Jugement commercial XV No. 238 / 11

Audience publique du mercredi, deux mars deux mille onze.

Numéro 127 628 du rôle

Composition :

Karin GUILLAUME, Vice-Présidente ;
Marc WAGNER, Premier juge ;
Robert WORRE, Premier juge ;
Sandra MANGEN, greffière.

E n t r e :

la société anonyme **SOC1.)**, établie et ayant son siège social à L-(…), (…), représentée par son conseil d'administration actuellement en fonctions, inscrite au Registre de Commerce et des Sociétés de Luxembourg sous le numéro B (…);

élisant domicile en l'étude de Maître Annick HEINTZ, avocate, demeurant à Luxembourg,

demanderesse, défenderesse sur reconvention, aux termes d'un exploit de l'Huissier de Justice Carlos CALVO de Luxembourg en date du 25 janvier 2010,

comparant par Maître Annick HEINTZ, avocate susdite,

e t :

la société anonyme **SOC2.)**, établie et ayant son siège social à L-(…), (…), représentée par son conseil d'administration actuellement en fonctions, inscrite au Registre de Commerce et des Sociétés de Luxembourg sous le numéro B (…);

défenderesse, demanderesse par reconvention, aux fins du prédit exploit Carlos CALVO,

comparant par Maître Steve HOFFMANN, avocat, en remplacement de Maître Claude GEIBEN, avocat, les deux demeurant à Luxembourg.

Ouï la partie demanderesse par l'organe de son mandataire Maître Annick HEINTZ, avocat constitué, demeurant à Luxembourg.

Ouï la partie défenderesse par l'organe de son mandataire Maître Claude GEIBEN, avocat constitué, demeurant à Luxembourg.

Vu l'ordonnance de clôture de l'instruction du 24 novembre 2010.

Madame la Vice-Présidente Karin GUILLAUME entendue en son rapport à l'audience du 19 janvier 2011.

Par exploit de l'huissier de justice Carlos CALVO du 25 janvier 2010, la société anonyme **SOC1.)** a fait donner assignation à la société anonyme **SOC2.)** à comparaître devant le tribunal d'arrondissement de et à Luxembourg pour l'entendre condamner à lui payer du chef de préjudice subi - du chef d'un piratage de ses lignes téléphoniques- le montant de 41.593,43.- EUR avec les intérêts légaux à partir d'une mise en demeure du 21 décembre 2009, sinon de la demande en justice jusqu'à solde.

La requérante sollicite encore l'allocation d'une indemnité de procédure de 2.500.- EUR ainsi que l'exécution provisoire sans caution du jugement à intervenir.

La requérante expose avoir fait installer dans ses locaux en date du 28 mars 2008 une centrale téléphonique par l'assignée ; elle aurait également conclu à cette date avec l'assignée un contrat de service comportant des prestations d'assistance dites « *Advanced* » et « *Accès à distance autorisé* ».

La requérante soutient qu'en date du 8 octobre 2009 elle aurait reçu de son opérateur téléphonique une facture téléphonique exorbitante dont le relevé ferait état de nombreux appels vers des pays étrangers tels la Somalie et la Lituanie.

Elle en aurait informé la défenderesse qui lui aurait confirmé qu'il s'agirait de piratages téléphoniques ; cependant, malgré le fait que l'assignée ait apparemment procédé à la réinitialisation du mot de passe du système, le piratage aurait continué tout au long du mois d'octobre 2009.

La requérante soutient que la défenderesse aurait manqué à ses obligations contractuelles en ne la protégeant pas contre d'éventuels piratages téléphoniques sinon à ses obligations d'information et de conseil en ne l'ayant pas informée sur le risque potentiel d'un piratage.

La défenderesse conteste toute faute dans son chef et conclut au débouté des prétentions de la requérante.

Il y aurait d'autre part exonération dans son chef eu égard aux clauses contractuelles en vigueur.

A titre subsidiaire, la partie assignée demande à voir ordonner un partage de responsabilité au motif que la requérante se serait rendue responsable de négligence concernant les applications et les consignes de sécurité à respecter pour l'utilisation de la centrale téléphonique.

La défenderesse sollicite à titre reconventionnel l'allocation d'une indemnité de procédure de 3.000.-EUR.

A titre liminaire, il convient de préciser qu'il n'existe dans le Grand-Duché de Luxembourg aucun tribunal civil ou tribunal de commerce proprement dit. Conformément à l'article 20 du Nouveau code de procédure civile, le tribunal d'arrondissement est, en matière civile et commerciale, juge de droit commun et connaît de toutes les affaires pour lesquelles compétence n'est pas attribuée expressément à une autre juridiction, en raison de la nature ou du montant de la demande.

