de ne pas le savoir !). La pratique est courante maintenant : un consommateur souscrit un contrat de fourniture d'accès à Internet et son opérateur l'informe, quelques mois après, de la modification à venir du prix de l'abonnement ou d'une autre modification contractuelle (par exemple, une modification dans les conditions de résiliation). Ou encore, le même consommateur souscrit un abonnement téléphonique de 12 ou 24 mois et, alors que son contrat n'est pas arrivé à échéance, ses conditions sont modifiées : le prix du forfait augmente, les options précédemment gratuites sont facturées, la période de gratuité des appels est raccourcie, les modalités de décompte du

---

<sup>1</sup> Rapport ARCEP 2006.

<sup>2</sup> Rapport DigiWorld 2007 de l'IDATE.

<sup>3</sup> Un rapport de la Commission européenne révèle qu'en 2006, 28 % des européens disposaient d'une connexion Internet haut débit contre 22 % en 2005.

temps de communication sont modifiées, etc. Très souvent, l'opérateur invoque le prétendu accord tacite de l'abonné pour appliquer ces modifications.

Dans tous ces cas, le consommateur est-il en droit de refuser ces modifications et de demander le maintien des conditions antérieures ? La difficulté est réelle. On ne peut, dès lors, faire l'économie d'un travail préalable de définition. A ce titre, il nous faut répondre à deux questions : qu'est-ce qu'une modification ? Qu'est-ce qu'une modification unilatérale ? Alors seulement, nous pourrions poser la question majeure : peut-il y avoir modification unilatérale ?

Le terme de *modification* a une double appartenance<sup>4</sup> puisqu'il a un ou plusieurs sens à la fois dans le langage commun et dans le langage juridique. C'est en tout cas le langage juridique qui a emprunté ce terme au langage commun, ce qui ne veut pas dire pour autant que le droit ne considère pas la modification comme une véritable notion juridique. Appliquée au contrat, la définition de la modification telle que définie par le Professeur Ghazi peut-être « l'opération survenue en cours d'exécution du contrat qui, sans y mettre fin, introduit un changement dans l'un quelconque de ses éléments »<sup>5</sup>.

L'*unilatéralisme* caractérise la « genèse » de la modification. En effet, la modification est unilatérale lorsqu'une seule partie est à l'origine de la modification. Le terme s'oppose à *bilatéral*, *plurilatéral* ou *conventionnel*.

C'est alors que se pose inévitablement la troisième question : peut-il y avoir modification unilatérale ? La réponse est *a priori* négative mais notre droit connaît des hypothèses d'unilatéralisme dans la modification du contrat, qu'il caractérise l'initiative de la modification ou sa prise de décision. Cela peut paraître choquant dans la mesure où l'hypothèse d'une modification unilatérale paraît rompre avec le principe de la force obligatoire du contrat. Comment concevoir une situation dans laquelle l'un des cocontractants, en cours d'exécution du contrat se verrait imposer par l'autre un changement des clauses contractuelles, qui plus est lorsque celles-ci ont été déterminantes de son consentement ? Le législateur et le juge ont tenté d'apporter des réponses à ces questions, de façon plus ou moins cohérentes à chaque fois et toujours en gardant à l'esprit les principes d'autonomie de la volonté et de liberté contractuelle. Il a fallu apporter une attention toute particulière aux hypothèses de modifications unilatérales des contrats dans lesquels l'une des deux parties est un consommateur, pour éviter un trop grand déséquilibre entre ses intérêts et ceux du professionnel, lequel est sans cesse susceptible de lui imposer une révision de ses obligations.

Si le cadre juridique semblait jusqu'à présent être posé de façon relativement précise, un nouveau mode de consommation est apparu avec l'émergence des nouvelles technologies de l'information et de la communication, imposant alors un modèle contractuel différent, plus encadré mais aussi plus problématique pour la protection des intérêts du consommateur. Celui-ci se retrouve, en effet, aujourd'hui face à des partenaires contractuels toujours plus puissants : les opérateurs. Bouygues Télécom, SFR, Orange, France Télécom (opérateur historique), et autres fournisseurs d'accès Internet (FAI) tels que Club Internet, Noos, Free ou encore Alice sont sans aucun doute aujourd'hui « les rois du monde », le nôtre. Les contrats de communications électroniques apportent au droit de nouveaux éléments de réponse pour la question de la modification unilatérale des contrats, réponse qu'il conviendra d'analyser au regard des enjeux économiques mais aussi culturels et des différents intérêts en présence :

---

<sup>4</sup> G. Cornu, *Linguistique juridique*, Montchrétien, spé. p. 68 et s., sur le phénomène de double appartenance.

<sup>5</sup> A. Ghazi, *La modification de l'obligation par la volonté des parties*, préf. D. Talon, LGDJ, 1980

ceux des consommateurs, ceux des opérateurs et, en toile de fond, ceux du marché des technologies de communication.

Dès lors, il convient d'envisager, dans une première partie, le cadre juridique des modifications unilatérales des contrats, et plus précisément des contrats de communications électroniques et, dans une seconde partie, les nouvelles perspectives de modification unilatérale offertes aux opérateurs pour leurs contrats de communications électroniques.

## Partie 1 – Le cadre juridique des modifications unilatérales des contrats de communications électroniques

Le principe même des modifications contractuelles unilatérales s'oppose à celui de la force obligatoire du contrat (chapitre 1). Mais si l'interdiction absolue de toute modification unilatérale n'a jamais été véritablement consacrée, les exigences de protection de la partie faible dans une relation contractuelle, en l'occurrence du consommateur, reste un garde-fou relativement efficace contre les abus des professionnels et plus précisément des opérateurs de communications électroniques (chapitre 2).

### Chapitre 1 – La force obligatoire du contrat à l'épreuve des modifications unilatérales

Ce qui fait la force du contrat est qu'il est tant un acte immuable pour les parties (section 1) qu'un acte de prévision pour chacune d'entre elles (section 2).

#### **Section 1 – Le contrat, un acte immuable**

Même si elle a valeur de principe (sous-section 1), l'autonomie de la volonté n'a jamais été posée de façon absolue dans la loi, et le principe a été tempéré par de nombreuses restrictions dès 1804 (sous-section 2).

##### Sous-section 1 – L'infailibilité du dogme de la force obligatoire du contrat

La force obligatoire du contrat est infailible dès lors qu'elle trouve son fondement dans l'autonomie de la volonté (A), laquelle implique une volonté commune dans la modification du contrat (B).

##### A. La force obligatoire du contrat fondée sur l'autonomie de la volonté

La notion de contrat repose sur deux éléments essentiels. Pour qu'un contrat existe, il faut un accord de volonté (origine du contrat) conclu en vue de créer des obligations (but du contrat). Et en vertu de l'article 1134 du Code civil, la force obligatoire du contrat emporte son intangibilité. La force obligatoire du contrat trouve sa source dans l'autonomie de la volonté, « théorie de philosophie juridique, suivant laquelle la volonté humaine est à elle-même sa propre loi, se crée sa propre obligation : si l'homme est obligé par un acte juridique, spécialement par un contrat, c'est parce qu'il l'a voulu »<sup>6</sup>. *A contrario*, une partie qui ne l'a pas voulu ne peut pas être obligée par un engagement contractuel. C'est dans ce sens que la force obligatoire apparaît être la consécration la plus directe de l'autonomie de la volonté.

A suivre la théorie générale de l'autonomie de la volonté, le contrat tire sa force obligatoire de la volonté des parties. Le contrat est obligatoire parce qu'il a été voulu. Dès lors qu'aucun vice n'affecte le consentement des parties et que l'accord présente un objet et une cause licites, il doit être exécuté tel quel. Ainsi, aucune modification, suspension ou révocation ne peut s'opérer sans le mutuel accord des volontés primitives et ni le juge, ni même le législateur, n'ont le pouvoir d'intervenir dans la vie du contrat.

---

<sup>6</sup> J. Carbonnier, *Droit civil, Les obligations*, PUF, 2004, § 931.

Le code civil a consacré l'autonomie de la volonté mais, pour certains, ce fondement initial a été supplanté par la prise en compte de l'utilité sociale du contrat. En effet, une conception plus sociale du contrat s'est développée au 20<sup>e</sup> siècle et fonde la force obligatoire du contrat sur son utilité sociale. Le contrat demeure obligatoire, mais il est subordonné aux nécessités de la société. Dès lors, au nom de la bonne foi ou de l'équité, le législateur ou le juge peuvent intervenir pendant la durée du contrat afin de l'adapter aux nécessités économiques et sociales. Cette analyse de l'évolution générale du droit des contrats, l'intervention croissante du juge et du législateur, fait le constat d'un certain glissement de la volonté, de la liberté vers la contrainte. Cette conception n'est pas celle consacrée par le droit positif. Le code civil et la jurisprudence ont, en réalité, construit un système équilibré : la libre volonté des parties reste le plus sûr moyen de parvenir à l'équité ou à la justice. Dans la plupart des hypothèses, le respect des volontés initiales est donc protégé par le droit. Ce n'est que de façon subsidiaire que seront insufflées au contrat des exigences extérieures à la volonté initiale des parties.

## B. Une manifestation de la force obligatoire du contrat : la modification conjointe du contrat

Toute modification du contrat suppose un nouvel accord de volonté entre les parties. Selon l'importance de la modification, on sera en présence soit d'un nouveau contrat qui se substitue au premier, soit du même contrat, mais modifié. Cette exigence d'une volonté commune dans la modification du contrat se présente sous un double aspect, négatif et positif.

Négativement, l'une des parties ne peut, de sa propre initiative, modifier le contenu du contrat, même si les circonstances le justifient de manière objective. Cette rigueur de la loi contractuelle peut soulever des difficultés pour les contrats conclus pour une certaine durée et soumis aux variations du contexte économique. Consciente que certains contrats ne peuvent se maintenir que s'ils évoluent, la pratique, principalement dans le commerce international, a développé des clauses qui permettent au contrat d'évoluer en fonction des circonstances. Par exemple, la clause d'adaptation automatique permet, comme son nom l'indique, une modification automatique du contrat dès lors que le critère prévu dans l'accord est réalisé. La clause d'indexation, quant à elle, permet de faire varier le prix en fonction d'un indice de référence (par exemple pour les baux d'habitation, le prix peut varier en fonction de l'indice de la construction). Une autre clause, celle du client le plus favorisé, oblige l'une des parties à faire bénéficier son cocontractant des conditions plus favorables consenties à un autre client. Enfin, grâce à la clause de l'offre concurrente, l'une des parties peut invoquer la proposition plus favorable reçue d'un tiers, afin d'exiger de son partenaire l'alignement sur cette proposition ou la résiliation ou suspension du contrat.

Positivement, si un accord des parties est intervenu pour modifier le contrat, cet accord s'impose à elles. Il n'est pas possible de contester la modification librement acceptée, même si celle-ci s'avère déséquilibrée<sup>7</sup>.

---

<sup>7</sup> Civ. 1<sup>ère</sup>, 30 juin 2004, Bull. 2004 I n°190, p. 157 : une banque qui hausse ses tarifs de manière significative lors du renouvellement du contrat ne commet aucun abus, dès lors que les nouveaux tarifs ont été acceptés par la cliente.

## Sous-section 2 – Atténuation du principe de l'autonomie de la volonté

Le principe de l'autonomie de la liberté peut, dans certaines hypothèses, ne pas être absolu. C'est le cas, notamment, avec les contrats d'adhésion (A) ou dans l'hypothèse d'une révision pour imprévision (B)

### A. Les contrats d'adhésion

Pour désigner le principe de l'autonomie de la volonté, on parle aussi de liberté contractuelle. L'individu est évidemment libre de contracter ou de ne pas contracter, mais il est aussi libre de déterminer le contenu du contrat. En principe, donc, les parties devraient être libres de refuser d'être engagées par un contrat dont les droits et obligations qui en découlent leur auraient été imposés. De fait, les contrats d'adhésion posent la question de l'effectivité de la liberté contractuelle.

Les contrats de communications électroniques sont l'archétype moderne des contrats d'adhésion. Dans ce type de contrats, « le contenu du contrat n'est pas le résultat de la libre discussion des deux parties placées sur un pied d'égalité ; il a été rédigé à l'avance et par l'une des parties qui, plus puissante économiquement ou socialement, le propose à l'adhésion de ses multiples cocontractants »<sup>8</sup>. La position des opérateurs sur le marché de la communication leur a tout de suite permis d'imposer leur volonté à leurs cocontractants. Si l'adhérent est libre de contracter ou de ne pas contracter, il n'a pas pu exprimer sa volonté au cours de la période précontractuelle, comme c'est généralement le cas pour les contrats ordinaires. Il n'est pas étonnant, en effet, que les clients de grandes entreprises subissent la loi de celles-ci : on ne discute pas avec Bouygues Télécom, SFR ou Orange, on se contente d'adhérer dès lors que l'on choisit de ne pas s'abstenir.

Où est alors l'autonomie de la volonté ? Raymond Saleilles et, avant lui, Léon Duguit, avançaient une thèse « anticontractualiste » selon laquelle le contrat d'adhésion n'est pas un contrat à proprement parler mais un acte de volonté unilatérale, une « déclaration unilatérale de volonté »<sup>9</sup>. La valeur juridique de ces conventions trouverait sa source non pas dans un accord de volonté mais dans la volonté unilatérale de l'auteur de l'acte, pour le premier, et dans « les nécessités sociale », pour le second<sup>10</sup>. Mais une objection peut alors être faite à cette thèse. Si effectivement les clauses n'ont pas été librement discutées et si le contrat est rédigé par une seule des parties, l'autre partie est toujours libre de conclure ou non le contrat. En effet, la notion de contrat suppose un accord, l'une des parties fait une offre dans laquelle elle pose les conditions du contrat, et l'autre a le choix de les accepter ou de les refuser. Dès lors, dans la mesure où le consentement a été donné librement, on ne peut pas alors prétendre que le contrat n'est pas formé. Cette solution vaut également s'il n'y a pas eu libre et égale discussion des deux parties et même en cas de prérédaction d'un contrat.

C'est dans ce sens qu'est allée la jurisprudence en refusant de voir dans les contrats d'adhésion des actes juridiques de nature particulière et en leur appliquant les règles du droit commun des contrats. A plusieurs reprises, la Cour de cassation a déclaré les contrats d'adhésion obligatoires pour les deux contractants, y compris pour l'adhérent<sup>11</sup>.

---

<sup>8</sup> F. Terré, P. Simler, Y. Lequette, *Droit civil, Les obligations*, Précis Dalloz, 9<sup>ème</sup> éd., 2005, § 196.

<sup>9</sup> R. Saleilles, *De la déclaration de volonté*, 1909, n° 89, p.229.

<sup>10</sup> L. Guguit, *L'Etat, le droit objectif et la loi positive*, 1901, p. 55 et 432.

<sup>11</sup> Voir not. Cass. Civ., 14 fév. 1866, DP 66, 1, 84, S. 66, 1, 194, GAJciv. n°166.

Dès lors, les contrats de communications électroniques, comme tout contrat d'adhésion, se voient appliquer les règles générales de formation et d'interprétation des contrats et un adhérent pourra, par exemple, invoquer l'existence d'un vice de consentement pour faire annuler le contrat. Toutefois, si ces dernières années quelques arrêts ont admis la violence que l'on qualifie d'économique<sup>12</sup>, le fait que l'adhérent et l'opérateur ne soient pas sur un pied d'égalité ne veut pas dire pour autant qu'il faut assimiler l'état de dépendance économique à la violence<sup>13</sup>.

## B. L'hypothèse d'une révision pour imprévision

Si le contrat à force obligatoire à l'égard des parties, le juge peut-il réviser le contrat lorsque l'évolution des circonstances a rompu son équilibre initial ? C'est la question, largement débattue, de la révision pour imprévision. La solution a été posée dans le célèbre arrêt *Canal de Craponne* du 6 mars 1876<sup>14</sup>. En l'espèce, ont été conclues au 16<sup>e</sup> siècle des conventions ayant pour objet la fourniture d'eau contre une redevance fixée. Au cours du 19<sup>e</sup> siècle, le fournisseur de l'eau a invoqué la baisse de la valeur de la monnaie et la hausse du coût de la main d'œuvre, pour demander un relèvement de la redevance. La Cour de cassation censure la cour d'appel qui avait réévalué la redevance car aucune considération de temps ou d'équité ne peut permettre au juge de modifier la convention des parties, l'article 1134 du Code civil s'y oppose. Cette solution de principe a été réaffirmée depuis dans maintes hypothèses. Elle tranche avec la solution du droit administratif qui, depuis l'arrêt *Gaz de Bordeaux* du Conseil d'Etat<sup>15</sup>, consacre la théorie de l'imprévision.

Les tenants de la révision pour imprévision critiquent cette solution, qui fait du contrat un carcan rigide, insusceptible de s'adapter aux nouvelles données économiques et sociales, ce qui peut effectivement aboutir à une profonde injustice, voire à la ruine de l'un des cocontractants. Les opérateurs de communications électroniques sont, en effet, contraints de s'adapter aux évolutions des technologies de la communication et des contraintes contractuelles trop rigides seraient de toute évidence un frein à leur développement. Les références à la bonne foi et à l'équité des articles 1134 alinéa 3 et 1135 du Code civil pourraient constituer un fondement intéressant au soutien de la révision pour imprévision des contrats de communications électroniques. A cet égard, la chambre commerciale de la Cour de cassation a assoupli de manière plus générale la rigueur de sa position, par deux arrêts du 3 novembre 1992<sup>16</sup> et du 24 novembre 1998<sup>17</sup>. Dans les deux affaires, le contractant engage sa responsabilité contractuelle au nom du devoir d'exécuter la convention de bonne foi (art. 1134 al. 3 C.civ.) lorsqu'il prive son cocontractant victime de l'imprévision des moyens de s'adapter à la nouvelle donne et donc d'exécuter correctement le contrat (possibilité de pratiquer des prix concurrentiels par un distributeur dans le premier cas, par un mandataire dans le second). On le voit, la solution n'est qu'un tempérament : le juge ne modifie pas le contrat, il sanctionne simplement le contractant en situation de force pour ne pas avoir

<sup>12</sup> Civ. 1<sup>ère</sup>, 30 mai 2000, D. 2000.879, note Chazal.

<sup>13</sup> Com., 20 mai 1980, Bull. civ. III, n° 212, p. 170 ; Civ., 1<sup>ère</sup>, 3 avril 2002, D. 2002.1860, note Gridel et Chazal.

<sup>14</sup> Civ., 6 mars 1876, *Canal de Craponne*, GAJciv. n°163, p. 123.

<sup>15</sup> CE, 24 mars 1916, *Cie du Gaz de Bordeaux*, GAJA, n°31, p. 130.

<sup>16</sup> Com., 3 nov. 1992, *Arrêt Huard*, Bull. 1993 IV, n°338, p. 241, *Semaine juridique*, 24 nov. 1993, n°46-47, p. 469.

<sup>17</sup> Com., 24 nov. 1998, Bull. 1998 IV, n°277, p. 232, *Semaine juridique*, Edition entreprise, 22 juill. 1999, n°29, p. 1242, note C. Jamin ; *Semaine juridique*, 1er déc. 1999, n°48, p. 2151, note Y. Picod.

suffisamment coopéré avec son partenaire, victime des nouvelles circonstances<sup>18</sup>. Dès lors, ne pourrait-on pas considérer que la partie qui saisit le juge parce que son opérateur a modifié le prix ou le service initialement prévu au contrat ne fait rien pour aider son cocontractant à sortir de l'impasse dans lequel il se trouve quand il n'a pas les moyens de faire face aux évolutions économiques et technologiques ?

