

Arrêt N° 49/20 IV-COM

Audience publique du vingt-cinq mars deux mille vingt

Numéro CAL-2019-00366 du rôle

Composition:

Marie-Laure MEYER, président de chambre;
Henri BECKER, conseiller;
Carole BESCH, conseiller;
Eric VILVENS, greffier.

E n t r e

1) l'ETAT DU GRAND-DUCHE DE LUXEMBOURG, représenté par son Ministre d'Etat en fonctions, établi à L-1341 Luxembourg, 2, Place de Clairefontaine, sinon par son Ministre des Finances en fonctions, établi à L-1352 Luxembourg, 3, rue de la Congrégation, poursuites et diligences de Monsieur le Directeur de l'Enregistrement et des Domaines et/ou pour autant que de besoin par le Receveur de l'Administration de l'Enregistrement et des Domaines au bureau de la Recette Centrale de l'Administration de l'Enregistrement et des Domaines de Luxembourg, pour lesquels domicile est élu au bureau dudit Receveur à L-1651 Luxembourg, 1-3, avenue Guillaume,

2) Madame le Ministre A.), en charge de la protection des consommateurs, demeurant professionnellement à L-1352 Luxembourg, 6, rue de la Congrégation,

appelants aux termes d'un acte de l'huissier de justice Nadine Tapella d'Esch-sur-Alzette du 2 avril 2019,

comparant par la société à responsabilité limitée Molitor Avocats à la Cour, établie et ayant son siège social à L-2763 Luxembourg, 8, rue Sainte-Zithe, inscrite sur la liste V du Tableau de l'Ordre des avocats du Barreau de Luxembourg, immatriculée au Registre de Commerce et des Sociétés de Luxembourg sous le numéro B 211810, représentée par Maître Michel Molitor, avocat à la Cour,

e t

la société à responsabilité limitée SOC1.), établie et ayant son siège social à L-(...), (...), représentée par son gérant, inscrite au Registre de Commerce et des Sociétés de Luxembourg sous le numéro B (...),

intimée aux fins du prédit acte Tapella,

comparant par Maître François Prum, avocat à la Cour, demeurant à Luxembourg.

LA COUR D'APPEL

Par assignation en cessation du 11 décembre 2017, Monsieur le Ministre de l'Economie, ayant la protection des consommateurs dans ses attributions (ci-après : le Ministre) et pour autant que de besoin l'Etat du Grand-Duché de Luxembourg (ci-après : l'ETAT), ont assigné la société à responsabilité limitée **SOC1.)** (ci-après : **SOC1.))** à comparaître devant le magistrat président la chambre commerciale du tribunal d'arrondissement de Luxembourg pour :

1) a) voir constater que les clauses plus amplement détaillées au dispositif de l'assignation et issues des conditions générales d'utilisation des sites internet y visés sont des clauses abusives partant dire qu'elles sont nulles et non écrites ;

1) b) voir ordonner la suppression desdites clauses dans tout document qui les contiendrait, sous peine d'une astreinte de 1.000 euros par infraction constatée ou par document non conforme émis par elle et ce dans les quinze jours de la signification de l'ordonnance à intervenir ;

2) voir constater que **SOC1.)** a violé l'article L.222-3. du Code de la consommation en ce qui concerne le droit de rétractation et l'information précontractuelle, et partant qu'il lui soit ordonné d'informer les consommateurs de manière claire et compréhensible sur la durée du contrat avant le paiement des services payants par l'utilisateur ainsi que sur le point de départ des services payants et les modalités d'exercice du droit de rétractation pour les services fournis à titre payant ;

3) voir constater principalement que **SOC1.)** a violé les articles L.221-2. (2) du Code de la consommation et 5 (2) de la loi modifiée du 14 août 2000 relative au commerce électronique (ci-après la Loi de 2000), et subsidiairement que **SOC1.)** a violé les articles L.122-2. (1) du Code de la consommation et 5 (1) de la loi du 23 décembre 2016 sur les ventes en soldes et sur trottoir et la publicité trompeuse et

comparative (ci-après la Loi de 2016), et partant lui ordonner d'indiquer de manière précise et non équivoque les prix et les modalités de paiement sur ses sites internet ;

4) voir constater que **SOC1.)** a violé l'article 48 de la Loi de 2000 et partant lui ordonner de recueillir le consentement libre, spécifique et informé des consommateurs à l'envoi de newsletters par **SOC1.)** et d'offres par les partenaires sélectionnés par celle-ci sur ses sites internet.

Le Ministre conclut que ces mesures seraient à réaliser dans un délai de quinze jours à partir de la signification de l'ordonnance à intervenir, sous peine d'une astreinte de 1.000 euros par infraction dûment constatée.

Il demandait finalement la publication de l'ordonnance par voie de presse et sur les sites internet (**SOC1.)** et **MEDIA1.)** exploités par **SOC1.)** et il sollicita une indemnité de 5.000 euros, l'exécution provisoire de l'ordonnance et la condamnation de **SOC1.)** aux frais et dépens.

