

ECOC1804424S

Recommandation n°2017-02 de la Commission des clauses abusives sur les contrats relatifs aux Services de médias audiovisuels à la demande (SMAD)

La Commission des clauses abusives,

Vu le règlement (UE) 2016/679 du Parlement européen et du Conseil du 27 avril 2016, relatif à la protection des personnes physiques à l'égard du traitement des données à caractère personnel et à la libre circulation de ces données et, notamment, son article 20 ;

Vu la directive européenne 2007/65UE, dite Services de Médias Audiovisuels sans frontières (SMA), du 11 décembre 2007 ;

Vu la directive européenne 2010/13/UE, dite Services de Médias Audiovisuels (SMA), du 10 mars 2010 ;

Vu les dispositions du code civil et, notamment, ses articles 1127-2 et 1148 ;

Vu les dispositions du code de la consommation et, notamment, ses articles L. 111-1, L. 1117-2, L. 211-1, L. 212-1 à L. 212-3, L. 221-18, L. 221-28, R. 212-1 à R. 212-5 ;

Vu les dispositions du code de la propriété intellectuelle et, notamment, ses articles L. 121-1, L. 121-4, L. 131-1, L. 131-3 ;

Vu la loi n° 78-17 du 6 janvier 1978 relative à l'informatique, aux fichiers et aux libertés et, notamment, ses articles 6, 7, 32, 34, 38, 40, 68, 69 ;

Vu la loi n° 2004-575 du 21 juin 2004 pour la confiance dans l'économie numérique et, notamment, son article 6, I, 2, et III ;

Vu la loi n° 2009-258 du 5 mars 2009 relative à la communication audiovisuelle et au nouveau service public de la télévision, modifiée par la loi n° 2013-1028 du 15 novembre 2013 relative à l'indépendance de l'audiovisuel public ;

Vu la loi n° 2016-1321 du 7 octobre 2016 pour une République numérique et, notamment, son article 48 ;

Vu le décret n° 2010-1379 du 14 novembre 2010 relatif au services de médias audiovisuels à la demande ;

Vu le décret n° 2010-1593 du 17 décembre 2010 relatif aux services de télévision et de médias audiovisuels à la demande relevant de la compétence d'un autre État membre de l'Union

européenne ou partie à l'accord sur l'Espace économique européen ou à la convention européenne sur la télévision transfrontière du 5 mai 1989 ;

Entendu les représentants des professionnels concernés ;

Considérant que les services de médias audiovisuels à la demande ont connu, ces dernières années, une forte croissance de leur part de marché ; qu'ils se définissent comme la mise à disposition de programmes au consommateur ou non-professionnel, à sa demande et à l'heure de son choix, par tous réseaux de communications électroniques et, notamment, via le réseau Internet, par voie hertzienne terrestre, par câble, par satellite et par réseaux de télécommunications, par tous procédés de diffusion cryptée, tels que « streaming » (diffusion linéaire) ou « downloading » (téléchargement), et pour visualisation sur tout matériel de réception (téléphone, tablette, ordinateur, télévision), par tout mode de sécurisation, et ce soit après paiement d'un prix, soit après la fourniture de données à caractère personnel ou de tout autre avantage, pour une représentation dans le cadre du « cercle de famille » ainsi que dans les circuits fermés ;

Considérant que le secteur des services de médias audiovisuels à la demande présente une grande variété tenant à la diversité de ses acteurs (fournisseurs d'accès internet, portails internet, chaînes de télévision, circuits de distribution, constructeurs ou équipementiers, plateformes de vidéos à la demande indépendantes) ;

Considérant que l'offre de services de médias audiovisuels à la demande est elle-même très variée ; qu'en effet, plusieurs services peuvent être proposés, qu'il s'agisse de services de vidéos à la demande à l'acte (téléchargement temporaire ou achat définitif) ou de services de vidéos à la demande par abonnement ; que ces différentes offres s'analysent en des contrats de fourniture de contenu numérique à titre temporaire ou définitif ;

Considérant que l'examen des multiples modèles de conventions habituellement proposés par les fournisseurs professionnels de services de médias audiovisuels à la demande à leurs cocontractants non-professionnels ou consommateurs a conduit à déceler des clauses dont le caractère abusif au sens de l'article L. 212-1 du code de la consommation doit être relevé ;

I - Présentation du contrat

1°) Considérant que les conditions générales de vente ou d'utilisation de certains contrats de fourniture de services de médias audiovisuels à la demande sont difficilement lisibles à l'écran comme sur papier après impression ; qu'elles ne sont pas conformes aux exigences de l'article L. 211-1, alinéa 1^{er}, du code de la consommation qui énonce : « Les clauses des contrats proposés par les professionnels aux consommateurs doivent être présentées et rédigées de façon claire et compréhensible » ;

II - Formation du contrat

A - Capacité du consommateur mineur

2°) Considérant que de nombreux contrats de fourniture de services de médias audiovisuels à la demande prévoient que le fait pour les mineurs de s'inscrire implique qu'ils ont obtenu une autorisation préalable de leurs parents, y compris pour des stipulations qui ne peuvent être souscrites que par l'intermédiaire de leur représentant légal, notamment l'utilisation de leurs données à caractère personnel qui ne constitue pas un acte courant autorisé par la loi ou l'usage au sens de l'article 1148 du code civil ; qu'en conséquence, ces clauses, qui font présumer l'existence du consentement du représentant légal et réputent le contrat valablement formé en l'absence d'un tel consentement exprès, sont abusives en ce qu'elles créent un déséquilibre significatif entre les droits et obligations des parties au contrat au détriment du non-professionnel ou du consommateur ;

B - Acceptation

3°) Considérant que quelques contrats de fourniture de services de médias audiovisuels à la demande présument immédiatement le consentement du non-professionnel ou du consommateur du seul fait qu'il utilise le site internet du professionnel et l'obligent à cliquer ensuite sur un lien hypertexte s'il désire s'informer du contenu des conditions générales d'utilisation auxquelles il a, ainsi, implicitement adhéré ; que, si le non-professionnel ou le consommateur a, de la sorte, la possibilité formelle d'accéder au contenu des conditions générales d'utilisation, cette accessibilité est postérieure à son adhésion qui résulte de la seule navigation ; que la clause qui stipule que la seule navigation emporte l'adhésion du consommateur aux conditions générales d'utilisation à un moment où il n'a pas pu avoir accès à celles-ci, est, selon l'article R. 212-1, 1°, du code de la consommation, de manière irréfutable présumée abusive ;

4°) Considérant qu'une clause d'un contrat de fourniture de services de médias audiovisuels à la demande prévoit que le contrat est conclu par le non-professionnel ou le consommateur par un seul clic de souris ou autre périphérique d'entrée sur l'icône prévue à cet effet par le professionnel ; que cette clause entre en contravention avec l'article 1127-2 du code civil qui prévoit la procédure dite du double-clic ; qu'une telle clause est illicite et, maintenue dans un contrat conclu entre un professionnel et un non-professionnel ou un consommateur, abusive ;

C - Choix du nom du compte

5°) Considérant qu'une clause d'un contrat de fourniture de services de médias audiovisuels à la demande prévoit que le professionnel peut demander au non-professionnel ou au consommateur de changer le nom de son compte pour n'importe quel motif et à n'importe quel moment ; que cette clause laisse au professionnel un pouvoir discrétionnaire de priver le non-professionnel ou le consommateur de son identification à l'aide du nom du compte qu'il avait choisi ; qu'elle entraîne donc un déséquilibre significatif entre les droits et obligations des parties au détriment du non-professionnel ou du consommateur, et doit être, au sens de l'article L. 212-1, alinéa 1^{er}, du code de la consommation, considérée comme abusive ;