La chose n'est pas si aisée qu'il y paraît mais l'argument de la bonne foi contractuelle est sans doute un peu léger. C'est pourquoi d'autres répondent plus simplement que la solution de principe, bien ancrée en droit positif, constitue un puissant vecteur d'incitation pour les parties à introduire des clauses de révision dans leur accord. De plus, le législateur semble davantage en mesure d'avoir une vue d'ensemble pour introduire la révision, alors que le juge, lui, ne statue que sur le cas qui lui est soumis. Permettre la révision judiciaire du contrat, c'est assurément menacer la sécurité juridique des conventions.

## **Section 2 – Le contrat, un acte de prévision**

Le contrat idéal doit, en principe, permettre la conciliation de tous les intérêts en présence (sous-section 1), tout en privilégiant les intérêts du consommateur quand il s'agit d'un contrat de consommation (sous-section 2).

### Sous-section 1 – Pour une juste conciliation des intérêts contractuels

Loyauté contractuelle et respect de la parole donnée (A) n'empêchent pas, dans certaines hypothèses, d'envisager l'opportunité d'une modification unilatérale (B).

#### A. Loyauté contractuelle et respect de la parole donnée

Le contrat organise les rapports entre les individus et c'est en cela qu'il est un acte de prévision. Il faut remonter aux sources de la force obligatoire du contrat pour trouver des considérations morale et plus précisément les notions de confiance et de respect de la parole donnée.

Le Professeur Cornu disait du contrat qu'il est un « acte de foi ». Selon lui, la confiance est « consubstantielle au contrat », elle est l'« âme des contrats »<sup>19</sup>. Ainsi, en ne respectant pas ses engagements, on trahit la confiance de son cocontractant. Ne serait-ce donc pas cette confiance qui pourrait être le fondement de la force obligatoire du contrat ? Si l'on se réclame du solidarisme contractuel<sup>20</sup>, effectivement, la force obligatoire du contrat reposerait sur la confiance du créancier dans la parole donnée librement par son débiteur. Cette conception

<sup>18</sup> Certains auteurs considèrent que ces arrêts constituent une étape vers la reconnaissance d'une obligation générale de renégociation du contrat en cas d'imprévision, obligation fondée sur l'exigence de bonne foi. Un arrêt récent a semblé consacrer cette aspiration, mais il n'en a rien été en réalité (cf. Civ. 1<sup>ère</sup>, 16 mars 2004).

<sup>19</sup> G. Cornu, *Vocabulaire juridique*, PUF, 2005.

<sup>20</sup> Ch. Jamin, « Plaidoyer pour le solidarisme contractuel », in *Le contrat au début du 21<sup>e</sup> siècle*, Etudes offertes à J. Ghestin, LGDJ, 2001, p. 441 ; « Le procès du solidarisme contractuel », brève réplique, in *Le solidarisme contractuel*, sous la direction de L. Grynbaum et M. Nicod, Economica, coll. Etudes juridiques, t. 8, 2004, p. 159 et s.

D. Mazeaud, « Loyauté, solidarité, fraternité : la nouvelle devise contractuelle », in *L'avenir du droit*, Mélanges F. Terré, Dalloz, PUF, Ed. Juris-Classeur, 1999, p. 603 ; « Les nouveaux instruments de l'équilibre contractuel, Ne risque-t-on pas d'aller trop loin ? », *La nouvelle crise du contrat*, sous la direction de Ch. Jamin et D. Mazeaud, Actes, Coll. Thèmes et commentaires, Dalloz, 2003, p. 135.

trop sentimentale des relations contractuelles ne correspond pas à la réalité des relations d'affaires et encore moins aux contrats de consommation. Certes, si les parties n'ont pas confiance l'une en l'autre, on voit mal comment elles pourront s'engager ensemble dans une relations contractuelles. Toutefois, il serait plus approprié de retenir l'idée selon laquelle la force obligatoire du contrat procède moins de l'engagement du débiteur que de l'attente que pouvait raisonnablement en avoir le créancier lors de la conclusion du contrat.

D'ailleurs, les opérateurs de communications électroniques ne doivent pas être dispensés d'établir leurs contrats et d'organiser leurs pratiques à la lumière du principe de loyauté contractuelle. La loyauté contractuelle ne concerne pas seulement la modification unilatérale des engagements pris, elle doit aussi être respectée en matière de publicité, mais malheureusement, il semble que les services juridiques des opérateurs ne soient pas aussi performants que les services marketing. En effet, dans trois jugements distincts en date du 22 mai 2002, le TGI de Nanterre a condamné les trois opérateurs de téléphonie mobile (SFR, Bouygues Télécom et Orange) à mettre fin à leur système de « facturation par paliers »<sup>21</sup>. Le tribunal a jugé que le décalage entre les informations données aux futurs abonnés dans les documents publicitaires sur le prix du temps de connexion et le prix réellement supporté par l'abonné lors de l'exécution du contrat constituait l'un des faits de publicité mensongère prévus par l'article L121-1 du Code de la consommation.

Les opérateurs respectent les prévisions de leurs clients dès lors qu'ils leur donnent une information complète des conditions d'exécution du contrat d'abonnement. Si les prévisions des cocontractants peuvent être trahies au moment de la conclusion du contrat, elles peuvent également l'être au moment de son exécution, quand l'une des parties modifie unilatéralement le contrat.

## B. L'opportunité de la modification unilatérale

Le contrat est synonyme de souplesse et de liberté. Il permet aux individus d'adapter leurs besoins aux variations de la vie économique, qu'elle que soit leur place dans la relation contractuelle. Plusieurs raisons peuvent pousser un cocontractant à vouloir modifier le contrat. Soit, pour des raisons qui sont étrangères aux parties et qu'elles n'ont pu maîtriser, le contrat ne répond plus aux attentes de l'un ou l'autre des cocontractants, soit il y répond toujours mais se sont les besoins eux-mêmes du cocontractant qui ont évolué.

Dans le premier cas, la modification est souhaitée du fait des transformations du contexte politique, économique, social ou monétaire. *A priori*, seule cette explication pourrait légitimement justifier la décision d'un opérateur de modifier les prix et services prévus au contrat. L'opérateur, de bonne foi évidemment, pourrait se retrouver dans une impasse si on

---

<sup>21</sup> TGI Nanterre, 22 mai 2002 UFC-Que Choisir (Union Française de Consommateurs) / SFR, RG n° 02/02203, Bouygues Télécom, RG n° 02/02204 et Orange, RG n° 02/02201 : Il était reproché aux opérateurs de n'avoir pas indiqué dans leurs campagnes de publicité que le temps de connexion ne serait pas compté en temps réel, à la seconde près, mais par paliers de 15 secondes, voire de 30 secondes, tout pallier commencé même d'une seconde étant réputé entièrement utilisé par l'abonné même si ce dernier a interrompu la connexion avant la fin du pallier. Ce système de comptage aboutissait, selon l'UFC-Que Choisir, à ce que 20 à 30% du temps facturé aux abonnés n'étaient pas effectivement utilisés par les abonnés ; ce qui signifie en clair que les tarifs réels étaient de 20 à 30% supérieurs à ceux annoncés par la publicité ; voire également : TGI Nanterre, 15 oct. 2001, D.2001, confirmé en appel le 16 mai 2002.

lui refusait de s'adapter au marché. Le refus de principe de toute modification du contrat pourrait, dans certains cas, avoir pour conséquence l'exclusion du cocontractant du marché ou sa ruine. L'immutabilité des relations contractuelles doit pouvoir être assumée par lui sans mise en péril de son activité.

Dans la seconde hypothèse, la modification n'est pas admissible dans une relation entre un professionnel et un consommateur. On ne peut pas raisonnablement accepter qu'un professionnel puisse, à sa guise, modifier le contrat alors qu'il répond toujours aux besoins auxquels il était destiné. Le seul fait que ces besoins ne sont plus ceux du professionnel ne peut décernement pas justifier une modification unilatérale.

A de nombreuses reprises, le juge a eu l'occasion de statuer sur le caractère abusif ou non des clauses permettant la modification unilatérale par le professionnel dans les divers contrats de communications électroniques. La jurisprudence reconnaît que « l'interdiction de principe de tout pouvoir unilatéral dans une relation contractuelle destinée à une certaine durée est synonyme de rigidité au point de pouvoir apparaître contre nature dans un environnement évolutif »<sup>22</sup>. Elle va même plus loin en admettant qu'« il est impossible d'imposer à un professionnel de fournir un service par le biais d'un abonnement, à un prix figé pendant plusieurs années »<sup>23</sup>. Dès lors, le juge admet que l'introduction d'une clause de révision unilatérale ne constitue pas, par principe, un déséquilibre significatif entre les droits et obligations des parties<sup>24</sup>.

Ce qui peut justifier ce pouvoir de modification unilatérale par le professionnel est l'évolution technique de la prestation. En effet, une clause qui permet à l'opérateur, de modifier unilatéralement le contrat n'est pas abusive dès lors que la modification répond à une nécessité technique ou d'organisation du service<sup>25</sup>. Mais ce pouvoir de modification n'est autorisé que s'il est fait référence à cette évolution technologique dans le contrat<sup>26</sup>. Cette évolution technique est en principe le seul critère qui doit être retenu par le contrat comme pouvant générer une modification unilatérale et ce au sens de l'article R132-2 du Code de la consommation qui dispose qu'« il peut être stipulé que le professionnel peut apporter des modifications liées à l'évolution technique, à condition qu'il n'en résulte ni augmentation de prix ni altération de la qualité et que la clause réserve au non-professionnel ou au consommateur la possibilité de mentionner les caractéristiques auxquelles il subordonne son engagement ». Par exemple, un tribunal de grande instance avait considéré que la clause qui prévoit la modification unilatérale des modalités de paiement explicitement acceptées par l'abonné est abusive si le professionnel ne justifie pas le bien fondé de cette modification unilatérale qui ne répondait à aucun impératif pour la société<sup>27</sup>.

---

<sup>22</sup> TGI Nanterre, 3 mars 2006, RG n° 04/03016.

<sup>23</sup> TGI Nanterre, 2 juin 2004, RG n° 02/03156.

<sup>24</sup> TI Périgueux, 28 juin 2002, RG n° 11-01-000572 ; TGI Nanterre, 3 mars 2006, op. cit. note 22.

<sup>25</sup> TGI Paris, 16 mars 1999, RSS/3-10-1996.

<sup>26</sup> TGI Paris, 21 fév. 2006, RG n° 04/02910 : La clause d'un contrat d'abonnement à un accès à l'Internet qui stipule que le numéro de téléphone ne peut être considéré comme attribué de manière définitive au consommateur, le professionnel pouvant, pour des raisons techniques ou réglementaires, être contraint de modifier ce numéro est abusive au regard des dispositions de l'article R132-2 du code de la consommation dès lors qu'elle autorise le professionnel à modifier unilatéralement les clause contractuelles pour des raisons techniques qui ne sont en aucune façon définies.

<sup>27</sup> Sur le critère de l'évolution technique, cf. TGI Nanterre, 2 juin 2004, op. cit. note 23.

En tout état de cause, quelle que soit la raison invoquée, la Cour de cassation a eu plusieurs fois l'occasion de rappeler l'interdiction de toute modification unilatérale du contrat<sup>28</sup>.

### Sous-section 2 – Le contrat, un acte de prévision pour le consommateur

Le professionnel doit donner au consommateur les moyens d'avoir confiance dans la relation contractuelle (A), une confiance qui passe essentiellement par une relation contractuelle transparente (B).

#### A. La confiance dans les contrats de consommation

A la formule de Fouillée « Qui dit contractuelle dit juste », répond celle de Lacordaire « Entre le fort et le faible, c'est la liberté qui asservit, la loi qui affranchit ». La critique de la théorie de la volonté est ici évidente. La liberté contractuelle n'est pas nécessairement source de justice et d'équité car les hommes seraient fondamentalement inégaux. Cette allégation n'est pas fautive, les rapports contractuels ne sont pas toujours équilibrés et le plus souvent, bien loin de ne chercher qu'à servir les intérêts de l'autre, la partie forte cherche à imposer sa loi au faible. Cela est particulièrement évident dans les relations d'affaires (B to B ou *Business to Business*) où les partenaires s'orientent naturellement vers les activités les plus rentables. Mais l'on retrouve également ces disparités dans les rapports entre professionnels et consommateurs (B to C ou *Business to Consumer*) pour lesquels cette infériorité du consommateur est souvent accentuée par le « phénomène de standardisation des contrats »<sup>29</sup> : avec les contrats d'adhésion, un modèle contractuel est imposé au consommateur qui ne peut qu'adhérer ou refuser<sup>30</sup>

Afin que le consommateur ne se retrouve pas systématiquement en position de se voir imposer un cadre contractuel auquel il n'aurait pas adhéré, il peut être tentant de renforcer le cadre contraignant du contrat. Mais le risque est alors de priver la liberté contractuelle de ses vertus. Un juste équilibre doit alors être trouvé entre droit de la consommation et droit de la concurrence, qui ont tous deux pour finalité d'assurer le bon fonctionnement du marché. Si les consommateurs doivent être protégés dans leur rapport avec les fournisseurs de biens et de services, ces derniers ne doivent pas être freinés dans leur dynamique d'entreprise.

Une autre vision de la question peut être alors adoptée, selon laquelle il n'y a rien d'altruiste dans le respect de la parole donnée. En effet, le contrat a l'avantage d'être le reflet des souhaits et promesses de chacun et il est évident que les parties mettront toute leur bonne volonté à exécuter les obligations auxquelles elles ont volontairement souscrit. En général, pour que les rapports sociaux évoluent sans heurts, il est préférable que les contraintes soient consenties plutôt qu'imposées. C'est en corrigeant ces déséquilibres contractuels qu'on redonne confiance aux consommateurs, ce qui va les inciter à contracter avec l'un ou l'autre des opérateurs et donc favoriser une saine concurrence. De toute évidence, le respect du client est un gage de succès commercial.

Différents moyens permettent de redonner confiance aux consommateurs et de clarifier les relations qu'ils entretiennent avec les opérateurs : une plus grande transparence, une meilleurs

<sup>28</sup> Civ. 1<sup>ère</sup>, 29 janvier 1980 : Bull. civ. I, n° 37.

<sup>29</sup> F. Terré, P. Simler, Y. Lequette, *Droit civil, Les obligations*, Précis Dalloz, 9<sup>ème</sup> éd., 2005, § 34.

<sup>30</sup> Cf. supra § 16 et s.

information des consommateurs ou encore la place faite aux représentants des consommateurs<sup>31</sup>.

En outre, aujourd'hui de plus en plus d'abonnements à des services de communications électroniques peuvent être souscrits en ligne. Le développement des techniques de communication a sensiblement renouvelé la question de la formation du contrat à distance. Le législateur communautaire a traité de la question dans la directive sur le commerce électronique du 8 juin 2000<sup>32</sup>. Le législateur français a transposé une partie de cette directive par une loi du 21 juin 2004 sur la confiance dans l'économie numérique, dite LCEN<sup>33</sup>, complétée depuis par une ordonnance du 16 juin 2005<sup>34</sup> qui a introduit dans notre Code civil un chapitre relatif aux « contrats sous forme électronique » (articles 1369-1 et suivants du Code civil). Le dispositif ainsi institué s'applique à « quiconque propose, à titre professionnel, par voie électronique, la fourniture de biens ou la prestation de services » (article 1369-4). L'objectif du dispositif est de protéger l'utilisateur du réseau Internet contre des engagements que l'on craint irréflechis ou du moins mal maîtrisés, de tels engagements étant rendus plus faciles avec le commerce par voie électronique. L'échange des consentements est alors plus contrôlé que dans le schéma classique, d'abord par des dispositions destinées à informer le mieux possible le destinataire de l'offre et ensuite par des dispositions destinées à encadrer la rencontre de l'offre et de l'acceptation.

## B. L'information du consommateur

L'obligation d'information (ou de renseignements) est un instrument de choix de la protection renouvelée du consentement et la plupart des dispositions législatives sur ce point visent à assurer la protection du consommateur. C'est l'emblématique article L111-1 du Code de la consommation qui consacre une obligation générale d'information du professionnel à l'égard du consommateur dans la phase précontractuelle. Et en même temps que le législateur multiplie les obligations d'information propres à telle ou telle situation particulière, la jurisprudence a dégagé une obligation générale d'information concernant la modification unilatérale des contrats de communications électroniques. La modification doit, en effet, répondre à un certain nombre de critères, notamment l'information préalable.

En premier lieu, le professionnel doit définir, dès la conclusion du contrat, les éléments de celui-ci qui pourront être soumis à modification ainsi que les conditions dans lesquelles la modification est susceptible d'intervenir<sup>35</sup>. La clause ne doit alors être ni ambiguë ni

---

<sup>31</sup> L'UFC-Que Choisir (Union Fédérale des Consommateurs - Que choisir) est une association de loi 1901, créée en 1951 et qui a pour objectif d'informer, de défendre et de représenter les consommateurs, usagers et contribuables, de représenter les intérêts collectifs des consommateurs auprès des pouvoirs publics et des professionnels devant les tribunaux et d'œuvrer pour le rassemblement de tous les consommateurs et pour l'affirmation d'un mouvement consommateur puissant et indépendant de tous les pouvoirs.

<sup>32</sup> Directive 2000/31/CE du Parlement européen et du Conseil du 8 juin 2000 relative à certains aspects juridiques des services de la société de l'information, et notamment du commerce électronique, dans le marché intérieur (« directive sur le commerce électronique »), JO n° L 178 du 17/07/2000 p. 0001 – 0016.

<sup>33</sup> Loi n° 2004-575 du 21 juin 2004 pour la confiance dans l'économie numérique, JO n° 143 du 22 juin 2004 p. 11168.

<sup>34</sup> Ordonnance n° 2005-674 du 16 juin 2005 relative à l'accomplissement de certaines formalités contractuelles par voie électronique, JO n° 140 du 17 juin 2005 p. 10342.

<sup>35</sup> TGI Nanterre, 3 mars 2006, op. cit. note 22.

imprécise<sup>36</sup>. Dès lors que l'événement qui va provoquer la modification est défini par le contrat, le professionnel ne pourra plus se voir opposer une décision arbitraire et le consommateur sera en mesure d'anticiper la modification grâce à des éléments de références précis et objectifs. Récemment, l'association Défense et action collective contre France Télécom (DACCFT) a incité les consommateurs mécontents à assigner France Télécom pour non respect des conditions d'information notamment sur la carence de d'information explicite sur les conditions de modification du contrat lors de l'offre de service.

En deuxième lieu, la modification doit être précédée d'une notification. En effet, la décision de réviser les clauses du contrat doit faire l'objet d'une « information préalable et détaillée, dans un délai permettant au consommateur d'exercer son choix en connaissance de cause »<sup>37</sup>.