Par ordonnance du 18 mai 2018, un magistrat, siégeant en remplacement du président de la chambre commerciale du tribunal d'arrondissement de Luxembourg, dûment empêché, statuant contradictoirement, a :

déclaré la demande du Ministre recevable et partiellement fondée ;

dit que les clauses ci-après constituent des clauses abusives au sens des articles L.211-2 et L.211-3 du Code de la consommation dans le cadre des relations contractuelles entre **SOC1.)** et un consommateur résidant au Luxembourg ;

Clauses relatives au choix de la loi applicable au contrat	clauses 13 (3) des CGU du site internet https://www.SOC1.).pl/ ; 13.3. des CGU du site internet https://www.SOC1.).fr/ ; 13.3 des CGU du site internet https://www.SOC1.).be/ ; 13.(3) des CGU du site internet https://www.SOC1.).nl/ ; 13.(3) des CGU du site internet https://www.SOC1.).cz/ et du site internet https://www.MEDIA1.).cz/ , 13 (3) des CGU du site internet https://www.SOC1.).se/ ; 19(12) des CGU du site internet https://www.SOC1.).co.uk/ .
Clauses relatives au blocage de l'accès au service	clauses 2 (6) des CGU du site internet https://www.SOC1.).pl/ ; 2.6. des CGU du site internet https://www.SOC1.).fr/ ; 2.6. des CGU du site internet https://www.SOC1.).be/ ; 2 (6) des CGU du site internet https://www.SOC1.).nl/ ; 2 (6) des CGU du site internet https://www.SOC1.).cz/ et du site internet https://www.MEDIA1.).cz/ ,

Clauses relatives à l'interruption du service	clauses 8 (3) des CGU du site internet https://www.SOC1.).pl/ ; 8.3. des CGU du site internet https://www.SOC1.).fr/ ; 8.3 des CGU du site internet https://www.SOC1.).be/ ; 8 (3) des CGU du site internet https://www.SOC1.).nl/ ; 8 (3) des CGU du site internet https://www.SOC1.).cz/ et du site internet https://www.MEDIA1.).cz/ ; 8 (3) des CGU du site internet https://www.SOC1.).se/ ; 14 (8) des CGU du site internet https://www.SOC1.).co.uk/ et 8 (3) des CGU du site internet https://www.MEDIA1.).se/
Clauses relatives à la résiliation sans motif spécifique et valable	clauses 8 (1) des CGU du site internet https://www.SOC1.).pl/ ; 8.1.a) des CGU du site internet https://www.SOC1.).fr/ ; 8 (1) des CGU du site internet https://www.SOC1.).nl/ ; 8(1) première phrase des CGU du site internet https://www.SOC1.).cz/ ; 8 (1) des CGU du site internet https://www.SOC1.).se/ ; et 8 (1) des CGU du site internet https://www.MEDIA1.).se/
Clauses excluant le droit de formuler une réclamation	Clauses 9 (2) §4 des CGU du site internet https://www.SOC1.).pl/ ; 9.1. §4 des CGU du site internet https://www.SOC1.).fr/ ; 9.1. §4 des CGU du site internet https://www.SOC1.).be/ ; 9 (1) §4 des CGU du site internet https://www.SOC1.).nl/ ; 9 (1) §4 des CGU du site internet https://www.SOC1.).cz/ et du site internet https://www.MEDIA1.).cz/ et, 9 (1) §4 des CGU du site internet https://www.MEDIA1.).se/

dit que ces clauses sont réputées nulles et non écrites dans le cadre des relations contractuelles entre **SOC1.)** et un consommateur résidant au Luxembourg ;

en a ordonné la suppression dans tout document qui les contient, liant **SOC1.)** et un consommateur résidant au Luxembourg, endéans un délai d'un mois à partir de la signification de l'ordonnance sous peine d'une astreinte de 500 euros par infraction dûment constatée ;

ordonné à **SOC1.)** d'indiquer de manière précise et non équivoque les prix et les modalités de paiement sur ses sites internet et ce à compter d'un délai d'un mois à partir de la signification de l'ordonnance sous peine d'une astreinte de 500 euros par infraction dûment constatée ;

ordonné à **SOC1.)** de recueillir le consentement libre spécifique et informé des consommateurs à l'envoi d'offres par les prestataires sélectionnés par celle-ci sur ses sites internet et ce à compter d'un délai d'un mois à partir de la signification de l'ordonnance, sous peine d'une astreinte de 500 euros par infraction dûment constatée ;

débouté pour le surplus ;

dit qu'il n'y a pas lieu à publication de l'ordonnance ;

débouté les parties de leurs demandes sur base de l'article 240 du Nouveau Code de procédure civile ;

dit qu'il n'y a pas lieu à exécution sur minute de l'ordonnance ;

fait masse des frais et dépens et les a imposés pour moitié à chacune des deux parties.

Cette ordonnance a été signifiée à **SOC1.)** le 20 juin 2018.

Le 15 octobre 2018, **SOC1.)** a déposé une requête en interprétation, sinon en règlement de difficultés d'exécution. Elle fit valoir que le Ministre lui reprochait à tort de ne pas avoir respecté les termes de l'ordonnance en n'ayant pas effectué des modifications pour les deux passages suivants du dispositif :

- ordonnons à **SOC1.)** d'indiquer de manière précise et non équivoque les prix et les modalités de paiement sur ses sites internet et ce à compter d'un délai d'un mois à partir de la signification de l'ordonnance sous peine d'une astreinte de 500 euros par infraction dûment constatée ;

- ordonnons à **SOC1.)** de recueillir le consentement libre spécifique et informé des consommateurs à l'envoi d'offres par les prestataires sélectionnés par celle-ci sur ses sites internet et ce à compter d'un délai d'un mois à partir de la signification de l'ordonnance, sous peine d'une astreinte de 500 euros par infraction dûment constatée.

