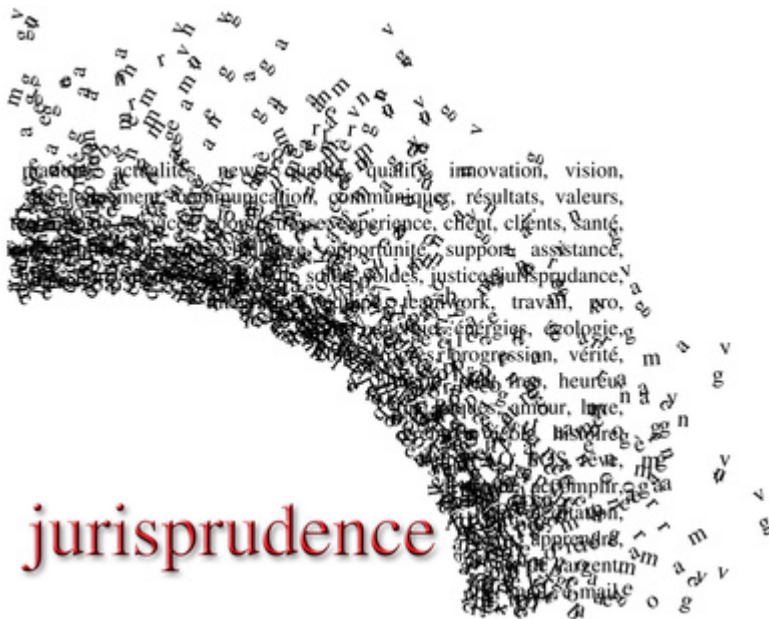


Sommaire

- [1. La condamnation de HP à faire cesser sa pratique commerciale de vente subordonnée sous astreinte.](#)
- [2. La société DELL sanctionnée pour ses conditions générales de vente et ses pratiques commerciales déloyales](#)
- [3. Quelle est la portée de ces décisions ?](#)
- [4. Ces décisions sont-elles totalement satisfaisantes ?](#)
- [5. Notes](#)



Le 5 mai 2011 la Cour d'appel de Versailles a rendu une décision intéressante opposant l'UFC-Que choisir à la société Hewlett Packard. Quelques jours plus tard, le 20 mai 2011, la juridiction de proximité de Toulouse rendait un jugement sans précédent contre le fabricant DELL, après deux ans de bataille acharnée. Suivez le guide.

Après les deux arrêts rendus par la Cour de cassation le 15 novembre 2010 sur la question délicate des ventes subordonnées en matière informatique, j'avais noté que les juges du fond hésitaient encore à appliquer les sanctions, pourtant claires, posées par la directive 2005/29/CE et par le Code de la consommation, soit l'interdiction pure et simple lorsque la pratique commerciale du professionnel consiste à exiger du consommateur le paiement immédiat de produits ou de services qu'il fournit sans que le consommateur les ait préalablement demandés.

Ainsi, dans [la dernière affaire contre Acer](#), le juge de Proximité d'Aix-en-Provence avait "seulement" condamné le constructeur à rembourser les logiciels préinstallés en retenant qu'ils n'étaient qu'une option à laquelle le consommateur n'était pas tenu de souscrire puisque le matériel et les logiciels étaient deux éléments distincts, tant par leur nature que leur régime juridique. S'il s'agissait assurément d'une bonne décision, elle n'allait cependant pas au fond des choses.

Les deux dernières décisions de Toulouse et de Versailles sont presque venues mettre un terme à ces hésitations, condamnant DELL et HP pour leurs pratiques commerciales déloyales. Mais vont-elles jusqu'au bout ? C'est ce que je vous propose d'examiner un peu plus en détail.

1. La condamnation de HP à faire cesser sa pratique commerciale de vente subordonnée sous astreinte.

Cette décision est longue pour les profanes, mais les termes et expressions employés sont intéressants. Je vous en propose donc un résumé rapide.

Devant la Cour d'appel de Versailles, l'UFC-Que choisir avait demandé que la société HP soit enjointe, sous astreinte, de cesser de vendre sur son site des ordinateurs prééquipés du système d'exploitation Windows et de différents autres logiciels applicatifs, sans offrir à l'acquéreur la possibilité de renoncer à ces logiciels moyennant déduction du prix correspondant à leur licence d'utilisation.

