

RESEARCH OUTPUTS / RÉSULTATS DE RECHERCHE

Contracter dans les réseaux sociaux

Moiny, Jean-Philippe

Published in:

Revue de la Faculté de droit de l'Université de Liège

Publication date:

2010

Document Version

le PDF de l'éditeur

[Link to publication](#)

Citation for pulished version (HARVARD):

Moiny, J-P 2010, 'Contracter dans les réseaux sociaux: un geste inadéquat pour contracter sa vie privée : quelques réflexions en droits belge et américain', *Revue de la Faculté de droit de l'Université de Liège*, numéro 2, pp. 133-224.

General rights

Copyright and moral rights for the publications made accessible in the public portal are retained by the authors and/or other copyright owners and it is a condition of accessing publications that users recognise and abide by the legal requirements associated with these rights.

- Users may download and print one copy of any publication from the public portal for the purpose of private study or research.
- You may not further distribute the material or use it for any profit-making activity or commercial gain
- You may freely distribute the URL identifying the publication in the public portal ?

Take down policy

If you believe that this document breaches copyright please contact us providing details, and we will remove access to the work immediately and investigate your claim.

DOCTRINE

Contracter dans les réseaux sociaux: un geste inadéquat pour contracter sa vie privée

Quelques réflexions en droits belge et américain

Jean-Philippe MOINY⁽¹⁾

◆ TABLE DES MATIÈRES ◆

Introduction	134
Préliminaires : le réseau social et l'ordre juridique américain	135
I) Contrat et consensualisme	140
A) Droit belge	140
B) Droit américain	145
1) <i>Restatement Second of Contracts</i>	146
2) <i>Uniform Commercial Code</i>	148
3) <i>Uniform Computer Information Transaction Act</i>	148
II) Devoir d'information	150
A) Droit belge	150
1) L.S.S.I.	151
a) Applicabilité matérielle et articles 7 et 8	151

⁽¹⁾ La présente contribution a reçu le prix du médaillé David-Constant 2008. Ce prix est décerné à une contribution scientifique rédigée dans l'année qui suit sa proclamation par le lauréat de la Médaille David-Constant. Cette médaille récompense le meilleur étudiant en droit, en sciences politiques ou en criminologie, pour l'ensemble des résultats obtenus au cours de ses études. L'auteur est aspirant du F.R.S.-FNRS au C.R.I.D., F.U.N.D.P., Namur. Il remercie tout d'abord le Fonds pour son soutien ainsi que la Faculté de droit de l'Université de Liège et son corps académique. Il remercie également cordialement Jacques Laffineur pour sa relecture. La version originale de ladite contribution, datant du mois d'août 2009, a été remaniée et « factuellement » mise à jour, sauf indication contraire, au 4 février 2010. Le lecteur doit noter que les politiques de confidentialité et conditions d'utilisation citées ainsi que les caractéristiques des réseaux étudiés peuvent évoluer rapidement.

b) Application	152
2) L.P.C.	155
a) Applicabilité matérielle	155
b) Articles 30, 31, 78 et 79 de la L.P.C.	159
c) Application	161
3) L.V.P.	164
a) Applicabilité matérielle et article 9	164
b) Application	167
4) Droit commun	170
Remarques finales	171
B) Droit américain	172
1) Doctrine de l'unconscionability	172
2) R.S.C. § 211 et doctrine des reasonable expectations	175
3) Safe Harbor Principles et Federal Trade Commission	176
III) Formation du contrat	178
A) Utilisation du réseau social et wrap agreements	178
1) Contexte des réseaux sociaux: la nécessité ou non d'une inscription	178
2) Les wrap contracts et la formation du contrat en ligne	181
B) Offre	184
1) Conditions d'utilisation ou Terms of Use	185
2) Politique de confidentialité ou Privacy Policy	190
a) Contexte des réseaux sociaux	190
b) Jurisprudence américaine	191
3) Contrat d'adhésion ou Contract of Adhesion	193
C) Adhésion	195
1) Droit belge	195
a) Possibilité de prise de connaissance effective	197
b) Acceptation certaine et tacite ou expresse	202
2) Droit américain	204
a) Shrinkwrap Contracts	206
b) Wrap Contracts en ligne	207
IV) Réflexions conclusives	212
A) Quelle(s) volonté(s) prendre en compte?	213
1) Une volonté non juridique?	213
2) Blanket Assent et consentement spécifique de l'internaute	214
B) Protection de l'internaute contre la loi privée d'une partie	218



INTRODUCTION

1. L'«e-socialisation», vocable auquel nous associons les sites Facebook, LinkedIn, YouTube et consorts, concerne pratiquement chaque individu. Elle se vit un pied aux États-Unis, l'autre chez soi, en Europe (Préliminaires). L'objet de la présente étude est d'étudier, dans ce contexte, la formation du contrat en ligne et certains liens qu'elle entretient avec la protection de la vie privée

et des données, en droit belge et en droit américain. Informé (II), l'internaute conclut un contrat (I) lorsqu'il adhère à l'offre d'un prestataire de service (III). Son *geste* décisif à cet égard est son inscription au réseau en question. L'essence de la réflexion est alors d'étudier jusqu'où il consent (Réflexions conclusives).

PRÉLIMINAIRES: LE RÉSEAU SOCIAL ET L'ORDRE JURIDIQUE AMÉRICAIN

2. Pratiquement et dans une acception large⁽²⁾, le réseau social «*can be defined as [a] website whose main purpose is to act as a connector among users*»⁽³⁾, via lequel les utilisateurs échangent entre eux tous types d'information, à partir de profils individualisés. L'information – à caractère personnel ou non – et son échange sont donc la base du réseau social. Certains réseaux se focalisent sur un thème largement défini ou pas. Par exemple, Flickr est principalement centré sur le partage de photographies, Flixster sur le cinéma, LinkedIn sur la vie professionnelle et Meetic sur les rencontres. D'autres ne s'adressent qu'à certaines personnes, comme College Tonight visant le milieu étudiant ou BlackPlanet s'adressant aux Afro-américains. Au contraire, d'autres sites encore – Bebo, MySpace, Netlog, Hi5, Facebook et d'autres – ne revendiquent aucune thématique spécifique. Un réseau social de type Facebook apparaît comme un «réseau de réseaux sociaux» – un «méta-réseau social» – dès lors que de multiples contextes (le sport, l'université, le travail, la musique, la sexualité, etc.) y coexistent et s'y entrecroisent via les profils des utilisateurs et la conception de groupes ou de pages dédiés à quelque thématique (politique, commerciale, etc.) que ce soit. Enfin, certains sites – YouTube et Dailymotion – sont plutôt orientés vers la diffusion pure et simple de contenus, *a priori* sans cibler un contexte relationnel ou thématique particulier, bien que cela ne soit pas exclu (animation, érotisme, etc.). La présente contribution est principalement focalisée sur Facebook, MySpace, LinkedIn, Twitter, YouTube et Second Life.

3. Le fournisseur du réseau social héberge et gère les profils que peuvent alimenter ses utilisateurs et ce que ces derniers diffusent par son intermédiaire. Parfois des applications peuvent y être ajoutées⁽⁴⁾ ou encore des liens conduisant à divers sites Web, etc. C'est une activité principale du prestataire : le stockage de diverses informations et la mise à disposition de celles-ci aux autres membres

⁽²⁾ Pour une définition plus précise, v. D.M. BOYD et N.B. ELLISON, «Social Network Sites: Definition, History, and Scholarship», octobre 2007, disponible sur <http://www.danah.org/papers/>, p. 2. V. aussi Groupe 29, «Opinion 5/2009 on online social networking» («W.P. 163»), 12 juin 2009, pp. 4-5.

⁽³⁾ A. LEVIN et P. SÁNCHEZ ABRIL, «Two Notions of Privacy Online», *Vanderbilt J. of Ent. And Tech. Law*, 2009, p. 1017.

⁽⁴⁾ Comme sur Facebook.

du site⁽⁵⁾, selon des règles définies en partie par les utilisateurs mais aussi par lui. Ce sont des services à distance, plus particulièrement des services de communication et de gestion des profils au-delà du simple hébergement, prestés à la demande des utilisateurs dont les inscriptions sont volontaires, et par voie électronique, via l'Internet, voire également via GSM⁽⁶⁾.

4. Le service offert devrait aussi relever de ce qu'il convient aujourd'hui d'appeler le «*cloud computing*» en tant que «*software as a service*»⁽⁷⁾, c'est-à-dire qu'il constitue une application que les internautes exécutent à partir du navigateur de leur terminal, sur des serveurs situés à distance, autrement dit, sur une autre machine que la leur⁽⁸⁾. Leurs informations (photos, vidéos, messages textuels, etc.) sont en outre stockées dans des *data centers* souvent situés à l'étranger, aux États-Unis, semble-t-il, dans l'exemple de Facebook⁽⁹⁾. Dans ce cadre, est également fourni du «*data storage as a service*» ou, plus généralement, une «*infrastructure as a service*».

5. En droit, le réseau social constitue un «service de la société de l'information»⁽¹⁰⁾. En particulier, l'activité de Facebook doit être prestée «norma-

(5) Quant aux caractéristiques communes des réseaux sociaux, v. EUROPEAN NETWORK AND INFORMATION SECURITY AGENCY, G. HOGBEN (éd.), «Position Paper N° 1 – Security Issues and Recommendations for Online Social Networks» («ENISA Position Paper»), octobre 2007, disponible sur <http://www.enisa.europa.eu>, p. 5.

(6) Les réseaux sociaux fournissent aussi des applications GSM, des applications «mobiles». Facebook et la fonctionnalité d'envoi de SMS de Twitter en sont des illustrations.

(7) À propos du «cloud computing», v. EUROPEAN COMMISSION, INFORMATION SOCIETY AND MEDIA, K. JEFFEREY AND B. NEIDECKER-LUTZ (eds), «The Future Of Cloud Computing, Opportunities For European Cloud Computing Beyond 2010», Public Version 1.0, pp. 9-10; NATIONAL INSTITUTE OF STANDARDS AND TECHNOLOGY, INFORMATION TECHNOLOGY LABORATORY, P. MELL AND T. GRANCE, «The NIST Definition of Cloud Computing», version 15, 10-7-09, disponible sur <http://csrc.nist.gov/groups/SNS/cloud-computing/>; EUROPEAN NETWORK AND INFORMATION SECURITY AGENCY, D. CATTEDDU AND G. HOGBEN (ed.), «Cloud Computing, Benefits, risks and recommendations for information security», novembre 2009, disponible sur <http://www.enisa.europa.eu/act/rm/files/deliverables/cloud-computing-risk-assessment>, pp. 14-15; C. SOGHOIAN, «Caught in the Cloud: Privacy, Encryption, and Government Back Doors in the Web 2.0 Era», août 2009, disponible sur www.ssrn.com, pp. 5-12; R. BUYYA, C.S. YEO AND S. VENUGOPAL, «Market-Oriented Cloud Computing: Vision, Hype, and Reality for Delivering IT Services as Computing Utilities», disponible sur <http://arxiv.org/pdf/0808.3558>.

(8) Les conditions d'utilisation de Twitter qualifient le service offert de «logiciel».

(9) V. par ex. <http://www.datacenterknowledge.com/archives/2009/04/17/a-look-inside-facebooks-data-center/>.

(10) V. article 1^{er}, 2), a) de la directive (CE) n° 98/48 du Parlement européen et du Conseil du 20 juillet 1998, portant modification de la directive 98/34/CE prévoyant une procédure d'information dans le domaine des normes et réglementations techniques, *J.O.*, L. 217 du 5 août 1998. V. aussi articles 2, a) et 14 de la directive (CE) n° 2000/31 du Parlement européen et du Conseil du 8 juin 2000, relative à certains aspects juridiques des services de la société de l'information, et notamment du commerce électronique, dans le marché intérieur, *J.O.*, L. 178 du 17 juillet 2000, ci-après «directive 2000/31», et en droit belge, article 2, 1° de la loi du 11 mars 2003 sur certains aspects juridiques de la société de l'information, *M.B.*, 17 mars 2003, ci-après «L.S.S.I.». Pour des illustrations de services de la société de l'information, v. Projet de loi sur certains aspects juridiques des services de la société

lement contre rémunération». Il suffit à cet égard qu'elle constitue une « activité économique », peu importe qu'elle soit ou non rémunérée directement par le destinataire du service⁽¹¹⁾ ⁽¹²⁾. Or « *[Online Social Networks] are usually for-profit businesses* »⁽¹³⁾. En l'espèce, les bannières publicitaires et la fonctionnalité de publicité ciblée *Ads* (ainsi que ses variantes *Social Ads* et, plus récemment, *Engagement Ads*)⁽¹⁴⁾ ⁽¹⁵⁾ – payante, offerte via Facebook et greffée sur le réseau social – garantissent à la société Facebook une contrepartie économique⁽¹⁶⁾. LinkedIn et MySpace offrent également une fonctionnalité de publicité ciblée⁽¹⁷⁾. Par ailleurs, sur Facebook, la fonctionnalité *Polls*, permettant d'effectuer des sondages au travers du réseau social, est également payante. Enfin, en utilisant le réseau, les utilisateurs concèdent généralement à son prestataire une licence lui permettant d'exploiter commercialement les contenus mis à disposition sur le site et protégés par la propriété intellectuelle⁽¹⁸⁾. Ce qui pourrait aussi constituer une contrepartie à son activité.

6. Des liens indéniables existent entre les prestataires de ces services de socialisation en ligne et les États-Unis. Ainsi, ces acteurs du Web – des sociétés – y sont généralement établis, en particulier dans l'État de Californie. Il en

de l'information, exposé des motifs, *Doc. parl.*, Ch. repr., sess. ord. 2002-2003, n° 2100/001, p. 15. V. *supra* n° 3. P. VAN EECHE, « Artikelsgewijze bespreking van de wetten elektronische handel », in *Elektronische handel – Commentaar bij de wetten van 11 maart 2003*, P. VAN EECHE et J. DUMORTIER (éds), Bruges, die Keure, 2003, p. 15.

⁽¹¹⁾ V. le considérant n° 18 de la directive 2000/31.

⁽¹²⁾ Il peut être soutenu à cet égard que le prestataire du service de la société de l'information doit agir dans le cadre de ses activités professionnelles, v. C. BIQUET-MATHIEU et J. DECHARNEUX, « Contrats par voie électronique et protection des consommateurs : articulation des articles 7 à 12 de la loi de transposition de la directive sur le commerce électronique avec la réglementation des contrats à distance inscrite dans la loi sur les pratiques du commerce », in *Contrats à distance et protection du consommateur*, C. BIQUET-MATHIEU (éd.), Formation permanente C.U.P., Liège, vol. 64, 2003, pp. 20-22.

⁽¹³⁾ A. LEVIN et P. SÁNCHEZ ABRIL, *op. cit.*, p. 1019. « La publicité est un élément clé du modèle opérationnel de la plupart des SNS », COMMISSION À LA PROTECTION DE LA VIE PRIVÉE DU CANADA, recherche effectuée par J. BARRIGAR, « La vie privée sur les sites de réseau social, Analyse comparative de six sites », février 2009, disponible sur http://www.priv.gc.ca/information/pub/sub_comp_200901_f.pdf, p. 44.

⁽¹⁴⁾ V. à ce sujet <http://www.facebook.com/advertising/?src=awgl01&v=ntl1>, <http://www.insidefacebook.com/2008/10/30/facebook-advertising-resources-the-6-types-of-ads-on-the-new-home-page/>, <http://www.insidefacebook.com/2009/01/27/facebook-relaunches-polls-as-new-home-page-engagement-ad/>, <http://www.insidefacebook.com/2009/09/23/facebook-new-sampling-engagement-ads-now-available-for-brands/>.

⁽¹⁵⁾ Citons également *Insights*, permettant d'évaluer l'efficacité des publicités ciblées commandées, et l'application *Gifts* permettant d'envoyer des « cadeaux » (payants – 1 \$ pièce) à ses « amis ».

⁽¹⁶⁾ Elle consiste à permettre à des entreprises – ou quiconque – de cibler une audience – selon le sexe, l'âge, et d'autres critères identifiables dans certains champs des profils des utilisateurs – sur le réseau social afin de promouvoir des produits ou services.

⁽¹⁷⁾ V. J. BARRIGAR, *op. cit.*, pp. 23 et 32.

⁽¹⁸⁾ V. *infra* n° 59.

est par exemple ainsi de Facebook⁽¹⁹⁾, MySpace⁽²⁰⁾, LinkedIn⁽²¹⁾, Twitter⁽²²⁾, YouTube⁽²³⁾ et SecondLife⁽²⁴⁾. Dailymotion est toutefois établie en France⁽²⁵⁾. Souvent également, le droit californien est réputé régir la relation entre le prestataire et les utilisateurs du réseau offert, en ce sens les cas SecondLife⁽²⁶⁾, LinkedIn⁽²⁷⁾, Facebook⁽²⁸⁾, YouTube (lorsque l'utilisateur utilise une « *location "Worldwide" »*)⁽²⁹⁾ et Twitter⁽³⁰⁾ peuvent être évoqués. Exceptionnellement, c'est le droit de l'État de New York qui est choisi dans le contexte de MySpace⁽³¹⁾, le droit français est retenu dans l'hypothèse Dailymotion⁽³²⁾ et le droit anglais est élu sur YouTube lorsque l'utilisateur du site consulte ce dernier à partir d'une « *location France* »⁽³³⁾. Encore plus exceptionnellement, les conditions d'utilisation de Facebook prévoient que des *specific terms* s'appliquent aux utilisateurs

(19) « *You may also contact us by mail at 1601 S. California Avenue, Palo Alto, CA 94304* ».

(20) « *MySpace peut être contactée à l'adresse suivante : 8391 Beverly Boulevard, n° 349, Los Angeles, Californie 90048, États-Unis* ».

(21) « *LinkedIn Corporation, 2029 Stierlin Court, Mountain View, Californie 94043, États-Unis* ».

(22) « *Twitter Inc., 539 Bryant Street, Suite 402, San Francisco, CA 94107* ».

(23) « *"YouTube" désigne YouTube LLC, dont le siège social est sis 901 Cherry Avenue, San Bruno, CA 94066, États-Unis* ». Il ne faut par ailleurs pas oublier que « *YouTube is an independent subsidiary of Google Inc., having been acquired by the leader in search and online advertising services in November of 2006* », et, bien entendu, « *"Google" désigne Google Inc., dont le principal établissement est sis au 1600 Amphitheatre Parkway, Mountain View, CA 94043, États-Unis* ».

(24) « *Linden Lab Legal Department, Attn: Dispute Resolution, 945 Battery Street, San Francisco, CA 94111* ».

(25) « *Forme sociale : Société Anonyme ; RCS : Paris – B 483 487 112 ; Siège social : 49/51 rue Ganneron, 75018 Paris* ». L'information en question n'apparaît ici pas dans les conditions d'utilisation mais dans une rubrique « *mentions légales* ».

(26) « *You and Linden Lab agree to submit to the exclusive jurisdiction and venue of the courts located in the City and County of San Francisco, California, except as provided in Subsection 7.3 below regarding optional arbitration* ».

(27) « *Loi applicable : ces Conditions et tout conflit qui peuvent se créer entre nous ou toute Filiale LinkedIn résultant de ou lié à ces Conditions ou à LinkedIn (les "Différends") seront régis par les lois de l'État de Californie, y compris les principes des conflits de lois et à l'exclusion des CISG* ».

(28) « *The laws of the State of California will govern this Statement, as well as any claim that might arise between you and us, without regard to conflict of law provisions* ».

(29) « *These Terms of Service shall be governed by the internal substantive laws of the State of California, without respect to its conflict of laws principles* ».

(30) « *Les présentes Conditions et toute action en rapport avec ces dernières seront régies par les lois de l'État de Californie, sans considération ou application d'un éventuel conflit quant aux dispositions légales de l'État ou du pays de résidence de l'utilisateur* ». Originellement, il n'y avait pas de choix de loi.