La requérante affirma avoir pris toutes les diligences nécessaires afin de se conformer à l'ordonnance et que l'inscription au site d'un utilisateur potentiel résident luxembourgeois ne serait plus possible. Elle précisa encore qu'elle n'utilise pas les adresses électroniques des utilisateurs à des fins de publicité et qu'il n'y a pas d'envoi de communications commerciales de la part de partenaires sélectionnés.

Au vu des constats d'huissier de justice versés à l'appui du commandement à toutes fins du 25 septembre 2018, **SOC1.)** affirme qu'il serait établi que les pays de résidence, utilisés dans les profils créés sur les différents sites pour permettre à l'huissier de s'y connecter, sont incorrects et malhonnêtes. Elle demanda l'annulation du commandement dressé à son encontre.

Faisant valoir que dans la mesure où les parties ne sont pas d'accord sur l'interprétation qu'il faut donner à l'ordonnance du 18 mai 2018, il y aurait lieu à « l'interpréter officiellement ».

Suite au dépôt par **SOC1.)** de cette requête, un magistrat, siégeant en remplacement du président de la chambre commerciale du tribunal d'arrondissement de Luxembourg, dûment empêché, a par ordonnance contradictoire en date du 30 novembre 2018,

- reçu la requête en la forme ;

- dit la demande tendant à l'interprétation de l'ordonnance du 18 mai 2018 non fondée ;
- dit qu'aucune astreinte n'est encourue en l'état en vertu de l'ordonnance du 18 mai 2018 ;
- déclaré nul et de nul effet le commandement signifié à **SOC1.)** le 25 septembre 2018 ; et
- condamné le Ministre aux frais et dépens de l'instance.

Pour statuer ainsi, le juge de première instance a, en ce qui concerne la demande d'interprétation de l'ordonnance du 18 mai 2018, rappelé que l'ordonnance interprétative doit se borner à expliquer les dispositions obscures ou ambiguës du dispositif de l'ordonnance litigieuse interprétée, à en fixer le sens et la portée sans les dénaturer. Il a ensuite passé en revue chacun des quatre cas de figure analysés dans la première ordonnance [à savoir : 1) les clauses abusives, 2) les autres violations du Code de la consommation, 3) les violations de la Loi de 2000 et du Code de la consommation et 4) les violations de la Loi de 2000] et il a, sur base de cet examen détaillé et minutieux, conclu que « *tant le dispositif de l'ordonnance que les motifs qui en constituent le fondement sont donc clairs* ».

La demande en interprétation a été déclarée non fondée à défaut de toute ambiguïté de la décision.

Concernant les difficultés d'exécution invoquées par **SOC1.)**, le juge de première instance a rappelé les trois conditions d'exigibilité de l'astreinte qui consistent, d'une part, en ce que l'astreinte ne peut être encourue avant la signification de la décision qui l'a prononcée, d'autre part, en ce qu'elle ne peut être encourue que sur le fondement d'une décision exécutoire et, finalement, en ce que pour être encourue, l'astreinte présuppose que le non-respect de la condamnation principale soit établi.

Il incombe au bénéficiaire de l'astreinte de rapporter la preuve que les conditions d'exigibilité de l'astreinte sont données.

En l'espèce, le Ministre se basait pour établir l'inexécution de l'ordonnance sur deux constats d'huissiers des 13 et 27 août 2018. Ceux-ci étaient contestés par **SOC1.)** au motif que l'huissier aurait fait usage de profils spécialement créés sur base d'indications incorrectes et malhonnêtes des pays de résidence respectifs.

Le juge de première instance a souligné qu'il résulte du constat d'huissier (i) qu'un message informe le client potentiel résidant au Luxembourg de l'impossibilité de bénéficier des services de **SOC1.)** et (ii) qu'il est impossible de cocher le Luxembourg comme pays de résidence.

Il a partant retenu que l'huissier de justice s'est nécessairement connecté sur neuf sites internet de **SOC1.)** à partir des identifiants lui

fournis par la partie demanderesse initiale pour procéder aux constatations relatives au consentement à recueillir et il a dit qu'en agissant ainsi, l'huissier de justice a fait usage d'une fausse qualité ou identité et a contrevenu au principe selon lequel il doit agir « à visage découvert ».

Le juge de première instance a rappelé que les preuves rapportées par un constat d'huissier doivent avoir été obtenues loyalement et que l'huissier doit utiliser sa propre identité et mentionner sa qualité pour se connecter et naviguer sur un site. La création de faux profils (comme en l'espèce) est considérée comme déloyale.

Au vu de ces éléments, il a conclu que les deux constats d'huissier des 13 et 27 août 2018 versés en cause étaient à écarter des débats.

Enfin, il a retenu que « *nonobstant le fait que **SOC1.)** est en aveu de ne pas avoir procédé à une modification quelconque par rapport à l'indication de ses prix et des modalités de paiement, il reste que l'ordonnance litigieuse a soumis l'astreinte à la constatation de l'infraction (« 500,- EUR par infraction dûment constatée »). A défaut d'un tel constat (par exemple par l'attestation testimoniale d'un client établi dans les pays visés par les sites internet ou un constat d'huissier étranger), aucune astreinte n'est encourue à ce jour. »*

Au vu de ces développements, le juge de première instance a dit que du moment qu'aucune astreinte n'était encourue, le commandement signifié le 25 septembre 2018 à **SOC1.)** ne reposait sur aucun titre et était partant nul.

Par exploit d'huissier de justice du 2 avril 2019, Madame le Ministre de la Protection des consommateurs (ci-après le Ministre) et pour autant que de besoin l'ETAT ont interjeté appel contre l'ordonnance rendue en date du 30 novembre 2018, qui selon les déclarations des parties n'a pas fait l'objet d'une signification.