D - Droit de rétractation

6°) Considérant que des clauses de certains contrats de fourniture de services de médias audiovisuels à la demande prévoyant la remise d'un support matériel (CD, DVD, clé USB) au non-professionnel ou au consommateur accordent un délai de rétractation d'une durée inférieure à la durée légale de quatorze jours ; que ces clauses, qui contreviennent au délai de rétractation de quatorze jours prévu à l'article L. 221-18 du code de la consommation, sont illicites et, maintenues dans un contrat conclu entre un professionnel et un non-professionnel ou un consommateur, abusives ;

7°) Considérant que plusieurs clauses de contrats de fourniture de services de médias audiovisuels à la demande prévoient que le non-professionnel ou le consommateur n'a plus la faculté d'exercer son droit de rétractation une fois que le téléchargement du contenu numérique a débuté ; qu'une autre clause de contrats de fourniture de services de médias audiovisuels à la demande stipule que l'engagement est ferme et définitif ; que de telles clauses, qui sont silencieuses quant à l'information et au recueil de la renonciation expresse du non-professionnel ou du consommateur à son droit, imposés par l'article L. 221-28, 13°, du code de la consommation, laissent croire à l'utilisateur qu'il ne dispose d'aucun droit de rétractation en cas de téléchargement ; que de telles clauses sont illicites et, maintenues dans un contrat conclu entre un professionnel et un non-professionnel ou un consommateur, abusives ;

III - Contenu du contrat

A - Clause de gratuité

8°) Considérant qu'un contrat de fourniture de services de médias audiovisuels à la demande prévoit une clause affirmant que les services proposés sont gratuits ; que cette clause laisse croire à l'utilisateur non-professionnel ou consommateur que le service est dépourvu de toute contrepartie de sa part, alors que, si le versement d'une contrepartie monétaire à sa charge est exclue, l'adresse de messagerie électronique qu'il dépose à l'occasion de l'utilisation du service constitue un avantage en retour, potentiellement valorisable par le professionnel ; que cette ambiguïté de la clause de rémunération autorise son examen par une interprétation de l'article

L. 212-1, alinéa 3, du code de la consommation, selon lequel l'appréciation du caractère abusif des clauses ne porte pas sur l'adéquation de la rémunération au service offert « pour autant que les clauses soient rédigées de façon claire et compréhensible » ; que cette clause est de nature à créer un déséquilibre significatif entre les droits et obligations des parties au contrat au détriment du non-professionnel ou du consommateur en ce qu'elle lui laisse croire qu'il ne fournit aucune contrepartie, alors que celle-ci réside dans l'ensemble des traitements de ses données à caractère personnel, des informations et des contenus déposés sur le site ;

B - Clauses relatives aux limites d'utilisation du service

a - Clause limitant le nombre d'essais de téléchargement

9°) Considérant qu'un contrat de fourniture de services de médias audiovisuels à la demande limite le nombre d'essais pour que le non-professionnel ou le consommateur télécharge la vidéo achetée ; qu'il n'est pas distingué selon les raisons des échecs des téléchargements ; que le professionnel peut donc ne pas exécuter sa prestation hors des cas de force majeure ou de défaillance du non-professionnel ou du consommateur ; qu'il n'est pas précisé si la somme versée par le non-professionnel ou le consommateur en contrepartie de la prestation lui est restituée ou est conservée par le professionnel ; que la clause qui stipule que le nonprofessionnel ou le consommateur dispose d'un nombre d'essais limité pour télécharger la vidéo, sans précision supplémentaire, est, selon l'article R. 212-1, 5°, du code de la consommation, de manière irréfragable, présumée abusive ;

b - Clause limitant le nombre de commandes

10°) Considérant qu'un contrat de fourniture de services de médias audiovisuels à la demande prévoit que les commandes effectuées par le non-professionnel ou le consommateur doivent correspondre aux besoins normaux du ménage ; qu'il n'est pas précisé ce que sont les « besoins normaux du ménage » et, ce faisant, quelle est précisément la prestation à laquelle le consommateur peut prétendre ; que cette clause autorise le professionnel à déterminer unilatéralement ces besoins ; qu'elle entre en contravention avec l'article 1163 du code civil qui prévoit, en son alinéa 2, que la prestation du contrat doit être déterminée ou déterminable ; qu'une telle clause est illicite et, maintenue dans un contrat conclu entre un professionnel et un non-professionnel ou un consommateur, abusive ;

c - Clause relative aux dispositifs de protection anti-copie

11°) Considérant qu'un contrat de fourniture de services de médias audiovisuels à la demande prévoit que l'utilisateur reconnaît avoir pris connaissance de ce que le professionnel est libre de protéger les fichiers contre la reproduction illégale par l'emploi de mesures techniques de

protection, et que cela peut avoir pour conséquence la limitation des modes de consommation ou des modalités de visualisation ; que cette clause, qui conduirait à limiter les obligations de délivrance et de garantie de la prestation fournie par le professionnel sans dispenser le non-professionnel ou le consommateur de l'exécution de ses obligations, est, selon l'article R. 212-1, 5°, du code de la consommation, de manière irréfutable, présumée abusive ;

C - Clauses relatives aux obligations de l'utilisateur

a - Clauses relatives au paiement

12°) Considérant qu'une clause d'un contrat de fourniture de services de médias audiovisuels à la demande stipule que le paiement par crédit de compte est valable sur tout le site et pendant un an à compter de la date à laquelle le compte est crédité ; que cette clause ne prévoit pas que les sommes versées seront restituées au non-professionnel ou au consommateur à l'issue du délai d'utilisation stipulé ; que, si elles sont conservées par le professionnel, elles ne constituent pas la contrepartie d'une prestation fournie par le professionnel ; que cette clause crée un déséquilibre significatif entre les droits et obligations des parties au contrat au détriment du non-professionnel ou du consommateur ;

13°) Considérant qu'une clause d'un contrat de fourniture de services de médias audiovisuels à la demande prévoit que le professionnel pourra demander le paiement de frais au non-professionnel ou au consommateur qui souhaiterait obtenir l'historique de ses paiements au-delà d'une date fixée contractuellement ; que le montant des frais n'est pas déterminé ; qu'elle laisse donc un pouvoir discrétionnaire au professionnel quant au caractère gratuit ou onéreux de la prestation, et quant à son montant ; que cette clause crée un déséquilibre significatif entre les droits et obligations des parties au contrat au détriment du non-professionnel ou du consommateur ;

b - Clause mettant à la charge de l'utilisateur une obligation d'information

14°) Considérant qu'une clause d'un contrat de fourniture de services de médias audiovisuels à la demande prévoit que le non-professionnel ou le consommateur a l'obligation d'informer le professionnel chaque fois qu'il constate une erreur ou un dysfonctionnement du service fourni ; qu'une autre clause du même contrat autorise le professionnel à résilier celui-ci pour tout manquement du non-professionnel ou du consommateur à ses obligations ; qu'ainsi, l'ensemble de ces clauses peut avoir pour effet de permettre au professionnel de résilier le contrat pour tout manquement, même mineur, du non-professionnel ou du consommateur alors, qu'au surplus, l'erreur ou le dysfonctionnement serait imputable au professionnel ; que ces clauses créent un déséquilibre significatif entre les droits et obligations des parties au contrat au détriment du non-professionnel ou du consommateur ;

c - Clauses de garantie de l'utilisateur au profit du professionnel

15°) Considérant que plusieurs contrats de fourniture de services de médias audiovisuels à la demande prévoient que l'utilisateur prendra en charge tous dommages et intérêts auxquels le professionnel pourrait être condamné à l'égard de tiers en raison de l'utilisation du service, ainsi que les frais engagés pour sa défense ; qu'en raison de leur caractère général, ces clauses ne sont pas limitées au seul cas d'une faute de l'utilisateur et de la réparation de ses conséquences ; que ces clauses, qui font peser sur l'utilisateur la réparation de tous dommages, même qui ne lui seraient pas imputables, créent un déséquilibre significatif entre les droits et obligations des parties au contrat au détriment du non-professionnel ou du consommateur ;