En troisième lieu, « cette information ne peut s'entendre que d'une démarche individualisée s'adressant à chaque abonné »<sup>38</sup>. Ainsi, par exemple, le consommateur n'est pas valablement informé si l'information peut seulement être consultée sur le site du professionnel car, selon la jurisprudence, le consommateur n'a aucune obligation de consulter le site pour se tenir au courant des éventuelles modifications apportées aux conditions générales<sup>39</sup>. De plus, le professionnel ne peut pas se contenter de porter ces modifications dans les conditions générales mises en ligne sur son site. La Commission des clauses abusives avait d'ailleurs considéré que le professionnel ne devait pas prévoir que les conditions générales en ligne, qui se prêtent par nature à évolution, prévalent sur les conditions générales imprimées car cela lui arrose de fait un pouvoir abusif de modification<sup>40</sup>. Par contre, un tribunal de grande instance a considéré que le consommateur était valablement informé par la réception d'un e-mail en plus de la mention en page d'accueil du service<sup>41</sup>. L'exigence d'un consentement éclairé du consommateur fait de plus en plus sa place dans les affaires mettant en cause des opérateurs de communications électroniques. Très récemment, le tribunal de proximité d'Antony<sup>42</sup> a invalidé l'information d'une modification contractuelle effectuée par SMS. En l'espèce, NRJ Mobile avait envoyé un SMS aux clients de son offre de téléphonie mobile à carte prépayée les informant de l'instauration d'une durée de validité pour la recharge de carte alors que l'offre initiale n'en prévoyait pas. Le problème était que le SMS se contentait d'inciter les abonnés à se rendre sur le site de NRJ Mobile sans expliquer pourquoi. Ce n'était alors que sur le site que les clients étaient informés des changements contractuels prévus. Les juges du fond ont estimé que « l'envoi d'un simple texto ne permet pas de donner une information préalable explicite de tout projet de modification de l'offre ».

---

<sup>36</sup> CA Versailles, 15 sept. 2005, RG n° 04/05564 ; TGI Paris, 21 février 2006, op. cit. note 26 ; TGI Paris 5 avril 2005, RG n° 04/02911.

<sup>37</sup> TGI Nanterre, 3 mars 2006, op. cit. note 22.

<sup>38</sup> TGI Paris, 10 oct. 2000, RG n° 99/11184.

<sup>39</sup> TGI Paris, 21 février 2006, op. cit. note 26, TGI Nanterre, 9 février 2006, RG n° 04/02838.

<sup>40</sup> Recommandation n° 03-01 relative aux contrats de fourniture d'accès à l'Internet (BOCCRF du 31/01/2003), disponible sur le site de la Commission des clauses abusives <<http://www.clauses-abusives.fr/recom/03r01.htm>>, cf. infra § 65 et s.

<sup>41</sup> TGI de Nanterre, 2 juin 2004, op. cit. note 23.

<sup>42</sup> TP Antony, 12 mars 2007, J.Z. / NRJ Mobile.

## **Chapitre 2 – Pour une protection absolue de la partie faible : le consommateur**

La protection du consommateur implique que les activités contractuelles des professionnels soient strictement encadrées (section 1) et que lui soit donné les moyens nécessaires à la défense de ses intérêts (section 2).

### **Section 1 – L’encadrement des activités professionnelles**

Les activités contractuelles des professionnelles sont règlementées par le législateur (sous-section 1) et des moyens de lutter contre les clauses abusives ont été mis en place (sous-section 2).

#### **Sous-section 1 – Le contrôle de la partie forte**

Le champ d’application de la réglementation sur les clauses abusives (A) a évolué, depuis la loi de 1978, vers un système de protection efficace du consommateur (B).

##### **A. La réglementation sur les clauses abusives**

L’économie d’un contrat relève le plus souvent de son contenu et les stipulations contractuelles peuvent avoir pour conséquence de déséquilibrer une relation au détriment d’une des deux parties. Dans l’absolu, chaque cocontractant est responsable en vertu de ce à quoi il s’engage, mais avec le développement de la société de consommation, le nombre d’hypothèse où le rapport est initialement désavantageux pour une des parties s’est multiplié. Depuis la Seconde guerre mondiale, le droit appréhende ces situations au travers de dispositions qui tendent à rétablir un équilibre. On aurait pu envisager d’appréhender ces situations par l’utilisation des dispositions déjà existante dans le Code civil telles que les articles 1134 et 1135. Au contraire, s’est développé un nouveau droit, le droit de la consommation qui a pour objet de régir ce type de problèmes.

Le droit français a tenté d’établir une définition générale des clauses abusives. Cette approche apparaît bien plus protectrice que celle choisie par d’autres pays dans la mesure où la clause considérée n’est pas spécialement visée ou sanctionnée par la loi. Ainsi, une clause pourra être qualifiée d’abusives par le juge alors que la loi ne la prohibe pas directement. Une autre approche, qui est celle du droit allemand notamment, produit une énumération des clauses abusives et combine ainsi répression et prévention, les clauses abusives étant prises en considération dès la rédaction des contrats. Si cette solution présente l’avantage d’assurer une certaine sécurité juridique, le procédé a tout de même ses limites. Les listes ne sont pas seulement noires (clauses toujours abusives) ou blanches (clauses qui ne peut être abusives), elles peuvent être grises (clauses qui sont présumées être abusives). La virtuosité des rédacteurs de contrats pourra alors être difficilement être déjouée.

En droit français, cette protection du consommateur quant au contenu du contrat a débuté avec la loi du 10 janvier 1978<sup>43</sup>. Le système a plus ou moins bien fonctionné et le texte a été intégré au Code de la consommation en 1993 lors de la codification à droit constant. Une directive de l’Union européenne est intervenue le 5 avril 1993, imposant une modification de

---

<sup>43</sup> Loi n° 78-22 du 10 janvier 1978 relative à la protection du consommateur dans le domaine de certaines opérations de crédit.

notre système<sup>44</sup>. La transposition a eu lieu relativement rapidement par une loi du 1<sup>er</sup> février 1995<sup>45</sup> instaurant un nouvel article L132-1 dans le Code de la consommation.

Les personnes protégées par la réglementation sur les clauses abusives sont les *non professionnels*. L'expression a été introduite par le projet d'élaboration de la loi en 1978. Cette terminologie a été gardée en 1995 alors que la directive en proposait une autre dans son article 1 avec le terme de *consommateur*. D'après les travaux préparatoires, les parlementaires visaient en fait les professionnels hors de leur sphère de compétence, ce qui ne semble correspondre aux prescriptions européennes. En effet, contrairement au droit français, la directive définit les termes de *professionnel* et de *consommateur* (article 2). Elle retient pour définir le consommateur « le cadre d'activité incompatible avec celui de la sphère de compétence ». La loi française a pris, *a priori*, une position plus protectrice puisqu'elle serait allée au-delà du niveau de protection souhaité, ce qui était autorisé par l'article 8 de la directive.

La loi de 1978 faisait du critère de l'abus de puissance économique une condition de la clause abusive. Elle tendait à définir le rapport existant entre les deux parties au contrat et mettait en évidence un rapport de force inégal, préalable au contrat et dont la partie forte profitait lors sa conclusion. Ni la directive de 1993, ni la loi de 1995 n'ont repris ce critère. Bien que justifiée quant à la philosophie du droit de la consommation, cette condition était, en effet, apparue superflue.

Quant aux contrats en cause, on peut s'interroger sur l'éventuel monopole des contrats d'adhésion en la matière. La directive limitait son champ d'application aux contrats n'ayant pas fait l'objet d'une négociation individuelle. Elle considérait que les contrats d'adhésion étaient présumés ne pas avoir fait l'objet d'une négociation individuelle. Cette précision démontrait l'absence d'identité entre contrats d'adhésion et contrats non librement négociés. Même si les contrats d'adhésion constituent le terrain de prédilection des clauses abusives, ils n'en sont pas le domaine exclusif. Cependant, la limitation aux contrats non librement négociés n'a pas été reprise par le droit français.

## B. Appréciation et sanction du caractère abusif d'une clause

Entre 1978 et 1995, on est passé de l'avantage excessif au déséquilibre significatif. Le projet de loi de 1978 parlait déjà de « déséquilibre manifeste des droits et obligations des parties » et la loi de transposition a repris les termes exacts de la directive. Les deux notions recouvrent une même réalité : une rupture de l'équilibre contractuel. Cette situation peut résulter de deux hypothèses. Soit des obligations draconiennes ont été imposées à l'une des parties, soit l'autre partie a allégé ses propres obligations ou limité voire exclu sa responsabilité. Le caractère abusif d'une clause résulte alors, et c'est ce qui ressort des travaux parlementaires de la loi de 1995, d'un déséquilibre englobant l'ensemble du contrat (Art. 1 al. 5). Une clause pourra donc être déclarée ou non abusive en fonction de son environnement.

---

<sup>44</sup> Directive 93/13/CEE du Conseil, du 5 avril 1993, concernant les clauses abusives dans les contrats conclus avec les consommateurs, JO n° L 095 du 21 avril 1993 p. 0029 – 0034.

<sup>45</sup> Loi 95-96 du 1er février 1995 concernant les clauses abusives et la présentation des contrats et régissant diverses activités d'ordre économique et commercial, JO n° 28 du 2 février 1995.

L'appréciation du caractère abusif d'une clause tel que défini au premier alinéa du texte se fait *in concreto*, c'est-à-dire au moment de la conclusion du contrat en fonction de toutes circonstances qui l'entourent.

Une autre limite doit être remarquée, celle prévue à l'alinéa 7 : « L'appréciation du caractère abusif des clauses au sens du premier alinéa ne porte ni sur la définition de l'objet principal du contrat ni sur l'adéquation du prix ou de la rémunération au bien vendu ou au service offert pour autant que les clauses soient rédigées de façon claire et compréhensible ». On cherche ici à éviter la contestation sur le prix convenu, ce qui pourrait conduire à l'admission indirecte de la lésion. Or, celle-ci a été rejetée par le droit français.

La sanction à appliquer en cas de reconnaissance du caractère abusif est prévue à l'alinéa 6 : la clause est réputée non écrite. L'alinéa 8 prévoit tout de même une réserve : en cas de contamination à tout le contrat, celui-ci est nul. Cette solution est plus que raisonnable puisqu'on ne saurait appliquer un contrat vidé de sa substance. De toute façon, rares seront les hypothèses où la substance du contrat serait atteinte par la clause abusive dans la mesure où l'alinéa 7 exclut la qualification de clause abusive à propos de celles qui porteraient sur la substance du contrat, à savoir l'adéquation du prix et de l'objet.

Cette disposition contient en réalité une double sanction pour le professionnel. En premier lieu, la clause litigieuse est réduite à néant, en second lieu, le contrat subsiste épuré. Cette situation permet de déjouer la prévision du professionnel qui aurait voulu appliquer la politique du « tout ou rien » selon laquelle son cocontractant a le choix entre admettre la clause et profiter du contrat ou obtenir l'annulation du contrat et donc ne pas en profiter.

## Sous-section 2 – Les moyens de lutte contre les clauses abusives

Le juge a aujourd'hui le pouvoir d'agir dans la dénonciation des clauses abusives (A), et ses interventions sont très souvent éclairées par les recommandations de la Commission des clauses abusives (B)

### A. La reconnaissance du caractère abusif d'une clause : du monopole du pouvoir réglementaire à la consécration du pouvoir du juge

L'article 35 de la loi de 1978 donnait une compétence exclusive au pouvoir réglementaire pour déterminer les clauses abusives. Seul un décret en Conseil d'Etat pris après avis de la Commission des clauses abusives pouvait limiter, interdire ou exclure ces clauses. Cette méfiance à l'égard du juge avait plusieurs raisons. D'abord, on avait peur que le juge vide l'article 1134 du Code civil de son contenu. Ensuite, les jugements sur le fond aurait pu diverger d'une juridiction à l'autre. Enfin, certains auteurs étaient hostiles au système prétorien car ils relevaient que la mise en place de ce système de protection s'accommodait mal avec le processus de formation de la jurisprudence : lenteur, relativité de la chose jugée, hésitation des particuliers à intenter des actions face à leurs puissants partenaires et le tout souvent pour des sommes relativement faibles. L'efficacité du système était donc souvent subordonnée à une seule condition : la diligence du gouvernement<sup>46</sup>.

---

<sup>46</sup> Entre 1978 et 1995, un seul décret fût pris, celui du 24 mars 1978, en partie annulé d'ailleurs par le Conseil d'Etat par un arrêt du 3 décembre 1980.

La Cour de cassation, violant ouvertement la loi, a fini par admettre un contrôle direct des clauses abusives par le juge, mais ce fût le fruit d'une lente évolution<sup>47</sup>.

La loi du 1<sup>er</sup> février 1995, qui a mis le droit français en conformité avec la directive européenne, a complètement refondu l'article L132-1 du Code de la consommation. Elle réaffirme, d'abord, les prérogatives du pouvoir réglementaire quant à l'identification et l'interdiction des clauses abusives (alinéa 2). Elle dresse, ensuite, une liste indicative des clauses abusives (alinéa 3). Elle énonce, enfin, une nouvelle définition des clauses abusives : l'avantage excessif est abandonné, anisi que l'abus de puissance économique, c'est le « déséquilibre significatif » qui caractérise désormais les clauses abusives. Même si cette nouvelle loi ne consacre pas explicitement le pouvoir du juge, ce pouvoir peut cependant être déduit du texte de l'article L132-1 qui dispose que « dans les contrats... sont abusives... ». Le caractère abusif d'une clause résulte du simple fait qu'elle répond à la définition et non plus de sa constatation par décret.

Il existe aujourd'hui un système de coexistence entre les pouvoirs reconnus au juge et au gouvernement, l'alinéa 2 laissant subsister le pouvoir réglementaire, facultatif quant à la détermination de la clause, impératif quant à l'attitude du juge si un décret a été pris (« doivent »).

Reste la question de l'annexe, liste indicative de la directive reprise dans le Code de la consommation. L'alinéa 3 dispose qu'elle demeure « indicative et non exhaustive » et énonce un certain nombre de clauses qui peuvent être regardées comme abusives. Cette liste ne revêt donc pas le caractère que l'on a pu donner aux listes noires en droit allemand. Elle ne constitue en rien une présomption légale et ne dispense pas le demandeur d'apporter la preuve du caractère abusif de la clause dénoncée.

## B. Les recommandations de la Commission des clauses abusives

L'annulation des clauses abusives n'est pas la seule façon de lutter contre elles. Depuis 1978, la Commission des clauses abusives est susceptible d'intervenir de façon très efficace dans la dénonciation des clauses. Sa compétence est organisée par les articles L.132-2 à L132-5 du Code de la consommation.

La Commission est auteur de recommandations. L'article L132-2 de Code de la consommation instituant la Commission des clauses abusives en fixe la mission : « rechercher si [les modèles de conventions habituellement proposées par les professionnels à leurs contractants non professionnels ou consommateurs] contiennent des clauses qui pourraient présenter un caractère abusif ». Telle est sa mission principale. Elle est aussi un organe de conseil puisque qu'elle doit être consultée avant que soit pris un décret en Conseil d'Etat relatif aux clauses prohibées.

Plusieurs personnes peuvent être à la source de la saisine de la Commission (art. L132-3 C. consom.) : le Ministre chargé de la consommation, les associations agréées et les professionnels intéressés. Ces derniers, quand ils sont de bonne volonté, pourront donc demander conseil à la Commission relativement à la qualité des clauses qu'ils proposent et

---

<sup>47</sup> Civ. 1<sup>ère</sup>, 14 mai 1991, Bull. 1991 I, n° 153, p. 101. Confirmé, au visa de l'art. 35 de la loi de 1978, par Civ. 1<sup>ère</sup>, 26 mai 1993, Bull. 1993 I, n° 192, p. 132.

sauront ainsi si, *a priori*, ils doivent modifier les modèles de contrat qu'ils proposent. Eventuellement, un professionnel respectueux de la législation pourrait déférer à la Commission les contrats « abusifs » d'un concurrent. La Commission peut également se saisir d'office, cette saisine d'office pouvant correspondre, dans une certaine mesure, à une « saisine populaire informelle à filtre arbitraire ». En effet, les contrats dont les membres de la Commission pourraient avoir connaissance – éventuellement à l'initiative d'un particulier – seront soumis à l'examen de la Commission.

Les recommandations de la Commission des clauses abusives (art. L132-4 C. consom.) apparaît être un véritable guide pour les professionnels, mais seulement un guide. En effet, les recommandations de la Commission n'ont aucune force obligatoire : ce ne sont pas des règles de droit (ou alors peut-être de « *very soft law* »). Dès lors, elles ne lient pas le juge dans le cadre des pouvoirs qu'il s'est arrogé depuis 1991 et que la loi a consacrés en 1995, même si elles peuvent lui servir de guide. La violation d'une recommandation ne saurait donc fonder un pourvoi en cassation. Leur absence de pouvoir normatif a été souligné par l'arrêt « *Carte pastel* » de 1996<sup>48</sup> qui avait décidé qu'une clause pourtant dénoncée comme abusive par la Commission pouvait être jugée comme ne recouvrant pas ce caractère par le juge. La Haute juridiction a ainsi « tué dans l'œuf » une éventuelle tentative de prise de pouvoir de la Commission.

L'objectif des recommandations est tout autre et est finalement très optimiste : que la pression « morale » exercée conduise les professionnels à supprimer de leurs contrats les clauses abusives. Dans ce sens, la publicité des recommandation (art. L.132-4 C. consom.) non seulement à destination des professionnels mais surtout de l'opinion publique doit être convenablement assurée, et on peut s'étonner que celle-ci ne soit pas automatique. Pour autant, cette publication ne doit pas avoir pour effet de clouer au pilori l'entreprise dont le contrat a fait l'objet d'une étude par la Commission et la recommandation doit avoir un caractère suffisamment général, c'est-à-dire qu'elle ne doit pas désigner précisément telle clause d'un contrat rédigé par telle entreprise comme étant abusive.

Entre 1978 et 2006, 63 recommandations adoptées par la Commission ont été publiées (mais bien plus sont adoptées chaque année sans être publiées), visant toutes plusieurs clauses soit d'application générale (contrats de garantie, recours en justice, délais de livraison, équilibre des obligations en cas d'inexécution du contrat...) soit limitées à un domaine spécifique et particulièrement sensible (objets d'ameublement, installations de cuisines, travaux photographiques, achat de véhicule automobile, cartes de paiement, baux d'habitation, téléphonie, Internet et télévision...).

---

<sup>48</sup> Civ. 1<sup>ère</sup>, 13 nov. 1996, Bull. 1996 I N° 399 p. 279, Les Petites Affiches, 1997-12-22, n° 153, p. 17, note J. Huet.

## **Section 2 – La protection des intérêts du consommateur**

Les clauses de modification unilatérale ont été très vite reconnues comme abusives (sous-section 1) ce qui a pu faciliter l'action des consommateurs dans l'appréhension de cette clause abusive (sous-section 2).

### **Sous-section 1 – La clause relative à la modification des termes du contrat : une clause abusive**

La Commission des clauses abusives a reconnu le caractère abusif des clauses de modification unilatérale dans le domaine des communications électroniques (A) et a été largement suivie par la jurisprudence (B).

#### **A. La reconnaissance du caractère abusif de la clause par la Commission des clauses abusives**

En 2002, la Commission des clauses abusives a décidé de se saisir d'office du problème des contrats des fournisseurs d'accès à l'Internet en vue de trouver, dans les modèles de contrats habituellement proposés, les clauses qui peuvent présenter un caractère abusif. La Commission s'est d'abord réunie en séance plénière, pour examiner le rapport de M. Leveneur. Les représentants des professionnels ont ensuite été auditionnés sur ce rapport, puis la Commission s'est, à nouveau, réunie en séance plénière afin d'examiner cette fois le projet de recommandation de M. Leveneur. Finalement, la Commission a adopté, le 26 septembre, une recommandation concernant les contrats de fourniture d'accès à l'Internet<sup>49</sup>.