L'appelante demande à la Cour de « *partiellement réformer l'ordonnance, en ce qu'elle a déclaré partiellement fondées les demandes de l'intimée en écartant des débats les constats d'huissier des 13 et 27 août 2018 et en écartant et en déclarant nul et de nul effet le commandement du 25 septembre 2018* ».

Elle conclut à voir :

- dire principalement que les constats d'huissier des 13 et 27 août 2018 n'ont pas été obtenus illégalement et de manière déloyale ;

sinon de constater, que l'intimée est en aveu de n'avoir pas respecté les injonctions de l'ordonnance du 18 mai 2018 et qu'elle a violé l'article 5 (2) et l'article 48 de la Loi de 2000 ;

en tout état de cause, constater qu'en date du 29 novembre 2018, l'intimée ne s'était toujours pas conformée à l'ordonnance du 18 mai

2018, en ce qui concerne les violations de l'article 5 (2) et de l'article 48 de la Loi de 2000 ;

partant, condamner l'intimée au paiement de la somme de 18.000 euros, au titre de l'astreinte prononcée à son encontre dans l'ordonnance du 18 mai 2018 ;

réserver à l'appelante le droit de faire constater, par tous moyens, toute nouvelle infraction commise par l'intimée sur la base de l'ordonnance du 18 mai 2018 et/ou de toute décision à intervenir ;

condamner l'intimée au paiement d'une indemnité de procédure de 5.000 euros ainsi qu'aux frais et dépens des deux instances avec distraction au profit de l'avocat de l'appelante (...).

La Cour a rappelé aux parties que le litige est soumis à la procédure applicable devant la juridiction des référés et donc soumis à la procédure orale. Elles ont encore été informées que mise à part l'acte d'appel, seuls leurs moyens et développements présentés à l'audience des plaidoiries seraient pris en considération. L'audience des plaidoiries a ensuite été fixée au 19 février 2020. Lors de cette audience les parties ont fait valoir les moyens et observations suivants :

- la partie appelante

Aux termes de sa note de plaidoiries, l'appelante expose que l'huissier de justice a agi loyalement lors de l'établissement des constats même s'il n'a pas pu indiquer son identité réelle. La Cour devrait donc, par réformation de l'ordonnance du 30 novembre 2018, déclarer que les deux constats d'huissier des 13 et 27 août 2018 seraient réguliers et pourraient servir de base au commandement.

L'appelante expose que **SOC1.)** ne s'est pas mise en conformité avec l'ordonnance du 18 mai 2018 et, pour établir ce non-respect, elle se base sur trois constats d'huissier de justice ; les deux constats des 13 et 27 août 2018, déjà versés en première instance ainsi qu'un constat d'huissier de justice du 29 novembre 2018.

Elle conteste les affirmations adverses que les demandes basées sur le constat du 29 novembre 2018 seraient irrecevables en tant que demandes nouvelles et fait valoir qu'elle n'a fait qu'augmenter le montant réclamé en première instance au titre de l'astreinte.

Selon l'appelante, il serait établi au vu du constat d'huissier du 29 novembre 2018 que **SOC1.)** ne s'est toujours pas conformée à la première ordonnance.

Au vu de ces développements, l'appelante conclut que les trois constats d'huissier seraient licites et prouveraient à suffisance de droit les manquements commis par **SOC1.)** laquelle serait à condamner au paiement des astreintes.

Quant au fond, l'appelante précise encore que la question de l'existence de plaintes émanant de consommateurs ayant leur résidence au Luxembourg serait sans incidence quant à l'exécution de l'ordonnance du 18 mai 2018. Les injonctions formulées dans cette ordonnance concernent la violation de la Loi de 2000 qui s'applique sans considération du pays de résidence des consommateurs. Le fait pour **SOC1.)** de mettre une bannière informant les utilisateurs que ses services ne s'appliquent pas pour les résidents luxembourgeois ne serait donc pas pertinent. L'appelante affirme de même qu'un consommateur résidant au Luxembourg pourrait se connecter sur les sites de **SOC1.)** en créant un profil.

Elle estime que les modifications minimales opérées par **SOC1.)** concernant l'information sur les prix et sur le recueil du consentement sont insuffisantes et que ces informations ne sont toujours pas conformes aux dispositions de la loi.

Ainsi, **SOC1.)** n'aurait pas changé ses pratiques en matière d'affichage de prix et des modalités de paiement par rapport à ses pratiques antérieures jugées illégales dans l'ordonnance du 18 mai 2018 ; elle proposerait toujours des abonnements de 3, 6 ou 12 mois dont les prix varient selon les sites concernés.

Après avoir choisi une variante d'abonnement, le consommateur accède à la page de paiement qui indique en petits caractères, à peine lisible, que le montant de l'abonnement sera facturé en un seul paiement ; **SOC1.)** procéderait donc toujours au renouvellement automatique des abonnements sans information préalable adéquate des consommateurs et en cas de reconduction tacite (automatique) de l'abonnement, le prix serait même augmenté.

L'information sur la reconduction tacite du contrat et l'augmentation du prix en cas de reconduction risquerait de passer inaperçue par les consommateurs, compte tenu de la taille des caractères et de l'endroit de l'affichage (en bas de la page où le consommateur renseigne ses coordonnées bancaires en vue du paiement).