(31) « *Les présentes Conditions d'Utilisation sont régies par, et interprétées conformément aux lois de l'État de New York, sans tenir compte des règles de conflit des lois* ».

(32) « *Les présentes conditions générales ("CGU"), soumises au droit français, ont vocation à régir l'utilisation du site Dailymotion.com...* ».

(33) « *Les présentes Conditions et votre relation avec YouTube en vertu de ces Conditions sont régies par la loi anglaise* ».

allemands⁽³⁴⁾, et les conditions de LinkedIn visent certaines dispositions spécifiques du droit français, applicables « si votre pays d'inscription est la France, si vous utilisez LinkedIn depuis la France et vous utilisez la version française de LinkedIn ». Bien entendu, il existe aussi des réseaux sociaux présentant une plus grande proximité géographique avec la Belgique, Meetic pouvant par exemple être cité en ce que la société du même nom est établie en France⁽³⁵⁾, le droit français étant contractuellement choisi, même quant à la version du site destinée à la Belgique⁽³⁶⁾.

En droit international privé – sans évoquer, faute de place, la question de la compétence –, le droit applicable à la formation du contrat, selon le règlement « Rome I »⁽³⁷⁾ ou – selon le droit transitoire – la Convention de Rome⁽³⁸⁾, est celui qui serait applicable à la convention formée⁽³⁹⁾. Autrement dit, conformément à l'autonomie des volontés, celui qui est élu par les parties⁽⁴⁰⁾. Dans l'échantillon précédemment évoqué, le droit californien a la cote. Toutefois, la portée du choix de loi par les parties connaît certaines limitations substantielles résultant entre autres de la protection du consommateur⁽⁴¹⁾, ou encore de la possibilité qu'a un contractant d'invoquer la loi de sa résidence habituelle, afin de ne pas être surpris par le mode de contracter, pour établir qu'il n'a pas consenti⁽⁴²⁾. Par ailleurs, à défaut de choix de loi et sans avoir égard aux

(34) Mais nous n'avons pu y accéder, et il n'en est même pas fait mention dans la version française des conditions d'utilisation. Le lien suivant est censé y conduire : <http://www.facebook.com/internationalterms/german.php>.

(35) « Meetic, Société Anonyme au capital social de 1.648.542,80 euros, inscrite au Registre du Commerce et des Sociétés de Nanterre (France) sous le numéro 439 780 339, établie BP 109, 92106 Boulogne Cedex, France ».

(36) « Ces Conditions d'Utilisation sont régies, interprétées et appliquées conformément au droit français, la langue d'interprétation étant la langue française en cas de contestation sur la signification d'un terme ou d'une disposition des présentes Conditions d'Utilisation ».

(37) Règlement (CE) n° 593/2008 du Parlement européen et du Conseil du 17 juin 2008, sur la loi applicable aux obligations contractuelles (Rome I) (ci-après « règlement "Rome I" »), *J.O.*, L. 177 du 4 juillet 2008.

(38) Convention de Rome du 19 juin 1980 sur la loi applicable aux obligations contractuelles, *J.O.*, L. 266 du 9 octobre 1980. Pour une version consolidée, v. *J.O.*, C. 27 du 26 janvier 1998.

(39) V. article 10, § 1^{er} du règlement « Rome I ».

(40) Article 3, § 1^{er} du règlement « Rome I ».

(41) V. à ce sujet J.-P. MOINY et B. DE GROOTE, « "Cyberconsommation" et droit international privé », *R.D.T.I.*, 2009, pp. 5 et s.

(42) Articles 10, § 2 et 3, § 5 du règlement « Rome I », ainsi que les articles 8, § 2 et 3, § 4 de la Convention de Rome. Cette disposition peut être lue comme une protection du destinataire d'une offre de contracter contre la loi applicable au contrat et présente un intérêt particulier quant à la question de savoir si le silence d'une partie peut l'engager contractuellement, v. not. P. MAYER, *Droit international privé*, Paris, Éditions Montchrestien, E.J.A., 1998, p. 476, et G. VAN HECKE, note sous Cass., 21 février 1975 – « La loi applicable à l'échange des consentements », *R.C.J.B.*, 1976, pp. 9-10. V. par ailleurs F. RIGAUX et M. FALLON, *Droit international privé*, Bruxelles, Larcier, 2005, p. 811. Plus largement, cette disposition présente un intérêt, en l'espèce dans l'environnement numérique, si la loi déclarée applicable reconnaît certains faits comme constituant l'expression valable du consentement du consommateur concerné, alors que tel ne serait pas le cas selon la loi de son pays de rési-

règles de droit applicable propres à certains contrats – dont à nouveau celles relatives aux contrats de consommation –, «le contrat de prestation de services est régi par la loi du pays dans lequel le prestataire de service a sa résidence habituelle»⁽⁴³⁾. Ce qui conduirait à nouveau habituellement à l'application d'un droit américain⁽⁴⁴⁾.

7. Bref, comme J. Fairfield le relève en synthèse et en outre, au sujet des «*Virtual Worlds*» comprenant l'objet de notre étude : «*[m]any of the most successful virtual worlds are hosted in the United States. The contracts that govern these worlds contain choice-of-law provisions that select U.S. law. Thus, the U.S. legal system currently has the wide majority of common law cases relating to virtual worlds*»⁽⁴⁵⁾. Ces quelques considérations justifient donc l'approche comparatiste choisie.

I) CONTRAT ET CONSENSUALISME

La définition du contrat et du principe du consensualisme en droit belge (A) et en droit américain (B) – proches à cet égard – sont un préalable nécessaire à la réflexion sur la formation de la convention.

A) Droit belge

8. Le contrat «est une convention par laquelle une ou plusieurs personnes s'obligent, envers une ou plusieurs autres, à donner, à faire ou à ne pas faire quelque chose»⁽⁴⁶⁾. Il nécessite «que les parties aient donné leur consentement, avec l'intention de s'obliger civilement entre elles, *animo contrahendae obligationis*»⁽⁴⁷⁾. «[D]eux manifestations de volonté concordantes dans leur

dence habituelle. V. A. LOPEZ-TARRUELLA MARTINEZ, «International consumer contracts in the new Rome I regulation: how much does the regulation change?», *R.E.D.C.*, 2007-2008, pp. 370-371.

⁽⁴³⁾ Article 4, § 1^{er}, b) du règlement «Rome I».

⁽⁴⁴⁾ La résidence habituelle d'une société «est le lieu où elle a établi son administration centrale» (article 9, § 1^{er}, al. 1^{er}, du règlement «Rome I»).

⁽⁴⁵⁾ J. FAIRFIELD, «Anti-Social Contracts: The Contractual Governance of Virtual Worlds», *McGill Law Journal*, 2008, p. 431.

⁽⁴⁶⁾ Article 1101 du C. civ.

⁽⁴⁷⁾ Cass., 2 décembre 1875, *Pas.*, 1876, I, p. 41. Le juge du fond apprécie souverainement s'il est satisfait à l'exigence d'intention juridique. «*De aanbieder moet immers ook de bedoeling hebben om te contracteren*», Comm. Tongres, 5 octobre 2004, et note de E. MONTERO, «Avatars des contrats conclus par Internet et parades légales», *D.A.O.R.*, 2007, p. 154. Il a par exemple été jugé qu'il n'y avait pas d'intention de contracter à l'occasion d'une aide bénévole dans la sphère familiale (un petit-fils aidant son grand-père), v. Anvers, 15 septembre 1998, *R.G.D.C.*, 2000, p. 50 (extraits).

objet et qui arrivent à se rencontrer dans le temps et dans l'espace⁽⁴⁸⁾ »⁽⁴⁹⁾ sont requises ; d'un point de vue classique et dynamique : celle de celui qui offre de contracter et celle de celui qui agréé l'offre émise. Cet « accord des volontés » est le « critère du contrat »⁽⁵⁰⁾. Certes, d'autres conditions portent sur la validité des contrats⁽⁵¹⁾ mais sortent du champ de la présente réflexion.

Cette approche classique et dynamique de la formation du contrat sied bien à l'hypothèse étudiée. Un mode de formation plus générique lui siérait peut-être encore mieux : le contrat peut se conclure « par un comportement des parties qui indique suffisamment leur accord »⁽⁵²⁾. Mais la négociation de contrats complexes est plutôt visée dans cette hypothèse⁽⁵³⁾. Or il n'est pas question de telles négociations en l'espèce. Mais nous verrons que la simple utilisation des sites Web en question est *réputée* parfaire le contrat⁽⁵⁴⁾. Ce que, textuellement, pourrait viser le principe d'Unidroit évoqué. Par souci de clarté, la vision classique est toutefois retenue. Et après tout, ledit comportement pourrait être vu, sous ce jour traditionnel, comme une modalisation de l'acceptation en tant que telle.

⁽⁴⁸⁾ En l'espèce en matière de réseaux sociaux, les parties n'étant pas en présence, le contrat est alors parfait lorsque l'offrant a eu connaissance ou a pu raisonnablement avoir connaissance de l'acceptation de l'internaute, Cass., 25 mai 1990, *Pas.*, 1990, I, p. 1087. V. aussi par ex. Bruxelles, 30 mars 2006, n° de rôle 2003/AR/654, dont le sommaire est disponible sur <http://jure.juridat.just.fgov.be>. Au sujet des théories de la réception et de la déclaration, v. E. MONTERO, « Éléments pour une théorie de la déclaration de volonté transmise à distance », in *Liber Amicorum Michel Coipel*, Kluwer, 2004, pp. 347-370. Les développements ultérieurs démontrent que lors du processus d'inscription à un réseau social, l'acceptation de l'offre est automatisée et celle-ci est enregistrée dès son expression. Il faut noter que la volonté des parties prévaut, « la théorie de la réception représente une règle supplétive », E. MONTERO, « La conclusion du contrat à distance », in *Obligations : traité théorique et pratique*, II.1.4, P. JADOUL (rédacteur en chef), Kluwer, p. 76. Or, en l'espèce, nous verrons que le souhait du fournisseur du réseau social est généralement que le contrat soit parfait par la simple utilisation du site, et donc immédiatement dès la première visite.

⁽⁴⁹⁾ J. CARBONNIER, *Droit civil, Les obligations*, Paris, P.U.F., 1992, p. 86.

⁽⁵⁰⁾ J. GHESTIN, *Traité de droit civil, Les obligations, Le contrat : formation*, Paris, L.G.D.J., 1988, p. 187.

⁽⁵¹⁾ V. not. P. WÉRY, « Nullité, inexistance et réputé non écrit », in *La nullité des contrats*, P. WÉRY (sous la coord. de), Formation permanente C.U.P., Université de Liège, vol. 88, 2006, Bruxelles, De Boeck et Larcier, pp. 39-55 ; article 1108 du C. civ.

⁽⁵²⁾ Article 2.1.1 des principes d'Unidroit relatifs aux contrats du commerce international, adoptés par le Conseil de Direction d'Unidroit à sa 83^e session tenue à Rome les 19-21 avril 2004 (ci-après « principes Unidroit »), disponibles sur : <http://www.unidroit.org/french/principles/contracts/principles2004/blackletter2004.pdf>.

⁽⁵³⁾ À ce propos, v. T. STAROSSELETS, « Offre et acceptation : principes et quelques questions spéciales », in *Le processus de formation du contrat*, M. VANWIJCK-ALEXANDRE et P. WÉRY (sous la coord. de), Formation permanente C.U.P., Université de Liège, vol. 72, 2004, Bruxelles, De Boeck et Larcier, 2004, pp. 63-67. Dans l'hypothèse des réseaux sociaux, il n'y a aucune négociation. V. aussi J. STICHELBAUT, « La période précontractuelle, La rencontre des consentements », in *Obligations : traité théorique et pratique*, P. JADOUL (rédacteur en chef), Kluwer, II.1.4, pp. 81-82.

⁽⁵⁴⁾ V. *infra* n°s 49 et s., ainsi que 69 et s. concernant l'adhésion.

9. En droit des contrats, le principe du consensualisme règne: aucune forme particulière n'est en principe requise pour la conclusion d'un contrat⁽⁵⁵⁾. Exceptionnellement, un «formalisme de validité»⁽⁵⁶⁾ peut être exigé. Le contrat «se forme par le seul accord de volontés des parties, quelle que soit la manière dont les volontés se sont manifestées»⁽⁵⁷⁾. Il «existe dès l'extériorisation réciproque du consentement, et est parfaitement valable, indépendamment de toutes les règles de preuve»⁽⁵⁸⁾. L'article 1134 du Code civil est l'«expression du principe de la force créatrice des seules volontés»⁽⁵⁹⁾.

10. Il s'agit donc, en matière d'«e-socialisation», d'identifier une concordance des volontés du fournisseur du réseau et de son utilisateur internaute. Et, classiquement, la volonté *réelle* «prévaut toujours contre la volonté *déclarée*»⁽⁶⁰⁾ (nous soulignons). Cette dernière «n'a d'efficacité que dans la mesure où elle reproduit fidèlement la volonté réelle»⁽⁶¹⁾. À ce sujet, «en nous appuyant sur la psychologie, nous ne devons tenir compte des résolutions individuelles que tout autant qu'elles se présentent comme une coordination hiérarchique de désirs et de tendances rationnelles, et *non comme de simples désirs*»⁽⁶²⁾ (nous soulignons). Toutefois, l'on observa déjà à l'époque une «certaine tendance à attacher une *importance plus grande à la volonté déclarée*», la tâche du juge risquant d'être «divinatoire» et la sécurité juridique pouvant être entravée⁽⁶³⁾; «[s]i l'on compte dans chaque vie humaine ce qui doit être inscrit au compte de l'automatisme, de l'habitude, des passions, et surtout de l'imitation, on verra que le nombre des actes purement volontaires au sens strict du mot est bien petit»⁽⁶⁴⁾. «Plus exactement, au cas de non-concordance entre cette volonté réelle et la confiance légitime du créancier, le besoin de sécurité juridique peut à certaines conditions faire prévaloir cette dernière»⁽⁶⁵⁾. Là, si une partie croit

(55) V. en synthèse, quant au principe du consensualisme, C. DELFORGE, «La formation des contrats sous un angle dynamique, Réflexions comparatives», in *Le processus de formation du contrat, Contributions comparatives et interdisciplinaires à l'harmonisation du droit européen*, M. FONTAINE (sous la dir. de), Bruxelles, Bruylant, 2002, pp. 152-153.

(56) V. P. WÉRY, *op. cit.*, pp. 39 et 55.

(57) P. BRASSEUR, «Le formalisme dans la formation des contrats, Approche de droit comparé», in *Le processus de formation du contrat...*, M. FONTAINE (sous la dir. de), *op. cit.*, p. 610.

(58) *Ibid.*

(59) I. MOREAU-MARGRÈVE, «Les conditions générales de vente», in *Renaissance du phénomène contractuel*, Séminaire organisé à Liège les 22, 23 et 24 octobre 1970, Faculté de droit de Liège, La Haye, Martinus Nijhoff, 1971, p. 304.

(60) H. DE PAGE, *Traité élémentaire de droit civil belge*, tome I, Bruxelles, Bruylant, 1962, p. 37.

(61) H. et L. MAZEAUD, J. MAZEAUD et F. CHABAS, *Leçons de droit civil*, tome 2, 1^{er} volume, Paris, Monchrestien, p. 108.

(62) R. DEMOGUE, *Les notions fondamentales du droit privé, essai critique*, Paris, Éditions La mémoire du droit, 2001, p. 288.

(63) H. DE PAGE, *op. cit.*, p. 40.

(64) R. DEMOGUE, *op. cit.*, p. 290.

(65) J. GHESTIN, *op. cit.*, p. 192.

légitimement que la volonté déclarée par l'autre est réelle, le contrat peut se former⁽⁶⁶⁾.

Quoi qu'il en soit, le juge apprécie souverainement l'existence et la portée d'une manifestation de volonté, dans les limites du respect de la foi due aux actes d'où cette manifestation est déduite, et de la hiérarchie des preuves⁽⁶⁷⁾.

⁽⁶⁶⁾ « If there is a discrepancy between one party's actual will and his declared will, the contract will still be created if the other party could, in the given circumstances, reasonably trust that the expressed will corresponded with the actual will (theory of trust – *vertrouwensleer*) », B. VAN OUDENHOVE, « The Formation of Contracts through the Internet », in *A Decade of Research @ the Crossroads of Law and ICT*, J. DUMORTIER, F. ROBBEN et M. TAEYMANS (éds), Bruxelles, De Boeck & Larcier, 2001, p. 390. Il a par exemple récemment été jugé qu'une partie n'était pas liée par ses déclarations si l'autre partie ne pouvait pas légitimement croire que la volonté déclarée correspondait à la volonté réelle de la partie adverse, v. Comm. Gand, 13 novembre 2008, *D.A.O.R.*, 2009, p. 52: « *Krach-tens de vertrouwensleer is een partij gebonden door wat hij verklaarde indien de wederpartij er recht-matig op mocht vertrouwen dat de verklaarde wil overeenstemde met werkelijke wil van de verkoper [...]. Dit betekent dat dezelfde partij niet gebonden is door wat hij verklaarde indien de wederpartij er niet rechtmatig op mocht vertrouwen dat de verklaarde wil overeenstemde met de werkelijke wil van de verkoper* », p. 54. V. encore de manière générale, A. BOUCQUEY, « La confiance légitime et les tiers », in *Obligations: traité théorique et pratique*, P. JADOUL (rédacteur en chef), Kluwer, II.5, pp. 211-214, et les références citées. Un cas hollandais « amusant » peut être évoqué, *Gerechtshof's-Hertogenbosch*, 22 januari 2008 (STICHTING POSTWANORDER TEGEN OTTO B.V.), zaaknummer KG C0700350/BR, LJN nummer BC2420, ci-après « *Otto* », disponible sur <http://internetrecht.mrjurre.nl/>. Otto est une entreprise spécialisée dans la vente par correspondance d'articles de consommation et dispose d'un site Web où des commandes peuvent être effectuées. Le litige est né du fait que le site Web comportait une erreur de prix – anormalement bas – quant à un écran LCD. Environ 11.490 consommateurs se sont jetés sur l'offre et ont commandé environ 14.000 téléviseurs. L'offre a ensuite été retirée par Otto qui a notifié aux acheteurs, par courrier, l'annulation des commandes. Environ 850 consommateurs se sont alors affiliés à une fondation visant la défense de leurs droits et la reconnaissance de la validité des conventions en justice. La Cour a d'abord conclu qu'il n'y avait pas d'offre valable dans le chef d'Otto, celle-ci résultant d'une erreur et étant non conforme à la volonté d'Otto, malgré qu'il y ait eu confirmation automatique des commandes (points 4.9 – 4.10). Mais, en droit néerlandais, l'absence d'une offre valable n'entraînant pas nécessairement l'inexistence de la prétendue convention, la Cour analyse si la confiance légitime (*gerechtvaardigd vertrouwen*) du consommateur ne peut pas conduire à la formation du contrat (article 3:35 C. civ. néerlandais). Il s'agit de déterminer si le consommateur, au moment où il a accepté l'offre et dans les circonstances données, pouvait raisonnablement croire que cette offre était juste (point 4.15). À ce propos, la Cour a affirmé que: « *[e]n gemiddeld geïnformeerd consument weet immers, althans behoort te weten, dat de prijzen van vergelijkbare lcd televisies variëren van circa € 700,00 tot ongeveer € 1.300,00* », alors que le prix proposé était de 99,00 € (point 4.16). La Cour poursuit, « *[z]o het de consument al niet meteen duidelijk behoort te zijn dat hier een vergissing in het spel is, dan is het verschil in prijs zo aanzienlijk dat er in ieder geval reden is voor twijfel. Ingeval van twijfel omtrent de juistheid van de prijs dient de consument dienaangaande nader onderzoek te verrichten (artikel 3:11 BW) [...]. Kortom: ook bij twijfel hadden de consumenten kunnen en moeten weten dat de door Otto vermelde prijs een vergissing was* » (point 4.17). En conclusion, la Cour juge qu'il n'y a pas contrat. Un cas similaire s'est produit à Singapour concernant la vente d'imprimantes laser à 66 \$ pièce plutôt qu'à leur prix réel de 3.854 \$; v. A. PHANG BOON LEONG, « Contract Formation and Mistake in Cyberspace – The Singapore Experience », *Singapore Academy of Law Journal*, 2005, p. 361. Les contrats furent viciés par « *the doctrine of unilateral mistake* ».