Dans son arrêt du 5 mai 2011, et après avoir rappelé la règle posée par la Cour de cassation dans l'arrêt Pétrus du 15 novembre 2010 (cf. [mon billet de commentaire de cette décision](#) et [mon billet suite à l'article de Ghislain Poissonnier dans la Gazette du Palais](#)), la Cour de Versailles a retenu que le système d'exploitation était un logiciel indépendant du matériel en ce qu'il correspondait à un élément intellectuel relevant de la prestation de services, que cette indépendance était d'ailleurs confirmée par la présence de systèmes libres dont l'utilisation s'était répandue, et que juridiquement, le matériel et les logiciels suivaient deux régimes différents.

Puis, après avoir rappelé les dispositions de la directive sur les pratiques commerciales trompeuses et agressives des entreprises, elle en a déduit qu'en présentant sur son site le matériel et les logiciels comme « *un seul produit que le consommateur règle globalement* », sans avertir le consommateur « *de la possibilité d'acquérir un ordinateur non muni du système d'exploitation Windows* » sans lui donner aucune précision « *sur le prix des composants de l'ordinateur et, en particulier, du logiciel dont la valeur est variable, ni sur le contenu des licences utilisateur final* », et ce alors même « *qu'il n'existe pas d'obstacle technique à l'absence de proposition sans préinstallation* » et que cette absence ne pouvait être justifiée par le fait que le consommateur avait la possibilité de s'adresser à des vendeurs extérieurs, la société HP a adopté une attitude contraire aux exigences de la diligence professionnelle.

En effet, la Cour considère que « *l'information sur la valeur des éléments composant l'offre de vente avec pré installation concerne des éléments substantiels à savoir le prix du logiciel dans la mesure où une licence OEM peut représenter entre 18 et 20 % du prix d'un ordinateur et une licence non OEM jusqu'à 27 %* » et que « *l'absence d'information du consommateur sur ces composants réduit ses choix en ce qu'il ne peut comparer leur valeur avec d'autres propositions qu'il s'agisse du logiciel ou de l'ordinateur nu ; que surtout il se trouve privé de la possibilité d'acquérir sans logiciels et ce alors que la demande des consommateurs ne cesse d'augmenter* ».

Elle estime donc que le consommateur ne bénéficie pas d'une information suffisante et qu'il se trouve « *amené à prendre une décision à propos de l'achat d'un ordinateur qu'autrement il n'aurait pas prise* » et que cela constitue une vente trompeuse au sens de l'article 7 de la directive et contraire à l'article L. 122-1 du Code de la consommation.

La Cour en conclut :

« que la vente par la société HEWLETT PACKARD FRANCE sur son site ouvert aux particuliers (...) d'ordinateurs avec des logiciels pré installés sans mention du prix que représentent les logiciels et sans possibilité d'y renoncer avec déduction du prix

correspondant à la licence, est contraire aux exigences de la diligence professionnelle eu égard aux possibilités techniques actuelles et étant susceptible d'altérer de manière substantielle le comportement économique du consommateur moyen auquel elle s'adresse, elle constitue une pratique commerciale déloyale prohibée au sens de l'article 5 de la directive de 2005 »

En conséquence, la Cour enjoint à la société HP de cesser cette pratique de vente sur son site, sous astreinte de 1.500 € par jour de retard.

2. La société DELL sanctionnée pour ses conditions générales de vente et ses pratiques commerciales déloyales

Le 20 mai dernier, c'est au tour du fabricant DELL d'être condamné par la juridiction de proximité de Toulouse, après deux ans d'une longue procédure initiée au départ par un consommateur seul.

Il s'agit d'une condamnation sans précédent en jurisprudence et la décision est intéressante à de nombreux titres.