L'appelante rappelle que ces pratiques en matière d'affichage de prix et de reconduction tacite ont été déclarées illégales aux termes de l'ordonnance du 18 mai 2018. Cette ordonnance a été signifiée le 20 juin 2018 à l'intimée de sorte qu'en date du « *28 juillet 2018* »(sic) les éventuelles modifications opérées n'auraient en tout état de cause pas été réalisées dans le délai requis par l'ordonnance. L'appelante donne encore à considérer que de l'aveu même de l'intimée celle-ci ne se serait pas conformée à l'ordonnance du 18 mai 2018.

Au vu des constats d'huissier et des captures d'écran versés en cause, il serait établi que **SOC1.)** n'aurait pas non plus respecté ses obligations quant au recueil du consentement à l'envoi de publicités par des tiers. Ces documents prouveraient que le processus de recueil du consentement à l'envoi des communications commerciales non sollicitées ne correspond pas aux exigences légales. L'appelante

souligne que **SOC1.)** aurait d'ailleurs reconnu que le consentement du consommateur à la politique de confidentialité et aux conditions générales conditionne l'accès à ses services. Cet aveu de **SOC1.)** établirait donc que le paiement de l'astreinte est dû.

Selon l'appelante, faute pour un consommateur de pouvoir refuser de recevoir des publicités, le recueil du consentement serait contraire à la Loi de 2000 sur le commerce électronique.

L'article 48 de la Loi de 2000 (modifiée par la loi du 5 juillet 2004) serait à interpréter conformément à la Directive 2002/58, qui renvoie quant à la définition du « consentement » d'un utilisateur à la directive 95/46/CE, à savoir comme étant « *toute manifestation de volonté libre, spécifique et informée par laquelle la personne concernée accepte que les données à caractère personnel la concernant fassent l'objet d'un traitement* ».

La directive 95/46/CE, ayant été remplacée depuis le 25 mai 2018 par le Règlement (UE) 2016/679 du Parlement européen et du Conseil du 27 avril 2016, apporterait des clarifications quant aux conditions que le consentement doit remplir [article 7 et considérant 43)] et le consentement est présumé ne pas avoir été donné librement si l'exécution du contrat, y compris la prestation d'un service, est subordonnée au consentement malgré que celui-ci ne soit pas nécessaire à une telle exécution.

Le consentement donné en l'espèce par les utilisateurs des services de **SOC1.)** à l'envoi des communications commerciales ne serait donc pas libre (alors qu'ils doivent cocher la case et accepter ainsi l'envoi de communications commerciales pour avoir accès aux services de **SOC1.)**).

Le consentement ne serait en outre ni informé, ni spécifique, motif pris que le consommateur ne serait pas informé sur l'identité des entreprises tierces qui lui enverraient des publicités.

Selon l'appelante cette pratique a été jugée illégale par l'ordonnance du 18 mai 2018, coulée en force de chose jugée, dans les termes suivants :

*« Par le simple fait de conclure un contrat avec **SOC1.)**, le consommateur n'est pas censé accepter automatiquement des communications commerciales de tiers, il n'a pas manifesté son libre choix, ce choix devrait consister à pouvoir conclure un contrat avec **SOC1.)** avec l'option d'accepter ou non ce genre de communications.*

*Il y a lieu de conclure que **SOC1.)** a violé l'article 48 de la loi modifiée du 14 août 2000 relative au commerce électronique en ce que les consommateurs ne donnent pas leur consentement libre, spécifique et informé à l'envoi de communications commerciales de la part de partenaires sélectionnés. »*

A défaut de s'être conformée à l'ordonnance précitée dans un délai d'un mois de la signification de l'ordonnance, **SOC1.**) serait redevable d'une astreinte de 500 euros par infraction constatée.

Quant au montant de l'amende, l'appelante soutient qu'en application de l'ordonnance du 18 mai 2018, l'intimée doit lui payer les astreintes. Elle explique que les infractions concernant l'indication des prix et des modalités de paiement ainsi que le recueil du consentement à l'envoi de publicités ne constituent pas deux infractions uniques mais que chaque site doit être pris en considération.

Les trois constats d'huissier établiraient un nombre total de 36 infractions (12 infractions / constat) de sorte que l'intimée serait redevable de la somme de 18.000 euros.

- la partie intimée

L'intimée **SOC1.**) conclut à la confirmation de l'ordonnance du 30 novembre 2018 en ce que le juge de première instance a retenu que les constats d'huissiers avaient été établis de manière déloyale.

L'intimée s'oppose à ce que le constat d'huissier du 29 novembre 2018 soit pris en considération en instance d'appel. Ce troisième constat aurait été dressé dans les mêmes conditions que les deux premiers et l'huissier aurait dû intégrer des fausses informations afin de pouvoir se connecter sur les sites de **SOC1.**)

Les trois constats ayant été obtenus de manière déloyale seraient donc à rejeter.

Elle expose ensuite qu'elle s'est conformée à tous les points de l'ordonnance ; qu'elle a procédé à des modifications sur ses sites et qu'aucune plainte n'a été déposée après l'ordonnance du 18 mai 2018, respectivement après les changements opérés par elle sur ses sites.

SOC1.) précise qu'elle a procédé à des modifications sur ses sites en dates des 3 et 27 juillet 2018 ainsi qu'en date du 27 août 2018 afin d'adapter la taille et la couleur des informations concernant le prix et la méthode de paiement des abonnements. Ces informations seraient dorénavant écrites dans une taille plus grande, en noir et en gras de manière à attirer l'attention du consommateur.