⁽⁶⁷⁾ V. not. au sujet de la foi due aux actes, Cass., 9 mai 1980, *Pas.*, 1980, I, 1127, et Cass., 16 juin 2005, n° de rôle C040017F, disponible sur <http://jure.juridat.just.fgov.be>. Le tribunal de première

11. Si la prévalence de la volonté réelle demeure le principe, une conséquence s'ensuit: «[t]oute erreur sur les conditions véritables du contrat entraîne la nullité de ce contrat»⁽⁶⁸⁾, la volonté ne pouvant se former sur des «croyances erronées»⁽⁶⁹⁾. Cela va de soi mais il convient d'insister dans le contexte des sites Web étudiés: cette volonté «suppose la connaissance»⁽⁷⁰⁾. Si l'information manque quant à un élément subjectivement ou objectivement essentiel au contrat conclu, l'existence de ce dernier risque la remise en question⁽⁷¹⁾. Tout aussi fondamentalement, l'information fausse – la publicité trompeuse –, lacunaire ou incomplète, du cocontractant peut vicier son consentement. Qu'il soit induit en erreur⁽⁷²⁾, pour autant qu'un homme raisonnable eût également commis celle-ci⁽⁷³⁾, ou qu'il soit dolosivement⁽⁷⁴⁾ amené à consentir. D'où le

instance de Bruxelles, dans une affaire où l'interprétation d'un testament était en cause, a rappelé «[q]ue le principe essentiel en matière contractuelle comme en cas d'engagement par volonté unilatérale est la recherche de la volonté réelle des parties ou, du moins, de celle qui s'oblige», pour souligner ensuite la nécessité du respect de la «hiérarchie des preuves» et de la «foi due aux actes». Il a en outre précisé que «la foi due aux actes ne peut empêcher le juge de s'écarter de leurs termes qui ne sont clairs qu'en apparence mais se révèlent, par leur confrontation avec les autres éléments de l'espèce soit ambigus, soit incompatibles avec l'intention de l'auteur de l'acte clairement exprimée par ailleurs», Civ. Bruxelles, 13 février 1997, *Rev. not. b.*, 2000, p. 416. V. encore O. CAPRASSE, «Violation de la foi due aux actes et recours en annulation des sentences arbitrales», *R.D.J.P.*, 2007, pp. 41-42. Dans le contexte des réseaux sociaux étudiés, il n'y a toutefois jamais d'acte sous seing privé, d'écrit *signé*, v. article 1322 du C. civ.

⁽⁶⁸⁾ H. et L. MAZEAUD, J. MAZEAUD et F. CHABAS, *op. cit.*, p. 40.

⁽⁶⁹⁾ R. DEMOGUE, *op. cit.*, p. 295.

⁽⁷⁰⁾ J. CARBONNIER, *op. cit.*, p. 82.

⁽⁷¹⁾ V. en ce sens C. BIQUET-MATHIEU et J. DECHARNEUX, «Aspects de la conclusion du contrat par voie électronique», in *Le commerce électronique: un nouveau mode de contracter?*, actes du colloque organisé par la Faculté de Droit de l'Université de Liège (Unité Droit privé) et la Conférence libre du Jeune Barreau de Liège le 19 avril 2001, Liège, Éditions du Jeune Barreau de Liège, 2001, p. 181.

⁽⁷²⁾ Pour la définition de l'erreur comme vice du consentement, v. par ex. Cass., 24 septembre 2007, *R.G.D.C.*, 2009, p. 216, et note de D. PHILIPPE, p. 218. La Cour juge dans cet arrêt que «[l']erreur constitue une cause de nullité de la convention lorsqu'elle tombe sur la substance même de la chose qui en est l'objet. La substance de la chose est tout élément qui a déterminé principalement la partie à contracter, que le cocontractant ne pouvait ignorer et sans lequel le contrat n'aurait pas été conclu». Et «la qualité substantielle de la chose sur laquelle a porté l'erreur doit avoir été comprise comme telle dans la commune intention des deux parties contractantes», Liège, 7 avril 2003, n° de rôle 2001/RG/11, disponible sur <http://jure.juridat.just.fgov.be>.

⁽⁷³⁾ V. par ex. Cass., 28 juin 1996, *Pas.*, 1996, I, 267.

⁽⁷⁴⁾ V. par ex. Cass., 16 septembre 1999, *Pas.*, 1999, I, 465, «le dol au sens de l'article 1116 du Code civil implique qu'un contractant utilise des artifices intentionnellement, en vue d'inciter la partie adverse à conclure le contrat». Et «la réticence lors de la conclusion d'une convention peut, dans certaines circonstances, être constitutive d'un dol au sens de l'article 1116 du Code civil, lorsque la partie ignorante du fait omis n'aurait pas conclu le contrat si elle avait eu connaissance de ce fait». Une fausse publicité, mensongère, pourrait aussi être constitutive d'un dol, v. Cass., 18 février 1999, *Pas.*, 1999, I, p. 96, où la Cour décide que: «[a]ttendu que le jugement attaqué relève "nombre d'indices sérieux révélateurs d'un dol dans le chef de la demanderesse", à savoir spécialement diverses inexactitudes dans la publicité faite par celle-ci et le caractère "totalement fallacieux" d'un test d'aptitude que la demanderesse fait passer aux candidats à un enseignement par correspondance; Que de

devoir d'information du fournisseur de réseau social, en amont de l'existence du contrat, doit être étudié (v. II).

B) Droit américain

12. Aux États-Unis, l'étude de la formation d'un contrat passe par le droit des États⁽⁷⁵⁾. Les solutions peuvent donc varier, un État – Californie – pouvant être « *consumer-friendly* », tandis qu'un autre – New York – le semblerait moins⁽⁷⁶⁾. Peu importe, la jurisprudence étudiée guidant le propos illustre une tendance à l'uniformité⁽⁷⁷⁾. Sans ambitionner l'exhaustivité, les réflexions évoquées en droit américain se fondent sur certaines sources, outre la jurisprudence, qu'il convient désormais de spécifier.

ces faits le juge du fond a pu légalement déduire l'existence de manœuvres dolosives ayant conduit la défenderesse à contracter». Bien entendu, «le dol est uniquement pris en considération pour l'appréciation de la validité d'un contrat lorsque les manœuvres invoquées ont exercé quelque influence sur le consentement», Cass., 1^{er} décembre 1997, *Pas.*, 1997, I, p. 518. Si la réticence d'information n'est pas dolosive, en raison de l'absence dans le chef d'une partie de la volonté de tromper l'autre, elle peut néanmoins constituer une *culpa in contrahendo* lorsque l'importance de l'élément omis pour l'autre partie n'est pas ignorée par la partie le connaissant; v. par ex. Liège, 24 avril 2001, *R. G. D. C.*, 2004, p. 253.

⁽⁷⁵⁾ V. par ex. l'affaire *Realnetworks*: «[i]n order to determine whether the parties intended to submit to arbitration, a court reviews the contract at issue. [...] In so doing, a court employs the standard methods of contract interpretation, using state-law principles», U.S. District Court for the Northern District of Illinois, 8 mai 2000 (IN RE REALNETWORKS, INC., PRIVACY LITIGATION), ci-après «*Realnetworks*», disponible sur <http://www.internetlibrary.com>. V. aussi U.S. District Court for the District of Delaware, 5 novembre 2004 (LISA K. PRATTA V. AMERICAN GENERAL FINANCIAL SERVICES, INC.), ci-après «*Pratta*», disponible sur <http://www.ded.uscourts.gov/JJF/Opinions/Archive/Year2004/Nov2004/04-089.pdf>, et encore, U.S. District Court for the Eastern District of Pennsylvania, 30 mai 2007 (MARC BRAGG V. LINDEN RESEARCH, INC., AND PHILIP ROSEDALE), ci-après «*Bragg v. Linden Research*», disponible sur <http://www.paed.uscourts.gov/documents/opinions/07D0658P.pdf>.

⁽⁷⁶⁾ L.E. TRAKMAN, «Adhesion Contracts and the Twenty First Century Consumer», 2007, disponible sur <http://www.ssrn.com>, p. 58.

⁽⁷⁷⁾ Il est probable que la question étudiée, relevant des bases du droit des contrats, reçoive une réponse identique dans les différents États. Une Cour de l'Illinois souligne par exemple en notre matière que «the issues in this case involve basic contract law so there will be no substantial difference in the outcome of this case if Texas law is applied», Appellate Court of Illinois, Fifth District, 8 décembre 2005 (DEWAYNE HUBBERT, ELDEN L., CHRIS GROUT AND RHONDA BYINGTON V. DELL CORPORATION), ci-après «*Hubbert v. Dell*», disponible sur <http://www.state.il.us/court/Opinions/AppellateCourt/2005/5thDistrict/August/Html/5030643.htm>.

1) Restatement Second of Contracts

13. Le *Restatement (Second) of Contracts* (R.S.C.)⁽⁷⁸⁾, réalisé par l'*American Law Institute* (A.L.I.)⁽⁷⁹⁾, est une source de départ. Bien qu'il ne s'intègre pas en tant que tel dans la législation américaine, il en constitue néanmoins un substrat, fondé sur la jurisprudence et les tendances du *common law*⁽⁸⁰⁾ filtrées par de savants juristes. La plupart des principes de *common law* de droit des contrats y sont exposés⁽⁸¹⁾. Selon ce *Restatement*, «*an agreement is a manifestation of mutual assent on the part of two or more persons*»⁽⁸²⁾. Et «*a contract is a promise or a set of promises for the breach of which the law gives a remedy, or the performance of which the law in some way recognizes as a duty*»⁽⁸³⁾. En particulier, «*the formation of a contract requires a bargain in which there is a manifestation of mutual assent to the exchange and a consideration*»⁽⁸⁴⁾. Toutefois, d'une part, la négociation – *bargain* – ne sera pas nécessaire dans les hypothèses de *standard form contracts*⁽⁸⁵⁾. Et d'autre part, si une *consideration* – «*the passing of benefit between the parties*»⁽⁸⁶⁾ – est requise pour qu'un *agreement* acquière le statut de *contract* – un *legally enforceable agreement* –, certaines juridictions apprécient souplement cette exigence qui connaît en outre des exceptions⁽⁸⁷⁾.

⁽⁷⁸⁾ Disponible sur [http://www.lexinter.net/LOTWVers4/restatement_\(second\)_of_contracts.htm](http://www.lexinter.net/LOTWVers4/restatement_(second)_of_contracts.htm).

⁽⁷⁹⁾ À propos de l'A.L.I., voy. <http://www.ali.org/index.cfm?fuseaction=about.instituteprojects>.

⁽⁸⁰⁾ V. http://www.law.harvard.edu/library/services/research/guides/united_states/basics/restatements.php. À propos des *restatements*, v. N. PURTOVA, «Property rights in personal data: Learning from the American discourse», *Computer Law & Security Review*, 2009, p. 509.

⁽⁸¹⁾ V. <http://topics.law.cornell.edu/wex/contracts>.

⁽⁸²⁾ R.S.C. § 3.

⁽⁸³⁾ R.S.C. § 1.

⁽⁸⁴⁾ R.S.C. § 17 (1).

⁽⁸⁵⁾ V. R.A. HILLMAN et J.J. RACHLINSKI, «Standard-Form Contracting in the Electronic Age», 2001, disponible sur <http://www.ssrn.com>, p. 26. V. *infra* n° 66.

⁽⁸⁶⁾ G.J.H. SMITH, *Internet Law and Regulation, Special Report*, London, FT Law & Tax, 1996, p. 101. Cet ouvrage porte sur le droit anglais.

⁽⁸⁷⁾ «*An offer plus an acceptance adds up to an "agreement", but not one that is legally enforceable, that is, a contract*», R. DUNNE, *Computers and the law: an introduction to basic legal principles and their application in cyberspace*, Cambridge, Cambridge University Press, 2009, p. 25. Selon la «*consideration doctrine*», connaissant de nombreuses exceptions, «*the law will not enforce unilateral promises, but promises exchanged for something of value become legally binding contracts*»; «*the consideration doctrine remains the most important rule for distinguishing between unenforceable promises and contracts backed by law*», D. GAMAGE et A. KEDEM, «Commodification and Contract Formation: Placing the Consideration Doctrine on Stronger Foundations», *The University of Chicago L. Rev.*, 2006, 73, p. 1300. V. aussi R.A. HILLMAN et M.A. O'ROURKE, «Rethinking Consideration in the Electronic Age», 2009, disponible sur <http://www.ssrn.com>, p. 5. Ces auteurs soulignent toutefois que «*Courts manipulate or dispense with consideration if they believe a gift promise is important enough to enforce*» (p. 11). «*In short, under the rubric of "consideration" twentieth-century courts enforced promises that increased society's welfare, interpreted broadly, and that were capable of judicial administration*» (p. 12). À cet égard, l'apparente gratuité de réseaux sociaux n'est pas problématique. En effet, le service offert par le fournisseur de réseau social devrait constituer une *consideration*, tout

La question de l'*intention juridique* ne se poserait pas comme en droit belge, sans pour autant vouloir y hypertrophier sa portée. Ainsi le R.S.C. § 21 («*Intention to be legally bound*») stipule que «[n]either real nor apparent intention that a promise be legally binding is essential to the formation of a contract, but a manifestation of intention that a promise shall not affect legal relations may prevent the formation of a contract». Mais peut-être une certaine jurisprudence et une certaine doctrine pourraient-elles en juger différemment⁽⁸⁸⁾.

14. Un contrat peut se former par l'acceptation d'une offre. Et «*unless otherwise indicated by the language or the circumstances, an offer invites acceptance in any manner and by any medium reasonable in the circumstances*»⁽⁸⁹⁾. «*In the physical world, if an offeror says, "If you paint my house, I will give you \$500", the offeror is inviting the offeree to accept by performance. Similar reasoning applies to acceptance by performance in cyberspace*»⁽⁹⁰⁾. Le principe du consensualisme apparaît ainsi dans le R.S.C.

15. Le R.S.C. apporte enfin une précision quant aux *standardized agreements*: le cocontractant «*adopts the writing as an integrated agreement with respect to the terms included in the writing*»⁽⁹¹⁾. La volonté déclarée semble donc prévaloir⁽⁹²⁾; le futur contractant a le devoir de lire ce qui lui est soumis⁽⁹³⁾. Et selon l'«*objective theory of contracts*», en cas de dissonance entre la volonté réelle et la volonté manifestée d'une partie, l'on retiendra comme intention celle qu'une personne raisonnable placée dans la même situation que l'autre partie aurait retenue⁽⁹⁴⁾.

comme l'utilisateur du réseau constitue une audience entraînant des revenus publicitaires. Au sujet de la doctrine de la *consideration*, v. encore M.B. WESSMAN, «Recent Defenses of Consideration: Commodification and Collaboration», *Indiana L. Rev.*, vol. 41, 2008, p. 9, et v. p. 10, note de bas de page n° 3, pour d'autres références du même auteur.

⁽⁸⁸⁾ «*Pursuant to Delaware law, a contract "comes into existence if a reasonable person would conclude, based on the objective manifestations of assent and the surrounding circumstances, that the parties intended to be bound to their agreement on all essential terms"*» (nous soulignons), affaire *Pratta*. K. Mills écrit aussi par exemple que «*in a nutshell, Common Law sees a contract as a mutual declaration of an intention to be bound to stated, agreed terms, as evidenced by an offer by one party which is, eventually or immediately, accepted by the others*» (nous soulignons), K. MILLS, «Effective Formation of Contracts by Electronic Means: Does the World Need a Uniform Regulatory Regime?», in *Legal Issues in the Global Information Society*, D. CAMPBELL et C. BÁN (éds), New York, Oceana Publications, Inc., Dobbs Ferry, 2005, p. 405.

⁽⁸⁹⁾ R.S.C. § 30 (2).

⁽⁹⁰⁾ R. DUNNE, *op. cit.*, p. 41.

⁽⁹¹⁾ R.S.C. § 211 (1 et 2).

⁽⁹²⁾ R.S.C. § 211 (2).

⁽⁹³⁾ V. *infra* n° 77.

⁽⁹⁴⁾ V. à ce propos W.R. BARNES, «Toward a Fairer Model of Consumer Assent to Standard Form Contracts: in Defense of Restatement Subsection 211(3)», *Washington L. Rev.*, 2010, pp. 243-248, en particulier p. 246: «*[t]he gist of the objective theory of contracts is that promisees can take the manifestations of the promisor at face value for what such manifestations reasonably appear to*

2) Uniform Commercial Code

16. L'*Uniform Commercial Code* (U.C.C.)⁽⁹⁵⁾ constitue une deuxième source. Son projet a été réalisé par l'A.L.I. et la *National Conference of Commissioners on Uniform State Laws* (N.C.C.U.S.L.) dont l'objectif est de rédiger et proposer des réglementations uniformes pour les législations des États là où un tel besoin est ressenti⁽⁹⁶⁾. Ses propositions doivent donc être adoptées par les entités fédérées en tant que législation pour y être juridiquement contraignantes. En l'espèce, l'U.C.C., adopté par trente-quatre États⁽⁹⁷⁾, est pertinent en raison de son vaste champ d'application et de sa citation régulière dans la jurisprudence ultérieurement évoquée. Il concerne divers types de contrats comme les ventes, les baux, etc.⁽⁹⁸⁾. Dans le cadre du contrat de vente de biens par exemple, il apparaît qu'un tel contrat peut être réalisé «*in any manner sufficient to show agreement, including offer and acceptance, conduct by both parties which recognizes the existence of a contract, the interaction of electronic agents, and the interaction of an electronic agent and an individual*»⁽⁹⁹⁾. Quant à la formation du contrat par acceptation d'une offre, «*an offer to make a contract shall be construed as inviting acceptance in any manner and by any medium reasonable in the circumstances*»⁽¹⁰⁰⁾. Une deuxième occurrence du consensualisme apparaît.

3) Uniform Computer Information Transaction Act

17. L'*Uniform Computer Information Transaction Act* (U.C.I.T.A.)⁽¹⁰¹⁾ constitue une dernière illustration du consensualisme. Il concerne l'uniformisation des lois étatiques concernant les «*computer information transactions*»⁽¹⁰²⁾.

mean, unless the promisee actually knows otherwise». Comp. en droit belge les développements de la note de bas de page n° 66.

⁽⁹⁵⁾ Disponible sur <http://www.law.cornell.edu/ucc/ucc.table.html>.

⁽⁹⁶⁾ V. <http://www.nccusl.org/Update/DesktopDefault.aspx?tabindex=0&tabid=9>.

⁽⁹⁷⁾ V. http://www.nccusl.org/Update/uniformact_factsheets/uniformacts-fs-ucc1.asp.

⁽⁹⁸⁾ V. <http://www.law.cornell.edu/ucc/ucc.table.html>.

⁽⁹⁹⁾ U.C.C. § 2-204 (1). En outre, «*“agreement”, as distinguished from “contract”, means the bargain of the parties in fact, as found in their language or inferred from other circumstances, including course of performance, course of dealing, or usage of trade as provided in Section 1-303*» (U.C.C. § 2-204 (3)).

⁽¹⁰⁰⁾ U.C.C. § 2-206 (1) (a).