D - Clauses relatives aux forums de discussion

a - Clauses de cession gracieuse des propos publiés

16°) Considérant que des clauses de plusieurs contrats de fourniture de services de médias audiovisuels à la demande prévoient que le professionnel devient le titulaire des droits portant sur toutes les publications effectuées par les non-professionnels ou les consommateurs sur les forums de discussion, à titre gratuit ; que ces clauses, rédigées de façon trop large, peuvent porter sur un contenu protégé par la législation régissant le droit d'auteur au sens du livre I du code de la propriété intellectuelle ; qu'elles sont donc contraires aux prescriptions des articles L. 131-1 et L. 131-3 dudit code qui imposent de préciser le contenu visé, les droits conférés ainsi que les exploitations autorisées par l'auteur du contenu protégé ; que la généralité de ces clauses est de nature à créer un déséquilibre significatif entre les droits et obligations des parties au contrat au détriment du non-professionnel ou du consommateur ;

b - Clauses relatives à la suppression des publications par l'utilisateur

17°) Considérant que quelques contrats de fourniture de services de médias audiovisuels à la demande prévoient que le non-professionnel ou le consommateur ne peut pas supprimer ou modifier les commentaires qu'il a publiés sur le forum de discussion ; que ces clauses, rédigées de façon trop large, peuvent porter sur un contenu protégé par la législation régissant le droit d'auteur au sens du livre I du code de la propriété intellectuelle ; qu'elles sont donc contraires aux prescriptions des articles L. 131-1 et L. 131-3 dudit code qui imposent de préciser le contenu visé, les droits conférés ainsi que les exploitations autorisées par l'auteur du contenu protégé ; que la généralité de ces clauses est de nature à créer un déséquilibre significatif entre les droits et obligations des parties au contrat au détriment du nonprofessionnel ou du consommateur ;

c - Clauses relatives au choix des commentaires publiés

18°) Considérant que des clauses de plusieurs contrats de fourniture de services de médias audiovisuels à la demande permettent au professionnel de rejeter sans motif, de supprimer et de modifier, de manière unilatérale, l'avis communiqué par le non-professionnel ou le consommateur alors que le droit de publication est contractuellement ouvert à celui-ci ; que, par leur généralité et leur caractère discrétionnaire, ces clauses sont de nature à créer un déséquilibre significatif entre les droits et obligations des parties au contrat au détriment du non-professionnel ou du consommateur ; qu'au surplus, ces clauses sont contraires à l'article L. 111-7-2 du code de la consommation, qui oblige le professionnel à indiquer les raisons du refus de publication de l'avis, créé par la loi n° 2016-1321 du 7 octobre 2016, et applicable à compter du 1^{er} janvier 2018 en vertu du décret n° 2017-1436 du 29 septembre 2017 ;

d - Clauses relatives à la responsabilité du professionnel pour les publications des utilisateurs sur le forum

19°) Considérant que quelques contrats de fourniture de services de médias audiovisuels à la demande contiennent une clause stipulant que le professionnel ne saurait être tenu responsable au titre des publications faites par les utilisateurs sur son forum de discussion ; que, lorsque le fournisseur peut être qualifié d'hébergeur, cette clause est contraire aux articles 6, I, 2, et suivants de la loi n° 2004-575 du 21 juin 2004 pour la confiance dans l'économie numérique, selon lesquels cet intermédiaire technique peut engager sa responsabilité dès lors qu'il a connaissance d'un contenu manifestement illicite et qu'il n'a pas agi promptement pour supprimer le contenu ou en bloquer l'accès sous conditions ; que, dans l'hypothèse où le fournisseur n'est qu'un simple prestataire de stockage, sa responsabilité peut être engagée sur le fondement du droit commun ; que ces clauses privent les utilisateurs cocontractants de toute action en responsabilité à l'encontre du fournisseur du service ; que de telles clauses exclusives de responsabilité sont de manière irréfutable présumées abusives au sens de l'article R. 212-1, 6°, du code de la consommation ;

E - Clauses relatives aux données de l'utilisateur

a - Clauses de qualification des données à caractère personnel

20°) Considérant que plusieurs contrats de fourniture de services de médias audiovisuels à la demande comportent des clauses visant les données laissées par l'utilisateur nonprofessionnel ou consommateur au cours de la conclusion et de l'exécution du contrat de fourniture de vidéo à la demande, sans faire référence à la protection au titre des données à caractère personnel ; que certaines de ces traces pourraient être qualifiées de données à caractère personnel et bénéficier comme telles, pour leur traitement, des dispositions de la loi n° 78-17 du 6 janvier 1978 relative à l'informatique, aux fichiers et aux libertés ; qu'en ce qu'elles laissent croire que

le professionnel est dispensé de toute obligation lorsqu'il collecte, traite, utilise ou partage ces informations, y compris lorsqu'il s'agit de données à caractère personnel, ces clauses sont de nature à créer un déséquilibre significatif entre les droits et obligations des parties au contrat au détriment du non-professionnel ou du consommateur ;

b - Clauses relatives à la collecte des données

21°) Considérant que quelques contrats de fourniture de services de médias audiovisuels à la demande prévoient le consentement du non-professionnel ou du consommateur à la collecte de ses données ou de ses données à caractère personnel dès lors qu'il utilise ou souscrit au site du professionnel ; que l'article 7, 2°, du règlement (UE) 2016/679 du Parlement européen et du Conseil du 27 avril 2016, relatif à la protection des personnes physiques à l'égard du traitement des données à caractère personnel et à la libre circulation de ces données, dispose que, si le consentement de la personne concernée est donné dans le cadre d'une déclaration écrite qui concerne également d'autres questions, la demande de consentement est présentée sous une forme qui la distingue clairement de ces autres questions, sous une forme compréhensible et aisément accessible, et formulée en des termes clairs et précis ; que ces clauses, qui prévoient un consentement implicite à la collecte des données, ne répondent pas à l'exigence d'un acte positif clair par lequel la personne concernée manifeste de façon libre, spécifique, éclairée et univoque son accord à la collecte de ses données ; que, dès lors, elles laissent croire que la seule utilisation ou souscription au site confère au professionnel un droit de collecte des données à caractère personnel ; que, si les conditions légales, résultant notamment du droit de l'Union européenne, ne sont pas remplies, ces clauses créent un déséquilibre significatif entre les droits et obligations des parties au contrat au détriment du non-professionnel ou du consommateur ;