Selon cette étude, sur l'ensemble des contrats de fourniture d'accès examinés, 28 clauses relatives aux conditions générales d'utilisation pourraient être considérées comme « abusives » au sens de l'article L.132-1 du Code de la Consommation. La Commission avait recommandé en particulier la suppression des clauses qui font prévaloir les conditions générales en ligne, non acceptées par le client, sur les conditions générales imprimées, celles qui autorisent le fournisseur à modifier l'adresse électronique du client, qui exonèrent ou limitent excessivement la responsabilité du professionnel, qui limitent les obligations du fournisseur à de simples obligations de moyen ou encore celles qui imposent au consommateur un mode de paiement unique.

De plus, à l'instar de sa précédente recommandation relative aux contrats de téléphonie mobile<sup>50</sup>, la Commission a recommandé que soient supprimées des modèles de contrats habituellement proposés par les professionnels celles qui permettent la modification unilatérale du service ou du tarif défini dans les contrats à durée déterminée. Dans son considérant 10, la recommandation commence par rappeler le contexte du pouvoir de modification du professionnel : « Considérant que de nombreux modèles de convention prévoient que le fournisseur d'accès pourra à tout moment prendre l'initiative de modifier le contrat, notamment quant au nombre ou à la nature des services, à leurs conditions d'accès ou d'utilisation, sans autre formalité que de porter ces modifications dans les conditions générales, voire particulières, en ligne ; qu'un droit de résiliation est alors en général offert au client pendant un certain délai, à l'expiration duquel, à défaut de dénonciation du contrat, le

<sup>49</sup> Recommandation n° 03-01 relative aux contrats de fourniture d'accès à l'Internet, op. cit. note 40.

<sup>50</sup> Recommandation n° 99-02 relative aux contrats de radiotéléphones portables (BOCCRF du 27/07/1999), disponible sur le site de la Commission des clauses abusives <<http://www.clauses-abusives.fr/recom/index.htm>> : « Considérant que plusieurs clauses permettent au professionnel de modifier « certaines données pratiques de l'abonnement » sans que l'abonné puisse s'y opposer ou prétendre à une indemnité ; que de telles dispositions, contraires à l'article R132-2 du Code de la consommation, sont abusives ».

consommateur est réputé avoir accepté lesdites modifications ». Pour la Commission, « la possibilité contractuellement donnée au professionnel de modifier unilatéralement, hors les hypothèses prévues par l'article R132-2 alinéa 2 du Code de la consommation, même avec une faculté de résiliation pour le consommateur, un contrat en cours, sans l'accord explicite de son cocontractant, alors que le client, qui a pris un abonnement payant, peut légitimement compter sur l'exécution de l'intégralité du service qui lui a été initialement promis, engendre un déséquilibre significatif entre les droits et obligations des parties ».

Le considérant 11 concerne les « contrats à durée déterminée [qui] permettent au fournisseur de procéder à la modification du prix de son service, sans accord explicite du consommateur ». Pour la Commission, « même en ouvrant à ce dernier une faculté de résiliation s'il n'accepte pas une augmentation, alors que le client est en droit de compter sur le maintien du tarif convenu tout au long de la période déterminée pour laquelle le contrat a été conclu, cette clause déséquilibre la relation contractuelle au profit du professionnel ». Par conséquent, pour les contrats conclus pour une durée déterminée et reconduit tacitement. Le FAI ne pourrait alors modifier le tarif que lors du renouvellement de ce dernier<sup>51</sup>.

Suite à ces considérations, la Commission a recommandé « que soient éliminées des modèles de convention habituellement proposés aux consommateurs par les fournisseurs d'accès à Internet les clauses qui ont pour objet ou pour effet (...) de permettre au professionnel, en cours d'exécution du contrat, hors les cas prévus par l'article R. 132-2 du Code de la consommation, de modifier unilatéralement, sans accord explicite de l'abonné, le service promis, de donner au fournisseur la possibilité de modifier le tarif d'un contrat à durée déterminée sans accord explicite du consommateur, même en ouvrant à ce dernier une faculté de résiliation s'il n'accepte pas l'augmentation ».

Bien que ce texte ne revêt aucune valeur juridique contraignante, si certaines de ces clauses étaient soumises au pouvoir d'appréciation des juges du fond, elles pourraient être « réputées non écrites » et par conséquent déclarées nulles.

## B. La reconnaissance du caractère abusif de la clause par la jurisprudence

Le juge se positionne difficilement entre interdiction et admission de la modification unilatérale du contrat par le consommateur. Un tribunal d'instance avait jugé que « si l'annexe indicative à l'article L132-1 du code de la consommation définit comme clause abusive celle qui a pour objet ou pour effet d'accorder aux fournisseurs de services le droit d'augmenter leurs prix sans que le consommateur n'ait de droit correspondant de rompre le contrat au cas où le prix final est trop élevé par rapport au prix convenu lors de la conclusion du contrat, l'introduction d'une clause de révision du prix dans un contrat de téléphonie mobile ne constitue pas pour autant un déséquilibre significatif entre les droits et obligations des

---

<sup>51</sup> Recommandation n° 99-02, op. cit. note 50 : « Considérant que lorsque le professionnel informe les abonnés de l'évolution de ses tarifs, plusieurs contrats prévoient que ces nouveaux tarifs « seront de plein droit applicables au contrat en cours » ; que de telles clauses, qui autorisent une modification unilatérale des prix en cours d'exécution d'un contrat à durée déterminée (...) sans accord exprès et préalable de l'abonné, emportent un déséquilibre significatif ; Considérant que certaines clauses donnent au professionnel « le droit de facturer tous services complémentaires » ; que ces stipulations, en ce qu'elles permettent au professionnel, en cours de contrat, de facturer désormais des services initialement inclus dans le prix, et ainsi de modifier les conditions contractuelles à sa seule initiative, sans obtenir « d'engagement exprès et préalable » du consommateur, sont abusives ».

parties »<sup>52</sup>. Les tribunaux semblent réserver au professionnel le droit de modifier unilatéralement les clauses du contrat, notamment celles relatives à sa durée, aux caractéristiques ou au prix du bien à livrer ou du service à rendre. Toutefois, si les juges ne rejettent pas, par principe, le droit de modification unilatérale, ils reconnaissent fréquemment le caractère abusif d'une clause de révision.

De plus, dès lors que la clause qui prévoit la modification unilatérale du contrat par le professionnel définit limitativement et précisément les événements qui provoqueraient ce changement, le consommateur est informé dès la conclusion du contrat des raisons qui amèneraient une modification de ses obligations, ce qui n'entraîne donc pas *a priori* de déséquilibre significatif au détriment du consommateur, celui-ci disposant alors d'éléments de référence précis et objectifs<sup>53</sup>.

Les juges de la cour d'appel de Versailles<sup>54</sup> ont pourtant sanctionné le fournisseur d'accès AOL pour avoir utilisé une clause permettant aux fournisseurs d'accès de modifier unilatéralement les conditions générales d'utilisation au détriment de ses abonnés. Par cette clause<sup>55</sup>, AOL se réservait « le droit de modifier ou interrompre à tout moment certains aspects du service AOL, y compris des contenus et service ». A l'époque, AOL avait installé des « modulateurs de cession » et des « timers » pour couper les connexions de ses abonnés à l'expiration d'une certaine durée afin de récupérer de la bande passante, et ainsi remédier aux avaries techniques qu'il subissait suite au succès de son « offre de forfait Internet illimité (...) à 199 F TTC par mois (...) »<sup>56</sup>. Le juge des référés avait ordonné la suppression des « timers »<sup>57</sup> mais la cour d'appel a affirmé que la suppression de ces mesures de restriction était indispensable pour permettre l'accès illimité à Internet conformément au contrat. La cour d'appel a néanmoins limité cette obligation technique de supprimer les « timers » les autorisant seulement pour les « périodes d'inaction absolue de l'ordinateur c'est-à-dire au moment où aucun signal d'entrée ou de sortie de l'ordinateur n'est émis ».

Avant cela, le tribunal de grande instance de Saint-Dié-des-Vosges avait également condamné SFR, dans un jugement du 17 mai 2002<sup>58</sup>. Une cliente avait souscrit un abonnement pour un « forfait SFR soir et week-ends gratuits »<sup>59</sup>. Six mois plus tard, de façon unilatérale, SFR transformait son abonnement en un « forfait SFR illimité soir et week-end-exclusivité », qui l'amenait à facturer certaines communications après 20h ainsi que des « frais de changement d'abonnement ». Le tribunal condamna SFR à rétablir l'abonnement dans sa forme initiale et à rembourser à sa cliente les sommes trop perçues, tout en stigmatisant dans les attendus du jugement l'attitude trop « désinvolte » de l'opérateur : « Attendu qu'il apparaît qu'en réalité la SFR a voulu s'affranchir unilatéralement du contrat initial qui la liait à Mme. X... ; que ce faisant elle a oublié de respecter quelques règles élémentaires en matière contractuelle, dont le respect du processus consensuel... ».

---

<sup>52</sup> TI Périgueux, 28 juin 2002, op. cit. 21.

<sup>53</sup> TGI Nanterre, 10 sept. 2003, RG n° 02/03296.

<sup>54</sup> CA Versailles, 14<sup>ème</sup> chambre, 14 mars 2001, SNC AOL Bertelsmann Online France c/ UFC-Que Choisir.

<sup>55</sup> Clause 2 des conditions générales d'utilisation.

<sup>56</sup> « Offre de forfait Internet illimité (...) à 199 F TTC par mois en offre standard et 99 F TTC dans le cadre d'une offre promotionnelle exceptionnelle liée à un engagement de 24 mois avec prélèvement automatique ».

<sup>57</sup> TGI Nanterre, ordonnance de référé, 20 février 2001, UFC-Que Choisir c/ SNC AOL Bertelsmann Online France.

<sup>58</sup> TGI Saint-Dié-des-Vosges, 17 mai 2002, RG n° 01/00283, P. / SFR.

<sup>59</sup> Gratuité des communications de 20h à 6h tous les jours et du vendredi soir à 20h au lundi matin à 6h.

En principe, il doit être fait référence à l'évolution technologique pour justifier les modifications<sup>60</sup> et celles-ci ne devraient pas toucher les aspects substantiels du contrat – concrètement la modification doit être proposée au même prix – ni les caractéristiques que l'abonné doit définir comme essentielles à son engagement et ce au sens de l'article R132-2 du Code de la consommation<sup>61</sup>. La cour d'appel de Versailles a précisé ce dernier point dans un arrêt du 15 septembre 2005 en jugeant que « la clause qui autorise le professionnel à modifier ou interrompre à tout moment certains aspects du service est contraire à l'article R132-2 du code de la consommation et abusive dès lors qu'elle est soit trop ambiguë sur la nature du contenu qu'elle vise par rapport à la définition contractuelle de ce contenu, soit trop imprécise quant au caractère substantiel ou non des éléments soumis à cette modification unilatérale et discrétionnaire »<sup>62</sup>. Plus récemment, des juges du fond ont repris ce raisonnement en considérant que « la clause d'un contrat d'abonnement à un accès à l'Internet qui stipule que le client accepte toute évolution technique ou technologique susceptible d'améliorer la qualité du service et, qu'à défaut, le FAI ne garantit plus la fourniture du service est abusive dès lors que les stipulations critiquées ne rappellent pas qu'en contrepartie, le client a la faculté de mentionner les caractéristiques auxquelles il subordonne son engagement »<sup>63</sup>. Par conséquent, si le consommateur n'a pas eu l'occasion, au moment de la conclusion du contrat de désigner les éléments du contrat sur lesquels il s'engage, la détermination de ceux-ci est laissée à l'appréciation du professionnel, faisant alors apparaître un déséquilibre significatif au profit du consommateur.

Mais concrètement, comment un consommateur peut-il « mentionner les caractéristiques auxquelles il subordonne son engagement » ? Force est de constater que, dans le cadre des contrats d'adhésion, les clauses des conditions générales d'abonnement ne rappellent jamais qu'en contrepartie, le client a la faculté de mentionner les caractéristiques auxquelles il subordonne son engagement. Il est surtout évident que cette obligation légale n'est pas simple à respecter pour le professionnel qui n'a pas les moyens techniques d'adapter le contrat d'adhésion à chaque consommateur. Par définition, celui-ci n'a, en effet, que la liberté ou d'accepter le contenu global de la proposition de convention.

## Sous-section 2 – L'action des consommateurs

La notion de class action n'a pas encore été introduite en droit français, à ce jour il n'est donc possible pour les consommateurs d'engager une action contre les opérateurs que via les associations ou individuellement (A). Un mécanisme préventif a, de plus, été mis en place : l'action en suppression des clauses abusives (B).

### A. De l'action en représentation conjointe à la *class action*

Les associations de consommateurs, dès lors qu'elles ont été agréées à cet effet, ce qui implique qu'elles démontrent à l'administration leur représentativité (et leur sérieux), peuvent agir en justice pour la protection des intérêts qu'elles représentent. Au pénal, s'il y a infraction (ex : escroquerie, abus de confiance), elles peuvent se constituer partie civile pour la défense de l'intérêt collectif des consommateurs. Au civil, elles peuvent procéder à une

---

<sup>60</sup> TGI Paris, 16 mars 1999, op. cit. note 25 ; TGI Paris, 21 fév. 2006, op. cit. note 26.

<sup>61</sup> Cf. supra § 32.

<sup>62</sup> CA Versailles, 15 sept. 2005, op. cit. note 36.

<sup>63</sup> TGI Nanterre, 3 mars 2006, op. cit. note 22 ; dans le même sens : TGI Nanterre, 9 févr. 2006, op. cit. note 39.

véritable « chasse aux clauses abusives », mais dans ce cas, elles ne peuvent lutter que contre les clauses habituellement proposées aux consommateurs et pas à celles qui ne se trouveraient que dans des contrats soumis à des non-professionnels (art. L421-2 C.consom.). Il existe également en droit français une action en représentation conjointe permettant à un groupe de citoyens de se défendre par l'intermédiaire d'une association pour obtenir la réparation de leurs préjudices individuels (art. L422-2 et s. C.consom.).

Les consommateurs, de plus en plus nombreux à souscrire des abonnements aux services de communications électroniques, prennent aussi de plus en plus conscience de leurs droits : « De moins en moins de particuliers hésitent à saisir la justice pour faire valoir leurs droits. Souvent, il suffit d'enclencher la procédure pour que le FAI propose comme par hasard une résolution à l'amiable du litige »<sup>64</sup>. Toutefois, si les consommateurs peuvent agir eux-mêmes en justice pour obtenir réparation, la majorité des litiges sont traités par les associations de consommateurs, lesquels ne sont pas toujours en mesure d'apporter une réponse judiciaire à tous. En effet, l'action en représentation conjointe comporte, dans son mécanisme, un point de blocage majeur : les associations ne pouvant agir sans mandat, elles doivent être mandatées par au moins deux des victimes concernées. Or, la sollicitation publique des mandats est interdite, ce qui limite la capacité des associations de faire connaître l'ouverture d'une procédure. La persistance des litiges montre que la solution pourrait venir des actions de groupe, ou *class actions*, procédure qui a pourtant été abandonnée par les parlementaires.

Les principales associations de consommateurs (CLCC, la CNAF, la CSF, Familles de France, Famille rurales, l'UFC-Que Choisir et l'UNAF) avaient commencé à revendiquer en 2005 l'instauration d'une action de groupe à la française. A l'origine de ce mouvement, l'UFC-Que Choisir avait, suite à la condamnation des trois opérateurs de téléphonie mobile (SFR, Bouygues Télécom et Orange) par le Conseil de la concurrence<sup>65</sup>, organisé une sorte d'action de groupe en ouvrant un site Internet<sup>66</sup> sur lequel tout consommateur pouvait s'inscrire jusqu'au 30 avril 2006 et même calculer en ligne son préjudice sur une période retenue par le Conseil de la concurrence. Dans ses vœux adressés à la Nation le 4 janvier 2005, le Président Chirac avait demandé au « Gouvernement de proposer une modification de la législation pour permettre à des groupes de consommateurs et à leurs associations d'intenter des actions collectives contre les pratiques abusives observées sur certains marchés ». Un rapport a été rendu sur la question le 16 décembre 2005 et une proposition de loi a été déposée par un groupe de sénateurs le 25 avril 2006. L'exposé des motifs de la proposition de loi sur le recours collectif est clair sur la volonté de mieux armer les consommateurs à l'ère de la société de l'information et de la communication. En effet, on peut lire en préambule que « le développement des Nouvelles Technologies de l'Information et de la Communication a eu pour effet de transformer les comportements de consommation des Français qui consacrent désormais une grande partie de leurs dépenses de loisirs au téléphone, à l'Internet et à l'informatique. Les litiges intentés par des consommateurs à leur fournisseur sont peu nombreux et de surcroît, les consommateurs ayant obtenu gain de cause le sont encore moins. Enfin, dans le même temps, les contentieux relatifs à l'Internet par exemple, ont augmenté de 80% en 2005, ce qui montre une croissance exponentielle des incidents ».

---

<sup>64</sup> Propos d'un juriste de l'UFC-Que Choisir recueillis par [www.01net.com](http://www.01net.com)  
<<http://www.01net.com/article/343177.html>>.

<sup>65</sup> Conseil de la concurrence (Section III B), 30 novembre 2005, Décision n° 05-D-65 relative à des pratiques constatées dans le secteur de la téléphonie mobile : le Conseil de la concurrence condamne Orange, SFR et Bouygues Télécom pour avoir partagé des informations confidentielles sur le nombre d'abonnements et de résiliations.

<sup>66</sup> <http://www.cartelmobile.org>

Finalement, le projet de loi sur la consommation dit « en faveur des consommateurs » prévoyant les actions de groupe n'a pas été débattu au Parlement, pour cause de calendrier. Dans de nombreux autres pays, tels que le Québec, les Etats-Unis, l'Angleterre ou la Suède, une action en justice est ouverte à un groupe de citoyens qui donnent à une association le pouvoir de les défendre. Celle-ci se charge de la procédure et verse, quand elle gagne, les dommages et intérêts aux plaignants. Ce type d'action a l'avantage de simplifier l'exercice de l'action en justice et renforce ainsi les contrepouvoirs de la société civile et des associations face aux sociétés superpuissantes.

Beaucoup pensent que les *class actions* finiront par s'imposer en France. Nicolas Sarkozy s'était toutefois déclaré « très réservé » sur les *class actions* dénonçant « la judiciarisation et la pénalisation du droit économique français ».

## B. L'action en suppression des clauses abusives

L'action en suppression des clauses abusives tend non à l'annulation juridique des clauses dans les contrats déjà conclus mais à leur suppression matérielle dans les modèles de conventions, dans les conditions générales de vente et d'abonnement habituellement proposées avant la formation du contrat. Une annulation est ici impossible dans la mesure où il n'y a pas encore de contrat. L'objectif est donc préventif. Pourquoi insister sur ce système ? La méthode des recommandations reposait sur la bonne volonté des professionnels et l'absence de sanction a limité la portée du mécanisme. Adopter une sanction pénale aurait été délicat dans la mesure où les clauses abusives ne sont pas définies avec précision. Cela aurait été contraire au principe de la légalité des délits et des peines.

Dans la mesure où il s'agit d'un mécanisme générale et préventif, l'appréciation du caractère abusif de la clause s'opère *in abstracto*. Le juge peut, pour faire respecter sa décision, condamner le professionnel sous astreinte. Par ailleurs, l'association peut obtenir des dommages et intérêts en réparation de l'atteinte portée à l'intérêt collectif des consommateurs. Notons également que le jugement peut être rendu public, ce qui n'est pas pour faire une bonne publicité aux sociétés condamnées.