⁽¹⁰¹⁾ Disponible sur <http://www.law.upenn.edu/bll/archives/ulc/ucita/ucita200.htm>.

⁽¹⁰²⁾ U.C.I.T.A. s. 103. En outre d'une part, «*computer information means information in electronic form which is obtained from or through the use of a computer or which is in a form capable of being processed by a computer. The term includes a copy of the information and any documentation or packaging associated with the copy*», (U.C.I.T.A. s. 102 (a) (10)). Et d'autre part, «*“Computer information transaction” means an agreement or the performance of it to create, modify, transfer, or license computer information or informational rights in computer information. The term includes a support contract under Section 612. The term does not include a transaction merely because the parties' agreement provides that their communications about the transaction will be in the form of computer information*», (U.C.I.T.A. s. 102 (a) (11)).

À titre d'exemple, sont particulièrement visés par ce texte les accords de licence en matière de logiciels⁽¹⁰³⁾. L'U.C.I.T.A. a été adopté par la N.C.C.U.S.L. en juillet 1999 et n'a été reçu par loi qu'en Virginie et au Maryland⁽¹⁰⁴⁾. Il est en effet critiqué⁽¹⁰⁵⁾, certains États⁽¹⁰⁶⁾ ayant d'ailleurs le souhait de s'en prémunir par souci de protection de leurs citoyens⁽¹⁰⁷⁾. Néanmoins, le jeu contractuel de clauses d'élection de for et de choix de droit applicable est susceptible d'entraîner son applicabilité, le cas échéant, à des parties n'ayant aucun lien avec la Virginie ou le Maryland⁽¹⁰⁸⁾. Il pourrait certainement s'appliquer dans le contexte du *cloud computing* lorsqu'il est question d'utilisation d'un logiciel⁽¹⁰⁹⁾ en ligne (*software as a service*) et donc en matière d'«e-socialisation». En outre, toujours dans le contexte des réseaux sociaux, la convention conclue peut porter sur les données impliquées dans le réseau.

En vertu de l'U.C.I.T.A. et de manière similaire à l'U.C.C., un contrat peut être formé «*in any manner sufficient to show agreement*»⁽¹¹⁰⁾, et l'acceptation d'une offre peut se faire «*in any manner and by any medium reasonable under the circumstances*»⁽¹¹¹⁾. En outre, une personne peut exprimer son consentement aux termes d'un contrat si, notamment, en ayant eu la possibilité d'en passer en revue ou d'en copier les termes, elle adopte un comportement duquel elle a des raisons de savoir que l'on peut inférer ce consentement⁽¹¹²⁾.

⁽¹⁰³⁾ V. W.J. WOODWARD, «UCITA's Imperialism», disponible sur <http://www.ucita.com/pdf/WoodwardUcitaImperialism.pdf>, p.1.

⁽¹⁰⁴⁾ V. http://www.nccusl.org/Update/uniformact_factsheets/uniformacts-fs-ucita.asp.

⁽¹⁰⁵⁾ V. http://www.consumerlaw.org/initiatives/e_commerce/ucita/index.shtml. Ces critiques peuvent paraître étonnantes dès lors que l'U.C.I.T.A. semble plutôt refléter l'état actuel de la jurisprudence américaine évoquée, v. *infra* n°s 77 et s.

⁽¹⁰⁶⁾ À savoir, l'Iowa, la Caroline du Nord, le Vermont, la Virginie de l'Ouest et l'Idaho, v. <http://affect.ucita.com/links1.html#legislation>, consulté le 07/10/08.

⁽¹⁰⁷⁾ Ils ont adopté des «*Bomb-shelter*» *legislations* empêchant que ceux-ci soient soumis au U.C.I.T.A. en application de clauses de choix de juridiction et de loi désignant un État qui a intégré à sa législation le U.C.I.T.A. V. <http://affect.ucita.com/pdf/UCITABombShelter.pdf>.

⁽¹⁰⁸⁾ Il suffit de choisir contractuellement de rendre les juridictions de Virginie ou du Maryland compétentes et de choisir le droit de l'un de ces États comme droit applicable, v. W.J. WOODWARD, *op. cit.*, p. 6.

⁽¹⁰⁹⁾ Par exemple, Adobe Photoshop Express.

⁽¹¹⁰⁾ U.C.I.T.A. s. 202 (a).

⁽¹¹¹⁾ U.C.I.T.A. s. 203 (1).

⁽¹¹²⁾ U.C.I.T.A. s. 112 (a) (2). Et une telle possibilité de passer en revue les termes de l'accord existe uniquement si ces derniers sont mis à disposition d'une manière propre à attirer l'attention d'une personne raisonnable et à permettre cette revue.

II) DEVOIR D'INFORMATION

Dès lors que la volonté nécessite la connaissance⁽¹¹³⁾, il est essentiel d'étudier le devoir d'information incombant au fournisseur du réseau social – vérifiable « garantie »⁽¹¹⁴⁾ –, en droit belge (A) et en droit américain (B).

A) Droit belge

18. En synthèse et dans les limites des développements suivants, le prestataire du réseau social doit s'identifier, définir le service qu'il offre et ses caractéristiques, être clair et compréhensible et, enfin, spécifier méticuleusement l'utilisation envisagée des données à caractère personnel des utilisateurs. Il s'acquiesce de ces obligations via des pages Web, bien que les internautes puissent généralement le contacter via courrier (électronique ou papier). Ce vaste devoir d'information, selon les obligations, connaît quatre fondements à étudier et appliquer succinctement : la loi du 11 mars 2003 sur certains aspects juridiques de la société de l'information (L.S.S.I.)⁽¹¹⁵⁾, la loi du 14 juillet 1991 sur les pratiques du commerce et sur l'information et la protection du consommateur⁽¹¹⁶⁾ (L.P.C.)⁽¹¹⁷⁾ (2), la loi du 8 décembre 1992 relative à la protection de la vie privée à l'égard des traitements de données à caractère personnel (L.V.P.)⁽¹¹⁸⁾ (3) et enfin, le droit commun (4). Seules certaines obligations consacrées dans ces réglementations – particulièrement pertinentes en l'espèce – sont étudiées.

⁽¹¹³⁾ V. *supra* n° 11.

⁽¹¹⁴⁾ B. VAN OUDENHOVE, *op. cit.*, p. 383.

⁽¹¹⁵⁾ Citée à la note de bas de page n° 10.

⁽¹¹⁶⁾ À titre informatif, le droit communautaire en matière de protection du consommateur est actuellement en cours de simplification et de modification, v. la proposition de directive du Parlement européen et du Conseil relative aux droits des consommateurs, 8 octobre 2008, COM (614) final. Cette proposition n'est pas intégrée à la présente réflexion.

⁽¹¹⁷⁾ M.B., 29 août 1991. La L.P.C. a été récemment refondue dans la loi du 6 avril 2010 relative aux pratiques du marché et à la protection du consommateur (M.B., 12 avril 2010), ci-après « L.P.M.P.C. », qui entrera en vigueur trente jours après sa publication (article 142) et abrogera à cette occasion la L.P.C. (article 138, 1°). Toutefois, le propos est focalisé sur la L.P.C.

⁽¹¹⁸⁾ M.B., 18 mars 1993. C'est dans cette loi qu'a été transposée la directive (CE) n° 95/46 du Parlement et du Conseil du 24 octobre 1995, relative à la protection des personnes physiques à l'égard du traitement des données à caractère personnel et à la libre circulation de ces données, J.O., L. 281 du 23 novembre 1995, par la loi du 11 décembre 1998 transposant la directive 95/46/CE du 24 octobre 1995 du Parlement européen et du Conseil relative à la protection des personnes physiques à l'égard du traitement de données à caractère personnel et à la libre circulation de ces données, M.B., 3 février 1999.

I) L.S.S.I.

A) APPLICABILITÉ MATÉRIELLE ET ARTICLES 7 ET 8

19. Les sociétés offrant Facebook, MySpace, LinkedIn, YouTube, Dailymotion, SecondLife et encore bien d'autres prestent des services de la société de l'information⁽¹¹⁹⁾ et sont incluses dans le champ d'application matériel de la L.S.S.I. L'internaute, en tant que *destinataire* de ce service – professionnel ou consommateur⁽¹²⁰⁾ – reçoit une certaine protection⁽¹²¹⁾. Les articles 7 et 8 de la L.S.S.I. retiennent notre attention.

Le fournisseur du réseau social doit d'abord assurer «un accès facile, direct et permanent»⁽¹²²⁾, pour les destinataires du service, à diverses informations⁽¹²³⁾ dont, en particulier, son identité, son adresse géographique, son adresse de courrier électronique, sa soumission ou non à des codes de conduite et comment il peut y être accédé et, avec une précision dépourvue d'ambiguïté, le prix du service offert.

«[A]vant que le destinataire du service ne passe une commande par voie électronique»⁽¹²⁴⁾, le prestataire doit ensuite notamment lui communiquer «de manière claire, compréhensible et non équivoque», «les langues proposées pour la conclusion du contrat»⁽¹²⁵⁾ et «les différentes étapes techniques à suivre pour conclure le contrat»⁽¹²⁶⁾. Ce processus technique doit être explicité pour éviter que l'internaute soit lié contractuellement avant de le savoir⁽¹²⁷⁾ – évitement des

⁽¹¹⁹⁾ V. *supra*, n° 2.

⁽¹²⁰⁾ V. article 2, 5° de la L.S.S.I. définissant le destinataire du service de la société de l'information.

⁽¹²¹⁾ Certaines dispositions visent toutefois spécifiquement le consommateur (défini à l'article 2, 6° de la L.S.S.I.), v. articles 6, al. 3, 2°, 11 et 12 de la L.S.S.I.

⁽¹²²⁾ A.R. Lodder écrit, quant à la directive 2000/31 d'où sont issus ces termes : «[t]his means in the first place that it must be possible to obtain the information without much effort (easily) or additional acts (directly) being necessary. So, on a website the information must be stored in html-like language and the information must be found without the need to explore a number of the site's web pages». Au sujet de l'accessibilité permanente, l'auteur évoque trois interprétations à combiner : «[f]irst, that the information may not alter during a visit to a website. Second, that the recipient must have the opportunity to store the information. Finally, and related to the prior interpretation, that the information may not be presented in transitory way, e.g., a pop-up window». A.R. LODDER, «Directive 2000/31/EC on certain legal aspects of information society services, in particular electronic commerce, in the Internal Market», in *eDirectives: Guide to European Union Law on E-Commerce*, A.R. LODDER et H.W.K. KASPERSEN, Kluwer Law International, 2002, p. 77.

⁽¹²³⁾ Article 7 de la L.S.S.I.

⁽¹²⁴⁾ Postérieurement, le prestataire de service doit aussi accuser réception de la commande, article 10 de la L.S.S.I.

⁽¹²⁵⁾ Article 8, § 1^{er}, 1° de la L.S.S.I.

⁽¹²⁶⁾ Article 8, § 1^{er}, 2° de la L.S.S.I.

⁽¹²⁷⁾ En ce sens à propos de l'article 10, 1°, a) de la directive 2000/31, v. A.R. LODDER, *op. cit.*, p. 83.

« consentements surpris »⁽¹²⁸⁾. L'utilisateur du réseau social doit donc savoir si sont en cause des *clickwrap*, *browserwrap* ou *webwrap contracts*⁽¹²⁹⁾. Mais *passet-il une commande*? Oui, si le texte reçoit une interprétation téléologique⁽¹³⁰⁾. Quant aux langues, en exigeant de préciser dans quelle(s) langue(s) le contrat peut être conclu, le droit belge, d'origine communautaire sur ce point⁽¹³¹⁾, entérinerait la faculté, pour le fournisseur du réseau social, de proposer à l'internaute de contracter dans une langue spécifique qui, le cas échéant, n'est pas la sienne.

Enfin, selon l'article 8, § 2 de la L.S.S.I., « [l]es clauses contractuelles et les conditions générales communiquées au destinataire doivent l'être d'une manière qui lui permette de les conserver et de les reproduire », sans que soit imposée leur communication⁽¹³²⁾. Ceci est important eu égard au fait que les conditions d'utilisation et la politique de confidentialité des sites de socialisation peuvent constituer de telles conditions et être fréquemment modifiées.

B) APPLICATION

20. L'utilisateur du réseau social doit donc toujours pouvoir constater aisément que son futur cocontractant est une société située, par exemple, aux États-Unis. Dans les cas cités précédemment, il peut identifier le prestataire de service via les conditions d'utilisation ou la politique de confidentialité et le contacter via mail ou courrier traditionnel. Toutefois, souvent, l'adresse de courriel mise à disposition concerne des problèmes spécifiques rencontrés par l'utilisateur (en matière de vie privée, de droit d'auteur, d'abus dans l'utilisation du site, de « spam », etc.⁽¹³³⁾). Il arrive aussi, comme dans les cas de LinkedIn et Facebook, que les politiques de confidentialité signalent l'adhésion à un code

⁽¹²⁸⁾ C. BIQUET-MATHIEU et J. DECHARNEUX, « Contrats par voie électronique et protection des consommateurs... », *op. cit.*, 2003, p. 41. V. également E. MONTERO, « La conclusion du contrat à distance », in *Obligations...*, *op. cit.*, p. 96.

⁽¹²⁹⁾ V. *infra* n^{os} 53-56.

⁽¹³⁰⁾ Il y a indiscutablement commande d'un service lorsque l'internaute doit s'inscrire. Lorsqu'il se contente d'utiliser un site Web, sans inscription préalable, peut-être est-il moins évident de considérer qu'il y a commande. La requête qu'il effectue pour accéder à un site Web devrait pouvoir être considérée comme telle.

⁽¹³¹⁾ V. article 10, 1^o, d) de la directive 2000/31.

⁽¹³²⁾ La L.S.S.I. n'impose pas la communication des conditions générales, v. E. MONTERO, « Avatars des contrats... », *op. cit.*, p. 162. V. en ce sens également C. BIQUET-MATHIEU et J. DECHARNEUX, « Aspects de la conclusion du contrat par voie électronique », in *Le commerce électronique: un nouveau mode de contracter?*, actes du colloque organisé par la Faculté de Droit de l'Université de Liège (Unité Droit privé) et la Conférence libre du Jeune Barreau de Liège le 19 avril 2001, Liège, Éditions du Jeune Barreau de Liège, 2001, p. 172.

⁽¹³³⁾ On peut par exemple citer YouTube (et Google donc), Facebook, Twitter et LinkedIn. Par exemple, sur MySpace, un mail peut être envoyé à l'adresse relative à la vie privée afin d'obtenir une copie des conditions d'utilisation. Nous pourrions dès lors imaginer que l'adresse en principe – selon sa lettre – destinée à la vie privée puisse servir plus largement. Un lien se situe à la fin des conditions,

de conduite en matière de protection des données, plus particulièrement, à un *privacy seal program*⁽¹³⁴⁾.

Renseigner comme gratuit un site dont l'utilisation est rémunérée par de la publicité impliquant le traitement de données à caractère personnel serait trompeur. Le site Facebook révèle sur sa page d'accueil que «Le site est gratuit et ouvert à tous». Ce n'est que dans la politique de confidentialité essentiellement – accessoirement dans les conditions d'utilisation –, qui est située ailleurs, que l'utilisation de données personnelles à des fins publicitaires apparaît⁽¹³⁵⁾. Une meilleure information est nécessaire.

L'information quant aux étapes techniques nécessaires à la conclusion du contrat est en outre tardive lorsque l'utilisateur est réputé contracter par la simple utilisation du site et que celle-ci ne requiert pas son inscription ; à peine «arrivé», il a contracté, il est pris au dépourvu sans que la page par laquelle il «entre» ne l'avertisse. Toutefois lorsqu'il s'inscrit préalablement, il est averti de la portée des clics qu'il réalise à cette occasion⁽¹³⁶⁾.

21. La question de la langue du contrat⁽¹³⁷⁾ est aussi fréquemment abordée dans les conditions d'utilisation. Généralement, les réseaux sociaux offerts en français publient aussi leurs conditions et politiques diverses dans cette langue⁽¹³⁸⁾. Mais il est parfois stipulé que ces conditions sont en vigueur telles que rédigées en anglais, cette dernière langue prévalant en cas de contradiction. Sur SecondLife, la couleur était originairement annoncée dès le consentement par clic de l'internaute s'inscrivant : «J'ai lu et j'accepte les conditions d'utilisation (en anglais)». Mais la situation a évolué. Cette précision a disparu et lesdites conditions existent exclusivement en anglais. La langue proposée est *implicitement* l'anglais. Sur YouTube, la version en langue anglaise régit la relation de l'internaute avec la société du même nom, malgré la mise à disposition – «par commodité» – d'une version française le précisant *explicitement*.

comme sur Twitter, pour permettre de poser des questions quant aux conditions d'utilisation. Ces liens renvoient toutefois, respectivement, à une page de FAQs et une page descriptive.

(134) V. *infra* n° 47.

(135) V. *infra* n° 61 et s. quant aux politiques de confidentialité.

(136) V. *infra* n° 49 et s.

(137) La langue dans laquelle doivent être fournies les informations requises devrait être celle avec laquelle l'internaute a été ciblé par le site partiellement traduit ; v. à ce sujet C. BIQUET-MATHIEU et J. DECHARNEUX, «Contrats par voie électronique et protection des consommateurs...», *op. cit.*, pp. 48-50. Si le contrat peut être conclu dans une langue donnée, les obligations d'information en cause doivent aussi être exécutées dans cette langue.

(138) Les réseaux sociaux sont généralement traduits en français. À leur origine, tel n'est par contre souvent pas le cas. Au fur et à mesure de leur croissance, ils sont traduits. Au sein des réseaux évoqués, Twitter est l'exemple le plus récent à ce sujet. En outre, les conditions d'utilisation et politiques, lorsqu'elles sont modifiées, ne sont pas toujours immédiatement traduites. Facebook illustre cette réalité lorsqu'il a été question de réformer *les terms of use* en un *Statement of Rights and Responsibilities*. Il faut enfin parfois regretter le caractère approximatif du langage utilisé, v. par ex. Twitter.

Le site Facebook consacrait le premier paragraphe de ses anciennes conditions d'utilisation à cette préoccupation⁽¹³⁹⁾, affirmant *explicitement* la prévalence de l'anglais. Désormais, la « Déclaration des droits et responsabilités » ne stipule plus rien à cet égard. Et la version anglaise se limite à préciser que « *this agreement was written in English (US)* ». *Implicitement* donc, l'internaute peut contracter en français avec Facebook. Il en est de même dans les cas de Twitter et de MySpace.

22. Enfin, en ce qui concerne les clauses contractuelles et les conditions générales que pourraient constituer les conditions d'utilisation et la politique de confidentialité⁽¹⁴⁰⁾, elles sont communiquées via des pages Web en principe directement imprimables, voire enregistrables sur le disque dur de l'ordinateur de l'internaute⁽¹⁴¹⁾, ou les textes peuvent encore être « copiés/collés » dans un document via un logiciel de traitement de texte. Sur MySpace par exemple, une copie peut être demandée via courriel. Dans le cas de Twitter, les « archives des précédentes » conditions d'utilisation et politiques de confidentialité peuvent en outre être consultées, et sur YouTube, « Nous vous conseillons d'imprimer ou d'enregistrer localement une copie de ces Conditions pour vos archives », une version archivée des conditions d'utilisation étant consultable. Dès lors que ces documents ne sont pas *directement* communiqués (via courriel ou par un téléchargement obligatoire) à l'internaute – ce qui serait préférable en tout cas dans une hypothèse d'inscription au site –, toutes leurs versions devraient demeurer accessibles à partir des sites en question. En pratique, ces documents étant *consultables*, une communication *plus directe* serait préférable et paraîtrait plus proche de la lettre de l'article 8, § 2 de la L.S.S.I. Une décision hollandaise semble d'ailleurs reconnaître que l'accessibilité des conditions générales via un hyperlien ne suffit pas à satisfaire l'exigence en cause issue de la directive 2000/31⁽¹⁴²⁾.