22°) Considérant que de nombreux contrats de fourniture de services de médias audiovisuels à la demande contiennent une clause selon laquelle le professionnel peut installer, dans le terminal de l'utilisateur, des technologies, telles que cookies, pixels espions, scripts intégrés et tracking, sans requérir l'autorisation du non-professionnel ou du consommateur ; que l'article 32, II, de la loi du 6 janvier 1978 relative à l'informatique, aux fichiers et aux libertés impose de recueillir le consentement préalable de l'utilisateur faisant l'objet d'une action, par voie de transmission électronique, tendant à accéder aux informations stockées dans son terminal numérique ; que cette obligation est écartée quand l'accès aux données stockées dans le terminal de l'utilisateur a pour finalité exclusive de permettre ou faciliter la communication par voie électronique, ou lorsque cet accès est strictement nécessaire à la fourniture d'un service de communication en ligne à la demande expresse de l'utilisateur ; que la clause envisage la collecte de tous types de données, sans se limiter aux seuls cas dans lesquels le consentement de l'utilisateur n'est pas requis ; qu'ainsi, ces clauses sont illicites et, maintenues dans un contrat conclu entre un professionnel et un non-professionnel ou un consommateur, abusives ;

c - Clauses relatives à la sécurité des données

23°) Considérant que quelques contrats de fourniture de services de médias audiovisuels à la demande transfèrent à l'utilisateur non-professionnel ou consommateur l'obligation du responsable de traitement de veiller à la sécurité des données à caractère personnel qui sont traitées sur le site ; que d'autres clauses affirment que le professionnel n'est pas responsable en cas d'atteinte portée à ces données, notamment en cas de perte ou de vol ; que l'article 34 de la loi du 6 janvier 1978 relative à l'informatique, aux fichiers et aux libertés, prévoit que « le responsable du traitement est tenu de prendre toutes les précautions utiles, au regard de la nature des données et des risques présentés par le traitement, pour préserver la sécurité des données et, notamment, empêcher qu'elles soient déformées, endommagées ou que des tiers non autorisés y aient accès » ; que l'article 32, 1°, du règlement (UE) 2016/679 du Parlement européen et du Conseil du 27 avril 2016, relatif à la protection des personnes physiques à l'égard du traitement des données à caractère personnel et à la libre circulation de ces données, dispose également que le responsable du traitement doit garantir un niveau de sécurité adapté au risque du traitement ; que ces clauses ont pour effet d'exonérer le professionnel de sa responsabilité éventuelle ; qu'en application de l'article R. 212-1, 6°, du code de la consommation, ces clauses sont irréfragablement présumées abusives ;

d - Clauses autorisant le partage de données

24°) Considérant que de nombreux contrats de fourniture de services de médias audiovisuels à la demande prévoient la faculté pour le professionnel de communiquer les données à caractère personnel des utilisateurs non-professionnel ou consommateur à des tiers non désignés ou des catégories de tiers non désignées, pour des utilisations non précisées et dont les finalités ne sont pas spécifiquement envisagées ; que, conformément aux articles 6 et 7 de la loi n° 78-17 du 6 janvier 1978 relative à l'informatique, aux fichiers et aux libertés, le traitement licitement réalisé doit respecter des finalités déterminées, explicites et légitimes, et les données ne doivent pas être traitées ultérieurement de manière incompatible avec ces finalités ; qu'en outre, l'article 38 de la loi précitée confère à toute personne le droit de s'opposer à ce que des données à caractère personnel la concernant fassent l'objet d'un traitement ; que de telles clauses sont de nature à créer un déséquilibre significatif entre les droits et obligations des parties au contrat au détriment du non-professionnel ou du consommateur en ce qu'elles lui laissent croire, d'une part, que les traitements réalisés par ces actes de communication de données à caractère personnel à des tiers ne sont nullement soumis aux conditions de licéité des traitements légalement prévues, d'autre part, qu'il ne dispose pas du droit d'opposition et de rectification lorsque ces traitements ont été mis en œuvre ;

e - Clauses relatives au transfert des données hors Union européenne

25°) Considérant que de nombreux contrats de fourniture de services de médias audiovisuels à la demande prévoient que le professionnel peut transférer les données de l'utilisateur nonprofessionnel ou consommateur à des partenaires, sans distinguer s'il s'agit ou non de données à caractère personnel, et sans limiter ces transferts à l'Union européenne ; que l'article

68 de la loi n° 78-17 du 6 janvier 1978 relative à l'informatique, aux fichiers et aux libertés prévoit que le responsable du traitement ne peut transférer des données à caractère personnel vers un Etat n'appartenant pas à l'Union européenne que si cet Etat assure un niveau de protection suffisant de la vie privée et des droits fondamentaux à l'égard du traitement des données à caractère personnel ; que, si cette condition n'est pas remplie, l'article 69 de la même loi limite le transfert des données vers un Etat n'appartenant pas à l'Union européenne à certaines conditions, tel le consentement de la personne dont les données font l'objet d'un traitement, ou l'exécution du contrat conclu entre le responsable du traitement et l'intéressé ; que ces clauses, en ce qu'elles permettent au responsable du traitement de transférer des données à caractère personnel vers des Etats n'appartenant pas à l'Union européenne, sans pour autant remplir les conditions imposées par les textes précités, sont illicites et, maintenues dans un contrat conclu entre un professionnel et un nonprofessionnel ou un consommateur, abusives ;

F - Clauses relatives au fonctionnement du service

a - Clauses relatives à la modification unilatérale des conditions générales

26°) Considérant que quelques contrats de fourniture de services de médias audiovisuels à la demande comportent une clause qui confère au professionnel le droit de modifier unilatéralement les conditions générales du contrat ; que, par sa généralité, cette clause autorise une modification unilatérale en dehors des seuls cas prévus par l'article R. 212-4 du code de la consommation ; que, dès lors, cette clause est abusive en vertu de l'article R. 2121, 3°, du code de la consommation ;

b - Clauses relatives à la modification unilatérale du catalogue des vidéos

27°) Considérant que quelques contrats de fourniture de services de médias audiovisuels à la demande, à durée déterminée, comportent une clause qui confère au professionnel le droit de modifier le catalogue de vidéos disponibles à tout moment ; que cette clause autorise le professionnel à supprimer unilatéralement la possibilité de visionner des vidéos qui faisaient pourtant partie, lors de la souscription du contrat, du catalogue de vidéos disponibles, sans que soit, alors, mentionnée une date limite de visionnage et, dès lors, à modifier unilatéralement le contrat en dehors des seuls cas prévus par l'article R. 212-4 du code de la consommation ; que, dès lors, cette clause est abusive en vertu de l'article R. 212-1, 3°, du code de la consommation ;

c - Clauses de modification de la configuration technique

28°) Considérant que quelques contrats de fourniture de services de médias audiovisuels à la demande par abonnement prévoient que le professionnel se réserve la possibilité de modifier les caractéristiques techniques de la prestation ; que, par leur généralité, ces clauses autorisent une modification unilatérale en dehors des seuls cas prévus par l'article R. 212-4, alinéas 3 et 4, du code de la consommation ; que la clause qui stipule que le professionnel se réserve le droit de modifier la configuration technique du service, sans notification préalable, est, selon l'article R. 212-1, 3°, du code de la consommation, de manière irréfragable, présumée abusive ;

d - Clause d'acceptation implicite de l'utilisateur de participer à des tests

29°) Considérant qu'un contrat de fourniture de services de médias audiovisuels à la demande prévoit que le professionnel peut inclure ou exclure le non-professionnel ou le consommateur dans des phases de test de son service, sans notification préalable ; que cette clause, qui ne distingue pas les simples évolutions techniques de celles pouvant altérer la prestation fournie, et ce sans le consentement du non-professionnel ou du consommateur pour ces dernières, crée un déséquilibre significatif entre les droits et obligations des parties au contrat au détriment du non-professionnel ou du consommateur ;

IV- Clauses relatives à la résiliation du contrat

A - Résiliation à l'initiative du professionnel

a - Clauses de résiliation discrétionnaire au profit du professionnel

30°) Considérant que de nombreux contrats de fourniture de services de médias audiovisuels à la demande contiennent une clause octroyant au professionnel le droit de résilier le contrat conclu avec le non-professionnel ou le consommateur si ce dernier ne respecte pas les conditions générales d'utilisation ; que plusieurs de ces clauses font référence à un pouvoir discrétionnaire du professionnel ; que le non-professionnel ou le consommateur ne dispose pas d'une prérogative semblable ; que ces clauses sont de manière irréfragable présumées abusives au sens de l'article R. 212-1, 8°, du code de la consommation ;

b - Clause de résiliation pour modification du prix

31°) Considérant qu'un contrat de fourniture de services de médias audiovisuels à la demande, à durée déterminée, prévoit que le contrat sera résilié en cas de modification tarifaire de la prestation ; que la modification du prix dépend de la seule volonté du professionnel ; qu'ainsi, cette clause a pour effet de permettre au professionnel une résiliation unilatérale et à tout moment du contrat par le professionnel ; qu'elle est donc de nature à créer un déséquilibre

significatif entre les droits et obligations des parties au contrat au détriment du non-professionnel ou du consommateur ;