1. D'abord, il est intéressant de constater que le juge retient que le matériel et les logiciels sont deux éléments distincts, tant par leur nature que par leur régime juridique, conformément à la jurisprudence de la Cour de cassation (mais également à l'instar d'autres décisions des juridictions du fond [1]). Il estime donc que la clause 7.3 (mais la clause 1 en réalité aussi) des conditions générales de vente de la société DELL, dont la rédaction assimile artificiellement le matériel et les logiciels en un seul et même « produit » et sur laquelle elle s'appuie pour justifier son refus de rembourser le consommateur des logiciels inutilisés, est abusive et doit donc être réputée non écrite :

« En adoptant dans ses Conditions Générales de Vente des clauses dont la formulation assimile artificiellement, aux yeux du consommateur, matériel et logiciels et qui ont pour effet de paralyser le droit au remboursement de ces logiciels par les consommateurs, contraints de les payer sans les avoir demandés, la société DELL crée un déséquilibre flagrant et significatif aux droits des consommateurs au sens de l'article L 132-1 du Code de la Consommation. »

2. Ensuite, après avoir rappelé les conditions aux termes desquelles les pratiques commerciales d'un professionnel sont susceptibles d'être considérées comme déloyales, le juge estime qu'en ne mettant à la disposition du consommateur aucun moyen de ne pas prendre des logiciels qu'elle préinstalle, alors qu'il est possible d'exploiter le matériel par le biais de logiciels gratuits, et en n'informant pas le consommateur du prix des logiciels composant le lot, la société DELL a manqué aux exigences de sa diligence professionnelle et **adopté des modalités de vente qui ont eu pour effet de contraindre de manière quasi directe le consommateur de conserver le système d'exploitation Windows de Microsoft** et que cela avait eu pour conséquence de diminuer l'aptitude du consommateur à faire un achat en connaissance de cause.

Le juge retient donc que l'opération contrevient aux dispositions de l'article L. 122-1 du Code de la consommation et **constitue de ce fait une pratique commerciale déloyale et fautive** entrant dans le champ d'application de l'article 1382 du Code civil et ouvrant le droit à des dommages et intérêts.

3. Quelle est la portée de ces décisions ?

Elles sont intéressantes à plus d'un égard.

En premier lieu, c'est la première fois en jurisprudence que la pratique commerciale de vente sans commande préalable est expressément déclarée déloyale. Il était temps !

Une décision un peu similaire avait été rendue par le juge de proximité de Lorient, [2] qui avait considéré que la pratique commerciale mise en place par ASUS était contraire à sa diligence professionnelle et avait eu pour effet de diminuer l'aptitude du consommateur à faire un achat en connaissance de cause. Mais le juge n'avait alors pas expressément retenu, comme c'est le cas contre DELL, que la pratique commerciale de vente forcée était déloyale.

En deuxième lieu, la décision de Toulouse vient enterrer un peu plus encore la notion de « produit unique » opportunément défendue par les constructeurs pour justifier à la fois la vente forcée des logiciels qu'ils préinstallent, mais également le refus du remboursement des seuls logiciels qui sont, comme l'avait retenu la juridiction de proximité d'Aix-en-Provence [des options auxquelles le consommateur n'est pas tenu d'adhérer](#). [3].

En troisième lieu, ces décisions consacrent enfin toutes deux le fait que le prix **des logiciels** est un élément substantiel de l'acte d'achat d'un ordinateur. Sur cette question, la dernière solution retenue en jurisprudence était celle de l'arrêt de la Cour d'appel de Paris du 26 novembre 2009, aux termes duquel elle avait estimé, après avoir procédé à une interprétation tout à fait particulière des intentions générales d'un consommateur moyen, que « *ce qui importe avant tout pour le consommateur, c'est de connaître le prix global de l'objet proposé à la vente.* ».

Mais cette motivation était très contestable, et au surplus erronée, pour plusieurs raisons :