⁽¹³⁹⁾ « La traduction de ce document en Français (France) est fournie à titre purement indicatif. En cas d'incohérence, la version anglaise de ce document (disponible ici) sera la seule version régissant votre relation avec Facebook au plan juridique ».

⁽¹⁴⁰⁾ V. *infra* n°s 61 et s.

⁽¹⁴¹⁾ C. BIQUET-MATHIEU et J. DECHARNEUX, « Contrats par voie électronique et protection des consommateurs... », *op. cit.*, 2003, pp. 65-67. Cependant, certaines parties de la page ne seront pas nécessairement enregistrées. L'internaute est cependant toujours libre de faire une capture d'écran mais, nous semble-t-il, c'est là « lui en demander de trop ».

⁽¹⁴²⁾ V. Rechtbank Dordrecht, 16 octobre 2006 (BER BV TEGEN [GEDAAGDE]), zaaknummer 181142 CV EXPL 06-552, LJN nummer AZ1675, disponible sur <http://internetrecht.mrjurre.nl/>. Dans cette affaire, la société BER BV et son site butterfly.nl de vente de dvd érotiques sont en cause (v. la note de bas de page n° 406, où une affaire antérieure concernant la même société est explicitée). Le tribunal a décidé que (point 5) : « *algemeen wordt aanvaard dat het voor een consument onvoldoende duidelijk is dat er algemene voorwaarden van toepassing zijn, indien men daarvan slechts kennis kan nemen op de wijze als door BER aangegeven, nu deze voorwaarden hem niet zijn toegezonden c.q. ter hand zijn gesteld, nog daargelaten dat de door [gedaagde] aangehaalde richtlijn en het daarop gebaseerde lid 1 sub c van artikel 6:234 BW met ingang van 30 juni 2004 in onze nationale wetgeving is*

23. Bref, les développements précédents illustrent que le devoir d'information du fournisseur du réseau social est tantôt satisfait, tantôt approximatif et parfois insuffisant. Dans tous les cas, les éléments évoqués, à garder à l'esprit, peuvent influencer quant à la recherche des « termes » qui sont entrés dans le « champ contractuel »⁽¹⁴³⁾ et quant à l'existence d'une éventuelle erreur de l'internaute.

2) L.P.C.

A) APPLICABILITÉ MATÉRIELLE

La L.P.C., contrairement à la L.S.S.I., nécessite qu'un *consommateur* soit en cause, ce dernier devant être en relation avec un *vendeur de services*⁽¹⁴⁴⁾.

24. Le consommateur est « toute personne physique ou morale qui acquiert ou utilise à des fins excluant tout caractère professionnel des produits ou des services mis sur le marché »⁽¹⁴⁵⁾. Il doit agir à des fins exclusivement privées⁽¹⁴⁶⁾. Si l'utilisateur du réseau social agit souvent dans un tel contexte, tel n'est pas toujours le cas eu égard aux finalités de certains réseaux sociaux – LinkedIn est conçu à dessein professionnel⁽¹⁴⁷⁾ –, ou aux finalités de certaines de leurs fonctionnalités – telles les Pages Facebook permettant la promotion d'une activité professionnelle, politique, etc., ou certaines pages MySpace réalisant la promotion de musiciens, etc. Par ailleurs, les utilisateurs des fonctions

geïmplementeerd, waaruit ook kan worden afgeleid dat geoordeeld werd dat de wijze van kennisneming in strijd met ons rechtssysteem is » (nous soulignons).

⁽¹⁴³⁾ L'expression est empruntée à C. BIQUET-MATHIEU et J. DECHARNEUX, « Contrats par voie électronique et protection des consommateurs... », *op. cit.*, 2003, p. 62.

⁽¹⁴⁴⁾ Il est toutefois important de relever que la L.P.M.P.C. définit autrement son champ d'application. La notion de vendeur est abandonnée au profit de celle d'« entreprise », l'entreprise étant définie comme « toute personne physique ou personne morale poursuivant de manière durable un but économique, y compris ses associations », article 2, 1°. V. à ce sujet également Projet de loi relatif aux pratiques du marché et à la protection du consommateur, Commentaire des articles, *Doc. parl.*, Ch. repr., sess. ord. 2009-2010, n° 2340/001, pp. 35-38. Par ailleurs, elle définit le concept de « service » comme « toute prestation effectuée par une entreprise dans le cadre de son activité professionnelle ou en exécution de son objet statutaire ». Comme le précise le commentaire des articles, ce concept « doit être interprété dans la signification la plus large possible qui y est donnée dans le langage de tous les jours, à savoir toutes prestations effectuées au profit des tiers dans le cadre d'une activité professionnelle. Sa signification dans le projet de loi est donc beaucoup plus large que dans la loi actuelle, où le terme services est limité aux prestations "qui constituent un acte de commerce ou une activité artisanale visée par la loi sur le registre de l'artisanat" », Commentaire des articles, *op. cit.*, p. 39. Les difficultés d'interprétation exposées dans la suite des développements ne se poseront donc plus à l'avenir.

⁽¹⁴⁵⁾ Article 1^{er}, § 1^{er}, 7° de la L.P.C.

⁽¹⁴⁶⁾ V. I. FERRANT, *Les pratiques du commerce (depuis les modifications législatives de 2007)*, Kluwer, 2008, pp. 17-19. Sur la notion de consommateur, v. par ex. Civ. Bruxelles (72° ch.), 12 novembre 2003, *J.T.*, 2004, pp. 185-186, où le tribunal considère que le consommateur visé par la L.P.C. est l'« utilisateur final ».

⁽¹⁴⁷⁾ Il serait en tout cas légitime, pour LinkedIn, de le considérer comme tel eu égard aux finalités du service que cette société offre.

publicitaires des sites sont également des professionnels. Dans ces quelques hypothèses, le prestataire du réseau social considérera légitimement que son utilisateur est professionnel.

25. L'internaute consommateur doit être face à un fournisseur de réseau social *vendeur de services*⁽¹⁴⁸⁾. Via ce dernier concept, défini par la L.P.C.⁽¹⁴⁹⁾, le législateur a voulu se dégager du carcan imposé par le concept de commerçant défini à l'article 1^{er} du Code de commerce⁽¹⁵⁰⁾. Le fournisseur du réseau social doit agir dans le cadre de son activité professionnelle ou en vue de la réalisation de son objet statutaire⁽¹⁵¹⁾. Toutefois, la définition du *service* contraint tout de même à se demander si le fournisseur du réseau social accomplit ou pas des « actes de commerce »⁽¹⁵²⁾, même s'il n'est pas nécessaire qu'il poursuive un but de lucre ou qu'il obtienne une contrepartie, dès lors que compte la nature de l'activité ou de l'acte en cause⁽¹⁵³⁾.

Ces actes, définis par les articles 2 et 3 du Code de commerce, sont de commerce en raison de leur nature ou s'ils sont posés par un commerçant⁽¹⁵⁴⁾. Conclure *a priori* que le fournisseur d'un réseau social est un commerçant simplifierait donc la réflexion, permettant d'éviter l'analyse de la liste « lacunaire », « obsolète », « désordonnée » et malgré tout limitative, interprétée certes largement par la jurisprudence⁽¹⁵⁵⁾, consacrée dans le Code de commerce. Mais ce

(148) Toutefois, certaines sections de la L.P.C. ont un champ d'application spécifique.

(149) Article 1^{er}, 6^o de la L.P.C.

(150) Projet de loi sur les pratiques du commerce et sur l'information et la protection du consommateur, rapport fait au nom de la Commission de l'économie, *Doc. parl.*, Sén., sess. 1986-1987, n^o 464/2, p. 9.

(151) Cette notion doit être interprétée dans son sens usuel, I. FERRANT, *op. cit.*, p. 12. Cette condition est requise par l'article 1^{er}, 6, a) de la L.P.C. Le cas échéant, la catégorie résiduaire de l'article 1^{er}, 6, c) pourrait être invoquée s'il n'était pas satisfait aux conditions de la définition précitée. En l'espèce, cela ne change pas l'analyse dès lors que la notion de service, à nouveau utilisée dans ladite définition, requiert la présence d'actes de commerce.

(152) V. I. FERRANT, *op. cit.*, pp. 11-17. La L.P.C. définit en effet la notion de service en son article 1^{er}, 2^o comme « toutes prestations qui constituent un acte de commerce ou une activité artisanale visée par la loi sur le registre de l'artisanat » (cette dernière loi n'étant pas pertinente en l'espèce). La Cour d'arbitrage a estimé que la jurisprudence de la Cour de cassation exigeant que soient en cause de tels actes et les dispositions concernées de la L.P.C. n'étaient pas contraires aux articles 10 et 11 de la Constitution, C.A., 13 juillet 2001, n^o 102/2001. L'ancien article 93 de la L.P.C. était en cause. La Cour ne s'est cependant pas prononcée sur l'éventuelle compatibilité des dispositions en cause au regard du droit communautaire, v. le point B.2.2.

(153) V. not. Cass., 13 septembre 2002, disponible sur <http://jure.juridat.just.fgov.be>. V. aussi par ex. Bruxelles, 20 décembre 2005, *Annuaire Pratiques du Commerce et Concurrence*, 2005, p. 451; Bruxelles, 14 janvier 2005, n^{os} de rôle 2003/2192 et 2003/2356, et 23 mai 2003, n^o de rôle 2002/AR/2531, dont les sommaires sont consultables sur <http://jure.juridat.just.fgov.be/>.

(154) V. article 2, al. 11 du C. comm., établissant une présomption réfragable.

(155) A. PUTTEMANS, « Le champ de la commercialité, Réflexions en vue de l'élaboration d'un Code du commerce et de la consommation », in *Bicentenaire du Code de commerce – Tweehonderd jaar Wetboek van Koophandel*, J.-P. BUYLE, W. DERIJCKE, J. EMBRECHTS et I. VEROUGSTRAETE (éds), Bruxelles, De Boeck & Larcier, 2007, p. 50.

détour est inévitable. En effet, le fournisseur du réseau social est généralement une société⁽¹⁵⁶⁾, et «la nature civile ou commerciale d'une société est déterminée par son objet»⁽¹⁵⁷⁾. Or, pour savoir si l'objet social d'une société est commercial, il faut observer si son objet statutaire⁽¹⁵⁸⁾ «consiste en l'accomplissement d'actes réputés commerciaux par la loi»⁽¹⁵⁹⁾...

Si le réseau social n'est accessible que moyennant paiement direct par l'utilisateur, il n'y pas de difficulté⁽¹⁶⁰⁾. Mais souvent, lesdites sociétés vendent de l'espace publicitaire sur leur site – à des fins de publicité ciblée ou non – étant entendu toutefois que l'utilisateur *de base* du site n'est en principe pas le «client» des services publicitaires mais bien l'«objet» de ceux-ci. Quoi qu'il en soit, lorsque le fournisseur du réseau social *vend* l'audience que constituent ses utilisateurs de base, il contracte avec ces derniers dans le cadre de son activité professionnelle. S'il n'y avait ni publicité, ni rémunération, l'applicabilité de la L.P.C. pourrait probablement être écartée. Une solution pour couper court aux difficultés d'interprétation évoquées serait de considérer que, *pour l'application de la L.P.C.*, la fourniture d'un service de la société de l'information, dans le cadre de l'activité professionnelle du prestataire⁽¹⁶¹⁾, constitue un acte de commerce, sans qu'il soit tranché sur la disposition du Code de commerce applicable. À cette fin, une distinction peut être faite entre les dispositions de la L.P.C. ayant une filiation communautaire et celles d'origine purement nationale.

Des dispositions de la L.P.C. sont d'origine communautaire et doivent donc être interprétées conformément au droit européen⁽¹⁶²⁾. La section 9 du chapitre 6

⁽¹⁵⁶⁾ V. *supra* n° 6.

⁽¹⁵⁷⁾ Article 3, § 2 du Code des sociétés.

⁽¹⁵⁸⁾ V. par ex. Gand, 17 avril 2002, *NjW*, n° 15, 26 décembre 2002, p. 538, où la Cour juge que «[h]et handelskarakter van een vennootschap wordt uitsluitend bepaald door de vraag of het statutair doel, zoals dit uit de oprichtingsakte blijkt, het verrichten van de in artikel 2 en 3 W.K.H. limitatief opgesomde daden van koophandel of burgerlijke daden tot voorwerp heeft (TILLEMANS, B., *Proces-handelingen van en tegen vennootschappen*, p. 99, Nr. 173). De feitelijke activiteit heeft in beginsel geen invloed op het handelskarakter van de vennootschap. Het feit dat de hoedanigheid van handelaar voortvlekt uit het statutair doel, en niet uit de feitelijke activiteit, impliceert dat de vennootschap haar hoedanigheid van handelaar behoudt (TILLEMANS, B., o.c., p. 105, Nrs. 184 en 186)».

⁽¹⁵⁹⁾ A. PUTTEMANS, *op. cit.*, pp. 57-58. V. aussi J.-P. BOURS et P. HERMANT, «Les principes généraux du droit des sociétés», in *Traité pratique de droit commercial*, tome 4, C. JASSOGNE (sous la dir. de), Kluwer, 1998, p. 16.

⁽¹⁶⁰⁾ Par exemple, sur LiveJournal, «[l']affichage des publicités dépend du type de compte». «Après avoir ouvert une session, l'utilisateur ne voit aucune publicité» lorsqu'il utilise un compte payant. J. BARRIGAR, *op. cit.*, p. 28. Le site True.com, de rencontre, est payant.

⁽¹⁶¹⁾ La L.S.S.I. ne requiert pas explicitement que le service de la société de l'information soit fourni dans le cadre de l'activité professionnelle de son prestataire, même s'il peut être plaidé en ce sens, v. C. BIQUET-MATHIEU et J. DECHARNEUX, «Contrats par voie électronique et protection des consommateurs...», *op. cit.*, 2003, pp. 20-22. Quoi qu'il en soit, la L.P.C. visant un «vendeur» qui doit agir dans le cadre d'une activité professionnelle, cette dernière condition devrait également être satisfaite dans le cas d'espèce.

⁽¹⁶²⁾ V. C.J.C.E., 13 novembre 1990 (MARLEASING SA CONTRE LA COMERCIAL INTERNACIONAL DE ALIMENTACION SA), C-106/89, *Rec.*, 1990, p. I-04135, point 8. Dans le cas où une interprétation

de la L.P.C. concernant les contrats à distance, particulièrement pertinente dans le contexte des réseaux sociaux, implique également le détour par le concept d'acte de commerce⁽¹⁶³⁾, alors que la directive 97/7⁽¹⁶⁴⁾, que transpose la section étudiée de la L.P.C., vise *plus largement* la relation entre un consommateur et «toute personne physique ou morale qui, dans les contrats relevant de la présente directive⁽¹⁶⁵⁾, agit *dans le cadre de son activité professionnelle*»⁽¹⁶⁶⁾ (nous soulignons). Rien ne s'oppose donc à son application à un service de la société de l'information tel qu'ici visé. Conclusion à laquelle devrait se rallier le droit belge conformément interprété. La référence indirecte à la notion d'acte de commerce en droit belge aurait d'ailleurs pu être évitée via une rédaction plus fidèle au texte de la directive 97/7, comme cela fut le cas en matière de clauses abusives⁽¹⁶⁷⁾.

Une autre interprétation, si nécessaire, peut être invoquée quant aux dispositions de la L.P.C. «exclusivement nationales». Les diverses sections de la L.P.C. disposent parfois de champs d'application propres, le cas échéant plus larges que le champ d'application originaire de la L.P.C., face auxquels certaines spécificités du Code de commerce doivent s'effacer lorsqu'elles ne s'y justifient pas⁽¹⁶⁸⁾. Pourquoi certains services de la société de l'information seraient-ils exclus plutôt que d'autres, alors qu'une même protection est due aux consommateurs parfois encore plus vulnérables dans le contexte des réseaux sociaux qu'ailleurs⁽¹⁶⁹⁾? Dans un tel contexte, la notion d'acte de commerce doit être interprétée de manière évolutive et conformément à la *ratio legis* des dispositions pertinentes de la L.P.C., de telle sorte que ces dernières lient les fournisseurs de réseaux sociaux.

conforme au droit communautaire n'est pas possible et que cela causerait un dommage, la responsabilité de l'État membre en cause serait susceptible d'être engagée, C.J.C.E., 19 novembre 1991 (ANDREA FRANCOVICH ET DANILA BONIFACI ET AUTRES CONTRE RÉPUBLIQUE ITALIENNE), aff. jointes C-6/90 et C-9/90, *Rec.*, 1991, p. I-05357, points 32-37.

⁽¹⁶³⁾ V. article 77, § 1^{er}, 1^o de la L.P.C.

⁽¹⁶⁴⁾ Directive (CE) n° 97/7 du Parlement européen et du Conseil du 20 mai 1997, concernant la protection des consommateurs en matière de contrats à distance, ci-après «directive 97/7», *J.O.*, L. 144 du 4 juin 1997.

⁽¹⁶⁵⁾ À savoir les contrats conclus à distance dont la définition vient d'être précisée et qui a été textuellement reprise en droit belge.

⁽¹⁶⁶⁾ V. article 2, 3^o de la directive 97/7.

⁽¹⁶⁷⁾ En matière de clauses abusives, la L.P.C. a été modifiée pour être mise en conformité avec le droit communautaire, en son chapitre V, section 2. Elle s'applique ainsi aisément dans le contexte des services de la société de l'information et des réseaux sociaux. V. article 31, § 2, 2^o de la L.P.C. Cette disposition élargit la notion de vendeur conformément à la directive (CEE) n° 93/13 du Conseil du 5 avril 1993, concernant les clauses abusives dans les contrats conclus avec les consommateurs (*J.O.*, L. 95 du 21 avril 1993) qui doit pouvoir s'appliquer aux services de la société de l'information en général.

⁽¹⁶⁸⁾ V. par ex. Bruxelles, 23 mai 2003, n° de rôle 2002/AR/2531, dont seul le sommaire est publié sur le site <http://jure.juridat.just.fgov.be>. Cette décision illustre que les motifs d'exclusion de certaines activités du champ de la commercialité ne valent pas nécessairement en matière de protection du consommateur où ils ne se justifient plus que ces activités soient exclues du champ d'application de la L.P.C.

⁽¹⁶⁹⁾ L'achat d'un dvd sur l'Internet est moins *risqué* pour un internaute que lorsqu'il est question de la gestion d'une quantité considérable de données à caractère personnel.

B) ARTICLES 30, 31, 78 ET 79 DE LA L.P.C.

26. La L.P.C. impose un devoir d'information particulier au fournisseur professionnel de réseau social, au profit de son cocontractant consommateur, d'une part, de façon tout à fait générale et, d'autre part, dans le cadre des contrats à distance. L'internaute cumulant les qualités de destinataire de service de la société de l'information et de consommateur bénéficie cumulativement des garanties de la L.S.S.I. et de celles, ci-après étudiées, de la L.P.C.

27. Tout d'abord, de manière générale, l'article 30 de la L.P.C.⁽¹⁷⁰⁾ prévoit qu'«au plus tard au moment de la conclusion de la vente, le vendeur doit apporter de bonne foi au consommateur les informations correctes et utiles relatives aux caractéristiques du produit ou du service et aux conditions de vente, compte tenu du besoin d'information exprimé par le consommateur et compte tenu de l'usage déclaré par le consommateur ou raisonnablement prévisible». Par écrit – via courriel, *chatroom*, pages Web, etc. – ou oralement – par téléphone, via des logiciels de *voice over IP* (Skype) –⁽¹⁷¹⁾, l'internaute doit en l'espèce être informé de ce qu'est un réseau social et de comment fonctionne un tel outil; c'est un minimum d'informations *utiles*.