Le mécanisme s'avère particulièrement pertinent, sous réserve de la foi à accorder aux associations de consommateurs. En effet, on sait que les consommateurs sont souvent hésitants à agir en justice à l'encontre d'une clause abusive : l'enjeu est souvent trop faible, ils préfèrent subir. Avec ce mécanisme, même des clauses de faible incidence peuvent être sanctionnées et l'ensemble des consommateurs, en tant que corps, est protégé. Pour le moment, cette méthode semble donc être la plus adéquate. De plus, cette action des associations peut se greffer sur une demande tendant à l'annulation d'une clause dans un contrat particulier. Est, en effet, recevable l'action d'une association tendant à la suppression des clauses dans les modèles de contrat utilisés par une société dans le cadre d'un procès intenté par un particulier pour l'annulation d'une clause de son contrat.

## Conclusion

Les consommateurs de services de communications électroniques peuvent être rassurés puisqu'ils sont protégés tant par le législateur que par le juge. Le droit français ne perd jamais de vue les principes de force obligatoire des contrats et d'autonomie de la volonté. Pourtant, la pratique montre que les opérateurs ne cessent d'exercer leurs pouvoirs sur les abonnés, pouvoirs qu'ils se sont d'ailleurs octroyés eux-mêmes, afin d'imposer leurs intérêts dans les contrats conclus avec leurs clients. L'idée selon laquelle on laisse le juge faire une chasse sans fin aux clauses abusives n'est pas une solution satisfaisante, tant pour les consommateurs que pour les professionnels.

La protection à tout prix des intérêts du consommateur ne doit pas empêcher de comprendre les intérêts auxquels ils s'opposent. Au contraire, face à un rapport de force quel qu'il soit, c'est la compréhension de l'autre qui doit permettre d'équilibrer les rapports. Pourquoi les opérateurs sont, depuis quelques années, contraints de faire évoluer les modèles de convention qui avaient été mis au point, et ce malgré la menace de voir ces clauses réputées non écrites devant les tribunaux. Conscient des mutations économiques engendrées par l'arrivée sur le marché de nouvelles technologies de communication et de l'impossibilité pour les opérateurs de faire face à la concurrence s'ils ne peuvent modifier leurs conventions d'abonnement, il a fallu trouver une solution.

## Partie II – Nouvelles perspectives de modification unilatérale de contrats de communications électroniques

Si les nouvelles technologies ont imposé un nouveau modèle des relations contractuelles (chapitre 1) l'opportunité de solutions particulières n'apparaît pas pour autant évidente (chapitre 2).

### **Chapitre 1 – Un nouveau modèle contractuel imposé par les nouvelles technologies**

Le droit des contrats subit les évolutions des technologies de communication (section 1), la meilleure illustration en est la « légalisation » de la modification unilatérale pour les contrats de communications électronique par la loi du 9 juillet 2004 (section 2).

#### **Section 1 – Le droit des contrats face aux évolutions des technologies de communication**

Le nouveau paysage technologique (sous-section 1) a eu un impact fort sur les contrats de communications électroniques, si bien que la liberté contractuelle a due être limitée (sous-section 2).

##### Sous-section 1 – Les évolutions des technologies de communication

Les acteurs économiques des nouvelles technologies de communication ont s'adapter à la dynamique actuelle du progrès (A), laquelle a engrangé un foisonnement des offres, des pratiques et des techniques et l'arrivée d'un phénomène nouveau, la convergence (B).

##### A. Les progrès technologiques à très grande vitesse

Impulsée par la demande, les innovations technologiques se sont succédées à une vitesse étonnante depuis quelques années. Ce phénomène de progrès technologique ultrarapide est véritablement nouveau puisque, jusqu'à présent, les révolutions technologiques antérieures avaient plutôt été le fruit de lentes évolutions. De grands espoirs se sont fondés dans le progrès technique dès la fin du 18<sup>e</sup> siècle avec quelques innovations majeures qui ont initié la dynamique de révolution industrielle. La première de ces révolutions est celle de la machine à vapeur et des machines textiles à la fin du 18<sup>e</sup> siècle et au début du 19<sup>e</sup>. Vient ensuite la découverte des propriétés du fer et du charbon et la naissance des chemins de fer au milieu du 19<sup>e</sup> siècle. La troisième révolution technologique est initiée au début du 20<sup>e</sup> siècle avec l'apparition de l'électricité, du pétrole, de l'automobile et de l'avion.

C'est finalement avec l'informatique que tout va très vite et « dans le vertige du progrès rapide et continu, on pourrait croire que tout est possible... »<sup>67</sup>. En vertu de la *Loi de Moore*<sup>68</sup>, les performances informatiques doublent tous les dix-huit mois. Cette règle de la fonction exponentielle permet d'évaluer l'avenir des performances technologiques, performances qui résultent d'une combinaison de facteurs sociaux (succès des techniques auprès du public), économiques (concurrence entre les firmes), technologiques (détermination des bénéficiaires pour la fixation des investissements en recherche) et physiques (obstacles opposés par la

---

<sup>67</sup> Auteur inconnu, « La loi de Moore », In *L'intelligence et le calcul*, p. 78.

<sup>68</sup> Gordon Moore, cofondateur de la firme Intel en 1968 (diagnostic fait en 1965 et en 1975).

réalité matérielle). Gordon Moore a prévu lui-même que sa loi ne restera pas indéfiniment vraie et prédit un ralentissement au-delà d'une dizaine d'années. Ainsi, aujourd'hui on peut penser que, soit les performances vont bientôt cesser de croître au rythme actuel et que nous rencontrerons alors un mur, soit que nous allons vers une transition technologique. L'hypothèse de la « courbe superexponentielle » conduit à imaginer un futur où non seulement le progrès se poursuit, mais s'accélère sans cesse, de nouvelles technologies prenant le relais de celles qui, épuisées, ne produisent plus de puissances nouvelles. Une autre hypothèse, théorisée par Vernor Vinge<sup>69</sup>, est encore plus vertigineuse : nous approcherions d'un instant où le progrès deviendra infini, ce qui bien sûr est matériellement impossible et implique un changement radical « comparable à l'apparition de la vie humaine sur Terre. La cause précise de ce changement est la création imminente, par notre technologie, d'entités possédant une intelligence plus grande que celle des humains ».

Tous les acteurs impliqués dans cette évolution technologique, qu'ils fassent parties de la communauté des scientifiques, des acteurs économiques, des hommes politiques ou mêmes des juristes, doivent constamment s'adapter à cette hyperproductivité.

## B. Convergence et foisonnement des technologies

On assiste depuis plusieurs années à une montée en puissance des technologies de l'information et de la communication. En très peu de temps, une nouvelle société de la communication a émergé, qui a modifié les comportements de communication, de consommation et de divertissement. Cette évolution s'est opérée notamment à travers la convergence des médias et des technologies. La convergence « désigne la possibilité d'accéder à un même service par différentes technologies (Internet par l'ADSL<sup>70</sup> ou le réseau câblé) ou à différents services par une même technologie (accès Internet, téléchargement d'images ou téléphonie via mobile) »<sup>71</sup>. Aujourd'hui, la convergence c'est, notamment, la superposition des télécommunications, de la télévision et d'Internet (ce qui a engendré la télévision interactive ou Web TV), d'Internet, de la télévision et de la téléphonie fixe (offres TriplePlay) ou encore d'Internet, de la télévision, de la téléphonie fixe et de la téléphonie mobile (offres QuadruPlay) ; c'est aussi la combinaison de plusieurs dispositifs techniques (par exemple le téléphone portable assorti d'un agenda électronique, doublé d'un lecteur MPeg4<sup>72</sup> et d'une caméra numérique) ; ou encore l'interaction entre divers supports médiatiques (par exemple, le renvoi à un site Internet dans une émission de télévision). C'est cette convergence sans cesse accrue entre les différents médias et les différentes techniques qui augmente la puissance des empires de télécommunications et impulse la restructuration du marché de la communication.

---

<sup>69</sup> Département de mathématiques de l'Université de San Diego, hypothèse de la courbe à asymptote verticale (1993).

<sup>70</sup> ADSL (Asymmetric Digital Subscriber Line ou ligne d'abonné numérique à débit asymétrique) : « technologie de transmission qui améliore les performances d'une ligne téléphonique traditionnelle. L'ADSL permet un accès haut débit à internet. Son principe consiste à réserver une partie de la ligne au transport de la voix, une autre au transport des données circulant vers l'utilisateur et une troisième partie au transport de données émises par l'utilisateur. On parle d'asymétrie parce que la vitesse d'émission des données (débit) est inférieure à la vitesse de réception » (Définition du *Guide pratique des communications électroniques*, édité par le Conseil national de la consommation).

<sup>71</sup> Définition du *Guide pratique des communications électroniques*, op.cit. note 70.

<sup>72</sup> Le MPeg4 permet la diffusion de vidéos sur les écrans de téléphones portables.

Les technologies évoluent donc sans cesse ouvrant ainsi la voie à de nouveaux usages de communication. En matière de téléphonie fixe, les accès ne passent plus seulement par la ligne téléphonique traditionnelle mais peuvent aussi passer par Internet, grâce à une ligne ADSL ou un logiciel installé sur l'ordinateur ou encore par un réseau câblé. Ces accès sont proposés par les opérateurs de téléphonie fixe, les fournisseurs d'accès Internet et les câblo-opérateurs. Les usages liés au téléphone mobile se sont également diversifiés. En effet, grâce au développement du haut débit mobile qui augmente la vitesse de transmission des données, l'utilisateur ne se contente plus de téléphoner ou d'échanger des SMS, il peut aussi accéder à des services multimédias pour, notamment accéder à Internet, échanger des vidéos ou des photos, télécharger de la musique ou même regarder la télévision<sup>73</sup>. Sur Internet également, de nouveaux usages sont apparus. Il y a une dizaine d'années, l'utilisation d'Internet par le grand public se résumait à l'accès au web et à l'échange de courrier électronique. Avec le bas débit, on ne pouvait être connecté à Internet que si on n'était pas, en même temps, en train de téléphoner puisque l'accès à Internet se faisait grâce à un modem qui reliait l'ordinateur à la prise téléphonique. Grâce au haut débit, deux nouveaux modes d'accès sont apparus – Internet par l'ADSL et Internet par le câble – offrant ainsi un accès très haute vitesse qui permet de télécharger des vidéos et des photos, de regarder la télévision ou d'écouter la radio. En outre, l'accès Internet ne se fait plus seulement à domicile mais permet aussi d'être mobile grâce notamment à la technologie du Wi-Fi<sup>74</sup>.

Face à la quantité d'offres disponibles et à la technicité croissante des équipements les acteurs du secteur ont sans cesse été obligés de s'adapter au marché. Au moment où Internet s'ouvre au grand public, les abonnements et les formules proposés étaient souvent liés au temps de connexion. Grâce au haut débit, les FAI proposent maintenant des formules offrant une connexion illimitée pour un prix donné.

## Sous-section 2 – Les limites à la liberté contractuelle

L'action des opérateurs est très surveillée aujourd'hui, par la loi française d'une part qui en fait l'un des contrats les plus encadrés (A), et par l'Autorité de régulation des communications électroniques (ARCEP) d'autre part, qui oriente l'action des opérateurs pour réguler le marché (B).

### A. Des contrats de communications électroniques très encadrés

Aujourd'hui, le contrat de communications électroniques est l'un des plus conclus en France. L'enjeu social et économique est important et c'est pourquoi la loi française en a fait le contrat le plus encadré. Pas moins de trois codes, le Code civil, le Code de la Consommation et le Code des postes et communications électroniques, comportent des dispositions qui le régissent. En premier lieu, les contrats de communications électroniques sont soumis au droit commun des contrats régit par les dispositions du Code civil (Titre III du Livre troisième). Ensuite, la loi du 9 juillet 2004 relative aux communications électroniques a inséré dans le Code de la consommation une Section spéciale et totalement dédiée à ce contrat. Enfin, le Code des postes et des télécommunications, devenu le Code des postes et communications électroniques (CPEC) depuis la loi du 9 juillet 2004, prévoit certaines obligations que les

<sup>73</sup> Sur la convergence, cf. supra § 88 et s.

<sup>74</sup> D'autres technologies sont en cours d'expérimentation, de développement ou de déploiement et notamment le Wimax, les courants porteurs en ligne (CPL) et la fibre optique.

« opérateurs réputés exercer une influence significative sur un marché du secteur des communications électroniques » peuvent se voir imposer (articles L37-1 et suivants)<sup>75</sup>.

Le Code de la consommation opère un encadrement particulièrement strict des contrats de communications électroniques. L'article L121-83, issu de la transposition de l'article 20 de la directive du 7 mars 2002 « service universel », impose aux prestataires de faire apparaître un certain nombre de mentions dans les contrats souscrits par le consommateur. Il s'agit de l'identité du fournisseur et de son adresse, d'une clause relative aux services offerts et à leur niveau de qualité, et du délai nécessaire pour en assurer la prestation. Le contrat doit aussi mentionner les détails des tarifs pratiqués et les moyens par lesquels des informations actualisées sur l'ensemble des tarifs applicables et des frais de maintenance peuvent être obtenues ainsi que les compensations et formules de remboursement applicables si le niveau de qualité prévu au contrat n'est pas atteint. Enfin, le contrat doit obligatoirement comporter une clause relative à la durée du contrat, aux conditions de renouvellement et d'interruption des services et du contrat aux modes de règlement amiable des différends.

Un article du CPEC organise un délai de prescription spécial pour le domaine des communications électroniques. En effet, l'article L34-2 du CPCE dispose que « la prescription est acquise, au profit de l'utilisateur, pour les sommes dues en paiement des prestations de communications électroniques d'un opérateur (...) lorsque celui-ci ne les a pas réclamées dans un délai d'un an courant à compter de la date de leur exigibilité ». Autrement dit, si un opérateur n'a pas réclamé sa créance dans un délai de un an, la créance s'éteint. Cette prescription légale, qui enferme le recouvrement de créance dans un délai très court, fait d'autant plus du contrat de communications électroniques un contrat véritablement à part.

## B. L'intervention de l'Autorité de régulations des communications électroniques et des postes (ARCEP)

L'Autorité de régulation des télécommunications (ART), devenue l'Autorité de Régulation des Communications Electroniques et des Postes (ARCEP) le 20 mai 2005, avait été créée par la loi de 1996 pour réguler le secteur des télécommunications. L'ARCEP a un large domaine de compétences dans le secteur des communications électroniques. Elle effectue notamment une analyse régulière des marchés (définition des marchés pertinents, analyse concurrentielle du marché afin d'évaluer si un ou plusieurs opérateurs disposent d'une influence significative sur ce marché, imposition d'obligations à ces opérateurs), elle calcule le coût du service universel et des contributions dues par les opérateurs pour son financement et effectue un contrôle tarifaire des prestations du service universel. Elle recueille également les déclarations préalables au lancement d'une activité d'établissement ou d'exploitation de réseaux de communications électroniques ouverts au public et de fourniture au public de services de communications électroniques. L'ARCEP a un pouvoir de sanction des opérateurs et peut être saisie pour avis par le Gouvernement sur tout texte réglementaire ou législatif relatif aux communications électroniques ou participer aux travaux internationaux et européens.

---

<sup>75</sup> Art. 37-1 CPCE : « Est réputé exercer une influence significative sur un marché du secteur des communications électroniques tout opérateur qui, pris individuellement ou conjointement avec d'autres, se trouve dans une position équivalente à une position dominante lui permettant de se comporter de manière indépendante vis-à-vis de ses concurrents, de ses clients et des consommateurs. Dans ce cas, l'opérateur peut également être réputé exercer une influence significative sur un autre marché étroitement lié au premier ».

L'ARCEP a un rôle important dans la régulation du marché car elle oriente l'action des opérateurs. Concernant leur champ d'action contractuel, le Code des postes et communications électroniques (art. D98-11 CPCE) impose aux opérateurs de communiquer à l'ARCEP les modèles de contrats qu'ils ont mis en place. Ce contrôle doit permettre à l'ARCEP de vérifier leur conformité aux dispositions du Code de la consommation. En vertu de l'article L37-1 du CPCE, l'Autorité doit déterminer les marchés du secteur des communications électroniques pertinents. A cet effet, elle a mis en place en 2005 un dispositif de questionnaires adressés annuellement aux opérateurs et visant à recueillir un ensemble d'informations quantitatives relatives à leur activité. Ainsi, les opérateurs doivent transmettre certaines informations nécessaires à la conduite des analyses du marché. Parmi ces informations, qui concernent notamment les services offerts, les données de chiffre d'affaires ou encore les informations relatives au déploiement du réseau en question, doivent également figurer les tarifs et les conditions générales de l'offre, autrement dit le modèle contractuel proposé par le professionnel aux consommateurs.

## **Section 2 – La « légalisation » d'une clause abusive pour la modification des contrats de communications électroniques**

Avec la loi LCE du 9 juillet 2004 (sous-section 1), le législateur a voulu encadrer le régime des modifications contractuelles afin d'assurer une plus grande protection du consommateur (sous-section 2).

### Sous-section 1 – La loi du 9 juillet 2004 relative aux communications électroniques et aux services audiovisuels (LCE)

Les nouvelles dispositions de la loi LCE du 9 juillet 2004 relatives aux modifications contractuelles (A) ont été souhaitées par les opérateurs comme réponse à l'adhésion massive des consommateurs aux nouveaux contrats de communications électroniques (B).

#### A. L'adoption de la loi LCE du 9 juillet 2004

L'adoption de la loi LCE du 9 juillet 2004 s'inscrit dans la réforme des activités de télécommunications engagée au niveau européen en 1999 et qui s'est traduite par l'adoption de six directives et d'une décision en 2002, regroupées sous l'appellation de « paquet télécoms »<sup>76</sup>. Cette nouvelle réglementation adoptée en mars 2002 et dont la loi LCE assure la transposition en droit national est issue de la consultation sur la « convergence » lancée par la Commission européenne en 1997.

---

<sup>76</sup> Le "paquet télécoms" au niveau communautaire comporte : Une directive « cadre » 2002/21/CE du 7 mars 2002 en matière de communications électroniques ; une directive « autorisation » 2002/20/CE du 7 mars 2002 visant à faciliter l'activité dans le secteur, remplaçant l'ancien régime lourd des licences par un régime allégé d'autorisation générale ; une directive « accès et interconnexion » 2002/19/CE du 7 mars 2002 réglant essentiellement les relations entre acteurs du secteur ; une directive « service universelle » 2002/22/CE du 7 mars 2002 assurant les droits des utilisateurs finaux ; une directive « protection des données personnelles en matière de communications électroniques » 2002/58 CE du 12 juillet 2002 qui adresse les questions spécifiques à ce secteur dans le cadre de la législation générale de protections des données ; une directive « concurrence » 2002/77/CE du 16 septembre 2002 qui établit les règles essentielles pour le maintien d'une concurrence saine dans le secteur, une décision « spectre des fréquences » 2002/676/CE du 7 mars 2002 qui établit certaines règles de coopération au niveau communautaire d'un sujet relevant essentiellement de la compétence des Etats membres.

Élaboré à la suite d'une large consultation publique, le projet de loi LCE devait confirmer les principes de la réforme des télécommunications de 1996<sup>77</sup>, qui avait pour objectif de produire d'importants bénéfices pour les utilisateurs (baisse des prix, diversification des offres). La LCE modifie principalement le code des postes et télécommunications, intitulé désormais Code des postes et des communications électroniques, et la loi du 30 septembre 1986 relative à la liberté de communication.