Il appartient au tribunal d'énoncer dans quelle matière il prononce, alors même que le demandeur n'aurait pas qualifié la nature de sa demande dans son assignation ou l'aurait qualifiée erronément.

Comme la demande de la partie requérante a trait à une contestation relative à un acte de commerce, le tribunal statuera en matière commerciale en application de l'article 631 point 3° du Code de Commerce.

Quant au fond :

La requérante fait état d'une première facture du 5 octobre 2009 mettant en compte des communications téléphoniques pour le mois de septembre 2009 d'un montant de 12.480,60.-EUR (+ TVA) avec 500 communications pour la Somalie (d'un montant de 6.439,5.-EUR) et 699 appels pour la Lituanie (d'un montant de 5.199,19.-EUR).

La requérante fait ensuite état d'une facture du 9 novembre 2009 mettant en compte des communications téléphoniques pour le mois d'octobre 2009 d'un montant de 25.056,50.-EUR (+ TVA) avec 1578 communications pour la Somalie (d'un montant de 24.074,52.-EUR) et 45 appels pour la Sierra Leone (d'un montant de 454,99.-EUR).

La défenderesse met tout d'abord en doute la réalité des piratages téléphoniques : **SOC1.)** se limiterait ainsi à produire des factures téléphoniques dont on ignorerait s'il ne s'agit pas de frais téléphoniques usuels et dont on ignorerait si elles ne seraient pas le fait de salariés de **SOC1.)**.

S'il est vrai qu'il n'existe aucune expertise technique voire une autre pièce permettant de retenir avec une certitude absolue l'existence d'un piratage téléphonique, il y a cependant lieu de faire les observations suivantes :

- les communications téléphoniques pour les mois de septembre et octobre 2009 étaient destinées vers les pays de la Somalie, la Lituanie et de la Sierra Leone alors qu'il ressort des factures antérieures que **SOC1.)** n'a jamais auparavant passé des appels vers ces destinations

- les sommes réclamées pour les mois de septembre et octobre 2009 sont bien plus élevées que les montants des mois précédents (à titre d'exemple la facture de juin 2009 versée en cause s'élevait au montant de 536,18.-EUR)

- les appels en question ont cessé immédiatement après que **SOC1.)** en ait informé la partie assignée, soit le 8 octobre 2009 (à ce titre, l'affirmation de

SOC1.) selon laquelle le piratage aurait continué durant tout le mois d'octobre 2009 est à rejeter).

Ces indices font présumer l'existence d'un piratage téléphonique sur les lignes de la requérante.

Il s'y ajoute que la défenderesse n'a elle-même jamais remis en cause l'hypothèse d'un piratage téléphonique ; bien au contraire, suivant courriel adressé à la requérante le 23 novembre 2009, elle y décrit la façon dont - selon elle - les pirates ont procédé.

En conclusion, et à défaut pour la défenderesse de renverser concrètement ces éléments, il y a bien lieu de retenir l'existence d'un piratage téléphonique au détriment de **SOC1.)**.

Concernant le modus operandi des pirates, la défenderesse explique dans son courriel du 23 novembre 209 que ces derniers, après avoir trouvé le numéro de téléphone de la société et trouvé les extensions du système *Xpression Compact*, ont accédé à la boîte vocale via un mot de passe qui souvent est celui d'origine (par exemple 1, 2, 3, 4). Une fois dans la boîte vocale, le pirate va activer la fonction « *remplaçant* » et y met un numéro de téléphone.

La défenderesse, en vue de mettre fin au piratage, a alors modifié le 8 octobre 2009 l'activation de renvoi, désactivé la fonction « *remplaçant* », changé le mot de passe et l'a fait passer à 8 chiffres.

Il semble acquis, suite aux explications techniques fournies au débats, que le piratage ait été possible ou du moins grandement facilité par le fait que **SOC1.)** n'a jamais modifié le code secret d'origine (à savoir *1,2,3,4*) de la boîte vocale (ce que **SOC1.)** ne conteste pas).

L'affirmation de **SOC1.)** selon laquelle le piratage aurait été possible même si le code secret avait été modifié alors que la sécurité du système dépendait en réalité de la désactivation du système « *remplaçant* » reste en tout état de cause à l'état d'allégation.

La requérante reproche à la défenderesse d'avoir manqué à ses obligations contractuelles en ne lui ayant pas fourni une installation prémunie contre de tels piratages respectivement en ne l'ayant pas avertie de ces agissements en temps utile.