Si l'obligation en question peut en outre porter sur des conditions contractuelles dérogatoires au droit commun, unilatéralement insérées par le professionnel, elle n'existerait pas quant aux clauses légalement régulières et considérées comme connues de tous; il n'y a pas d'obligation d'attirer l'attention sur le droit en vigueur⁽¹⁷²⁾. Ceci est regrettable dans le contexte des réseaux sociaux et du *cloud computing*, dès lors qu'un droit est souvent élu⁽¹⁷³⁾, que la situation en cause est en règle – et parfois imperceptiblement⁽¹⁷⁴⁾ – internationale et qu'enfin, de nombreuses données à caractère personnel sont en cause, la protection quant à leur traitement pouvant varier substantiellement d'un État à l'autre⁽¹⁷⁵⁾.

⁽¹⁷⁰⁾ À l'avenir, article 4 de la L.P.M.P.C.

⁽¹⁷¹⁾ Des difficultés de preuve peuvent également se poser, v. par ex. Gand, 13 octobre 2003, *NjW*, n° 57, 28 janvier 2004, p. 90.

⁽¹⁷²⁾ V. Bruxelles, 3 mai 2002, *D.C.C.R.*, n° 59, 2003, p. 53, où la cour d'appel estime au sujet de l'article 30 de la L.P.C. «*dat dit artikel in algemene bewoordingen is opgesteld en steunt op het principe dat overeenkomsten te goeder trouw moeten worden afgesloten en uitgevoerd; dat immers de in dit artikel beoogde informatieplicht betrekking heeft op bedingen, meer bepaald contractuele voorwaarden, die afwijken van de gewone, wettelijke bepalingen ter zake, die de verkoper eenzijdig wenst in te lassen teneinde zijn positie te versterken, terwijl er geen voorlichtingsplicht bestaat ten aanzien van bepalingen die wettelijk, nationaal of internationaal, geregeld zijn, en geacht worden door iedereen gekend te zijn [...]; dat artikel 30 van de Wet op de handelspraktijken, geen verplichtingen lastens de luchtvervoerder kan opleggen teneinde de reizigers vóór de uitreiking van het vliegtuigticket op de hoogte te brengen van het vigerende recht*» (nous soulignons).

⁽¹⁷³⁾ V. *supra* n° 6.

⁽¹⁷⁴⁾ Par exemple, l'utilisation d'un ordinateur en Belgique conduit l'internaute, lorsqu'il tape l'adresse *www.myspace.com* dans son navigateur, à MySpace.com Belgique, un choix de langue (français ou néerlandais) lui étant alors proposé.

⁽¹⁷⁵⁾ V. toutefois *infra* n° 35.

28. Ensuite, selon l'article 31, § 4, alinéa 1^{er} de la L.P.C.⁽¹⁷⁶⁾, «lorsque toutes ou certaines clauses du contrat sont écrites, ces clauses doivent être rédigées de manière claire et compréhensible». Or, nous le verrons, l'offre de contracter du fournisseur du réseau social est écrite, il s'agit de pages Web.

29. Enfin, la section 9 du chapitre VI de la L.P.C., déjà évoquée, cible les contrats à distance⁽¹⁷⁷⁾. D'une part, l'article 78 de la L.P.C.⁽¹⁷⁸⁾ prévoit que «le consommateur doit être informé sans équivoque, de manière claire et compréhensible, par tout moyen adapté à la technique de communication à distance utilisée» – tel que l'hyperlien⁽¹⁷⁹⁾ – de divers éléments dont le prix du service ainsi que ses caractéristiques essentielles, «[l]ors de l'offre de vente à distance» – avant la conclusion du contrat⁽¹⁸⁰⁾. Et d'autre part, l'article 79 de la L.P.C.⁽¹⁸¹⁾ exige que le consommateur «reçoive», par écrit ou sur un «support durable» auquel il peut accéder, en principe avant l'exécution du contrat de service⁽¹⁸²⁾, diverses informations, tantôt mentionnées à l'article 78 de la L.P.C., comme le prix du service, tantôt spécifiquement visées par l'article 79 de la L.P.C. La loi définit la notion de support durable⁽¹⁸³⁾ et les documents parlementaires précisent le concept⁽¹⁸⁴⁾. La simple diffusion des informations via une page HTML ne suffit en principe pas⁽¹⁸⁵⁾; des conditions générales sur le site d'un fournisseur de service satisferont à l'exigence du support durable si elles peuvent être imprimées⁽¹⁸⁶⁾ ou si elles sont enregistrées dans un fichier téléchargeable à partir

⁽¹⁷⁶⁾ À l'avenir, article 40 de la L.P.M.P.C.

⁽¹⁷⁷⁾ V. articles 78 et 79 de la L.P.C.

⁽¹⁷⁸⁾ À l'avenir, article 45 de la L.P.M.P.C.

⁽¹⁷⁹⁾ V. en ce sens C. BIQUET-MATHIEU et J. DECHARNEUX, «Aspects de la conclusion du contrat par voie électronique», *op. cit.*, p. 178. Les auteurs soulignent en outre que les informations en cause doivent être facilement accessibles, «ce qui suppose que leur dénomination soit suffisamment évocatrice et compréhensible pour le consommateur».

⁽¹⁸⁰⁾ *Ibid.*, pp. 44-45.

⁽¹⁸¹⁾ À l'avenir, article 46 de la L.P.M.P.C.

⁽¹⁸²⁾ Selon l'article 79, § 2 de la L.P.C., le consommateur doit recevoir ces informations, pour les services, «avant l'exécution de tout contrat de service et le cas échéant, pendant l'exécution du contrat de service, si l'exécution a commencé, avec l'accord du consommateur, avant la fin du délai de renonciation». Cette obligation d'information peut donc être exécutée après la formation du contrat et donc hors de la période précontractuelle.

⁽¹⁸³⁾ V. article 77, § 1^{er}, 5^o de la L.P.C.

⁽¹⁸⁴⁾ Il «convient de préciser que c'est essentiellement le contenu de ce support, soit les informations qu'il comporte, qui doit être inaltérable, en sorte de garantir le caractère certain et non éphémère des informations communiquées à un moment précis au consommateur. Par support durable, on peut donc entendre un support non papier envoyé au consommateur, par exemple une cassette (audio ou vidéo), une disquette ou encore un courrier électronique», Projet de loi modifiant la loi du 14 juillet 1991 sur les pratiques du commerce et sur l'information et la protection du consommateur, *Doc. parl.*, Ch. repr., sess. ord. 1998-1999, n° 2050/1 et n° 2051/1, pp. 27-28.

⁽¹⁸⁵⁾ E. MONTERO, «La conclusion du contrat à distance», *op. cit.*, p. 84.

⁽¹⁸⁶⁾ Dès lors, une page HTML aisément imprimable devrait tout de même satisfaire à l'exigence de support durable.

du site et enregistré sur le disque dur du consommateur⁽¹⁸⁷⁾. L'envoi des informations par courrier électronique est un moyen pouvant être mis en œuvre⁽¹⁸⁸⁾ et certainement des plus accessibles dans un environnement numérique.

C) APPLICATION

30. En ce qui concerne les caractéristiques du service, il peut d'emblée être noté que les pages d'accueil ou d'inscription aux sites de socialisation sont généralement épurées et lacunaires. Le service offert n'étant ébauché qu'en quelques lignes⁽¹⁸⁹⁾, ses caractéristiques (telles que les fonctionnalités spécifiques, les paramètres de confidentialité, les mesures de sécurité (?)⁽¹⁹⁰⁾, etc.) doivent être recherchées ailleurs. Évidemment, chaque réseau social présente des particularités sur ce point. Sur Twitter, à l'origine du réseau, l'internaute pouvait accéder à une vidéo présentant le site. Sur MySpace, une page «visite guidée» permet de voir par capture d'écran les fonctionnalités essentielles du site. Il est par contre plus ardu de s'informer quant aux fonctionnalités de Facebook. Lorsque les réseaux sociaux sont accessibles et qu'il y est immédiatement accédé sans inscription, l'internaute utilise alors directement le service offert⁽¹⁹¹⁾. En règle donc, l'utilisateur doit «fouiller» le site proposé afin de connaître le produit offert. Soit lorsqu'il clique sur divers hyperliens lui don-

(187) K. DE VULDER et D. ROMBOUTS, «De elektronische algemene voorwaarden en hun tegenstelbaarheid», in *Algemene voorwaarden*, S. ONGENA (éd.), Kluwer, 2006, p. 52.

(188) V. C. BIQUET-MATHIEU et J. DECHARNEUX, «Aspects de la conclusion du contrat par voie électronique», *op. cit.*, pp. 185-188, et E. MONTERO, «La conclusion du contrat à distance», in *Obligations...*, *op. cit.*, p. 85.

(189) Dans le cas de Facebook, ce service est décrit assez succinctement : «Facebook vous permet de rester en contact et d'échanger avec les personnes qui vous entourent»; «le site est gratuit et ouvert à tous». Une carte du monde est aussi schématisée et illustre des flux entre personnes du monde entier. Sur Twitter, l'internaute lit «Partagez et découvrez ce qui se passe en ce moment, partout dans le monde». LinkedIn fournit un peu plus d'informations en précisant que «Plus de 35 millions de professionnels dans le monde utilisent LinkedIn pour échanger idées, informations et faire progresser leur carrière». Il est en outre précisé que le site permet de gérer son réseau et rester à l'écoute de son secteur, de trouver des professionnels et l'expertise dont on a besoin ainsi que de gérer soi-même son image professionnelle sur le Web. Le site YouTube peut aussi être cité en ce que la page d'inscription invite l'utilisateur de la façon suivante : «Rejoignez la plus grande communauté de partage de vidéos au monde! Inscrivez-vous pour bénéficier d'un accès complet avec votre compte YouTube: Commentez et notez vos vidéos préférées; Envoyez et partagez vos vidéos avec des millions d'utilisateurs; Enregistrez vos vidéos préférées pour les regarder et les partager ultérieurement; Inscrivez vos vidéos à des concours pour gagner des prix et faire découvrir vos talents». Dans le cas du site SecondLife, un univers virtuel en trois dimensions est proposé à l'utilisateur et ce dernier peut en observer quelques images.

(190) V. *infra* n° 34.

(191) Ainsi, YouTube, Dailymotion et MySpace peuvent être consultés publiquement, sans inscription. Certaines informations peuvent désormais être consultées sans inscription sur Facebook également, depuis peu, lorsque les utilisateurs le permettent. Quant à MySpace, tous les profils ne sont pas publics non plus. L'accessibilité dépend en principe des paramétrages de confidentialité des utilisateurs. Le site LinkedIn permet également d'avoir un profil public.

nant accès à diverses pages, dont les conditions d'utilisation et politique de confidentialité précitées, mais encore à des rubriques d'aide, des *FAQs* ou des «*guidelines*» concernant l'utilisation du site. Soit lorsqu'il utilise directement le site et débute alors, «sur le tas», l'«apprentissage» de ce dernier. De nombreuses informations peuvent alors être obtenues⁽¹⁹²⁾.

31. Ensuite, cela a été évoqué, la jurisprudence permettrait d'attendre du fournisseur du réseau social, sur la base de l'article 30 de la L.P.C., qu'il attire l'attention de l'internaute sur les clauses contractuelles dérogatoires au droit commun. Aucune mesure n'est toutefois prise par les fournisseurs de réseaux sociaux à cette fin, sauf dans le cas particulier de MySpace dont il sera question au sujet de la L.V.P.⁽¹⁹³⁾ Ce n'est que lorsque l'internaute consulte les conditions d'utilisation – un pas plus loin dans son exploration – qu'il pourrait, le cas échéant être averti que des restrictions sont apportées à ses droits, comme c'était antérieurement le cas sur Facebook⁽¹⁹⁴⁾.

Le prestataire de service s'acquitte ici de son devoir par «écrit», via des pages Web constituant un moyen – parmi d'autres – adapté à l'Internet. Ces pages peuvent en principe être imprimées et sont consultables avant inscription au réseau social – ou dès l'accès à celui-ci lorsqu'il peut être utilisé sans inscription. Il est toutefois regrettable que des liens permettant l'impression directe et aisée des conditions d'utilisation et des politiques de confidentialité ne soient pas utilisés⁽¹⁹⁵⁾; ces dernières pourraient encore être téléchargeables en format «.txt», «.pdf» ou tout autre format communément utilisé.

La clarté et le caractère compréhensible des informations fournies peuvent par ailleurs laisser à désirer. L'aspect linguistique peut être problématique, surtout si le réseau social est offert en français alors que de nombreuses informations ne sont pas traduites⁽¹⁹⁶⁾. Ce qui arrivera généralement lorsque le réseau est au début de sa croissance, tentant de pénétrer d'autres marchés que celui qui l'a vu naître. Le b.a. ba du site est alors gracieusement communiqué en français pour ouvrir le réseau à un plus grand public, le surplus demeurant

⁽¹⁹²⁾ Par exemple, dans le contexte de Facebook, l'ouverture d'un compte développeur permet d'accéder au «wiki» des développeurs et donc d'étudier le fonctionnement technique des applications pouvant être ajoutées au profil de l'utilisateur et de la plate-forme Facebook au travers de laquelle sont partagées des données à caractère personnel.

⁽¹⁹³⁾ V. *infra* nos 33 et s.

⁽¹⁹⁴⁾ Ceux-ci stipulaient en effet: «Veuillez lire les présentes conditions d'utilisation attentivement car elles contiennent des informations importantes sur vos droits, obligations et les recours dont vous disposez. Elles incluent diverses limitations et exclusions, ainsi qu'une clause de résolution amiable des litiges régissant le traitement des différends».

⁽¹⁹⁵⁾ En principe, l'internaute peut cependant directement utiliser la fonction «imprimer» de son navigateur. Par exemple dans les hypothèses de SecondLife et YouTube, la page des conditions d'utilisation peut facilement être imprimée de la sorte.

⁽¹⁹⁶⁾ En ce sens, au sujet de l'article 78 de la L.P.C., v. C. BIQUET-MATHIEU et J. DECHARNEUX, «Aspects de la conclusion du contrat par voie électronique», *op. cit.*, pp. 179-180. V. *infra* au sujet de la prise de connaissance effective des conditions d'utilisation et de la politique de confidentialité.

en anglais⁽¹⁹⁷⁾. Ce qui nous semble alors insuffisant, au regard de la L.P.C., lorsque le futur cocontractant ne maîtrise pas la langue en question. Ne pas fournir directement des conditions générales en français à un francophone n'est pas nécessairement une violation de l'article 30 si une alternative informationnelle existe⁽¹⁹⁸⁾. Il se peut aussi évidemment que l'intégralité du réseau social soit offerte dans une autre langue que le français, comme au début du réseau Twitter, et que l'internaute soit téméraire malgré son incompréhension de la langue proposée. Rien ne peut alors être reproché au prestataire de service en cause quant à l'usage des langues.

Si la langue peut être un obstacle, son utilisation peut également l'être et de manière parfois plus insidieuse lorsque la clarté fait défaut. À ce sujet par exemple, les licences d'exploitation que concèdent les utilisateurs aux fournisseurs de réseaux sociaux quant au contenu qu'ils font transiter au travers de ceux-ci – données personnelles, vidéos et images mises en ligne, etc. – peuvent être ambiguës⁽¹⁹⁹⁾.

32. En conclusion, le devoir d'information fondé sur la L.P.C. semble souvent accompli – mais dans les limites de l'exposé⁽²⁰⁰⁾ –, étant entendu qu'un manque de clarté et de simplicité peut être reproché. En général, l'internaute peut se faire une idée assez précise du réseau social auquel il va accéder, avant de décider de s'y inscrire ou de l'utiliser, s'il choisit d'en prendre le temps. Comme dans le contexte de la L.S.S.I., celui-ci devra donc activement chercher l'information. À nouveau, les considérations présentes sont sans préjudice de la question de l'entrée ou non de certains éléments dans le champ contractuel.

(197) Tel a été le cas de Facebook qui a connu des traductions successives et par étapes.

(198) Concernant l'obligation d'information consacrée dans l'article 30 de la L.P.C., les traductions des conditions d'utilisation et politique de confidentialité, pour autant que leur contenu informationnel suffise, devraient satisfaire aux exigences linguistiques qui pourraient être déduites de cette disposition. Ainsi, la cour d'appel de Gand a jugé qu'il ne pouvait pas être déduit du fait que des conditions générales de vente, mentionnées au verso du contrat, n'étaient pas établies en langue française, que leur stipulant avait manqué au devoir d'information consacré dans l'article 30 de la L.P.C. D'après une clause au recto du contrat, la partie en cause avait déclaré avoir pris connaissance des conditions générales de vente et les avoir acceptées. Elle n'avait par ailleurs pas jugé nécessaire de bénéficier de l'offre qui lui était faite sous le texte des conditions générales de se faire communiquer une traduction française de ces conditions, Gand, 4 avril 2007, *NjW*, n° 177, 27 février 2008, p. 174.

(199) V. *infra* n° 59.

(200) La question du droit de renonciation et de sa mention obligatoire en vertu de l'article 79 de la L.P.C. n'a par exemple pas été abordée. Or, dans les réseaux sociaux étudiés, à l'exception de l'hypothèse de MySpace, il n'est nulle part question de renonciation. La fin des conditions d'utilisation de MySpace vise à ce sujet le Code de la consommation français.

3) L.V.P.

A) APPLICABILITÉ MATÉRIELLE ET ARTICLE 9

33. Dans le contexte des réseaux sociaux, quantité d'informations «concernant une personne physique identifiée ou identifiable»⁽²⁰¹⁾ sont présentes. L'utilisateur est régulièrement obligé contractuellement – si contrat valable il y a⁽²⁰²⁾ – de fournir des informations réelles à son sujet: sur Facebook, il doit s'identifier et n'utiliser qu'un unique compte⁽²⁰³⁾, l'unicité de compte est également exigée sur LinkedIn de même que la fourniture d'informations exactes⁽²⁰⁴⁾, exactitude et véracité qui sont encore requises sur Youtube, SecondLife et MySpace à l'occasion de l'inscription⁽²⁰⁵⁾. Par contre, «la personne qui veut ouvrir un compte LiveJournal n'est pas tenue de fournir son prénom ni son nom de famille»⁽²⁰⁶⁾. Lorsque les identités sont collectées, il faut encore noter qu'elles peuvent être exposées (Facebook – nom, prénom et photo – ou Twitter⁽²⁰⁷⁾) ou pas nécessairement (MySpace – au choix) aux autres utilisateurs. Quoi qu'il en soit, quand bien même ne le devrait-il pas contractuellement, il est dans l'intérêt de l'utilisateur de s'identifier, et s'il souhaite demeurer anonyme⁽²⁰⁸⁾, de nombreuses informations conduisent à son identification⁽²⁰⁹⁾.

⁽²⁰¹⁾ C.-à-d. des données à caractère personnel, article 2, a) de la directive 95/46.

⁽²⁰²⁾ V. *infra* n^{os} 16 et s. Faute de place, ces questions ne sont pas approfondies.

⁽²⁰³⁾ À l'occasion de son inscription à Facebook, un utilisateur doit communiquer ses nom, prénom et date de naissance. Et selon le *Statement of Rights and Responsibilities*: «Facebook users provide their real names and information, and we need your help to keep it that way», «You will not provide any false personal information on Facebook, or create an account for anyone other than yourself without permission». Par ailleurs, «You will keep your contact information accurate and up-to-date».

⁽²⁰⁴⁾ «Vous déclarez et garantisiez que [...] (d) vous n'avez qu'un seul compte LinkedIn à un moment donné»; «À faire [...] nous fournir des informations exactes et les mettre à jour le cas échéant». Toutefois, est «À ne pas faire [...] comprendre des informations dans votre profil ou des mises à jour de statut qui divulguent votre identité, telles que votre adresse électronique, votre numéro de téléphone ou adresse ou qui sont de nature confidentielle».