L'exposé des motifs du projet de loi précise qu'« en présentant un projet de loi relatif aux communications électroniques et aux services de communication audiovisuelle, le Gouvernement souhaite tirer les enseignements des premières années d'ouverture à la concurrence du secteur des télécommunications et prendre en compte les importantes mutations intervenues ces dernières années dans les secteurs des télécommunications et de l'audiovisuel, afin de faciliter le développement de ces industries, de renforcer leur compétitivité, de consolider le service public, et d'offrir [aux] concitoyens et [aux] entreprises une gamme élargie de services ». Mais finalement, parmi tous les articles de la loi relative aux communications électroniques et aux services audiovisuels, très peu concernent directement les biens ou les services proposés par voie de communications en ligne. Seule une disposition insère deux nouvelles dispositions au sein du Code de la consommation dans une section dédiée aux « contrats de services de communications électroniques ». Ces deux nouveaux articles sont les articles L121-83<sup>78</sup> et L121-84<sup>79</sup> du Code de la consommation.

L'article 89 de loi vise à transposer le paragraphe 4 de l'article 20 de la directive « service universel », qui précise que « dès lors qu'ils sont avertis d'un projet de modification des conditions contractuelles, les abonnés ont le droit de dénoncer leur contrat, sans pénalité. Les abonnés doivent être avertis, en temps utile, au plus tard un mois avant ces modifications, et sont informés, au même moment, de leur droit de dénoncer ce contrat, sans pénalité, s'ils n'acceptent pas les nouvelles conditions. Le projet de loi visait alors à clarifier de façon plus globale les conditions dans lesquelles les contrats conclus entre les opérateurs et les consommateurs peuvent être modifiés. Cet article a fait l'objet d'un amendement précédé d'un long débat afin de trouver la meilleure rédaction possible, avec le souci de défendre au mieux le consommateur. Il s'agissait, en effet, de corriger la rédaction initiale pour permettre au consommateur de bénéficier de la possibilité d'une résiliation sans frais, en évitant deux inconvénients : d'une part, celui de donner au fournisseur la possibilité, par une modification des clauses, de provoquer la résiliation d'un contrat ayant tourné à l'avantage du consommateur ; d'autre part, celui d'instaurer un mécanisme de résiliation automatique en cas de silence du consommateur, qui pourrait aboutir à le priver sans préavis du service fourni et de certains avantages. Mais si la loi du 9 juillet 2004 a essayé d'apporter une réponse à l'encadrement de la protection du consommateur, certains ont considéré, lors des débats parlementaires, que le texte n'allait pas suffisamment loin dans cette protection. L'idée même d'un pouvoir de modification unilatérale avait, en effet, posé problème par rapport à la protection du consommateur et la question avait été posée de savoir si l'on devait considérer cette notion de projet de modification comme un devis présenté au consommateur ou comme un nouveau contrat qu'on propose de signer.

---

<sup>77</sup> Loi n° 96-659 du 26 juillet 1996 de réglementation des télécommunications.

<sup>78</sup> Cf. supra § 92 et suiv.

<sup>79</sup> Cf. annexe.

## B. La réponse à une contractualisation de masse

Theodore Levitt de la Harvard Business School préconisait un phénomène de globalisation en affirmant que les différences culturelles disparaissaient, que les goûts et désirs de tous les peuples du monde devenaient remarquablement semblables et il encourageait les entreprises à ne fabriquer que des produits et services standardisés.

Ce constat peut laisser sceptique mais force est de constater que depuis une dizaine d'années, le secteur des communications électroniques a connu un essor considérable et touche aujourd'hui un large public. On a ainsi pu assister à un phénomène d'adoption massive et à l'augmentation du taux d'équipement des foyers français. Au départ réservé à une élite, l'utilisation des nouvelles technologies de l'information et de la communication – avec Internet et la téléphonie mobile – s'est démocratisée très rapidement et l'apparition d'innovations techniques et commerciales et la multiplicité des offres, des services et des produits ont largement contribué à ce phénomène d'impulsion.

C'est bien ce phénomène de contractualisation massive des consommateurs de services de communications électroniques qui est à l'origine de la « légalisation » de la modification unilatérale par les opérateurs. En effet, les fournisseurs d'accès à Internet, de téléphonie fixe et de téléphonie mobile se sont très vite retrouvés face à des difficultés d'ordre techniques face à des contrats déjà formés mais plus du tout adaptés à l'économie du secteur. Une modification des contrats est apparue nécessaire dès lors que les opérateurs se sont rendus compte que les conditions d'abonnement initialement prévues par les contrats allaient se révéler peu rentables à long terme, voire ruineuses. Au départ, les opérateurs ont pensé qu'ils pouvaient se contenter d'appliquer ces nouvelles conditions d'abonnements aux nouveaux contrats mais cette solution s'est avérée trop compliquer pour la gestion des millions de contrats conclus. La modification contractuelle des contrats déjà conclus est donc apparue comme la solution la plus apte à résoudre le problème et les opérateurs n'ont alors pas hésité longtemps avant de faire usage des modifications unilatérales, quand bien même la clause avait été considérée comme abusive, tant par la Commission des clauses abusives que par les tribunaux.

Les opérateurs ont également payé pour leur « chasse frénétique à l'abonné » et pour avoir privilégié les performances marketing sur la rigueur juridique. La plupart des modèles de contrats proposés aux consommateurs (tous opérateurs confondus) avaient négligé la qualité juridique, les opérateurs ne faisant d'ailleurs pas toujours appel à des juristes pour rédiger les clauses. Lors de son examen des modèles de contrats mis en cause, la Commission des clauses abusives avaient constaté quelques copier/coller grossiers entre divers contrats, ainsi qu'un certain nombre de clauses contradictoires dans un même modèle.

Face à cette économie de masse, les professionnels du secteur des communications électroniques ont, à chaque fois, invoqué ce problème d'incompatibilité de la rigidité contractuelle avec l'adhésion de plus en plus importante des consommateurs. Le même argument avait été avancé par les banques pour l'adoption de la loi MURCEF du 11 décembre 2001<sup>80</sup> qui a autorisé les modifications tarifaires unilatérales pour les comptes de dépôts.

---

<sup>80</sup> Loi n° 2001-1168 portant mesures urgentes de réformes à caractère économique et financier du 11 déc. 2001 (dite « loi MURCEF ») qui a créé l'art. L312-1-1 du C. monét. fin. dont le point I. al. 7 dispose que « tout projet de modification des conditions tarifaires applicables au compte de dépôt doit être communiqué par écrit au client trois mois avant la date d'application envisagée. L'absence de contestation par le client dans un délai de deux mois après cette communication vaut acceptation du nouveau tarif. Aucun frais ne peut être prévu par la

## Sous-section 2 – Un encadrement du régime des modifications contractuelles

Le mécanisme institué par la loi LCE du 9 juillet 2004 avec le nouvel article L121-84 du Code de la consommation (A) ne passe pas inaperçu car il supprime l'exigence du consentement explicite du consommateur aux modifications contractuelles (B).

### A. Le mécanisme institué par le nouvel article L121-84 du Code de la consommation

Le mécanisme institué par l'article L121-84 du Code de la consommation varie selon que le contrat est un contrat à durée indéterminée ou un contrat à durée déterminée. Pour ces derniers, le dispositif est encore différent selon que le contrat comporte une clause de modification contractuelle ou non.

Concernant les contrats à durée indéterminée, le prestataire doit communiquer préalablement au consommateur son projet de modifier les clauses contractuelles. Il doit transmettre cette information un mois avant l'entrée en vigueur de la modification. Le professionnel devra également informer le consommateur de sa possibilité de résilier le contrat sans pénalité dans un délai de quatre mois tant qu'il n'a pas expressément accepté les nouvelles conditions (art. L121-84 al. 1). Par ailleurs, le régime applicable aux contrats à durée indéterminée s'applique également aux contrats à durée déterminée qui comportent une clause de modification contractuelle, c'est-à-dire de « clause déterminant précisément les hypothèses pouvant entraîner une modification contractuelle ou de clause portant sur la modification du prix ».

Pour les contrats à durée déterminée ne comportant pas de clause de modification contractuelle, le consommateur peut exiger l'application des conditions initiales jusqu'au terme du contrat (art. L121-84 al. 2).

Si la faculté de modification unilatérale est ouverte aux opérateurs, c'est à la condition que demeure offerte aux consommateurs une faculté de résiliation du contrat<sup>81</sup>. Le déséquilibre manifeste créé par la modification unilatérale au détriment du consommateur est ainsi compensé par le droit de résilier le contrat. La règle n'est pas surprenant puisque la résiliation des contrats à exécution successive est une des sanctions propres à l'inexécution des contrats synallagmatiques. Le cocontractant victime de l'inexécution se voit reconnaître, par l'article 1184 du Code civil, une option entre la demande en résolution/résiliation du contrat et la demande en exécution de la convention lorsque celle-ci est possible. Lorsque l'un des cocontractant modifie le contrat, il modifie ses obligations et donc ne fournit plus la prestation à laquelle il s'était engagé au départ. C'est bien l'inexécution des obligations initiales par le cocontractant qui les modifie qui fonde le droit de résolution/résiliation. En principe, la résolution/résiliation est judiciaire mais dans les contrats de consommation, le plus souvent,

---

convention de compte de dépôt ni mis à la charge du client au titre de la clôture ou du transfert d'un compte opéré à la demande d'un client qui conteste une proposition de modification substantielle des conditions et tarifs applicables à son compte de dépôt ».

<sup>81</sup> TGI Nanterre, 3 mars 2006, op. cit. note 22 : La clause d'un contrat d'abonnement à un accès à l'Internet qui stipule que les identifiants peuvent être modifiés par le professionnel à tout moment par envoi d'un courrier au client est abusive dès lors que la modification est unilatérale et peut intervenir à tout moment, qu'elle qu'en soit la raison, et sans prévoir en contrepartie une faculté pour le client de résilier le contrat ; TGI Nanterre, 9 févr. 2006, op. cit. note 30 : La clause d'un contrat d'abonnement à un accès à l'Internet qui stipule que le professionnel se réserve le droit de réviser ses tarifs à tout moment, sous réserve d'en informer les clients abonnés au moins un mois à l'avance si les nouveaux tarifs sont moins favorables aux clients, est illicite dès lors que, pour les contrats à durée indéterminée, l'avantage consenti au professionnel de modifier son tarif à tout moment n'est pas compensé par la faculté offerte au consommateur de résilier son contrat ; TI Périgueux, 28 juin 2002, op.cit. note 24.

elle est d'origine conventionnelle. En effet, la résiliation automatique du contrat peut être prévue par une *clause résolutoire*. La résolution est alors encourue de plein droit sans qu'il soit nécessaire de recourir au juge.

En principe, le jeu de cette clause résolutoire suppose au préalable que le créancier mette en demeure le débiteur d'exécuter sa prestation. Mais les contrats d'adhésion ne permettent pas au consommateur d'avoir cette exigence, il n'aura le choix qu'entre accepter expressément la modification. Or n'existe-t-il pas un principe de liberté contractuelle selon lequel rien ne permet à un cocontractant d'imposer à l'autre de se soumettre ou de ne pas se soumettre ? Alors que la nouvelle loi cherche, de part sa codification au sein du Code de la consommation, à renforcer la protection du consommateur, elle semble finalement être beaucoup plus favorable au professionnel.

Une jurisprudence récente confirme d'ailleurs ce sentiment. En effet, dans un jugement du 3 mars 2006, les juges du fond du tribunal de grande instance de Nanterre avaient considéré que « la modification unilatérale des tarifs par le professionnel dans un contrat à durée indéterminée mais avec une période minimale de 18 mois autorise l'abonné à résilier son contrat à tout moment et se trouve compensée par cette possibilité de dénonciation du contrat d'abonnement si l'augmentation est estimée excessive »<sup>82</sup>.

Mais parfois, le déséquilibre créé par la modification unilatérale, au détriment du consommateur, n'est pas compensé par le droit de résiliation. Tel est le cas, par exemple, de la clause par laquelle le professionnel se réserve le droit de réviser ses tarifs à tout moment sans indiquer de manière expresse les modalités de révision<sup>83</sup>, ni ne recueille l'accord des parties au moment de la signature du contrat<sup>84</sup>.

## B. L'abandon de l'exigence d'un accord explicite

Selon que la modification apportée au contrat est significative ou non, on sera en présence soit d'un nouveau contrat qui éteint le premier et se substitue à lui, soit du premier contrat amendé. Les parties sont ainsi liées par leur contrat jusqu'à ce qu'un nouvel accord entre elles vienne modifier ou détruire le premier. Le droit n'est pas nécessairement et systématiquement hostile à la modification unilatérale mais les enjeux ne sont pas les mêmes selon que l'unilatéralisme caractérise l'initiative de la modification ou la décision de modifier.

Lorsque l'un des parties prend l'initiative de la modification, techniquement, il s'agit d'une offre, destinée à rencontrer une acceptation. En toute logique, l'initiative est unilatérale mais la décision est conventionnelle, ce qui est la stricte application du principe de liberté contractuelle. Par contre, il y a beaucoup plus à dire dans l'hypothèse où la modification est le fruit de la décision d'un seul. Dans le cas où l'unilatéralisme est parfait au stade même de la décision, la violation de la force obligatoire du contrat est particulièrement grave et c'est pour cela que l'idée selon laquelle le contrat est un acte de prévision ne permet pas à elle seule de légitimer la modification unilatérale.

---

<sup>82</sup> TGI Nanterre, 3 mars 2006, op.cit. note 22.

<sup>83</sup> TGI Paris, 5 avril 2005, op. cit. note 36.

<sup>84</sup> TGI Paris, 21 fév. 2006, op. cit. note 26.

Le droit de la consommation encadre la modification unilatérale à l'initiative du professionnel et précise les conditions dans laquelle l'acceptation du consommateur doit se manifester. En droit commun, il n'existe véritablement une acceptation propre à former le contrat par sa rencontre avec l'offre qu'à condition que la volonté du destinataire de l'offre se manifeste de façon identique à la volonté de l'offrant. En droit français, le principe est que le silence ne vaut pas acceptation : qui ne dit mot refuse ! L'acceptation ne peut donc pas résulter du silence<sup>85</sup> du destinataire de l'offre. La solution émane d'un arrêt du 25 mai 1870 rendu par la Chambre civile de la Cour de cassation aux termes duquel « le silence de celui qu'on prétend obligé ne peut suffire, en l'absence de toute autre circonstance, pour faire preuve contre lui de l'obligation alléguée »<sup>86</sup>. Ainsi, parce qu'il ne permet pas de conclure à l'existence d'une volonté de s'engager, le silence s'oppose non seulement à la formation du contrat mais encore à sa modification en cours d'exécution.

Par conséquent, l'accord des volontés ne peut se réaliser que si l'acceptation s'est extériorisée. En droit français, bien que le principe n'est affirmé par aucune règle, le consensualisme est le principe, le formalisme l'exception (l'article 1108 du Code civil ne fait figurer parmi les conditions de validité du contrat aucune condition de forme). L'acceptation peut être expresse ou tacite. Mais le droit de la consommation considère que le non-professionnel n'est pas suffisamment protégé si on n'exige pas de lui un formalisme plus affirmé. L'article L122-3 du code de la consommation interdit tout paiement obtenu par un professionnel sans acceptation préalable et expresse du consommateur.

Dans le cadre des contrats de communications électroniques, le fait que la modification des tarifs doit avoir été acceptée explicitement par l'abonné avait été rappelé par la cour d'appel de Versailles dans un arrêt en date du 15 septembre 2002<sup>87</sup>. De plus, à travers deux recommandations, la Commission des clauses abusives avait elle aussi exigé l'accord explicite du consommateur pour toute modification contractuelle. Dans une première recommandation en 1994<sup>88</sup>, la Commission avait considéré que les clauses de consentement implicite étaient abusives. La Commission avait recommandé que soient éliminées des contrats « les clauses ayant pour objet ou pour effet de permettre au professionnel de modifier à son gré des clauses d'un contrat, sans que le consommateur ait à exprimer de façon explicite son acceptation ». Tel est le cas de la clause qui stipule que l'opérateur s'autorise à modifier une ou plusieurs clauses du contrat « sauf avis contraire exprimé par le consommateur dans un délai donné », par exemple par lettre recommandée avec accusé de réception adressée au service client<sup>89</sup>. Ensuite, avec sa recommandation de 2003 relative aux contrats de fourniture d'accès à l'Internet<sup>90</sup>, la Commission avait considéré que « la possibilité contractuellement donnée au professionnel de modifier unilatéralement (...) un contrat en cours, sans l'accord explicite de son cocontractant (...) engendre un déséquilibre significatif entre les droits et obligations des parties ». Pourtant, la loi LCE du 9 juillet 2004 a intégré législativement le mécanisme d'accord tacite pointé du doigt par la Commission. Les parlementaires avaient

---

<sup>85</sup> Pour définir le silence, on peut se rapporter à la définition qu'en donnait Demogue : « il y a silence au sens juridique quand une personne au cours de cette activité qu'est la vie n'a manifesté sa volonté par rapport à un acte juridique, ni par une action spéciale à cet effet, ni par une action dont on puisse déduire sa volonté » (Traité des obligations, t. I).

<sup>86</sup> Civ., 25 mai 1870, DP 1870, I, p. 257.

<sup>87</sup> CA Versailles, 15 sept. 2005, op. cit. note 36 ; cf. également : TGI Paris, 5 avril 2005, op. cit. note 36 ; TGI Nanterre, 2 juin 2004, op. cit. note 23 ; TI Rennes, 7 juin 2001, RG n° 11-01-000217.

<sup>88</sup> Recommandation n° 94-01 concernant les clauses dites de consentement implicite (BOCCRF du 27/09/1994) disponible sur le site de la Commission des clauses abusives <<http://www.clauses-abusives.fr/recom/index.htm>>.

<sup>89</sup> TGI Nanterre, 3 mars 2006, op. cit. note 22.

<sup>90</sup> Recommandation n°03-01, op. cit. note 40.

justifié l'abandon de l'exigence d'un accord explicite par le risque, pour le consommateur, d'être privé d'un contrat suite à sa négligence. Cet argument est contestable dans la mesure où, quand bien même un consommateur oublierait d'accepter expressément une modification, l'absence d'acceptation n'est pas susceptible de permettre au prestataire de résilier le contrat (sauf clause contraire). De même, dans le cadre d'un contrat à durée déterminée, les parties demeurent tenues de poursuivre l'exécution du contrat jusqu'à son terme, quand bien même l'abonné n'a pas accepté la modification.

## **Chapitre 2 - L'opportunité de solutions particulières aux technologies de communication**

L'intégration de cette « légalisation » d'une clause abusive au sein du Code de la consommation peut paraître choquante mais est peut-être à relativiser (section 1)). On peut quand même se demander si donner un vrai pouvoir de modification unilatérale à des sociétés déjà en position de domination ne va pas renforcer le déséquilibre existant entre professionnels et consommateurs (section 2).

### **Section 1 – L'impact de la modification unilatérale sur le consommateur**

L'impact de la nouvelle législation apparaît limité à première vue (sous-section 1) mais la protection du consommateur pourrait ne plus être entièrement assurée si était prélevée une redevance sur les abonnements d'accès à Internet en compensation du préjudice financier né du téléchargement sur Internet (sous-section 2).