B - Résiliation à l'initiative de l'utilisateur

a - Interdiction de cession du compte à un tiers

32°) Considérant qu'un contrat de fourniture de services de médias audiovisuels à la demande contient une clause interdisant au non-professionnel ou consommateur la cession de son compte utilisateur à un tiers sans le consentement préalable du professionnel ; qu'elle ne réserve pas la situation des transferts s'opérant par l'effet de la loi, notamment en cas de succession ou de divorce ; que, par sa généralité, cette clause est de nature à créer un déséquilibre significatif entre les droits et obligations des parties au contrat au détriment du non-professionnel ou du consommateur ;

b - Clause de désinscription complète après l'écoulement d'un certain délai

33°) Considérant qu'un contrat de fourniture de services de médias audiovisuels à la demande contient une clause ayant pour effet de créer plusieurs étapes dans le processus de désinscription du non-professionnel ou du consommateur ; que celle-ci prévoit que l'utilisateur demande d'abord sa désinscription et que celle-ci devient complète passé un délai de trente jours ; que cette clause ne précise pas ce qu'est une désinscription complète ; qu'elle est silencieuse quant au maintien des obligations de paiement incombant au non-professionnel ou consommateur pendant cette période de trente jours, et quant à la disponibilité du service sur la même période ; qu'en raison de ces imprécisions relatives à la date de fin d'accès au service et à celle de la cessation de l'obligation de paiement du prix, cette clause est de nature à créer un déséquilibre significatif entre les droits et obligations des parties au contrat au détriment du non-professionnel ou du consommateur ;

C- Clauses relatives aux conséquences de la résiliation

a - Clauses relatives au non-remboursement

34°) Considérant qu'une clause d'un contrat de fourniture de services de médias audiovisuels à la demande prévoit que « l'annulation de l'inscription » au service par l'utilisateur a un effet immédiat, ce qui induit une impossibilité de poursuivre le contrat, y compris pendant la période pour laquelle un paiement a été effectué par le non-professionnel ou le consommateur, sans prévoir soit le remboursement de la partie du prix correspondant à la prestation non fournie,

soit le maintien de la prestation correspondant au prix déjà payée ; que des clauses d'autres contrats de fourniture de services de médias audiovisuels à la demande prévoient que les crédits versés par le non-professionnel ou le consommateur sur son compte utilisateur, et non utilisés, sont perdus en cas de rupture du contrat ; que ces clauses permettent au professionnel de facturer des prestations alors qu'elles n'ont pas été réalisées, ou de conserver des sommes d'argent versées sans constituer la contrepartie d'une prestation fournie ; qu'en ce qu'elles limitent, donc, les droits du non-professionnel et du consommateur en cas de résiliation du contrat, elles sont de nature à créer un déséquilibre significatif entre les droits et obligations des parties au contrat au détriment du non-professionnel ou du consommateur ;

b- Clause d'absence de mise à disposition à l'utilisateur de ses données

35°) Considérant qu'un contrat de fourniture de services de médias audiovisuels à la demande prévoit que le non-professionnel ou le consommateur qui résilie son abonnement perd l'accès à toutes les données de son compte ; que la clause précise, en outre, que le professionnel n'est pas tenu de mettre ces données à la disposition du non-professionnel ou du consommateur ; qu'elle ne distingue pas selon le type de données ; que l'article 20, 1°, du règlement (UE) 2016/679 du Parlement européen et du Conseil du 27 avril 2016, relatif à la protection des personnes physiques à l'égard du traitement des données à caractère personnel et à la libre circulation de ces données, dispose que « les personnes concernées ont le droit de recevoir les données à caractère personnel les concernant qu'elles ont fournies à un responsable du traitement, dans un format structuré, couramment utilisé et lisible par machine » ; que l'article 48 de la loi n° 2016-1321 du 7 octobre 2016 pour une République numérique énonce que « le consommateur dispose en toutes circonstances d'un droit de récupération de l'ensemble de ses données » ; que la clause qui prévoit que le professionnel n'est pas tenu de mettre ces données à la disposition du non-professionnel ou du consommateur est illicite et, maintenue dans un contrat conclu entre un professionnel et un non-professionnel ou un consommateur, abusive ;

c - Clause relative à la restitution du matériel

36°) Considérant qu'un contrat de fourniture de services de médias audiovisuels à la demande contient une clause qui met à la charge du non-professionnel ou du consommateur des frais de restitution du matériel susceptibles d'incomber au professionnel, quelles que soient les circonstances ; qu'elle ne réserve pas les cas dans lesquels le contrat a été rompu par le professionnel ou par la faute du professionnel ; qu'en raison de sa généralité, cette clause est de nature à créer un déséquilibre significatif entre les droits et obligations des parties au contrat au détriment du non-professionnel ou du consommateur ;

d - Clause relative à la réinscription de l'utilisateur après résiliation

37°) Considérant qu'un contrat de fourniture de services de médias audiovisuels à la demande impose au non-professionnel ou au consommateur, qui a résilié un précédent contrat de fourniture de services de médias audiovisuels à la demande avec un professionnel, de ne pas utiliser la même adresse électronique pour la souscription d'un nouvel abonnement avec le même professionnel ; que l'utilisateur est obligé de créer une nouvelle adresse électronique s'il souhaite souscrire un nouvel abonnement auprès de ce professionnel ; que cette clause, qui impose à l'utilisateur des contraintes injustifiées lors de la conclusion du contrat, est de nature à créer un déséquilibre significatif entre les droits et obligations des parties au contrat au détriment du non-professionnel ou du consommateur ;

V - Clauses relatives à la responsabilité

A - Clauses relatives à la description du produit

a - Clauses relatives à la disponibilité des offres

38°) Considérant que plusieurs contrats de fourniture de services de médias audiovisuels à la demande prévoient que le professionnel n'est pas responsable en cas d'indisponibilité des vidéos à la demande proposées ; que, lorsque le contrat souscrit consiste en un abonnement à titre onéreux, ces clauses ont pour effet de laisser peser sur le non-professionnel ou le consommateur la charge du paiement de son abonnement alors qu'il ne peut pas accéder à certaines prestations convenues ; que seul un cas de force majeure autoriserait l'exonération de responsabilité du professionnel ; que ces clauses sont de manière irréfragable présumées abusives au sens de l'article R. 212-1, 5° et 6°, du code de la consommation ;

b - Clauses relatives aux informations techniques de la prestation

39°) Considérant que quelques contrats de fourniture de services de médias audiovisuels à la demande contiennent une clause selon laquelle le professionnel n'est pas responsable chaque fois que les informations fournies quant aux caractéristiques techniques de la prestation sont erronées ; que ces clauses sont contraires à l'article L. 111-1 du code de la consommation qui oblige le professionnel à fournir au non-professionnel ou au consommateur des informations sur les caractéristiques essentielles de la prestation, au nombre desquelles figurent les informations techniques ; qu'en outre, ces clauses, qui écartent la responsabilité du professionnel, sont de manière irréfragable présumées abusives au sens de l'article R. 212-1, 6°, du code de la consommation ;

c - Clauses relatives au contenu de la prestation

40°) Considérant que quelques contrats de fourniture de services de médias audiovisuels à la demande contiennent une clause selon laquelle le professionnel n'est pas responsable en cas de non-conformité de la prestation fournie à la description qui en est faite ; que ces clauses sont contraires à l'article L. 111-1 du code de la consommation qui oblige le professionnel à fournir au non-professionnel ou au consommateur des informations sur les caractéristiques essentielles de la prestation, au nombre desquelles figure le descriptif de son contenu ; qu'en outre, ces clauses, qui écartent la responsabilité du professionnel, sont de manière irréfragable présumées abusives au sens de l'article R. 212-1, 6°, du code de la consommation ;