- contestable d'abord, parce que la Cour s'était livrée à une interprétation bien curieuse des intentions générales du consommateur moyen, alors que précisément bon nombre de consommateurs souhaitent faire un achat intelligent, ce qui inclut de ne pas payer des logiciels dont ils ne veulent pas ou dont ils n'ont pas besoin. Cette exigence des consommateurs est d'autant plus forte qu'il a été démontré à plusieurs reprises que le seul système d'exploitation pouvait représenter [parfois près de 30 % du prix de la machine seule](#) (et sans même parler du prix des autres logiciels applicatifs dont la préinstallation fait l'objet d'âpres négociations dans les contrats OEM) ! Le prix des logiciels fournis et payés sans avoir été demandés est donc loin d'être neutre et le cas est flagrant pour les consommateurs qui utilisent des systèmes d'exploitation libres dont la plupart sont gratuits. En tout état de cause, et si jamais le seul prix global devait compter pour le consommateur, ce prix global ne serait pas le même avec au moins 30 % de prix en plus pour des logiciels dont l'utilité n'est pas démontrée dès lors qu'il existe des alternatives gratuites, au demeurant bien plus complètes...
- Erronée ensuite, parce qu'en estimant arbitrairement que seul le prix global importait pour le consommateur, la Cour de Paris avait oublié de prendre en compte que le matériel et les logiciels étaient deux éléments parfaitement distincts, tant par nature que dans leur régime juridique, comme la jurisprudence l'a retenu maintenant à de nombreuses reprises, ce qui faisait de ce type de vente, une vente par lots. Par conséquent, pour le consommateur moyen, il importe de connaître le prix de chacun des éléments composant le lot, et précisément le prix des logiciels qui augmente artificiellement le prix du matériel. La motivation de la Cour était donc contraire :
 - aux dispositions de la directive qui précisent **expressément** que le prix est **un élément substantiel** dont le consommateur doit être tenu informé (cf. les actions et surtout, les

- omissions trompeuses prévues par l'article 7) ;
- aux dispositions de l'article [L. 113-3 du Code de la consommation](#) et à la réglementation spécifique de l'arrêté du 3 décembre 1987 qui prévoit d'informer spécifiquement le consommateur de chacun des éléments composant un lot, séparément du prix du lot.
 - Erronée encore, parce qu'il faut aussi rappeler que le paragraphe 29 de l'annexe I de la directive 2005/29/CE prohibe formellement le fait d' « *Exiger le paiement immédiat ou différé de produits fournis par le professionnel sans que le consommateur les ait demandés, ou exiger leur renvoi ou leur conservation sauf lorsqu'il s'agit d'un produit de substitution fourni conformément à l'article 7, paragraphe 3, de la directive 97/7/CE (fournitures non demandées).* » Dans cette hypothèse, le prix global importe peu s'il est fixé par le biais d'une pratique commerciale réputée déloyale en toutes circonstances ! [4]

Je ne peux donc pas partager les différentes interprétations que je peux lire sur le sujet et notamment [celle d'Étienne PETIT](#) (relayée par [Le Monde Informatique](#)) laquelle laisse à penser qu'il y aurait deux visions du consommateur moyen : celle du « *consommateur lambda* » selon lui retenue par la Cour d'appel de Paris dans son arrêt du 26 novembre 2009, et celle du consommateur ayant « *un tout autre profil : une personne plutôt jeune, internaute actif, parfois GEEK, parfois anti World Cie, parfois simplement économe, qui maîtrise l'informatique et est prête à rechercher sur le Net, par conviction ou par souci d'économie, des logiciels libres, gratuits ou non, ou des versions pirates des logiciels usuels...* » comme l'aurait selon lui retenu la Cour de Versailles dans son arrêt du 5 mai 2011.

Contrairement à ce qu'il indique, il n'existe pas deux consommateurs moyens. Il y a simplement une Cour d'appel, celle de Paris, qui a fait une erreur en oubliant de relever que le prix **des logiciels** revêtait un caractère substantiel, en cachant tout cela derrière les prétendues intentions générales du consommateur moyen.

Au demeurant, je rappelle que le consommateur moyen est une personne qui s'ouvre au monde, qui est raisonnablement informée des usages qui se pratiquent autour d'elle, sans avoir de connaissances techniques en particulier dans le domaine en cause.

Dès lors, en prétendant que la cour d'appel de Versailles n'aurait pas pris en compte un consommateur moyen, mais un [geek](#), on voudrait nous faire croire que ceux qui sont simplement informés qu'il existe des alternatives tout à fait crédibles aux systèmes Windows imposés par les fabricants, seraient des consommateurs avertis en informatique. Outre le fait que c'est faux, c'est surtout prendre, a contrario, les consommateurs moyens pour des imbéciles, car c'est supposer qu'ils achètent bêtement leur ordinateur sans se poser aucune question.