#### **Sous-section 1 – Un impact en principe limité**

A priori, l'impact de la nouvelle législation pourrait être limité dès lors que les principales modifications contractuelles intervenant à l'heure actuelle concernent principalement une baisse des tarifs (A). En revanche, la modification de leur contrat d'abonnement pourrait être défavorable aux consommateurs si elle porte sur les services auxquels ils se sont abonnés (B).

##### **A. Un impact limité par la baisse des prix**

En matière de contrats d'accès à l'Internet, il convient de relativiser l'impact de l'insertion d'une clause « abusive » au sein du Code de la consommation. En effet, les principales modifications contractuelles que l'on peut constater aujourd'hui concernent principalement une baisse des tarifs.

La facture mensuelle par abonnement pour un utilisateur du téléphone fixe continue de décroître. Elle est passée en quatre ans de 33,4 € (40 € TTC) par mois à la fin de 2001 à 27 € (31,5 € TTC) par mois fin 2005. La facture moyenne payée par les internautes est également en baisse, en particulier pour le haut débit. En près de deux ans, l'accès haut débit est passé de 30,9 € (37 € TTC) par mois à 25 € (30 € TTC), soit une réduction de 19 %. L'abonnement bas débit coûte en moyenne 9,3 € (11 € TTC) fin 2005. Seule la facture mensuelle d'un utilisateur de mobile est en augmentation depuis 2001 – elle est de 29,2 € (35 € TTC) en 2005 (y compris 23 SMS en moyenne à 14 centimes l'unité) – mais cette progression concerne seulement les utilisateurs de cartes prépayées, pour lesquels la facture est passée de 8,6 € (10 € TTC) à 11,6 € (14 € TTC) en 4 ans (+35 %). Consommer dans le cadre d'un forfait mobile coûte en moyenne 39,7 € (47,5 € TTC) début 2005, ce qui représente une baisse de -1 % par

rapport à 2004.

Ce phénomène n'est évidemment pas dû à un désintéressement des consommateurs pour les nouveaux modes de communications. Bien au contraire, même si les Français se séparent progressivement de leur téléphone fixe, cette baisse est largement compensée. L'équipement informatique et le nombre d'accès Internet progressent et l'engouement pour le téléphone mobile ne cesse de se confirmer. Si la consommation de communication coûte moins chère qu'avant, c'est tout simplement parce que les tarifs ont baissé. En effet, entre 2002 et 2003, le prix moyen de la minute d'appel via les mobiles a baissé de -26 %, ce qui n'est évidemment pas pour plaire aux opérateurs français. Cette baisse des prix est imposée par l'ARCEP<sup>91</sup>. En tant qu'autorité de régulation, l'ARCEP a le pouvoir d'imposer une baisse des prix aux opérateurs. Les tarifs de détail des accès à Internet haut débit ont ainsi connu des baisses importantes favorisant la croissance du haut débit. Avec la poursuite de l'empreinte géographique du dégroupage, par la baisse de ses coûts et l'amélioration de sa qualité de service, la couverture haut débit est un des axes majeurs de la politique de l'ARCEP. Concernant le téléphone fixe et mobile, un décret<sup>92</sup> donne les moyens à l'ARCEP d'obliger les opérateurs français de téléphonie mobile à baisser considérablement ces tarifs. De plus, l'ARCEP dispose désormais des moyens juridiques d'imposer une importante baisse des tarifs des appels des téléphones fixes vers les téléphones mobiles.

## B. Un impact accentué par la modification des services

La modification de leur contrat d'abonnement peut être défavorable aux consommateurs si l'opérateur le prive d'un avantage dont il bénéficiait depuis le jour de sa souscription. L'exemple le plus marquant de cette « injustice contractuelle » est celui des forfaits « illimités, limités ». Les opérateurs (Internet et téléphonie fixe et mobile) ont pratiquement tous proposé à un moment ou à un autre des forfaits illimités. On se souvient notamment de la vague de « Forfaits Millénum » proposés par Bouygues Télécom et SFR en 2000 et de la création des premiers forfaits permettant aux internautes d'être connectés en bas débit de manière illimitée et ceci pour un prix finalement peu élevé. Plus récemment, France Télécom a aussi eu recours à cette pratique commerciale.

En 2005, l'opérateur historique a proposé une offre « 100 % illimité » qui permettait de téléphoner à des conditions tarifaires particulièrement attractives. Moins d'un an après le lancement de cette offre, France Télécom a finalement décidé de modifier les conditions d'abonnement : au-delà d'un certain volume d'appel (10 heures par mois vers les mobiles), les appels étaient de nouveaux facturés à la durée. Les abonnés avaient alors le choix entre soit accepter les nouvelles conditions tarifaires, soit résilier leur contrat. Attaqué par les associations de consommateurs, France Télécom justifiait cette modification contractuelle par la revente de minutes d'abonnés peu scrupuleux, pratique frauduleuse qui consiste, pour des revendeurs professionnels, à se faire passer pour des abonnés particuliers à qui l'offre était réservée et à tenir « cabine ouverte » chez eux, en faisant payer les appels. Le secteur de l'Internet avait déjà été victime de cette pratique auparavant. Le juge des référés avait ordonné à France Télécom de rétablir l'exécution de son contrat d'abonnement aux conditions spécifiques « 100 % illimité » aux motifs qu'en modifiant les conditions de l'offre, sans avoir

---

<sup>91</sup> Cf. supra § 94 et s.

<sup>92</sup> Décret n° 2004-1301 du 26 nov. 2004 « relatif aux dispositions applicables aux opérateurs exerçant une influence significative sur un marché du secteur des communications électroniques »

résilié le contrat pour les motifs prévus et imputables à l'abonné dans l'utilisation du service, l'opérateur avait manqué à ses obligations essentielles<sup>93</sup>. Toutefois, dans un arrêt du 7 novembre 2006, la cour d'appel a admis que l'opérateur historique avait modifié unilatéralement son contrat en respectant les conditions de l'article L121-84 du Code de la consommation<sup>94</sup>.

Cette affaire montre que les professionnels bénéficient de nombreux avantages quand une offre qu'ils proposent commence à leur coûter trop cher. Il leur suffit de respecter la loi pour pouvoir effectuer toutes les modifications contractuelles qui s'imposent, quand bien même la modification ne serait pas avantageuse pour le consommateur et reviendrait à vider l'offre de son principal intérêt.

## Sous-section 2 - L'hypothèse d'une redevance sur les abonnements d'accès à Internet

Internet offre aux artistes de nouveaux moyens de mettre leurs œuvres à disposition du public (A). Si aujourd'hui, le système de rémunération pour le travail accompli est loin d'être abouti, on peut facilement imaginer, qu'à terme, les offres de communications électroniques subiront, d'une façon ou d'une autre cette évolution (B).

### A. Les nouveaux moyens de mise à disposition du public

Le phénomène de téléchargement des œuvres sur Internet est tel aujourd'hui qu'il est apparu nécessaire de garantir le paiement d'une rémunération pour toute forme de communication au public. La notion de mise à disposition du public vise l'« acte par lequel une œuvre enregistrée est rendue accessible au public de manière que chacun puisse la choisir de l'endroit et au moment qu'il souhaite »<sup>95</sup>.

Aujourd'hui, de nouveaux moyens de mise à disposition du public sont offerts par l'environnement numérique: nouvelles formes de diffusion hertzienne (nouveaux services de téléphonie mobile, etc.), diffusion par fil (câblodistribution ou télécommunication, y compris via Internet, *webcasting*, *podcasting*, etc.), vente en ligne de phonogramme ou vidéo à la demande (VOD). De plus, l'évolution des équipements et des moyens de transmission, de copie et de lecture numérique des œuvres a engendré de nouvelles pratiques de copie privée numérique. La réalisation de copies privées est un usage très répandu et le nombre de copie privée faites par voie de téléchargement, y compris par la réception d'un simple courrier électronique auquel est attaché un fichier protégé, ne cesse d'augmenter.

Il ne serait ici être question d'interdire la copie privée ou d'empêcher l'accès à la culture par les nouveaux moyens de communications électroniques. Toutefois, l'on voit bien que les nouveaux moyens d'accéder aux œuvres ont un impact direct sur les services de communications électroniques, lesquels offrent aujourd'hui beaucoup plus qu'une navigation sur le web ou un échange de courriers électroniques. Ils donnent un accès direct et parfois gratuit à des œuvres déjà commercialisées auprès du public. Un phénomène est d'ailleurs apparu dans ce nouvel univers numérique, qui suscite une vive polémique à l'heure actuelle. Il s'agit de l'échange d'informations par les réseaux *peer to peer*, lesquels permettent le partage

<sup>93</sup> TGI Marseille, ordonnance de référé, 5 juill. 2006, Nuria B. / France Télécom.

<sup>94</sup> Cf. supra § 105 et s.

<sup>95</sup> Définition donnée par la Commission pour la relance de la politique culturelle, *Livre blanc pour la relance de la politique culturelle*, 2007.

d'informations – des fichiers le plus souvent (musique, vidéos, logiciels, etc.), mais également des flux multimédia continus (*streaming*<sup>96</sup>), de la téléphonie (avec le logiciel *Skype*, par exemple) – sur Internet. La nouvelle réglementation sur la modification unilatérale des contrats de communications électroniques pourrait être réellement préoccupante pour la protection des consommateurs, si, à terme, l'idée d'un système de compensation financière au préjudice né de l'échange de fichiers musicaux et cinématographiques était mise en œuvre par le prélèvement d'une redevance sur tous les abonnements souscrits auprès des fournisseurs d'accès à Internet.

## B. Le droit à rémunération équitable face aux nouvelles technologies de communication

Les artistes-interprètes et les producteurs bénéficient d'un droit à rémunération équitable en cas de mise à disposition du public de phonogramme. La rémunération « équitable » signifie que le barème et les modalités de versement de la rémunération doivent permettre une juste rétribution des artistes-interprètes et du producteur. Le montant de la rémunération est, en principe, fonction des recettes générées par l'exploitation ou, quand ce n'est pas possible, évalué forfaitairement. Ainsi, il existe un système de « licence légale » qui autorise diverses formes de diffusion des phonogrammes du commerce en contrepartie du paiement d'une rémunération. Cette licence légale est essentielle car elle est une source de rémunération des artistes-interprètes et génère des sommes affectées à l'aide à la création, au spectacle vivant et à la formation des artistes. Le phénomène de téléchargement des œuvres sur Internet est tel aujourd'hui qu'il a donc été proposé d'élargir le champ d'application de la licence légale afin de garantir le paiement d'une rémunération « pour toute forme de communication au public des phonogrammes du commerce »<sup>97</sup>.

Le droit à rémunération équitable a été créé au niveau international par la Convention de Rome de 1961 puis a été repris par la Directive de 1992 sur le droit de location de prêt et certains droits voisins du droit d'auteur (article 8)<sup>98</sup> et par le Traité OMPI WPPT de 1996<sup>99</sup>. Il est régit en France par les articles L214-1 et suivants du Code de la propriété intellectuelle (CPI). Mais, à l'heure actuelle, le cadre législatif de la garantie de rémunération équitable en cas de diffusion des œuvres par des procédés autres que la radiodiffusion hertzienne est insuffisant. La Commission pour la relance de la politique culturelle a reconnu que « le CPI ne contient pas de droit à Rémunération Equitable en cas de câblodistribution ou de webcasting des phonogrammes du commerce ; ce qui est constitutif d'une violation des normes internationales et européennes en vigueur »<sup>100</sup>.

Cet élargissement du champ d'application de la licence légale à toute forme de communication au public pourrait donc viser les diverses formes de diffusion de programmes radio sur Internet tel que le *webcasting*, le *podcasting* ou tout service accessible au public dans le cadre de formules d'abonnement à la téléphone mobile.

---

<sup>96</sup> Principe de lecture en continu, principalement pour l'envoi de contenu en direct ou en léger différé, très utilisée sur Internet car permet la lecture d'un flux audio ou vidéo (VOD), à mesure qu'il est diffusé.

<sup>97</sup> Livre blanc, op.cit. note 94.

<sup>98</sup> Directive 92/100/CEE du Conseil, du 19 novembre 1992, relative au droit de location et de prêt et à certains droits voisins du droit d'auteur dans le domaine de la propriété intellectuelle.

<sup>99</sup> Traité de l'OMPI sur les interprétations et exécutions et les phonogrammes, 20 décembre 1996.

<sup>100</sup> Livre blanc, op. cit. note 94.

Par ailleurs, la licence légale pourrait aussi s'appliquer à la copie privée par voie de téléchargement. Pour le moment, la définition de l'exception pour copie privée n'est pas encore adaptée aux nouveaux équipements et aux nouvelles pratiques, y compris en ce qui concerne la copie privée numérique. Il a été proposé de prévoir une rémunération pour copie privée incluse dans le prix payé par le public aux fournisseurs d'accès. Ainsi tout enregistrement accessible sur Internet pourrait entrer dans le champ du droit à rémunération équitable.

Avec ces nouvelles perspectives apportées par la propriété intellectuelle, toute personne qui met des œuvres à la disposition du public devra payer une rémunération équitable au bénéfice des artistes-interprètes et des producteurs de phonogramme ou de vidéogramme. Mais qui devra verser cette rémunération ? Puisque ce sont les fournisseurs d'accès qui offrent aux utilisateurs l'opportunité d'accéder à l'œuvre, l'idée de les mettre à contribution pour financer le secteur culturel avait été proposée lors des débats parlementaires sur le projet de loi DADVSI<sup>101</sup>. Cette idée de redevance avait alors pour objectif de légaliser les pratiques de téléchargements en réseaux *peer to peer* contre une majoration de quelques euros des forfaits d'accès à Internet. Finalement cette idée n'a pas été retenue mais la question reste ouverte. Il est alors évident que si une taxe (0,5 % avait été proposé) sur le chiffre d'affaires des fournisseurs d'accès était mise en place, ce sera le consommateur qui, au final, sera mis à contribution pour financer le secteur culturel. Cela n'a rien de choquant en soi, mais le pouvoir de modification unilatérale des opérateurs pourrait donc entraîner une vague importante de modifications contractuelles.

## **Section 2 – Un nouveau *business model* écrasant**

La position dominante de certains opérateurs a été reconnue sur le marché et l'abus parfois dénoncé (sous-section 1) et la possibilité qui leur est offerte d'imposer leurs propres règles du jeu aux consommateurs pourrait renforcer davantage le déséquilibre (sous-section 2).

### Sous-section 1 – La position dominante des opérateurs

La menace de position dominante des opérateurs (A) a été confirmée récemment par l'entente illicite des trois opérateurs de téléphonie mobile (B)

#### A. La menace de position dominante des opérateurs

L'ARCEP a notamment pour mission d'analyser la situation concurrentielle sur les différents marchés du secteur des communications électroniques. Elle peut alors imposer les obligations nécessaires pour restaurer la concurrence si elle constate qu'un ou plusieurs opérateurs disposent d'une position dominante. L'autorité de régulation déclare comme puissant tout opérateur disposant d'une puissance significative sur le marché si, individuellement ou conjointement avec d'autres, il se trouve dans une position équivalente à une position dominante, c'est-à-dire qu'il est en mesure de se comporter, dans une mesure appréciable, de manière indépendante de ses concurrents, de ses clients et, en fin de compte, des consommateurs. Selon la Cour de justice des communautés européennes une position dominante donne à l'entreprise « le pouvoir de faire obstacle au maintien d'une concurrence

---

<sup>101</sup> Loi n° 2006-961 du 1er août 2006 relative au droit d'auteur et aux droits voisins dans la société de l'information, dite Loi DADVSI.

effective sur le marché en cause, en lui fournissant la possibilité de comportements indépendants dans une mesure appréciable vis-à-vis de ses concurrents, de ses clients et finalement des consommateurs »<sup>102</sup>. Ainsi, « les entreprises en position dominante ont une responsabilité particulière sur le marché. Elles doivent veiller à ce que leur comportement ne fasse pas obstacle à une concurrence saine et loyale, ni ne porte préjudice aux consommateurs et à l'innovation » (Mario MONTI, Commissaire de la concurrence).

En 2001, le Conseil de la concurrence, saisi par l'Autorité de régulation des télécommunications (actuelle ARCEP) avait estimé France Télécom avait abusé de la position dominante qu'elle détenait sur la marché des télécommunications en 1999, en tentant d'entraver l'accès de nouveaux concurrents au marché des grands comptes. Une sanction de 40 millions de francs a alors été infligée à l'opérateur historique. Puis, en 2005, le Conseil de la concurrence, saisi par la société Neuf Télécom, inflige à France Télécom une sanction de 80 millions d'euros pour abus de position dominante sur le marché de gros de l'Internet haut débit par ADSL. A l'époque, France Télécom, qui en tant qu'opérateur historique détenait le monopole du réseau, refusait de l'ouvrir aux opérateurs tiers pour leur permettre de faire des offres de gros et contraignait, par ailleurs, les FAI à utiliser l'ensemble de ses prestations, ce qui lui permettait à la fois de dominer le marché de détail via sa filiale Wanadoo, et le marché de gros via son offre aux FAI. Le Conseil de la concurrence a alors jugé que « ce refus d'accès à permis à France Télécom de rester l'unique offreur de prestations de transport du trafic Internet haut débit (ADSL) entre les abonnés et les FAI jusqu'en 2002, et a empêché l'entrée sur ce marché de concurrents potentiellement plus innovants et efficaces ».

Après une analyse du marché de gros de la téléphonie mobile, l'ARCEP a estimé que Orange, SFR et Bouygues Telecom y disposaient d'une position dominante collective. Le Conseil de la concurrence, consulté pour avis, ainsi que la Commission européenne ont été plus réservés sur l'existence effective d'une position dominante collective mais ont tout de même reconnu que la menace était réelle.

Les opérateurs du secteur des communications électroniques tels que France Télécom ou les trois principaux opérateurs de téléphonie mobile ne cessent de voir leur chiffre d'affaire augmenter pour atteindre des centaines de millions d'euros, alors que celui des opérateurs mobiles virtuels (MVNO)<sup>103</sup> ne représentent encore qu'une part de marché d'à peine 4 %. La position dominante de certains « gros » opérateurs a forcément, à terme, un impact direct sur le consommateur dès lors que la fermeture du marché au profit d'un seul fournisseur ne permet pas l'essor d'opérateurs alternatifs. Par ailleurs, une position dominante sur un marché donne inévitablement une grande part de responsabilité à celui qui domine et qui peut alors modifier unilatéralement la structure du marché en question. Dès lors, le déséquilibre apparaît particulièrement significatif entre le consommateur et son opérateur occupant une position dominante sur le marché.

---

<sup>102</sup> CJCE, *United Brands c/ Commission*, 14 février 1978.

<sup>103</sup> Opérateur de téléphonie mobile qui, ne possédant pas de concession de spectre de fréquences ni d'infrastructure de réseau propres, contracte des accords avec les opérateurs mobiles traditionnels pour leur acheter un forfait d'utilisation et le revendre sous sa propre marque à ses clients.

## B. Entente illicite entre opérateurs

Les soupçons d'entente illicite pesaient déjà fortement sur les trois opérateurs mobiles mais un rapport de la Direction générale de la concurrence, de la consommation et de la répression des fraudes (DGCCRF) rendu en mai 2004 accuse clairement Bouygues Télécom, SFR et Orange d'entente illicite. L'entente illicite est caractérisée par les accords entre entreprises, décisions d'associations d'entreprises et pratiques concertées qui ont pour objet ou pour effet d'empêcher, de restreindre ou de fausser le jeu de la concurrence sur un marché. L'enquête diligentée par la DGCCRF a révélé que les trois opérateurs se réunissaient tous les mois afin de se mettre d'accord sur les parts de marché de chacun. Ainsi les opérateurs, s'assuraient une croissance suffisante pour chacun d'eux, sans pour autant entrer dans une guerre des prix. Pour Orange, s'y serait ajoutée la peur de passer au-dessus des 50 % de parts de marché, seuil au-delà duquel il n'aurait pas pu fixer lui-même ses tarifs.