d - Clauses relatives à la licéité de la prestation

41°) Considérant que quelques contrats de fourniture de services de médias audiovisuels à la demande contiennent une clause selon laquelle le professionnel n'est pas responsable en cas de fourniture d'une prestation illicite ; que le professionnel, qui met à la disposition des nonprofessionnels et des consommateurs des vidéos à la demande, sélectionne les contenus *a priori* avant leur diffusion ; qu'il relève donc de la catégorie des éditeurs, au sens de l'article 6, III, de la loi n° 2004-575 du 21 juin 2004 pour la confiance dans l'économie numérique, et est ainsi responsable des contenus qu'il met à disposition sur son site ; qu'en outre, ces clauses, qui écartent la responsabilité du professionnel, sont de manière irréfragable présumées abusives au sens de l'article R. 212-1, 6°, du code de la consommation ;

B - Clauses relatives au fonctionnement de la prestation

a - Clauses mettant à la charge du professionnel une obligation de moyens pour le fonctionnement de son site internet ou du service

42°) Considérant que plusieurs contrats de fourniture de services de médias audiovisuels à la demande contiennent une clause selon laquelle le professionnel est tenu d'une obligation de moyens quant au fonctionnement de son site et de la prestation fournie, alors que la jurisprudence met à sa charge une obligation de résultat ; que le choix de cette qualification d'obligation de moyens a pour conséquence de mettre à la charge du consommateur l'obligation de rapporter la preuve de la faute du professionnel pour engager la responsabilité de ce dernier ; que cette qualification est inadaptée aux caractéristiques de la prestation, qui est de nature technique et est fournie à titre onéreux ; que les clauses qui prévoient que le professionnel est tenu d'une obligation de moyens pour le fonctionnement de son site et de la prestation fournie sont de manière irréfragable présumées abusives au sens de l'article R. 2121, 12°, du code de la consommation ;

b - Clause de fourniture des services « en l'état »

43°) Considérant que plusieurs contrats de fourniture de services de médias audiovisuels à la demande prévoient que le professionnel fournit ses prestations « en l'état » ; que ces clauses, qui laissent entendre que le professionnel pourrait fournir une prestation imparfaite sans engager sa responsabilité, tendent à exonérer le professionnel de toute responsabilité en cas de dysfonctionnement des prestations fournies au non-professionnel ou au consommateur ; que ces clauses sont de manière irréfragable présumées abusives au sens de l'article R. 212-1, 6°, du code de la consommation ;

c - Clauses relatives au fonctionnement du site internet du professionnel, du service ou des logiciels fournis

44°) Considérant que de nombreux contrats de fourniture de services de médias audiovisuels à la demande contiennent une clause selon laquelle le professionnel ne garantit pas le fonctionnement de son site internet, du service ou des logiciels qu'il fournit au nonprofessionnel ou consommateur pour la lecture des vidéos ; que cette clause a pour effet d'écarter la responsabilité du professionnel dans tous les cas de dysfonctionnement de son site, de son service ou de ses logiciels ; que ces clauses sont de manière irréfragable présumées abusives au sens de l'article R. 212-1, 6°, du code de la consommation ;

d - Clauses relatives à la compatibilité des services

45°) Considérant que de nombreux contrats de fourniture de services de médias audiovisuels à la demande contiennent une clause ayant pour effet d'écarter la responsabilité du professionnel si la prestation fournie n'est pas compatible avec le matériel informatique du non-professionnel ou du consommateur ; que l'article L. 111-1, 5°, du code de la consommation oblige le professionnel à informer le non-professionnel et le consommateur des fonctionnalités du contenu numérique fourni, notamment quant à son interopérabilité ; que la prestation fournie doit être compatible avec le matériel informatique du nonprofessionnel ou du consommateur, à la condition que celui-ci réponde aux exigences de configuration minimale requise pour que la prestation puisse fonctionner ; qu'en ce que ces clauses ne se limitent pas à l'hypothèse dans laquelle l'utilisateur a utilisé un matériel ne répondant à la configuration minimale exigée préalablement à la souscription du contrat, elles sont de manière irréfragable présumées abusives au sens de l'article R. 212-1, 6°, du code de la consommation ;

e - Clause écartant la fourniture d'une prestation de remplacement

46°) Considérant qu'un contrat de fourniture de services de médias audiovisuels à la demande contient une clause selon laquelle le professionnel peut s'opposer à ce que le nonprofessionnel ou le consommateur visionne ou télécharge de nouveau une vidéo à la demande, qui n'a pu être visionnée en raison d'un problème technique de configuration ou de connexion, afin d'éviter

les abus ; que cette clause ne définit pas la nature du problème technique ayant empêché le visionnage de la vidéo ; qu'elle ne définit pas non plus ce qui constituerait un abus ; que cette clause, qui a pour effet de conférer au professionnel un pouvoir discrétionnaire quant à l'autorisation de visionner ou de télécharger une nouvelle fois une vidéo n'ayant pu être visionnée, est de manière irréfragable présumée abusive au sens de l'article R. 212-1, 5° et 6°, du code de la consommation ;

f - Clauses relatives à la qualité de la prestation du fait de sa transmission par l'internet

47°) Considérant que de nombreux contrats de fourniture de services de médias audiovisuels à la demande prévoient que le professionnel n'est pas responsable en cas de dysfonctionnement du service fourni lié à sa transmission par l'internet ; que ces clauses ne permettent pas de déterminer quels sont les dysfonctionnements dont le professionnel dégage sa responsabilité ; que certaines clauses écartent la responsabilité du professionnel quand l'inexécution ou la mauvaise exécution de son obligation s'explique par des défaillances de l'internet du fait des opérateurs de télécommunication ou des fournisseurs d'accès à internet ; qu'il n'est pas distingué selon que ce prestataire est choisi par le professionnel ou par le non-professionnel ou consommateur ; qu'en raison de leur ambiguïté et de leur caractère général, ces clauses sont de manière irréfragable présumées abusives au sens de l'article R. 212-1, 6°, du code de la consommation ;

C - Clauses relatives à la sécurité du matériel de l'utilisateur

48°) Considérant que de nombreux contrats de fourniture de services de médias audiovisuels à la demande contiennent une clause selon laquelle le professionnel ne garantit pas l'absence de virus dans le service fourni ; que d'autres clauses prévoient que le professionnel ne garantit pas l'absence d'intrusion malveillante dans le matériel de l'utilisateur ; que d'autres clauses stipulent que le professionnel n'est pas responsable en cas de détérioration du matériel de l'utilisateur due à la fourniture du service ; que l'ensemble de ces clauses a pour effet d'écartier la responsabilité du professionnel en cas d'atteinte à la sécurité ou à l'intégrité du matériel de l'utilisateur, sans se limiter aux seuls faits constitutifs d'un événement de force majeure ; qu'en raison de leur généralité, ces clauses sont de manière irréfragable présumées abusives au sens de l'article R. 212-1, 6°, du code de la consommation ;