Finalement, l'intimée fait valoir que le montant de l'astreinte devrait en tout état de cause être limité à la somme de 1.000 euros au titre des deux seules violations litigieuses.

Appréciation

1. quant à la recevabilité de l'appel

L'arrêté grand-ducal du 4 février 2020 portant attribution des compétences ministérielles aux membres du gouvernement attribue à

Madame **A.)** la compétence de Ministre de la Protection des consommateurs.

Conformément aux dispositions de l'article L.320-7 du Code de la consommation l'appel interjeté en date du 2 avril 2019 à l'encontre de l'ordonnance du 18 mai 2018, rendue en matière de protection du consommateur, qui selon les déclarations des parties n'a pas fait l'objet d'une signification, est recevable en la forme.

2. remarques préliminaires

Aux termes de son acte d'appel, le Ministre demande à ce que

- soit constaté qu'en date du 29 novembre 2018, l'intimée ne s'était toujours pas conformée à l'ordonnance du 18 mai 2018 en ce qui concerne les violations des articles 5(2) et 48 de la Loi de 2000,
- l'intimée soit condamnée au paiement d'une astreinte de 18.000 euros.

L'appel ne porte que sur l'ordonnance du 30 novembre 2018 et est limité aux seuls points visés ci-dessus.

La Cour constate que l'ordonnance du 18 mai 2018 a été signifiée à **SOC1.)** le 20 juin 2018 (et non le 29 juin 2018 tel qu'erronément retenu dans l'ordonnance du 30 novembre 2018) de sorte que les injonctions données à **SOC1.)** de mettre ses sites en conformité avec la loi auraient dû être accomplies jusqu'au 20 juillet 2018 inclus.

Les deux injonctions prononcées à l'encontre de **SOC1.)** sont basées sur des violations des articles 5 (2) et 48(2) de la Loi de 2000 laquelle est applicable en tant que loi du lieu d'établissement de **SOC1.)**, indépendamment de toute conclusion d'un contrat et indépendamment du pays de résidence des destinataires visés.

Les développements des parties quant (i) aux utilisateurs ayant leur résidence au Luxembourg, (ii) quant à l'existence de plaintes de résidents luxembourgeois et (iii) quant au blocage de l'accès aux sites de **SOC1.)** pour les résidents luxembourgeois ne sont donc à cet égard ni concluants, ni pertinents.

L'appelante a demandé à la Cour de lui donner acte qu'elle se réserve le droit de faire constater, par tous moyens, toute nouvelle infraction commise par l'intimée sur la base de l'ordonnance du 18 mai 2018 et/ou de toute décision à intervenir.

Il n'y a pas lieu de faire droit à cette demande, alors que la Cour n'a pas besoin de donner acte à une partie qu'elle se réserve un droit dont elle dispose de toute façon.

3. quant au fond

C'est à bon droit que le juge de première instance a rappelé que l'exigibilité de l'astreinte est soumise à trois conditions, à savoir la

signification de la décision qui la prononce, le caractère exécutoire de cette décision et finalement la constatation du non-respect de la condamnation principale.

Seule la troisième condition est en l'occurrence litigieuse.

Il appartient au bénéficiaire de l'astreinte de rapporter la preuve de son exigibilité. Comme il s'agit de la preuve d'un fait, la preuve est libre, et peut être rapportée notamment par des témoignages, par une expertise ou même par présomptions. En pratique, le créancier de l'astreinte a fréquemment recours à un constat d'huissier pour apporter la preuve des manquements sur lesquels il fonde sa créance.

Le Ministre invoque trois constats d'huissiers dont les deux premiers, dressés en date des 13 et 27 août 2018, avaient déjà été versés en première instance.

Le juge de première instance les avait écartés au motif qu'ils violaient le principe de loyauté alors que l'huissier avait accédé aux sites de **SOC1.)** moyennant la création de faux profils donc en dissimulant son identité et sa qualité.

SOC1.) fait valoir que le constat du 29 novembre 2018 a été réalisé dans des circonstances pareilles et qu'il viole donc également le principe de loyauté.

Il convient partant d'examiner en premier lieu la régularité et l'admissibilité des trois constats.

a) quant aux constats d'huissier de justice

i) quant à la recevabilité des demandes basées sur le constat d'huissier de justice du 29 novembre 2018

SOC1.) a contesté la recevabilité des demandes de l'appelante sur base du constat du 29 novembre 2018 pour être nouvelles en instance d'appel.

Ce moyen n'est pas fondé. Les demandes basées sur le constat du 29 novembre 2018 sont recevables étant donné que contrairement aux affirmations de l'intimée, il ne s'agit pas de demandes nouvelles en instance d'appel mais d'une augmentation de la demande déjà formulée en première instance au titre de l'astreinte prévue dans l'ordonnance du 18 mai 2018.

Les demandes de l'appelante ont la même cause et la même origine et elles tendent au même but que les demandes présentées devant le juge de première instance.

Le moyen soulevé, qui laisse d'être fondé, est à rejeter.

ii) quant à la régularité des constats d'huissier de justice

Selon l'appelante, les trois constats seraient licites dans la mesure où aucune violation de la loi, ni aucun agissement déloyal ne saurait être reproché à l'huissier de justice lors de leur réalisation.

Concernant les deux constats déjà versés en première instance, l'intimée conclut à la confirmation de l'ordonnance par adoption de motifs. Elle demande à la Cour de déclarer irrégulier le constat du 29 novembre 2018 pour les mêmes motifs.