La défense des trois opérateurs devant le Conseil de la concurrence n'a pas suffi puisque ce dernier a sanctionné à hauteur de 534 millions d'euros les sociétés Orange France (256 millions d'euros), SFR (220 millions d'euros) et Bouygues Télécom (58 millions d'euros) pour avoir mis en œuvre deux types de pratiques d'entente ayant restreint le jeu de la concurrence sur le marché<sup>104</sup>. Le Conseil de la concurrence reconnaît que les opérateurs mobiles ont non seulement échangé des informations stratégiques portant sur les nouveaux abonnements et les résiliations, mais aussi conclu un accord entre 2000 et 2002 afin de stabiliser leurs parts de marché autour d'objectifs définis en commun. Ces accords avaient notamment entraîné un relèvement des prix et l'adoption de mesures telles que la priorité donnée aux forfaits avec engagements contre les cartes prépayées ou l'instauration des paliers de 30 secondes après une première minute indivisible. Sur un marché où n'opèrent que trois acteurs et sur lequel l'entrée est très difficile, des échanges d'informations de ce type sont de nature à altérer le jeu de la concurrence, en réduisant l'incertitude sur la stratégie des autres acteurs.

Les ententes sur la répartition des marchés sont considérées par les autorités de concurrence, et notamment par le Conseil, comme étant « injustifiables » et donc « parmi les plus graves ». Le Conseil a également tenu compte du fait que les dépenses de téléphonie mobile ont constitué depuis la fin des années 90, une dépense nouvelle pour les ménages, qui a pris dans leur budget une part non négligeable, et du fait que la concertation en cause a facilité la mise en place par les opérateurs de mesures défavorables aux consommateurs.

Le 12 décembre dernier, la cour d'appel de Paris a confirmé la décision du Conseil de la concurrence<sup>105</sup>. L'UFC-Que Choisir, qui avait initialement engagé la procédure a transmis 12 530 demandes d'indemnisation au tribunal de commerce de Paris, et estime que le montant par abonné pourrait atteindre 60 euros. Dans cette affaire, il est particulièrement nécessaire que les abonnés obtiennent réparation car « l'indemnisation des victimes est nécessaire afin de dissuader les entreprises de développer de tels comportements anticoncurrentiels portant atteinte à l'intérêt individuel et à l'économie toute entière, et de redonner confiance aux consommateurs dans le droit de la concurrence ».

---

<sup>104</sup> Décision n° 05-D-65 du 30 novembre 2005 relative à des pratiques constatées dans le secteur de la téléphonie mobile.

<sup>105</sup> CA Paris, 12 déc. 2006, RG n° 2006/00048.

## Sous-section 2 – La position des consommateurs face aux opérateurs superpuissants

Alors qu'en principe, la renégociation des contrats devrait rester ouverte à tous les cocontractants, l'alternative entre acceptation de la modification et résiliation prive le consommateur de son droit de renégociation (A), du moins, semble-t-il, lorsqu'il s'agit de particuliers et non pas d'entreprises ayant un certain poids économique (B).

### A. Le pouvoir de négociation des particuliers

La résiliation du contrat est ouverte au consommateur qui refuse les nouvelles conditions de son contrat modifié par son opérateur. De plus, à défaut d'une information préalable concernant une modification contractuelle unilatérale décidée par l'opérateur, le contrat peut également être résilié par l'abonné (art. L121-84 al. 3 du C. consom). A défaut de notification préalable, le contrat pourra donc être résilié à la demande du consommateur sans aucun motif supplémentaire.

En outre, si la résiliation d'un contrat à durée indéterminée ne pose pas de problème pour le consommateur (si aucune période d'engagement minimale n'est prévue, il est possible de résilier, par lettre recommandée avec accusé de réception, à condition de respecter le préavis qui est d'une durée variable selon les opérateurs), il n'en va pas de même lorsque le contrat contient une clause de durée minimale d'engagement, qui impose, par exemple, de prolonger son contrat pour une durée minimum fixée en cas de changement de formules d'abonnement. Une telle clause a été déclarée abusive par la Commission des clauses abusives mais elle demeure pourtant dans de nombreux contrats. La position du consommateur s'avère alors très délicate puisque non seulement, les conditions tarifaires pratiquées par les opérateurs manquent très souvent de transparence, le consommateur n'ayant alors aucune idée de la contrepartie financière qu'il devra verser s'il décide de changer d'opérateur, mais aussi puisque les clients sont liés à un opérateur pour toute la durée prévue et risquent d'avoir à payer des pénalités, voire la totalité de l'abonnement pour la durée prévue initialement. Ainsi, avant de mettre en œuvre la résiliation, le consommateur devra être particulièrement attentif aux durées d'engagement et de préavis de son contrat de communications électroniques.

De toute évidence, si en principe la renégociation des contrats doit rester ouverte, en matière de contrats d'adhésion et plus particulièrement de communications électroniques, la capacité de négocier est quasiment impossible à obtenir pour le consommateur *lambda*. En effet, on ne saurait voir un pouvoir de renégociation du consommateur dans l'acceptation de la modification envisagée comme une alternative à la résiliation ou inversement dans son acceptation de la modification unilatérale comme alternative à la résiliation. Tout au plus, en cas de qualifications de clauses abusives du contrat par les tribunaux, puisque le contrat reste valable (seule la clause est nulle), l'opérateur pourrait peut-être demeurer attentif à une proposition de la part du consommateur d'adapter son contrat mais il ne faut certainement pas attendre de lui qu'il prenne de lui-même l'initiative d'une proposition de renégociation du contrat avec le consommateur.

### B. Le pouvoir de négociation des professionnels

Si un consommateur qui contracte pour ses besoins personnels ne pourra a priori pas faire accepter une modification du contrat initial à l'opérateur, peut-être qu'un consommateur qui

agit pour ses besoins professionnels aurait plus de chances d'obtenir une négociation des conditions initiales pour des raisons économiques. La pratique a montré qu'une telle négociation est envisageable pour les consommateurs, personnes morales ou personnes physiques, ayant un pouvoir économique important. Il convient de rappeler que le droit communautaire, qui est applicable devant les juridictions françaises, définit le consommateur comme « toute personne physique qui (...) agit à des fins n'entrant pas dans le cadre d'une activité professionnelle »<sup>106</sup>. Ainsi, un cabinet d'avocats ne saurait *a priori* être qualifié de consommateur dès lors qu'il agit dans sa sphère de compétence en concluant un contrat.

Par contre, si rien n'empêche le client d'anticiper le terme de son contrat pour proposer de renégocier la ou les clauses qui lui semble défavorable, l'acceptation par l'opérateur ne devra pas entraver l'accès au marché des opérateurs concurrents, une telle pratique étant de nature à porter atteinte au bon fonctionnement de la concurrence. France Télécom avait d'ailleurs été condamnée par le Conseil de la concurrence en 2001 pour avoir abusé de la position dominante en tentant d'entraver l'accès de nouveaux concurrents au marché des grands comptes « par des moyens qui ne relèvent pas d'une concurrence par les mérites »<sup>107</sup>. A l'époque, France Télécom, qui était alors le seul à pouvoir proposer des communications locales, avait répondu en à une consultation organisée par la société Renault concernant l'ensemble de ses besoins en matière de télécommunications. Le tarif proposé par France Télécom rendait impossible toute concurrence effective sur ce marché.

Sans doute les opérateurs ne traitent pas de la même manière leurs clients selon qu'ils sont des particuliers ou des entreprises. Non seulement les offres diffèrent selon la qualité du consommateur (« Forfaits Pro ») mais les avantages et services aussi. La plupart des sites Internet mettent en place des espaces spécialement adaptés aux professionnels et/ou aux entreprises et France Télécom va même jusqu'à offrir un « business service » pour les professionnels, les entreprises et les grandes entreprises.

---

<sup>106</sup> Art. 2b de la directive 93/13/CEE du Conseil du 5 avril 1993.

<sup>107</sup> « En établissant un lien entre les réductions tarifaires consenties et le volume global des communications (locales et nationales) ».

## Conclusion

L'arrivée massive et rapide des technologies de communication dans la sphère de la consommation grand public a de quoi perturber les juristes tant les habitudes contractuelles sont remises en cause. En France, le législateur a choisi d'adopter des solutions particulières pour les contrats de communications électroniques, autorisant ainsi expressément les opérateurs à modifier unilatéralement les contrats d'abonnement auxquels leurs cocontractants avaient déjà souscrit. On peut douter de l'opportunité de cette solution dans la mesure où elle donne encore plus de pouvoir aux opérateurs, et donc moins aux consommateurs, déjà particulièrement fort dans la relation contractuelle.

Pour sa défense, notons tout de même que si le législateur a opté pour la « légalisation » d'une clause en principe abusive, il avait dans l'idée de l'encadrer de façon à protéger les intérêts du consommateur. La solution n'est pas choquante en soi mais peut-elle réellement être mise en œuvre de façon totalement satisfaisante tant pour les consommateurs que pour les opérateurs ?

## Conclusion générale

Le régime français actuel de modification unilatérale des contrats de communications électroniques est le même que dans les autres pays d'Europe, la plupart ayant transposé les directives du « paquet télécom » de 2002 et choisi le même régime de modification unilatérale. Le système est également très proche de celui en vigueur aux Etats-Unis où la priorité est donnée au contrat signé avec l'opérateur (mobile, fixe, Internet). Comme en France, l'opérateur fait une notification par écrit à l'utilisateur qui peut accepter la modification ou la refuser en résiliant son contrat. Toutefois, le système judiciaire américain se distingue du système français car il est relativement difficile, voire rare, sur l'autre continent de pouvoir faire annuler des clauses abusives. Les Etats-Unis ne sont quand même pas plus à l'abri que la France des procédures judiciaires sur la question. Un procès impliquant Verizon, équivalent de France Télécom aux Etats-Unis, est actuellement en cours.

La pratique se confirme, le consommateur devra donc analyser attentivement son contrat de communications électroniques avant d'envisager de le conclure. Cette consigne fait tout de même peser sur le consommateur une responsabilité qu'il n'a pas l'habitude d'avoir dans les autres contrats de consommation qu'il conclut généralement. Il ne pourra pas toujours lire entre les lignes du contrat qu'il va conclure par faute de temps ou d'informations et il lui sera souvent difficile d'anticiper les modifications unilatérales ultérieures de son nouveau contrat. Mais peu importe pour le consommateur, le législateur semble vouloir faire son éducation.

## Index thématique

- A**
- accord explicite, 5, 26, 40, 41
  - action en représentation conjointe, 4, 28, 29
  - action en suppression des clauses abusives, 30
  - ARCEP, 4, 34, 35, 36, 43, 46, 47
  - autonomie de la volonté, 10, 11, 12
- B**
- baisse des prix, 5, 7, 37, 42, 43
  - bonne foi, 11, 13, 14, 15
  - business model, 5, 46
- C**
- Canal de Craponne*, 13
  - Carte pastel*, 24
  - class action*, 28
  - clause d'adaptation automatique, 11
  - clause d'indexation, 11
  - clause de l'offre concurrente, 11
  - clause du client le plus favorisé, 11
  - clause résolutoire, 40
  - clauses abusives, 3, 4, 20, 21, 22, 23, 24, 28, 29, 30, 49
  - Commission des clauses abusives, 1, 4, 19, 22, 23, 24, 25, 38, 41, 49
  - confiance, 3, 14, 17, 28, 48
  - consommateur, 21
  - contractualisation de masse, 5, 38
  - contrats à durée déterminée, 25, 26, 39
  - contrats à durée indéterminée, 39
  - contrats d'adhésion, 3, 12, 17, 21, 28, 40, 49
  - convergence, 4, 33
  - copie privée, 44, 45
- D**
- déséquilibre significatif, 16, 21, 23, 26, 27, 28, 41
  - droit à rémunération équitable, 45, 46
- E**
- entente illicite, 47
  - état de dépendance économique, 13
  - évolution technologique, 16, 28, 33
- F**
- force obligatoire du contrat, 3, 10, 11, 14, 40
  - Forfaits Millénium, 43
  - Forfaits Pro, 50
- I**
- information, 3, 7, 15, 18, 19, 29, 33, 35, 38, 39, 46, 49
- L**
- LCEN, 18
  - lésion, 22
  - licence légale, 45
  - Loi de Moore*, 32
  - loi MURCEF, 38
  - loyauté contractuelle, 14, 15
- M**
- moyens de mise à disposition du public, 44
- N**
- non professionnels, 21
  - notification, 19, 49
- P**
- paquet télécoms*, 36
  - podcasting*, 44, 45
  - position dominante, 35, 46, 47, 50
  - professionnel, 21
  - progrès technologiques, 32
  - propriété intellectuelle, 45, 46
- R**
- recommandations de la Commission des clauses abusives, 23
  - recouvrement de créance, 35
  - renégociation, 14, 48, 49
  - réseaux *peer to peer*, 44, 46
  - résiliation, 11, 25, 26, 37, 39, 40, 48, 49
  - respect de la parole donnée, 3, 14, 17
  - révision pour imprévision, 3, 12, 13
- S**
- service universel*, 35, 37
  - silence, 37, 41
  - solidarisme contractuel, 14
  - streaming*, 45
- V**
- violence, 13
- W**
- webcasting*, 44, 45

## Bibliographie

### Traité et manuels

**J.-L. AUBERT**, *Le contrat, droit des obligations*, Dalloz, coll. connaissance du droit, 3<sup>e</sup> éd., 2006

**A. BENABENT**, *Droit civil, Les obligations*, Montchrétien, coll. Domat droit privé, 10<sup>e</sup> éd., 2005.

**J. CARBONNIER**, *Droit civil, Les obligations*, PUF, 23<sup>ème</sup> éd., 2004.

**G. CORNU**, *Vocabulaire juridique*, PUF, 2005.

**A. GHOZI**, *La modification de l'obligation par la volonté des parties*, préf. D. Talon, LGDJ, 1980.

**F. TERRE, P. SIMLER, Y. LEQUETTE**, *Droit civil, Les obligations*, Précis Dalloz, 9<sup>ème</sup> éd., 2005.

### Généralités sur l'environnement contractuel

*La nouvelle crise du contrat*, sous dir. C. JAMIN et D. MAZEAUD, Actes, coll. Thèmes et commentaires, Dalloz, 2003.

*Les concepts contractuels français à l'heure des Principes du droit européen des contrats*, sous dir. P. REMY-CORLAY et D. FENOUILLET, Actes, coll. Thèmes et commentaires, Dalloz, 2003.

**J. CEDRAS**, « Le solidarisme contractuel en doctrine et devant la Cour de cassation », *Rapport C. cassation, 2003*,  
<[http://www.courdecassation.fr/jurisprudence\\_publications\\_documentation\\_2/publications\\_cour\\_26/em\\_rapport\\_annuel\\_em\\_36/rapport\\_2003\\_37/deuxieme\\_partie\\_etudes\\_documents\\_40/etudes\\_diverses\\_43/doctrine\\_devant\\_6260.html](http://www.courdecassation.fr/jurisprudence_publications_documentation_2/publications_cour_26/em_rapport_annuel_em_36/rapport_2003_37/deuxieme_partie_etudes_documents_40/etudes_diverses_43/doctrine_devant_6260.html)>.

### Articles

#### **Revues papier :**

**C. JAMIN**, « Plaidoyer pour le solidarisme contractuel », in *Le contrat au début du XXI<sup>ème</sup> siècle*, Etudes offertes à J. GUESTIN, LGDJ, 2001, p. 441.

**H. LECUYER**, « La modification unilatérale du contrat, in L'unilatéralisme et le droit des obligations », *Economica*, 1999, p. 47.

**A. TESSALONIKOS et A.-K. MARTINEAU**, « La (re)négociation des contrats de communications électroniques », Petites affiches n°16, janv 2007.

*Revue électronique :*

**E. DUMOUT**, « Les secteur des TIC exposé au choc de la convergence », *ZDnet.fr*, avril 2007,

<<http://www.zdnet.fr/actualites/informatique/0,39040745,39368988,00.htm?xtor=RSS-1>>

**O. ITEANU**, « Accès Internet, mobile, téléphone fixe : des contrats très encadrés », *Le Journal du Net*, janv. 2007,

<<http://www.journaldunet.com/expert/8772/acces-internet-mobile-telephone-fixe-des-contrats-tres-encadres.shtml>>

**S. ROUJA**, « Services téléphoniques et Internet : quelles actions en faveur des consommateurs ? », *Juriscom.net*, mars 2007,

<<http://www.juriscom.net/actu/visu.php?ID=912>>

**B. TABAKA**, « Forfaits « illimités, limités » : l'exemple de France Télécom », *Le Journal du Net*, fév. 2007,

<<http://www.journaldunet.com/expert/9048/forfaits-illimites-limites-l-exemple-de-france-telecom.shtml>>

**B. TABAKA**, « La « légalisation » d'une clause abusive pour la modification des contrats de services de communications électroniques », *Juriscom.net*, juill. 2004,

<<http://www.juriscom.net/int/visu.php?ID=554>>

**T. VERBIEST**, « Class actions : de la nécessité de légiférer », *Droit & Nouvelles Technologies*, déc. 2006,

<<http://www.droit-technologie.org/actuality/details.asp?id=1003>>

**T. VERBIEST**, « Une nouvelle pierre à l'édifice du droit de la consommation : le contrat de services de communication électronique », *Droit & Nouvelles Technologies*, août 2004,

<<http://www.droit-technologie.org/actuality/details.asp?id=802>>

### **Autres publications**

*Guide pratique des communications électroniques*, Conseil national de la consommation.

*Livre blanc pour la relance de la politique culturelle*, Commission pour la relance de la politique culturelle, 2007

### **Sites Internet**

Commission des clauses abusives : <http://www.clauses-abusives.fr>

ARCEP : <http://www.art-telecom.fr>

DGCCRF : <http://www.finances.gouv.fr/DGCCRF>

Conseil de la concurrence : <http://www.conseil-concurrence.fr>

## Annexe

### **CODE DE LA CONSOMMATION (Partie Législative)**

#### **Section 11 : Contrats de services de communications électroniques**

##### **Article L121-84**

*(inséré par Loi n° 2004-669 du 9 juillet 2004 art. 114 Journal Officiel du 10 juillet 2004)*

Tout projet de modification des conditions contractuelles de fourniture d'un service de communications électroniques est communiqué par le prestataire au consommateur au moins un mois avant son entrée en vigueur, assorti de l'information selon laquelle ce dernier peut, tant qu'il n'a pas expressément accepté les nouvelles conditions, résilier le contrat sans pénalité de résiliation et sans droit à dédommagement, jusque dans un délai de quatre mois après l'entrée en vigueur de la modification.

Pour les contrats à durée déterminée ne comportant pas de clause déterminant précisément les hypothèses pouvant entraîner une modification contractuelle ou de clause portant sur la modification du prix, le consommateur peut exiger l'application des conditions initiales jusqu'au terme de la durée contractuelle.

Toute offre de fourniture d'un service de communications électroniques s'accompagne d'une information explicite sur les dispositions relatives aux modifications ultérieures des conditions contractuelles.