D - Clauses relatives à la sécurité du compte

49°) Considérant que de nombreux contrats de fourniture de services de médias audiovisuels à la demande contiennent une clause selon laquelle le non-professionnel ou le consommateur est responsable de l'utilisation de son compte, quelle que soit l'identité de l'utilisateur ; que certaines clauses précisent que la sécurité des identifiants du compte est sous la seule

responsabilité du non-professionnel ou du consommateur ; que d'autres clauses affirment que le non-professionnel ou le consommateur est responsable de toute utilisation de son compte, que ce soit par lui-même ou par un tiers ; que, du fait de leur caractère général, ces clauses ne sont pas limitées au seul cas d'une faute de l'utilisateur et de la réparation de ses conséquences, alors que l'atteinte au compte, aux codes d'accès ou au mot de passe du nonprofessionnel ou du consommateur pourrait résulter d'un manquement du professionnel ; qu'en raison de leur généralité, ces clauses sont de manière irréfragable présumées abusives au sens de l'article R. 212-1, 6°, du code de la consommation ;

E - Clauses relatives à la transmission de la prestation

a - Clauses relatives aux délais de transmission de la prestation

50°) Considérant que plusieurs contrats de fourniture de services de médias audiovisuels à la demande contiennent une clause selon laquelle le professionnel n'est pas responsable en cas de retard dans les délais prévus pour la fourniture de la prestation ; qu'elle ne distingue pas selon les causes du retard de la fourniture de la prestation ; qu'en raison de sa rédaction large, cette clause est de manière irréfragable présumée abusive au sens de l'article R. 212-1, 6°, du code de la consommation ;

b - Clauses relatives à la sécurité de la transmission de la prestation

51°) Considérant que plusieurs contrats de fourniture de services de médias audiovisuels à la demande contiennent une clause selon laquelle le professionnel n'est pas responsable en cas de captation de données lors de la fourniture du service, y compris de données à caractère personnel du non-professionnel ou du consommateur ; que cette clause présente un caractère général, de sorte qu'elle ne se limite pas aux seuls cas où la captation des données est due à un événement de force majeure ; que cette clause est de manière irréfragable présumée abusive au sens de l'article R. 212-1, 6°, du code de la consommation ;

F - Clauses relatives aux liens hypertextes

52°) Considérant que de nombreux contrats de fourniture de services de médias audiovisuels à la demande prévoient que le professionnel n'est pas responsable du contenu des sites tiers vers lesquels pointent les liens hypertextes insérés sur son site internet, notamment quand le contenu de ces sites tiers est illicite ; que certaines clauses ne distinguent pas selon l'identité de l'auteur du lien hypertexte ; qu'en raison de leur caractère général, elles ne sont pas limitées aux seuls cas dans lesquels le professionnel n'est pas l'auteur du lien hypertexte apparaissant sur son site ; que ces clauses sont de manière irréfragable présumées abusives au sens de l'article R. 212-1, 6°, du code de la consommation ;

G - Clauses limitatives de réparation

53°) Considérant que certains contrats de fourniture de services de médias audiovisuels à la demande contiennent des clauses limitant la réparation due par le professionnel à un certain montant ; que ces clauses s'analysent en des clauses limitatives de responsabilité ; que ces clauses sont de manière irréfutable présumées abusives au sens de l'article R. 212-1, 6°, du code de la consommation ;

VI - Litiges

A - Clause prévoyant l'extension des sanctions à tous les comptes de l'utilisateur

54°) Considérant qu'un contrat de fourniture de services de médias audiovisuels à la demande contient une clause selon laquelle le professionnel peut étendre les sanctions prévues (résiliation, suspension) contre un non-professionnel ou un consommateur à l'ensemble des comptes qu'il détient auprès du professionnel ; qu'elle a pour conséquence la généralisation de la sanction à des comptes indépendants de celui au titre duquel cette sanction a été prononcée ; que cette clause entraîne un déséquilibre significatif entre les droits et obligations des parties au contrat au détriment du non-professionnel ou du consommateur ;

B – Clauses entravant le recours en justice

55°) Considérant qu'un contrat de fourniture de services de médias audiovisuels à la demande prévoit que le tribunal compétent en cas de litige est celui du siège de l'entreprise ou du professionnel ; que cette clause, qui contrevient aux dispositions des articles 42 et suivants du code de procédure civile et de l'article R. 631-3 du code de la consommation, est illicite et, maintenue dans un contrat conclu entre un professionnel et un non-professionnel ou un consommateur, abusive ;

56°) Considérant que des contrats de fourniture de services de médias audiovisuels à la demande comportent des clauses qui obligent le non-professionnel ou le consommateur à saisir exclusivement une juridiction d'arbitrage non couverte par des dispositions légales ou à passer exclusivement par un mode alternatif de règlement des litiges ; que ces clauses sont présumées abusives au sens de l'article R. 212-2, 10°, du code de la consommation ;

C - Clauses relatives à la loi applicable

57°) Considérant que plusieurs clauses de contrats de fourniture de services de médias audiovisuels à la demande prévoient l'application impérative d'une loi étrangère ; que de telles clauses, qui laissent croire au non-professionnel ou au consommateur qu'il ne bénéficie pas des dispositions impératives de la loi française, lorsqu'elles sont plus protectrices que celles de la loi visée dans la clause, créent un déséquilibre significatif entre les droits et obligations des parties au contrat au détriment du non-professionnel ou du consommateur ;

Recommande que :

1°) les contrats de fourniture de services de médias audiovisuels à la demande proposés par les professionnels aux non-professionnels ou consommateurs comportent des conditions générales d'utilisation présentées de façon suffisamment lisible pour le non-professionnel ou le consommateur ;

Recommande que soient éliminées des contrats proposés par les fournisseurs de service de médias audiovisuels à la demande les clauses ayant pour objet ou pour effet :

2°) de présumer le consentement du représentant légal du mineur non émancipé, lorsque celui-ci est légalement requis ;

3°) de présumer le consentement du non-professionnel ou du consommateur aux conditions générales d'utilisation du seul fait qu'il utilise le site ;

4°) d'entraîner la conclusion du contrat par le non-professionnel ou le consommateur par un seul clic sur l'icône prévue à cet effet, le privant ainsi de la procédure dite du double-clic ;

5°) de permettre au professionnel d'imposer, de façon discrétionnaire, au non-professionnel ou au consommateur le changement du nom de son compte ;

6°) d'imposer au non-professionnel ou au consommateur un délai de rétractation, à la suite de la fourniture d'un contenu numérique sur support matériel, inférieur à quatorze jours ;

7°) de laisser croire au consommateur ou au non-professionnel qu'il ne dispose d'aucun droit de rétractation en cas de fourniture d'un contenu numérique sur un support non matériel, sans recueillir sa renonciation expresse à ce droit ;

8°) d'affirmer que la fourniture de certains services de médias audiovisuels à la demande est gratuite, alors qu'est exigé du consommateur un avantage en retour ;

9°) de limiter le nombre d'essais de téléchargement d'une vidéo par le non-professionnel ou le consommateur, sans distinguer selon les raisons de l'échec de la fourniture de la prestation, ni

préciser si la somme versée au titre de cette prestation est restituée au non-professionnel ou consommateur ;

10°) d'autoriser le professionnel à définir unilatéralement quelles sont les prestations qu'il s'engage à offrir aux consommateurs ;

11°) de permettre au professionnel d'utiliser des mesures techniques de protection pouvant avoir pour effet d'entraver le visionnage ou de réduire la qualité de la prestation qu'il s'est engagé à fournir, sans dispenser le non-professionnel ou le consommateur de l'exécution de ses propres obligations ;

12°) de limiter la durée de validité du crédit de compte versé par le non-professionnel ou le consommateur, sans prévoir sa restitution à l'échéance ;

13°) d'obliger le non-professionnel ou le consommateur à payer des frais pour obtenir l'historique de ses paiements, en laissant au professionnel un pouvoir discrétionnaire quant à leur existence et leur montant ;

14°) d'obliger le non-professionnel ou le consommateur à informer le professionnel chaque fois qu'il constate une erreur ou un dysfonctionnement du service, ayant pour effet de permettre au professionnel de résilier le contrat pour tout manquement, même mineur, du non-professionnel ou du consommateur ;