Le constat est défini comme « *l'hypothèse où l'huissier de justice est requis pour relater en principe dans un écrit, et conserver à titre de preuve un certain nombre d'éléments de fait susceptibles d'entraîner des conséquences de droit à l'occasion d'un procès* ».

L'absence de texte prescrivant des *modus operandi* en matière de constat ne signifie pas pour autant que les huissiers de justice peuvent faire preuve de laxisme lorsqu'ils sont amenés à en effectuer. En effet, la jurisprudence et la déontologie de ces officiers ministériels leur fournissent des limites et prescriptions (cf. *JurisClasseur V° Preuve Fasc. 30 : Preuve - Constats d'huissier de justice*).

L'idée de loyauté est en effet consubstantielle au statut de l'huissier de justice. Cette loyauté peut cependant parfois, tel qu'en l'espèce, entrer en conflit avec les intérêts du requérant.

Du principe de loyauté, qui n'est prévu que dans un cadre judiciaire, ou en cas de conflit opposant deux personnes, découlent plusieurs règles.

D'abord, l'huissier de justice doit agir « *à visage découvert* » (CA Lyon, 9 janv. 1974, JCP 1974, IV, 6436). Il lui est donc interdit de faire usage d'une fausse qualité ou identité, même virtuellement (cf. CA Versailles, 7 févr. 2007, n° 06/08172 : *JurisData* n° 2007-332152) ; TGI Paris, ord. réf., 2 juill. 2007).

Le principe de loyauté interdit également à l'huissier de justice de mettre en place un stratagème en vue de recueillir la preuve. Cela est justifié car l'huissier de justice, pour que ses constatations aient force probante, doit adopter un comportement passif, insusceptible de modifier le comportement habituel de celui auquel le constat sera opposé. Cette interdiction vaut donc que le stratagème soit le fruit de l'imagination de l'huissier de justice (Cass. soc., 18 mars 2008, n° 06-45.093 : *JurisData* n° 2008-043257), ou de son mandant (CA Lyon, 9 janv. 1974 : JCP 1974, IV, 6436).

L'huissier de justice, qui a dressé les constats sur base de l'ordonnance du 18 mai 2018, était tenu au principe de loyauté précité.

La réalisation à l'insu de l'intimée des trois constats litigieux n'est pas en cause dans la présente procédure. Il est en effet largement admis tant en doctrine qu'en jurisprudence qu'afin de pouvoir rapporter la preuve, il est légitime, dans certains cas, d'effectuer un constat d'huissier à l'insu d'une partie.

Il convient cependant d'examiner si l'huissier de justice était tenu d'une obligation d'agir à « visage découvert » et s'il a usé de stratagèmes dans la réalisation de ses constats.

L'appelante affirme que l'obligation d'agir à « visage découvert » ne serait pas absolue et qu'elle pouvait légitimement s'attendre à ce que **SOC1.**) bloque l'utilisateur qui s'identifie comme huissier de justice.

L'huissier est chargé d'effectuer des constatations purement matérielles exclusives de tout avis sur les conséquences de fait ou de droit qui peuvent en résulter (article 13 de la loi du 4 décembre 1990 portant organisation du service des huissiers de justice).

Les preuves rapportées par un constat doivent avoir été obtenues loyalement.

Or, il ressort des constats des 13 et 27 août 2018, que l'huissier de justice s'est connecté sur les sites de **SOC1.**) en utilisant des identifiants qui lui avaient été fournis par son client (**B.**)112@gmail.com à **B.**)120@gmail.com). Il a également créé un compte sur chacun des sites visités et a répondu au test de personnalité. Comme il est constant en cause que les sites n'étaient pas accessibles pour des résidents luxembourgeois, l'huissier a nécessairement dû indiquer des données inexactes pour se connecter.

L'huissier a donc non seulement pas agi « à visage découvert » mais il a encore usé de stratagèmes pour pouvoir se connecter. Une preuve constituée dans de telles circonstances ne peut être admise.

Au vu de ce qui précède, c'est à bon droit que le juge de première instance a écarté les constats d'huissier des 13 et 27 août 2018 des débats. L'appel n'est pas fondé sur ce point.

Le constat du 29 novembre 2018 a été établi dans les mêmes circonstances de fait sauf que pour procéder à ses constatations factuelles sur les différents sites internet de **SOC1.**), l'huissier a créé des profils en utilisant les adresses email suivants : huissier-luxembourg1@tapella-nilles.lu, huissier-luxembourg2@tapella-nilles.lu, huissier-luxembourg3@tapella-nilles.lu, huissier-luxembourg4@tapella-nilles.lu, huissier-luxembourg5@tapella-nilles.lu, huissier-luxembourg6@tapella-nilles.lu, huissier-luxembourg7@tapella-nilles.lu, huissier-luxembourg8@tapella-nilles.lu, et huissier-luxembourg9@tapella-nilles.lu.

L'huissier a précisé que dès son accès aux divers sites, un « bandeau » s'est affiché indiquant que :

« Remarque : nous ne fournissons pas notre service aux clients ayant une résidence au Luxembourg. Si vous êtes un résident luxembourgeois, vous n'êtes pas autorisé à vous inscrire au service ».

Il a encore constaté que « *le Luxembourg ne figure pas dans la liste des pays à choisir proposés par **SOC1.)** lors du processus de création* » et il a indiqué qu'il a choisi un autre pays correspondant à l'extension de chaque site internet (France pour **SOC1.)**.fr ; Belgique pour **SOC1.)**.be ; etc sauf pour le site **www.SOC1.)**.co.uk pour lequel l'huissier a indiqué la ville de Londres pour pouvoir accéder au site et pouvoir dresser son constat du 29 novembre 2018.