⁽²⁰⁵⁾ Ainsi sur SecondLife: «You must establish an account with Linden Lab (your "Account") to use the Service, except for those portions of the Websites to which Linden Lab allows access without registration. You agree to provide true, accurate, current and complete information about yourself as prompted by the registration form ("Registration Data") and maintain and promptly update the Registration Data to keep it true, accurate, current and complete».

⁽²⁰⁶⁾ J. BARRIGAR, *op. cit.*, p. 27.

⁽²⁰⁷⁾ Selon la politique de confidentialité de Twitter: «Certains de ces renseignements, tels que le nom et le nom d'utilisateur, sont affichés publiquement sur nos Services, y compris sur votre profil et dans les résultats de recherche».

⁽²⁰⁸⁾ Ce à quoi il peut légitimement aspirer sur l'Internet. V. not. en ce sens Déclaration sur la liberté de la communication sur l'Internet, adoptée par le Comité des ministres du Conseil de l'Europe, le 28 mai 2003, Principe 7, disponible sur <https://wcd.coe.int/>.

⁽²⁰⁹⁾ V. à ce propos J.-P. MOINY, «Facebook au regard des règles européennes de protection des données», à paraître dans la *R.E.D.C.*, 2010, pp. 241-242.

34. L'implication de traitements – approximativement, toute utilisation au moins partiellement automatisée – de données à caractère personnel au cœur des réseaux sociaux est évidente⁽²¹⁰⁾ – nous avons insisté sur cet aspect en qualifiant Facebook de «service de la société de l'information à caractère personnel»⁽²¹¹⁾. Et le fournisseur de réseau social peut être vu tantôt comme responsable de traitement⁽²¹²⁾ – lorsqu'il poursuit ses propres finalités quant aux données à caractère personnel en question, ou coresponsable lorsqu'il définit ces finalités avec quelqu'un d'autre –, tantôt comme sous-traitant – lorsqu'il ne traite les données à caractère personnel en question que *pour le compte* d'un utilisateur⁽²¹³⁾, sans poursuivre de finalité propre⁽²¹⁴⁾. C'est en règle à l'occasion de son inscription que l'utilisateur du réseau social consent à ce que les données le concernant soient traitées conformément à la politique de confidentialité proposée, ce qui peut fonder – certes moyennant le respect d'autres conditions – la licéité d'un traitement de données⁽²¹⁵⁾, voire de flux transfrontières de données vers un État qui ne garantirait pas une protection adéquate de l'individu contre le traitement de données à caractère personnel⁽²¹⁶⁾. Nous le verrons, ce consentement est, dans le contexte des réseaux sociaux, concomitant au comportement qui est réputé manifester le consentement nécessaire à la formation du contrat liant l'internaute au prestataire de service⁽²¹⁷⁾. Bref, intrinsèque au réseau social, le traitement de données à caractère personnel fait partie de la convention projetée, d'où la pertinence de l'information à fournir en vertu de la L.V.P. au cours de la phase précontractuelle où elle est nécessaire à la validité du consentement de la personne concernée.

35. Lorsque le fournisseur du réseau social est *responsable de traitement*, la L.V.P. l'astreint – sous peine de *déloyauté* et d'*illicéité* du traitement de données en cause⁽²¹⁸⁾ – à diverses obligations d'information, desquelles l'article 9 de la L.V.P. est retenu⁽²¹⁹⁾. Il doit en particulier communiquer à son utilisateur

(210) V. article 1^{er}, §§ 1^{er} et 3 de la L.V.P. En l'espèce, les réseaux sociaux impliquent des traitements de données à tout le moins partiellement automatisés; v. en ce sens C.J.C.E., 6 novembre 2003 (PROCÉDURE PÉNALE C. BODIL LINDQVIST), C-101/2001, *Rec.*, 2003, p. I-12971, point 26. Cette jurisprudence peut sans conteste être appliquée par analogie en l'espèce. Au sujet de l'applicabilité de la directive 95/46 dans le contexte des réseaux sociaux, v. W.P. 163, pp. 4-5.

(211) V. à ce propos J.-P. MOINY, *op. cit.*, pp. 241-243.

(212) V. article 1^{er}, § 4 de la L.V.P.

(213) V. article 1^{er}, § 5 de la L.V.P.

(214) V. à ce propos J.-P. MOINY, *op. cit.*, pp. 247-254.

(215) V. article 5, al. 1^{er}, a) de la L.V.P. quant à un des rôles du consentement.

(216) V. les articles 25 et 26, § 1^{er}, a) et b) de la directive 95/46, et les articles 21 et 22, § 1^{er}, 1^o et 2^o de la L.V.P. Au sujet de l'application des articles 25 et 26 de la directive 95/46, v. Groupe 29, «Transferts de données personnelles vers des pays tiers: Application des articles 25 et 26 de la directive relative à la protection des données», 24 juillet 1998.

(217) V. *infra* n^{os} 49 et s.

(218) V. article 4, § 1^{er}, 1^o de la L.V.P.

(219) Il doit aussi fournir des informations à la Commission de la Protection de la Vie Privée en déclarant les traitements de données dont il est responsable, v. le chapitre V de la L.V.P. Par

les finalités des traitements de données – devant être déterminées, explicites et légitimes⁽²²⁰⁾ – envisagées, ainsi que les catégories de personnes à qui seront communiquées les informations⁽²²¹⁾. Concrètement, cela revient donc pour le fournisseur du réseau social à spécifier l'utilisation des données qu'il envisage. Si les données à caractère personnel sont directement collectées auprès de la personne concernée, c'est «*au plus tard* au moment où ces données sont obtenues» que ces informations doivent être fournies⁽²²²⁾ (nous soulignons). Si les données sont collectées auprès d'un tiers, l'obligation d'information pesant sur le responsable de traitement est similaire, mais le moment de son accomplissement est différent⁽²²³⁾. En outre, lorsque des flux transfrontières de données sont en cause, et que le consentement de l'utilisateur est recherché pour déroger à l'interdiction de tels flux en cas de protection inadéquate dans l'État tiers de destination, pour que son consentement soit *indubitable*, il doit être informé de l'existence de tels flux et, selon nous, des *conséquences* que leur autorisation peut entraîner ; autrement dit, il doit notamment savoir si le pays tiers où sont transférées les données garantit ou non une protection adéquate⁽²²⁴⁾.

36. Enfin, l'on s'attendra par ailleurs à ce que l'utilisateur puisse évidemment être responsable de traitement, déterminant la finalité – par exemple diffusion des photos d'une soirée – et les moyens – son profil Facebook – d'un traitement de données. Or, dans ce cas, cet utilisateur responsable de traitement doit «choisir un sous-traitant qui apporte des garanties suffisantes au regard des mesures de sécurité technique et d'organisation relatives aux traitements»⁽²²⁵⁾. Par conséquent, en tenant compte de cet *usage raisonnablement prévisible* du réseau social, le fournisseur de la technologie en question ne serait-il pas contraint par l'article 30 de la L.P.C., de fournir des informations à cet égard à ses utilisateurs ? Nous le pensons. Et en vertu de cette disposition,

ailleurs, la personne concernée peut aussi obtenir certaines informations, dont les données à caractère personnel la concernant, en exerçant son droit d'accès consacré dans l'article 10 de la L.V.P.

⁽²²⁰⁾ V. article 4, § 1^{er}, 2^e de la L.V.P.

⁽²²¹⁾ V. article 9 de la L.V.P. À ce sujet, la personne concernée ne doit pas être informée de ces informations si elle l'a déjà été ou lorsque certaines exceptions, visées à l'article 3 de la L.V.P., s'appliquent. Quant aux réseaux sociaux, v. W.P. 163, *op. cit.* Ultrieurement, la personne concernée doit également, dans une certaine mesure, être informée des personnes à qui *ont été* communiquées les données en cause ; v. à ce sujet C.J.C.E., 7 mai 2009 (COLLEGE VAN BURGEMEESTER EN WETHOUDERS VAN ROTTERDAM C. M. E. E. RIJKEBOER), C-553/07, *Rec.*, 2010, non encore publiée.

⁽²²²⁾ Par exemple, lorsque le fournisseur du réseau social exige l'identification de l'utilisateur sur le réseau social, au moment de la collecte de son nom au plus tard, il doit l'informer des traitements dont cette donnée fera l'objet.

⁽²²³⁾ Ainsi, selon l'article 9, § 2 de la L.V.P., «lorsque les données n'ont pas été obtenues auprès de la personne concernée, le responsable du traitement ou son représentant doit, dès l'enregistrement des données ou, si une communication de données à un tiers est envisagée, au plus tard au moment de la première communication des données, fournir à la personne concernée» ces informations.

⁽²²⁴⁾ V. en ce sens Groupe 29, «Recommandation concernant certaines exigences minimales pour la collecte en ligne de données à caractère personnel dans l'Union européenne», 17 mai 2001, p. 6.

⁽²²⁵⁾ Article 16, § 1^{er}, 1^o de la L.V.P.

il est indifférent que ledit fournisseur soit responsable de traitement ou pas. Dans le même sens, nous suggérons que le droit commun commande également au fournisseur du réseau social d'avertir l'utilisateur quant à l'éventualité que d'autres responsables de traitement soient impliqués dans le réseau, comme par exemple les développeurs d'applications sur Facebook. Il s'agit là d'une *caractéristique* essentielle du service en question que de pouvoir constituer un *moyen* de traitement de données à caractère personnel qui requiert une information sur la base de l'article 30 de la L.P.C. Autrement dit, l'obligation incombant au fournisseur du réseau en vertu de l'article 30 de la L.P.C. pourrait, selon cette interprétation, compléter l'information à fournir en vertu de la L.V.P., en matière de vie privée. Le groupe de travail « article 29 » semble lui-même aller au-delà du prescrit de la directive 95/46 (et de la loi belge sur ce point) en recommandant notamment que « *SNS providers provide adequate warnings to users about the privacy risks to themselves and to others when they upload information on the SNS* » et que « *SNS users should also be reminded that uploading information about other individuals may impinge upon their privacy and data protection rights* »⁽²²⁶⁾.

B) APPLICATION

37. C'est dans la politique de confidentialité que sont décrites les pratiques du fournisseur du réseau social relativement aux informations concernant les membres. Celle-ci est consultable avant l'inscription au site, et l'internaute est en principe averti de son existence dès son inscription⁽²²⁷⁾. Dans ce cas, il est averti *avant* que les données le concernant ne soient traitées. Toutefois, d'une part, la simple présence d'un lien « politique de confidentialité » pourrait être considérée comme insuffisante, trop peu évocatrice, voire comme ne satisfaisant pas aux exigences de la L.V.P. Et d'autre part, selon nous, cette obligation d'information est accomplie tardivement – à tout le moins quant aux données d'inscription⁽²²⁸⁾ – lorsque les termes de la politique de confidentialité ne peuvent pas être considérés comme ayant pénétré le champ contractuel⁽²²⁹⁾. Nous soutenons en outre, ultérieurement, qu'un meilleur processus d'expression du consentement – et donc, en conséquence, d'information – quant au traitement des données des utilisateurs devrait être mis en place sous peine de violer la L.V.P.⁽²³⁰⁾.

38. Ces réflexions mises à part, il n'est pas ici question d'analyser les politiques de confidentialité des fournisseurs de réseaux sociaux, mais simplement

⁽²²⁶⁾ W.P. 163, p. 7.

⁽²²⁷⁾ V. *infra* n° 49 et s.

⁽²²⁸⁾ Car, en principe, pour la collecte d'autres données, une information ultérieure – alors en temps réel – pourrait être envisageable.

⁽²²⁹⁾ V. *infra* n° 51, 71 et 74.

⁽²³⁰⁾ V. *infra* n° 89 et s.

de relever qu'elles sont susceptibles d'être rédigées dans des termes vagues et, partant, permettant une utilisation très large des données à caractère personnel des utilisateurs⁽²³¹⁾, de telle sorte que les finalités poursuivies par le fournisseur de réseau social et dont est informé l'internaute peuvent ne pas être déterminées, voire ne pas être explicites.

De manière générale, quant aux réseaux étudiés par J. Barrigar (Facebook, LinkedIn, LiveJournal, MySpace, Hi5 et Skyrock (skyblogs)), il faut déplorer le constat de l'auteure: «toutes les politiques de confidentialité sont vagues en ce qui a trait à chaque type de renseignements, à la raison de leur collecte et à la façon dont ils peuvent être utilisés ou communiqués»⁽²³²⁾. Même au-delà de ce contexte sur le Web, «*the policies are often vague about actual practices, and contain statements that are contradictory or misleading*»⁽²³³⁾. Or un traitement opéré en violation des obligations d'information de la L.V.P. est illicite.

Le cas Facebook illustre une évolution positive quant au contenu de la politique de confidentialité mais qui, semble-t-il, devrait plus à l'intervention de l'autorité de protection des données canadienne qu'au jeu de la loi du marché⁽²³⁴⁾. Facebook a en effet fait l'objet d'une plainte au Canada mettant en cause ses pratiques en matière de protection des données, et un progrès s'est réalisé en matière de transparence. Mais une plainte récemment introduite par EPIC devant la Federal Trade Commission semble témoigner de l'insuffisance de cette évolution: «*EPIC urges the Commission to [...] require Facebook to give users meaningful control over personal information*»⁽²³⁵⁾, «*[c]ompel Facebook to make its data collection practices clearer and more comprehensible and to give Facebook users meaningful control over personal information provided by Facebook to advertisers and developers*»⁽²³⁶⁾.

(231) V. not. G. GONZALES FUSTER et S. GUTWIRTH, «Privacy 2.0?», *R.D.T.I.*, pp. 351-361.

(232) J. BARRIGAR, *op. cit.*, p. 46.

(233) UC BERKELEY, SCHOOL OF INFORMATION, J. GOMEZ, T. PINNICK et A. SOLTANI, «KnowPrivacy», 1^{er} juin 2009, ci-après «KnowPrivacy», disponible sur <http://knowprivacy.org/>, p. 33; v. également pp. 11-12.

(234) V. E. DENHAM, «Rapport de conclusions de l'enquête menée à la suite de la plainte déposée par la clinique d'intérêt public et de politique d'Internet du Canada (CIPPIC) contre Facebook Inc. aux termes de la loi sur la protection des renseignements personnels et les documents électroniques», 16 juillet 2009, disponible sur http://www.priv.gc.ca/cf-dc/2009/2009_008_0716_f.cfm.

(235) EPIC *et al.*, Before the Federal Trade Commission, 17 décembre 2009 (IN THE MATTER OF FACEBOOK, INC.), Complaint, Request for Investigation, Injunction, and Other Relief, disponible sur <http://epic.org/privacy/inrefacebook/EPIC-FacebookComplaint.pdf>, ci-après «EPIC *et al.* v. Facebook», n° 3. V. aussi n° 105, «*Facebook's actions injure users throughout the United States by invading their privacy; allowing for disclosure and use of information in ways and for purposes other than those consented to or relied upon by such users; causing them to believe falsely that they have full control over the use of their information*». Cette plainte a par ailleurs été complétée, v. EPIC *et al.*, Before the Federal Trade Commission, 14 janvier 2010 (IN THE MATTER OF FACEBOOK, INC.), Supplemental Materials in Support of Pending Complaint and Request for Injunction, Request for Investigation and for Other Relief, disponible sur http://epic.org/privacy/inrefacebook/EPIC_Facebook_Supp.pdf. V. également *infra* n° 91.

(236) Plainte EPIC *et al.* v. Facebook, n° 118.

39. Il n'en demeure pas moins que les politiques de confidentialité contiennent des informations cruciales. L'utilisateur y apprend l'existence de flux transfrontières vers les États-Unis, et l'adhésion éventuelle aux *Safe Harbor Principles*⁽²³⁷⁾, voire à un *privacy seal program* privé⁽²³⁸⁾, garantissant que les flux vers les États-Unis peuvent avoir lieu. À ce sujet, LinkedIn⁽²³⁹⁾ et Facebook⁽²⁴⁰⁾ arborent le label TRUSTe, certifiant la conformité de leurs pratiques aux *Safe Harbor Principles*. MySpace l'arborait quant à elle antérieurement. Concernant YouTube, « Google adhère aux principes de confidentialité du “Safe Harbor” américain (sphère de sécurité). Pour plus d'informations sur ces principes ou sur notre engagement à les respecter, consultez le site Web du Ministère du Commerce des États-Unis », mais le site n'affiche aucun label et renvoie pour le surplus aux règles générales de confidentialité de Google⁽²⁴¹⁾. En cas de telles adhésions, les prestataires de service manifestent de manière certaine leur intention d'être lié juridiquement par leur politique de confidentialité.

MySpace et Dailymotion présentent une particularité en ce que l'internaute est succinctement informé, *textuellement dans le processus d'inscription* (hors de la politique de confidentialité), de l'existence de traitements de données à caractère personnel, chaque site l'avertissant à sa manière⁽²⁴²⁾. MySpace précise – remarquablement – que « tu consens au transfert de tes données per-

(237) V. article 25 de la directive 95/46 et décision (CE) n° 2000/520 de la Commission du 26 juillet 2000 conformément à la directive 95/46/CE du Parlement européen et du Conseil, relative à la pertinence de la protection assurée par les principes de la « sphère de sécurité » et par les questions souvent posées y afférentes, publiés par le ministère du Commerce des États-Unis d'Amérique [notifiée sous le numéro C(2000) 2441], *J.O.*, L. 215 du 25 août 2000. Cette décision juge adéquate cette protection sur la base de l'article 25, § 1^{er}, 6 de la directive 95/46. Pour une présentation des *Safe Harbor Principles*, v. not. D. KORFF, *Data Protection Laws in the European Union*, Federation of European Direct Marketing, Direct Marketing Association, 2005, pp. 248-296.

(238) V. par ex. <http://www.truste.org> et <http://www.bbb.org/online/>.

(239) V. <http://clicktoverify.truste.com/pvr.php?page=validate&url=www.linkedin.com&lang=fr&sealid=103>.

(240) V. <http://clicktoverify.truste.com/pvr.php?page=validate&url=www.facebook.com&sealid=102>.

(241) Disponible sur <http://www.google.fr/privacy.html>. « Les Règles de confidentialité Google décrivent comment Google et ses filiales traitent vos informations personnelles lorsque vous utilisez des services Google, y compris les informations que vous fournissez en utilisant YouTube. En outre, vous trouverez ci-dessous des pratiques de confidentialité propres à YouTube ».

(242) Quant à Dailymotion : « Un e-mail de confirmation sera envoyé à cette adresse. Votre adresse ne sera JAMAIS diffusée à des tiers. Les informations collectées, destinées à Dailymotion, font l'objet d'un traitement et sont recueillies en application de la législation en vigueur en matière d'utilisation des services de prestataires techniques Internet. Vous disposez d'un droit d'accès, de modification, de rectification et de suppression des données vous concernant (loi n° 78-17 du 6 janvier 1978). Pour l'exercer vous pouvez accéder à tout moment à votre profil dans la rubrique Mon Compte ou nous envoyer un courrier à Dailymotion / Service Support Communautaire, 49-51 rue Ganneron – 75018 Paris – France ». Et quant à MySpace : « En cochant cette case, tu confirmes savoir que MySpace.com est un site Web exploité par MySpace aux États-Unis, et tu consens au transfert de tes données personnelles vers les États-Unis, où elles seront soumises aux lois des États-Unis et où le niveau de protection des données est différent de celui en vigueur dans ton pays. Tu consens également aux

sonnelles vers les États-Unis, où elles seront soumises aux lois des États-Unis et où le niveau de protection des données est différent de celui en vigueur dans ton pays» (nous soulignons). Les autres réseaux procédant à des traitements de données selon le droit américain devraient mimer cette bonne pratique.