15°) de faire peser sur le non-professionnel ou le consommateur la réparation de tous dommages, même ceux qui ne lui seraient pas imputables ;

16°) de prévoir que le professionnel devient le titulaire des droits portant sur toutes les publications effectuées par le non-professionnel ou le consommateur sur les forums de discussion, à titre gratuit, sans distinguer les cas dans lesquels ce contenu serait protégé par la législation régissant le droit d'auteur au sens du livre I du code de la propriété intellectuelle ;

17°) d'interdire au non-professionnel ou au consommateur de supprimer les commentaires qu'il publie sur les forums de discussion, sans distinguer les cas dans lesquels ce contenu serait protégé par la législation régissant le droit d'auteur au sens du livre I du code de la propriété intellectuelle ;

18°) de réserver au professionnel la possibilité de rejeter, modifier ou supprimer unilatéralement et sans motif légitime les commentaires du non-professionnel ou du consommateur sur les forums de discussion ;

19°) d'écarter, en toute hypothèse, la responsabilité du professionnel au titre des publications faites par les utilisateurs sur son forum de discussion ;

20°) de laisser croire que toutes les données laissées par le non-professionnel ou le consommateur pourront être utilisées par le professionnel, sans que celui-ci soit tenu d'aucune obligation pour leur traitement ;

21°) de présumer le consentement du non-professionnel ou du consommateur à la collecte de ses données, dès lors qu'il utilise ou souscrit au site du professionnel ;

22°) de permettre au professionnel d'installer sur le terminal de l'utilisateur des technologies d'accès à toutes les informations qu'il contient, sans le consentement de celui-ci ;

23°) d'exonérer le professionnel de sa responsabilité éventuelle quant à son obligation de veiller à la sécurité des données à caractère personnel de l'utilisateur ;

24°) de laisser croire au non-professionnel ou au consommateur que ses données à caractère personnel peuvent être communiquées à des tiers non désignés ou des catégories de tiers non désignées, sans qu'il soit appelé à y consentir préalablement ou à s'y opposer a posteriori ;

25°) de prévoir le transfert, hors de l'Union européenne, des données à caractère personnel de l'utilisateur, sans préciser vers quels États est effectué ce transfert, et sans se limiter aux cas prévus par les articles 68 et 69 de la loi du 6 janvier 1978 relative à l'informatique, aux fichiers et aux libertés ;

26°) de conférer au professionnel le droit de modifier unilatéralement les conditions générales du contrat, hors les cas prévus par l'article R. 212-4 du code de la consommation ;

27°) de conférer au professionnel, dans un contrat à durée déterminée, le droit de modifier unilatéralement le contenu du catalogue de vidéos à tout moment, hors les cas prévus par l'article R. 212-4 du code de la consommation ;

28°) de réserver au professionnel le droit de modifier les caractéristiques techniques de la prestation, en dehors des cas réservés par l'article R. 212-4, alinéas 3 et 4, du code de la consommation ;

29°) de permettre au professionnel de procéder à des tests susceptibles d'altérer la prestation fournie, sans recueillir le consentement du non-professionnel ou du consommateur ;

30°) de réserver au professionnel le droit de résilier le contrat de façon discrétionnaire, alors que le non-professionnel ou le consommateur ne dispose pas d'une prérogative semblable ;

31°) de prévoir la résiliation unilatérale du contrat à durée déterminée, par le professionnel, en cas de modification de ses tarifs ;

32°) d'obliger le non-professionnel ou le consommateur à obtenir le consentement préalable du professionnel pour la cession de son compte, sans réserver les cas de transferts s'opérant par effet de la loi ;

33°) de prévoir que la désinscription complète du non-professionnel ou du consommateur se déroule en plusieurs étapes, sans préciser la date de fin d'accès au service et celle de la cessation de l'obligation de paiement du prix ;

34°) de stipuler que « l'annulation de l'inscription » au service est immédiate, sans prévoir soit le remboursement de la partie du prix correspondant à la prestation non fournie, soit le maintien de la prestation correspondant au prix déjà payé ;

35°) d'écarter toute obligation, à la charge du professionnel, de mise à disposition du nonprofessionnel ou du consommateur des données enregistrées dans son compte après résiliation de son abonnement ;

36°) d'obliger le non-professionnel ou le consommateur à supporter des frais de restitution du matériel, sans réserver les cas dans lesquels le contrat a été rompu par le professionnel ou par la faute du professionnel ;

37°) d'obliger le non-professionnel ou le consommateur, qui a résilié un précédent contrat avec le professionnel, à utiliser une adresse électronique différente de la précédente pour la souscription d'un nouvel abonnement auprès du même professionnel ;

38°) d'écarter la responsabilité du professionnel en cas d'indisponibilité de la prestation, hors les cas de force majeure ;

39°) d'écarter la responsabilité du professionnel si les informations techniques fournies quant à la prestation sont erronées ;

40°) d'écarter la responsabilité du professionnel en cas de non-conformité de la prestation fournie à la description qui en est faite ;

41°) d'écarter la responsabilité du professionnel en cas de fourniture d'une prestation illicite ;

42°) de prévoir que le professionnel est débiteur d'une obligation de moyens pour le fonctionnement de son site internet ou de son service ;

43°) de prévoir que le professionnel fournit ses prestations « en l'état » ;

44°) de prévoir que le professionnel ne garantit pas le fonctionnement de son site internet, du service ou des logiciels fournis pour le visionnage des vidéos ;

45°) d'écarter la responsabilité du professionnel si la prestation fournie n'est pas compatible avec le matériel du non-professionnel ou du consommateur, même si ce dernier répond aux conditions de configuration minimale requise préalablement à la conclusion du contrat ;

46°) de réserver au professionnel le droit de s'opposer de façon discrétionnaire à ce que le non-professionnel ou le consommateur puisse visionner ou télécharger de nouveau une vidéo qui n'a pu être visionnée ;

47°) d'écarter la responsabilité du professionnel pour tout dysfonctionnement du service fourni lié à sa transmission par l'internet, sans distinguer selon le type de dysfonctionnement et selon l'identité de la partie qui a choisi l'opérateur de télécommunication pour la fourniture de la prestation ;

48°) d'écarter la responsabilité du professionnel pour toute atteinte à la sécurité du matériel du non-professionnel ou du consommateur résultant de la fourniture de la prestation ;

49°) de mettre à la seule charge du non-professionnel ou du consommateur la sécurité de son compte et de ses identifiants, et de le réputer exclusivement responsable de leur utilisation ;

50°) d'écarter la responsabilité du professionnel pour tout retard dans la fourniture de la prestation, quelle qu'en soit la cause ;

51°) d'écarter la responsabilité du professionnel pour toute captation de données lors de la fourniture de la prestation, y compris de données à caractère personnel du non-professionnel ou du consommateur ;

52°) d'écarter la responsabilité du professionnel quant au contenu des sites tiers vers lesquels pointent les liens hypertextes insérés sur son site internet, sans distinguer selon l'identité de l'auteur du lien hypertexte ;

53°) de réduire le droit à réparation du préjudice subi par le non-professionnel ou le consommateur ;

54°) de prévoir que le professionnel peut étendre les sanctions prévues contre un nonprofessionnel ou un consommateur à l'ensemble des comptes qu'il détient auprès de lui ;

55°) de déroger aux règles légales de compétence des juridictions ;

56°) de supprimer ou entraver l'exercice d'actions en justice par le consommateur ou par le non-professionnel ;

57°) de laisser croire au consommateur ou au non-professionnel qu'il ne bénéficie pas des dispositions protectrices et impératives de la loi française.

Recommandation adoptée le 7 décembre 2017 sur le rapport de M. Geoffray Brunaux et de Mme Claire-Marie Pégliion-Zika.