Cette manière de procéder en vue de constituer une preuve n'est pas conforme aux normes jurisprudentielles citées ci-dessus.

Le constat du 29 novembre 2018 doit partant également être écarté des débats.

Pour être complet, il convient de préciser que l'appelante fait valoir que l'huissier n'a pas usé de stratagèmes dans la réalisation des constats et que les reproches de l'intimée sont dénués de toute pertinence motif pris que la loi applicable aux violations constatées est la loi luxembourgeoise indépendamment du pays de résidence des consommateurs utilisant les services de **SOC1.)**.

Conformément aux développements ci-dessus, il est exact que les violations de la Loi de 2000 sont indépendantes de la résidence des utilisateurs. Le blocage de l'accès aux sites internet de **SOC1.)** pour les résidents luxembourgeois n'est pas une condition constitutive de la violation de la Loi de 2000 mais il doit être pris en compte uniquement dans l'appréciation du comportement de l'huissier. En raison du blocage, l'huissier n'a pas pu se connecter aux sites sans procéder à des indications inexactes et sans utiliser de stratagèmes.

Le moyen soulevé par l'appelante n'est donc pas fondé.

b) quant à l'aveu de **SOC1.)**

En instance appel, le Ministre invoque, comme en première instance, l'aveu de **SOC1.)** de ne pas s'être conformé en temps utile aux injonctions prononcées à son encontre par l'ordonnance du 18 mai 2018.

Le juge de première instance a décidé que malgré le fait que **SOC1.)** soit en aveu de ne pas avoir procédé à une modification quelconque quant à l'indication de ses prix et des modalités de paiement, l'exigibilité de l'astreinte serait subordonnée à la constatation de l'infraction qui ferait défaut en l'espèce.

Aucune astreinte n'étant encourue, le commandement a été déclaré nul.

La constatation de l'inexécution de l'obligation assortie de l'astreinte relève de l'appréciation souveraine des juges du fond (cf. Cass. 2^e civ., 22 février 2007, pourvoi n° 03-21.138).

L'existence des faits constitutifs de l'inexécution de l'obligation sanctionnée par l'astreinte peut être établie par toutes voies de droit, témoins et présomptions compris. Il est admis que le juge, statuant dans le cadre d'une difficulté d'exécution, peut aussi recourir, s'il échet, aux mesures d'instruction destinées spécialement à vérifier l'exécution ou la non-exécution en nature de l'obligation principale. La preuve des faits établissant l'inexécution de l'injonction judiciaire se fait souvent par recours au constat d'huissier.

SOC1.) précise qu'elle a procédé à des modifications sur ses sites en dates des 3 et 27 juillet 2018 ainsi qu'en date du 27 août 2018 afin d'adapter la taille et la couleur des informations concernant le prix et la méthode de paiement des abonnements. Ces informations seraient dorénavant écrites dans une taille plus grande, en noir et en gras de manière à attirer l'attention du consommateur.

Il est établi que les modifications des 27 juillet et 27 août 2018 sont tardives eu égard au fait que la signification de l'ordonnance du 18 mai 2018 a eu lieu le 20 juin 2018.

Toutefois comme la Cour ignore le contenu exact des modifications réalisées, elle ne saurait conclure sur base des modifications des 27 juillet et 27 août 2018 que les sites n'étaient pas conformes aux obligations imposées à **SOC1.)** après les modifications du 3 juillet 2018.

L'aveu de **SOC1.)** invoqué par l'appelante n'est pas suffisamment précis pour permettre à la Cour de déterminer quels sites n'étaient pas conformes à l'ordonnance précitée.

Il ne permet pas non plus de déterminer la/les date(s) jusqu'à(aux) la(les)/quelle(s) le(s) site(s) n'étai(en)t pas conforme(s).

Au vu des développements qui précèdent, l'astreinte n'est pas encourue et le commandement du 25 septembre 2018 ne repose sur aucun titre et est donc nul.

L'ordonnance est à confirmer quoiqu'en partie par adoption d'autres motifs.

d) quant aux indemnités de procédure

L'appelante réclame une indemnité de procédure de 5.000 euros. Au vu du sort réservé à son appel, cette demande requiert un rejet.

Be 2 réclame également une indemnité de procédure de 5.000 euros. A défaut d'établir l'iniquité de laisser à sa charge tous les frais irrépétibles qu'elle a dû exposer, sa demande n'est pas fondée.

e) quant aux frais et dépens

L'article L.320-7 du Code de la consommation dispose que l'action en cessation est introduite selon la procédure applicable devant le

tribunal des référés. Comme le ministère d'avocat à la Cour n'est pas obligatoire (cf. Cass. n° 124/128 du 13 déc. 2018) il n'y a pas lieu de prononcer la distraction des dépens.

PAR CES MOTIFS

la Cour d'appel, quatrième chambre, siégeant en matière commerciale, statuant contradictoirement,

reçoit l'appel en la forme,

rejette la demande de donné acte de l'appelante,

dit non fondé le moyen d'irrecevabilité basé sur l'article 592 du Nouveau Code de procédure civile,

écarte le constat d'huissier de justice du 29 novembre 2018,

déclare l'appel **non fondé**,

confirme l'ordonnance du 30 novembre 2018,

rejette les demandes sur base de l'article 240 du Nouveau Code de procédure civile,

condamne le Ministre en charge de la protection des consommateurs aux frais et dépens de l'instance d'appel.