Il est constant en cause que les parties ont conclu un contrat de vente portant sur la fourniture d'une centrale téléphonique et d'un contrat de service dit «*Advanced*» et «*Accès à distance autorisé*».

Le contrat de service, qui se définissait essentiellement en un contrat de dépannage et d'assistance, comportait à charge de la partie assignée les obligations suivantes : garantir une assistance clientèle (pour répondre à des questions techniques sur le système installé), une assistance logicielle (fourniture de correctifs nécessaires pour le système), une assistance matérielle (fourniture de pièces de rechange), un système de diagnostic de panne sur site, respectivement à distance, ainsi qu'un service de maintenance.

Le contrat n'envisage pas l'hypothèse de piratages téléphoniques ou d'une autre intrusion du système téléphonique; en tout état de cause, le contrat ne garantit pas **SOC1.)** contre un tel incident.

Si un piratage téléphonique engendre certes des conséquences néfastes pour la partie concernée (notamment sur le plan financier), cette intrusion ne saurait cependant être assimilée à une panne.

Il n'existe d'ailleurs aucun élément permettant de corroborer l'affirmation de **SOC1.)** selon laquelle la défenderesse aurait eu la possibilité technique de découvrir l'existence du piratage avant qu'elle en soit informée par la requérante (le 8 octobre 2008).

Une violation par la défenderesse à ses obligations au contrat stricto sensu laisse partant d'être établie.

SOC1.) fait ensuite grief à l'assignée d'avoir manqué à son obligation de renseignement et de conseil en ne l'ayant pas informée du risque potentiel de détournement de sa centrale téléphonique.

La défenderesse conteste tout manquement à son obligation d'information en faisant valoir qu'elle avait remis à la requérante les manuels d'utilisation de la centrale téléphonique qui contiendraient toutes les informations nécessaires pour se prémunir contre des tels incidents.

Il est admis que le vendeur professionnel doit donner des renseignements ou même des conseils sur l'usage auquel la chose vendue est destinée et les conditions de son utilisation. Cette obligation est plus lourde lorsque le vendeur contracte avec des acheteurs profanes (Encyclopédie Dalloz, Civil, Verbo Responsabilité contractuelle, n °103). Cette obligation existe également dans l'hypothèse d'un contrat de fourniture de services.

Il est cependant également admis que l'acheteur ne peut se contenter d'un rôle passif ; il doit solliciter l'information de la part du vendeur (Georges RAVARANI, La responsabilité des personnes privées et publiques, n° 460).

Il est constant en cause que la partie assignée a délivré à **SOC1.)** deux modes d'emploi relatifs au fonctionnement de la centrale téléphonique, à savoir le grand *Mode d'Emploi de High Path* ainsi qu'un petit *Manuel d'Utilisateur.*

Ces deux manuels mentionnent expressément à plusieurs reprises qu'il est nécessaire de modifier le code secret de la boîte vocale; il y est également précisé qu'une modification régulière du code secret est nécessaire « *afin d'empêcher que des tiers non autorisés n'accèdent à votre boite vocale* ».

SOC1.), qui avait l'obligation de consulter ces modes d'emploi, était partant informée de la nécessité de modifier le code secret.

A défaut pour **SOC1.)** de ce faire, sa responsabilité s'en trouve engagée.

Il y a cependant également lieu de constater que la partie assignée n'a pas attiré - ni dans le mode d'emploi ni autrement - l'attention de la requérante sur le risque d'un piratage téléphonique en tant que tel; que le mode d'emploi se limite à signaler l'intrusion de tiers dans la boîte vocale n'était pas suffisant pour rendre attentif **SOC1.)**, en tant que profane, sur ces conséquences et la raison pour laquelle une modification du mot de passe était particulièrement nécessaire.

La défenderesse a partant agi avec négligence sinon légèreté sur ce point.

La défenderesse entend s'exonérer eu égard aux clauses contractuelles applicables entre parties : ainsi, sa responsabilité serait exclue alors que l'on serait en présence d'un *acte non autorisé* commis par un tiers ; il s'y ajouterait que sa responsabilité ne pourrait être engagée qu'en cas de faite volontaire ou de faute grave, ce qui ferait défaut en l'espèce.

L'article x.1 des conditions générales dispose : « *Les demandes de dommages et intérêts* (….) *qu'elle qu'en soit la raison légale, en particulier, en raison d'une violation à des obligations découlant du rapport juridique et d'un acte non autorisé sont exclues*».