En effet, il existe dans le paysage informatique **plusieurs centaines** de [systèmes d'exploitation](#) concurrents de ceux de la firme de Redmond, et il n'y a pas besoin d'être un geek pour savoir que « Linux » et les « logiciels libres » existent : qui peut croire que personne ne connaît ces mots, ou ignore l'existence des « Mac » (qui sont issus de la même famille, unix) qu'on trouve dans les Iphone ou Ipad et qui inondent les rayons des magasins, les systèmes Google Android des tablettes tactiles ou des smartphones qui sont sous linux et pleinement fonctionnels ? De plus en plus de consommateurs se tournent vers des [distributions Linux](#) comme Ubuntu, Suse, Mandriva, Fedora ou d'autres moins connues mais tout aussi prometteuses comme Mageia.

Une fois que l'information a été donnée, les consommateurs moyens retiennent que Linux est simple, fiable, nettement moins cher (la plupart des distributions Linux sont gratuites) et exempt de virus, des qualités qui ne sont pas vraiment au rendez-vous avec les systèmes préinstallés de Windows.

Quant à l'argument selon lequel il faudrait maîtriser l'informatique pour installer une distribution Linux, c'est un argument qui n'a plus cours aujourd'hui pour peu qu'on veuille bien essayer d'en installer une dans des conditions identiques, soit à partir d'un disque dur vierge et non pas « par dessus » un système d'exploitation Windows déjà préinstallé par un fabricant : imaginez donc un monde inverse, où Linux serait préinstallé d'office par tous les fabricants et essayez d'installer par dessus un système d'exploitation Windows... vous en conclurez certainement que Windows est un outil de geek !

En ce qui me concerne, je constate que l'immense majorité des clients qui me saisissent pour demander le remboursement des logiciels dont on leur a extorqué le prix à leur insu, ne sont pas des consommateurs avertis, bien au contraire. Ce sont des gens qui font attention à leur budget, qui lisent la presse généraliste et cela va de l'étudiant au retraité. Ils n'ont aucunement l'intention d'utiliser les logiciels préinstallés d'architecture Windows et les effacent purement et simplement en installant Linux à partir d'un support vierge.

Par conséquent, et [comme l'a très bien écrit Ghislain Poissonnier dans la Gazette du Palais \[5\]](#) :

« L'intérêt objectif du consommateur est donc bien d'empêcher les fabricants de "l'obliger" à acheter un ordinateur "tout compris" »

En dernier lieu, un élément notable est à souligner dans la décision de Toulouse contre DELL. Le juge estime en effet que l'achat fait par Monsieur VERMEL dans ces conditions avait diminué son aptitude à prendre une décision en connaissance de cause et constituait une pratique commerciale non seulement déloyale, mais également fautive au sens de l'article 1382 du Code civil, ce qui ouvrait droit à la réparation du préjudice qu'il avait subi.

Certes, la réparation accordée n'est pas à la hauteur, le juge ayant manifestement oublié que Monsieur VERMEL avait dû faire un procès pour faire respecter ses droits les plus élémentaires, mais c'est là encore la première fois qu'un tribunal prononce une condamnation à des dommages et intérêts pour ce motif. Et c'est bien le minimum puisque ces pratiques commerciales déloyales sont sanctionnées pénalement !!

4. Ces décisions sont-elles totalement satisfaisantes ?

Malheureusement pas encore, puisque le Code de la consommation précise que « *Les pratiques commerciales déloyales sont interdites.* », tout comme les pratiques commerciales illicites de ventes et prestations de services sans commande préalable. Bien que les sanctions aient été demandées devant la juridiction de proximité de Toulouse contre DELL, le juge n'a sans doute pas osé aller jusque là. Pour la Cour de Versailles, il semble qu'aucune demande n'avait été faite sur ce point.

5. Notes

[1] Juridiction de proximité d'Aix-en-Provence, 17 février 2011, Perrono c Acer

[2] Juridiction de proximité de Lorient, 27 août 2009, Magnien c Asus

[3] Juridiction de Proximité d'Aix-en-Provence, 17 février 2011, Perrono c Acer

[4] Paragraphe 29 de l'annexe I de la directive du 11 mai 2005 intégré dans le Code de la

consommation avec les lois du 3 janvier et 4 août 2008 à l'article L. 122-11-1, 6° et finalement déplacé à l'article L. 122-3 par la dernière [loi n° 2011-525 du 17 mai 2011 de simplification et d'amélioration de la qualité du droit, article 45 \(NOR : BCRX0929142L\)](#)

[5] Arrêt Pétrus c/ Lenovo par Ghislain Poissonnier : une évolution encourageante