Aux termes de l'article x.2 : «*Ceci ne s'applique pas dans la mesure où, selon la loi sur la protection du consommateur applicable selon le cas* (…) *ou, pour une raison, une responsabilité impérative existe, par exemple en cas de faute volontaire ou de négligence grave*».

Bien que la formulation des conditions générales soit légèrement confuse, il en ressort cependant qu'une responsabilité de la partie assignée est exclue en cas d'un *acte non autorisé* et n'est admise qu'en cas d'une faute volontaire ou d'une faute grave.

A noter que la notion *d'acte non autorisé* doit être interprétée*,* en l'absence d'autres explications*,* non pas comme le fait d'un tiers - comme le prétend la défenderesse - mais vise un acte concret du client (en l'occurrence **SOC1.)**) qui a agi au mépris des règles contractuelles en vigueur ; or, la défenderesse reste en défaut d'établir en quoi **SOC1.)** aurait agi de façon non autorisée.

Quant à la notion de faute grave :

SOC1.) ne conteste pas avoir eu connaissance des conditions générales et les avoir acceptées en tant que telles.

La requérante fait cependant valoir qu'eu égard à la loi sur la protection du consommateur (qui s'appliquerait à son égard), les clauses exonératoires de responsabilité ne lui seraient pas opposables.

Il est admis qu'une personne morale peut être qualifiée de consommateur lorsqu'elle n'agit pas dans le champ, de son activité commerciale (en ce sens : Cour 19 décembre 2007, n° 31 282 du rôle), comme en l'espèce.

Si la loi sur la protection du consommateur déclare abusives certaines clauses créant un déséquilibre des droits et obligations au préjudice du consommateur et

énumère une liste d'exemples concrets, elle ne mentionne toutefois pas les clauses limitatives de responsabilité.

Cette liste d'exemples n'étant cependant pas exhaustive, on peut admettre qu'une clause limitative de responsabilité puisse créer un déséquilibre entre parties.

Dans ce contexte, la jurisprudence décide de façon constante qu'une telle clause ne saurait couvrir une faute lourde ou dolosive.

De même, une clause ne saurait vider le contrat de sa substance, par exemple en faisant porter la clause sur une obligation essentielle du contrat (Georges RAVARANI, La responsabilité des personnes privées et publiques, n° 634 et 635).

En limitant sa responsabilité à la survenance d'une faute grave, la défenderesse n'a pas vidé le contrat de sa substance, la clause doit partant être déclarée opposable à **SOC1.)**.

Encore faut-il définir la notion de faute grave et déterminer si une telle faute existe dans le cas d'espèce.

Dans une première conception - subjective - la faute lourde est celle qui procède d'un « *comportement anormalement déficient* » du débiteur c'est un « *comportement d'une extrême gravité confiant au dol et dénotant l'inaptitude du débiteur à l'accomplissement de la mission contractuelle qu'il a acceptée* ».

Dans une seconde conception – objective - la faute lourde se définit au regard de l'importance de l'obligation méconnue ou des conséquences de l'exécution. La faute lourde trouve alors son expression dans l'inexécution de l'obligation fondamentale du contrat ou dans l'inexécution totale du contrat (Jurisclasseur Civil, Art. 1146 à 1155, Fasc.210, n° 174 et suivants.)

S'il est vrai que la défenderesse n'a certes pas attiré l'attention de la requérante sur le risque spécifique du piratage téléphonique, cette omission constitue une négligence mais non une faute grave dans son chef, alors qu'elle a pour le surplus fourni à la requérante un mode d'emploi de la centrale téléphonique lui indiquant la nécessité de modifier le code secret de la boîte vocale.

Il s'ensuit que la requérante ne saurait prospérer dans sa demande à l'encontre de la défenderesse.

La requérante ayant été déboutée de ses prétentions, sa demande en allocation d'une indemnité de procédure ne saurait être accueillie.

La défenderesse n'ayant pas établi en quoi il serait inéquitable de laisser à sa charge l'entièreté des frais non compris dans les dépens, il y a lieu de la débouter également de sa demande en indemnité de procédure.

P a r c e s m o t i f s :

le tribunal d'arrondissement de et à Luxembourg, quinzième chambre, siégeant en matière commerciale selon la procédure civile, statuant contradictoirement, après avoir entendu Madame la Vice-Présidente Karin GUILLAUME en son rapport oral,

reçoit la demande en la forme ;

la **dit** non fondée, partant en **déboute** ;

dit non fondées les demandes respectives des parties en allocation d'une indemnité de procédure, partant en **déboute**;

condamne la société anonyme **SOC1.)** aux frais et dépens de l'instance.