4) Droit commun

40. Enfin, de manière générale, doctrine et jurisprudence reconnaissent une «obligation précontractuelle de renseignement» imposant à la partie la mieux informée d'exposer à l'autre l'ensemble des informations «susceptibles d'exercer une influence sur [son] consentement», et un «devoir de conseil et de mise en garde»⁽²⁴³⁾. J. Ghestin, traitant de «l'infériorité des profanes au regard des professionnels», relevait déjà que la «complexité technique» d'un service pouvait donner au professionnel une «supériorité considérable dans les relations contractuelles»⁽²⁴⁴⁾. En l'espèce, la technologie utilisée – *cloud computing* – est indéniablement opaque pour le profane pouvant se perdre dans les subtilités des différentes fonctionnalités. Cela est d'autant plus vrai lorsque des applications tierces peuvent être greffées au réseau social. L'utilisateur peut encore être surpris par l'évolution, à distance et non maîtrisable, du service mis à sa disposition. Le cas Facebook vient d'ailleurs de récemment l'illustrer⁽²⁴⁵⁾. Selon nous, le droit commun impose également d'informer quant aux traitements de données à caractère personnel ayant lieu dans le cadre des réseaux sociaux dès lors qu'il s'agit d'un élément essentiel du service offert, et peu importe le statut de responsable de traitement du fournisseur du réseau.

Une décision du tribunal de première instance d'Anvers va jusqu'à imposer que le vendeur expert guide l'ignorance du client *avant* la conclusion du contrat; il a un «devoir d'accompagnement» impliquant notamment qu'il doive lui-même penser à ce qui est important pour son client⁽²⁴⁶⁾. Une telle obli-

Conditions d'utilisation de MySpace et Politique de confidentialité de MySpace qui décrivent la façon dont tes données personnelles seront utilisées».

⁽²⁴³⁾ M. DEMOULIN et E. MONTERO, «La conclusion des contrats par voie électronique», in *Le processus de formation du contrat...*, M. FONTAINE (sous la dir. de), *op. cit.*, p. 732. Quant à l'obligation générale de renseignement, ces auteurs ajoutent que «généralement, les informations fournies portent sur les qualités du produit ou du service offert, sur le prix, et sur les conditions générales, bref, sur tous les éléments essentiels et substantiels du contrat».

⁽²⁴⁴⁾ J. GHESTIN, *op. cit.*, p. 46.

⁽²⁴⁵⁾ V. note de bas de page n° 235 et *infra* n° 91.

⁽²⁴⁶⁾ V. Civ. Anvers, 14 janvier 2004, *R.G.D.C.*, 2006, p. 498, où le tribunal soutient que «[a]ldus heeft de vakman de verplichting om vóór het sluiten van de overeenkomst de omwetendheid van de klant te leiden: men legt de verkopervakman een «begeleidingsplicht» op wat o.a. inhoudt dat de vakman zelf het antwoord moet zoeken op de vraag welke inlichtingen voor zijn klant belangrijk zijn. Immers, enkel de professioneel is in staat de leek te vertellen welke informatie nodig en relevant is». Il faut cependant relever qu'était en cause en l'espèce un contrat d'entreprise qui avait été précédé d'un dialogue entre l'entrepreneur – le professionnel – et son client, le premier devant «démousser» un toit et permettre son étanchéité.

gation pourrait être mise en œuvre par une succession de pages Web, illustrées de captures d'écran, explicitant le fonctionnement du réseau social et requérant une configuration des paramètres de confidentialité *avant* que l'utilisateur ne puisse s'inscrire et se servir des fonctionnalités avancées du site⁽²⁴⁷⁾.

Il n'en est toutefois pas ainsi. Mais, il faut le rappeler, les nombreuses pages Web mises à disposition de l'internaute lui permettent de s'informer plus amplement s'il le souhaite. L'initiative doit alors à nouveau venir de lui. Quoi qu'il en soit, nous sommes loin d'un *accompagnement* impliquant un rôle plus actif du professionnel. Ce dernier semble parfois plus actif lorsqu'il informe *en temps réel* l'internaute lors de son utilisation du site – et donc en principe après formation du contrat –, par exemple, via des messages d'avertissements, des liens conduisant directement aux paramètres de confidentialité de la fonctionnalité en question, etc.

Remarques finales

41. Trois remarques générales servent de conclusion. Premièrement, et en laissant de côté les réflexions relatives à la qualité de l'information fournie, une démarche active de l'internaute, devant s'intéresser au réseau social et à son fonctionnement, est attendue. Le fournisseur dudit réseau demeure assez passif, voire parfois timoré tellement il souhaite garantir l'inscription aisée de sa clientèle que quelques étapes additionnelles pourraient décourager. Ainsi, lorsqu'il a été proposé à Facebook d'imposer la configuration des paramètres de confidentialité *avant* de pouvoir s'inscrire, ladite société a prétendu que cela, en raison du nombre d'écrans, «dissuaderait de s'inscrire au service»⁽²⁴⁸⁾, avouant donc à demi-mot la complexité de ce service... Deuxièmement, il est crucial que le fournisseur du réseau social s'acquitte correctement de son devoir d'information dès l'origine du réseau. Sinon, en pratique, un nombre critique d'inscrits, peut-être mal informés, attirera toujours plus d'utilisateurs rassemblés par leur instinct grégaire⁽²⁴⁹⁾. Le cercle relationnel d'un individu une fois sédentarisé dans le réseau social le plus fréquenté au monde, cet individu devient captif, incapable d'identifier un service substituable, et risque d'être assujéti. Enfin, l'information due à l'utilisateur du réseau social doit également porter sur la vie privée et, en particulier, sur la protection des données, tant en vertu de la L.V.P. que de la L.P.C. et du droit commun.

⁽²⁴⁷⁾ Lorsqu'il ne s'agit que de la consultation du réseau, cela n'aurait toutefois plus de sens et alourdirait inutilement le «surf» de l'internaute.

⁽²⁴⁸⁾ V. E. DENHAM, *op. cit.*, p. 22, n° 66.

⁽²⁴⁹⁾ V. *infra* n° 91.

B) Droit américain

À notre connaissance, il n'existe pas de réglementation spécifique en droit américain, comme en droit belge, prescrivant des obligations particulières vis-à-vis de l'internaute, consommateur ou destinataire d'un service de la société de l'information. Le propos se focalise donc d'abord sur la doctrine générale de l'«*unconscionability*» (1), ainsi qu'ensuite sur celles du R.S.C. § 211 et des «*reasonable expectations*» (2), pour enfin évoquer en particulier, en protection des données, les *Safe Harbor Principles* (3). L'application de ces règles dans le contexte des réseaux sociaux n'est pas approfondie ; il suffit de se reporter, *mutatis mutandis*, aux éléments factuels développés en droit belge.

1) Doctrine de l'unconscionability

42. Dans une certaine mesure, un devoir d'information résulte de la doctrine de l'*unconscionability*⁽²⁵⁰⁾. Dans la jurisprudence américaine, des clauses – principalement d'élection de for, d'arbitrage ou limitatives de responsabilité – de conditions d'utilisation de sites Web ont été contestées au regard de cette doctrine afin d'éviter qu'elles soient «*enforceable*». Bien que cette décision ne fasse pas autorité en l'espèce – elle est canadienne –, *Kanitz v. Rogers Cable Inc.*⁽²⁵¹⁾ synthétise l'«*ambiance*» de l'*unconscionability* : «*[t]he single question is whether the transaction, seen as whole, is sufficiently divergent from community standards of commercial morality that it should be rescinded*»⁽²⁵²⁾.

43. En droit américain, le concept d'«*unconscionability*» provient de l'U.C.C.⁽²⁵³⁾, le R.S.C. le ciblant également⁽²⁵⁴⁾. Lorsqu'une Cour juge un contrat ou des termes de celui-ci *unconscionable*, elle peut refuser l'exécution dudit contrat ou desdits termes. Selon le commentaire du R.S.C. § 208, un contrat peut être *unconscionable* s'il présente un déséquilibre général («*overall imbalance*»)⁽²⁵⁵⁾ et que sa négociation a été inégale en raison de la faiblesse d'une

⁽²⁵⁰⁾ V. not. à ce sujet W.R. BARNES, *op. cit.*, pp. 246-248 ; R. KOROBKIN, «Bounded Rationality, Standard Form Contracts, and Unconscionability», *The University of Chicago L. Rev.*, 2003, pp. 1255-1278.

⁽²⁵¹⁾ Ontario Superior Court of Justice, 22 février 2002 (STEFAN KANITZ, HUGH WALLIS, RICHARD PEARCE, JAMES CARNEGIE AND JOHN R. WILSON V. ROGERS CABLE INC.), disponible sur <http://faculty.law.ubc.ca/biukovic/supplements/Kanitz.htm>, consulté le 10/04/09.

⁽²⁵²⁾ Juge Nordheimer citant le juge Lambert.

⁽²⁵³⁾ U.C.C. § 2 (302). Cette disposition vise les «*Unconscionable Contract or Term*». Elle porte sur la vente de biens mais la doctrine de l'*unconscionability* est appliquée aux autres contrats par les Cours, v. R.A. HILLMAN et J.J. RACHLINSKI, *op. cit.*, p. 27.

⁽²⁵⁴⁾ R.S.C. § 208.

⁽²⁵⁵⁾ En outre, «*gross disparity in the values exchanged may be an important factor in a determination that a contract is unconscionable and may be sufficient ground, without more, for denying specific performance*» (R.S.C. § 208 comment c.).

partie⁽²⁵⁶⁾. Mais quand cette inégalité est «choquante» («gross») et cumulée à des termes déraisonnablement favorables à la partie la plus forte, elle peut confirmer la présence d'une tromperie ou d'une contrainte, ou encore révéler que la partie la plus faible n'avait pas réellement le choix, ou n'a en réalité pas consenti aux termes déloyaux⁽²⁵⁷⁾. Cette doctrine s'applique postérieurement à la formation du contrat mais emporte des conséquences dans la période pré-contractuelle.

44. La jurisprudence des juridictions des États éclaire les notions précitées. Dans les États de New-York, de Californie – particulièrement pertinents en l'espèce⁽²⁵⁸⁾ – et d'Ohio⁽²⁵⁹⁾ par exemple, l'*unconscionability* est constituée de deux composantes : la *procedural unconscionability* et la *substantive unconscionability*⁽²⁶⁰⁾ ⁽²⁶¹⁾. La *substantive unconscionability* est focalisée sur le caractère «à sens unique» du contrat, sur son manque de réciprocité⁽²⁶²⁾, son caractère

⁽²⁵⁶⁾ U.S.C. § 208 comment d.

⁽²⁵⁷⁾ U.S.C. § 208 comment d.

⁽²⁵⁸⁾ V. *supra* n° 6.

⁽²⁵⁹⁾ V. not. U.S. Court of Appeals for the Ninth Circuit, 18 juillet 2007 (JOE DOUGLAS v. U. S. DISTRICT COURT FOR THE CENTRAL DISTRICT OF CALIFORNIA, RESPONDENT, TALK AMERICA, INC.), ci-après «*Douglas v. Talk America*», disponible sur <http://www.internetlibrary.com/pdf/Douglas-Talk-America-9th-Cir.pdf>. Au sujet de cette décision, v. E. WILSON, «*Douglas v. Talk America: Making the Case for Proper Notice*», *Idaho L. Rev.*, 2009. V. encore U.S. District Court for the Northern District of Ohio, 22 août 2007 (JOHN DOE v. SEXSEARCH.COM, ET AL.), ci-après «*Doe v. SexSearch.com*», disponible sur <http://docs.justia.com/cases/federal/district-courts/ohio/ohndce/3:2007cv00604/141480/153/>. V. par ex. pour le droit du Kansas, District Court of appeal of Florida, Third District, 31 août 2005 (PAOLA BRICENO v. SPRINT SPECTRUM, L.P., d/B/A/ SPRINT PCS), ci-après «*Paola Briceno*», disponible sur <http://www.internetlibrary.com/pdf/Paola-Briceno-Sprint-Fla-Dist-Crt-App.pdf>, et pour le droit du Texas, l'affaire *Hubbert v. Dell*.

⁽²⁶⁰⁾ V. par ex. *Bragg v. Linden Research*. V. aussi Court of Appeal of the State of California, First Appellate District, Division Five, 22 juin 2007 (BRUCE GATTON ET AL., CHIRSTINA NGUYEN ET AL. v. T-MOBILE USA), ci-après «*Gatton v. T-Mobile*», disponible sur <http://www.courtinfo.ca.gov/opinions/archive/A112082.PDF>, et encore *Douglas v. Talk America*. Il faut enfin relever que «*some courts have found one or the other kind of unconscionability sufficient when especially strong*», R.A. HILLMAN et J.J. RACHLINSKI, *op. cit.*, p. 29.

⁽²⁶¹⁾ En Californie, plus l'un des éléments de l'*unconscionability* est patent, moins l'autre doit l'être pour conclure à l'*unconscionability*; v. E. WILSON, *op. cit.*, p. 504. V. pp. 503-507 quant à l'*unconscionability* en général.

⁽²⁶²⁾ V. *Bragg v. Linden Research* et U.S. District Court for the Northern District of California, 30 août 2002 (CRAIG COMB AND ROBERTA TOHER, JEFFREY RESNICK, v. PAYPAL, INC.), ci-après «*Comb v. Paypal*», disponible sur <http://pub.bna.com/eclr/021227.htm>.

« excessivement ou énormément (“*monstrously*”) dur »⁽²⁶³⁾, « commercialement raisonnable »⁽²⁶⁴⁾ ou encore sur le fait qu’une clause « choque la conscience »⁽²⁶⁵⁾.

45. L’élément procédural de l’*unconscionability* concerne la « pression » (« *oppression* ») exercée sur le cocontractant ou sur le fait qu’il ait été surpris⁽²⁶⁶⁾. À cet égard, le « *contract of adhesion* » – omniprésent en l’espèce⁽²⁶⁷⁾ – connaît un traitement particulier, dès lors qu’il est automatiquement considéré comme *procedurally unconscionable* dans certains États ; il y a « *oppression* »⁽²⁶⁸⁾. Sont pris en compte dans l’analyse, la qualité du destinataire de l’offre, les pressions exercées par l’offrant ou un tiers en vue d’induire l’acceptation du contrat, la diversité de sources alternatives présentes sur le marché et raisonnablement disponibles afin de se procurer le service proposé et les explications, si nécessaire, qui ont été données à la partie la plus faible quant aux termes du contrat en formation⁽²⁶⁹⁾.

C’est l’élément de *surprise* de la *procedural unconscionability* sur lequel il convient d’insister, en ce qu’il consiste à déterminer objectivement dans quelle mesure les clauses litigieuses sont cachées dans le projet de contrat préétabli par la partie souhaitant s’en prévaloir⁽²⁷⁰⁾. Selon la Cour, dans le cas *Realnetworks*

⁽²⁶³⁾ V. Supreme Court of the State of Washington, 4 mai 2000 (M.A. MORTENSON COMPANY, INC., v. TIMBERLINE SOFTWARE CORPORATION AND SOFTWARES DATA SYSTEMS, INC.), ci-après « *Mortenson v. Timberline* », disponible sur <http://legal.web.aol.com/decisions/dlother/mortensonopinion.html>, et *Gatton v. T-Mobile*.

⁽²⁶⁴⁾ V. *Doe v. SexSearch.com* où le juge, citant une autre décision, soutient que « *Substantive unconscionability involves those factors which relate to the contract terms themselves and whether they are commercially reasonable* ».

⁽²⁶⁵⁾ V. *Mortensen v. Timberline* et U.S. District Court for the Eastern District of Pennsylvania, 28 mars 2007 (LAWRENCE FELDMAN v. GOOGLE, INC.), ci-après « *Feldman v. Google* », disponible sur <http://www.paed.uscourts.gov/documents/opinions/07D0411P.pdf>.

⁽²⁶⁶⁾ V. *Gatton v. T-Mobile*.

⁽²⁶⁷⁾ V. *infra* n° 65.

⁽²⁶⁸⁾ Dans *Bragg v. Linden Research*, la Cour relève que « *Under California law, “the critical factor in procedural unconscionability analysis is the manner in which the contract or the disputed clause was presented and negotiated.” “When the weaker party is presented the clause and told to ‘take it or leave it’ without the opportunity for meaningful negotiation, oppression, and therefore procedural unconscionability, are present”* ».

⁽²⁶⁹⁾ « *Courts consider factors such as the buyer’s sophistication, the use of highpressure tactics or external pressure to induce acceptance, and the availability of alternative sources of supply* » (*Feldman v. Google*). Dans l’affaire *Doe v. SexSearch.com*, le juge, citant une autre décision, évoque que « *[p]rocedural unconscionability involves factors relating to the “relative bargaining position of the contracting parties, e.g., age, education, intelligence, business acumen and experience, relative bargaining power, who drafted the contract, whether the terms were explained to the weaker party, whether alterations in the printed terms were possible, and whether there were alternative sources of supply for the goods in question”* ».

⁽²⁷⁰⁾ Il est jugé, dans *Bragg v. Linden Research*, que « *in determining whether surprise exists, California courts focus not on the plaintiff’s subjective reading of the contract, but rather, more objectively, on “the extent to which the supposedly agreed-upon terms of the bargain are hidden in the prolix printed form drafted by the party seeking to enforce the disputed terms”* ».

– impliquant le droit de Washington –: «*burying important terms in a “maze of fine print” may contribute to a contract being found unconscionable*».

Le fournisseur du réseau social doit donc veiller à attirer l'attention de l'internaute. Souvent, les conditions d'utilisation des sites Web évoqués contiennent des titres en caractère gras facilitant leur lecture et ne semblent pas spécialement critiquables quant à cette exigence qui, concrètement, paraît assez limitée. Par ailleurs, les *contract of adhesion*, en droit californien, étant automatiquement considérés comme *procedurally unconscionable*, la tâche de l'interprète est facilitée.

2) R.S.C. § 211 et doctrine des *reasonable expectations*

46. Le R.S.C. § 211 vise les *standardized agreements* et stipule en son troisième point que «*[w]here the other party has reason to believe that the party manifesting such assent⁽²⁷¹⁾ would not do so if he knew that the writing contained a particular term, the term is not part of the agreement*»⁽²⁷²⁾. Si le fournisseur du réseau social, rédacteur du contrat en gestation, a des raisons de croire qu'une clause est déterminante pour le consentement de son utilisateur, il doit donc s'assurer que ce dernier la connaît. Cette doctrine de l'«*unfair surprise*»⁽²⁷³⁾ est «*designed to deter merchants from exploiting the reality that consumers do not read standard form contracts*»⁽²⁷⁴⁾. Elle nécessite cependant une faute de l'offreur des conditions; «*[a]t least in theory, the doctrine requires not only surprise, but unfair surprise*»⁽²⁷⁵⁾.

La doctrine des *reasonable expectations* quant à elle, originellement appliquée dans le contexte des contrats d'assurance⁽²⁷⁶⁾, impose au professionnel un devoir positif de faire remarquer et d'*expliquer* au profane les clauses raisonnablement inattendues, même si elles sont clairement stipulées dans le contrat⁽²⁷⁷⁾.

Ces doctrines semblent particulièrement pertinentes dans le contexte des réseaux sociaux. Toutefois, elles ne sont pas régulièrement appliquées et les juges américains recourent plutôt au standard de l'*unconscionability*⁽²⁷⁸⁾. La

(271) C.-à-d. le consentement au *standardized agreement*.

(272) Au sujet de cette règle, v. W.R. BARNES, *op. cit.*, pp. 248-252; R.A. HILLMAN et J.J. RACHLINSKI, *op. cit.*, pp. 30-31; F.J. MOOTZ et W.S. BOYD, «After the Battle of the Forms: Commercial Contracting in the Electronic Age», *A Journal of Law and Policy for the Information Society*, 2008, pp. 312-331.

(273) M.V. EISENBERG, «The Limits of Cognition and the Limits of Contracts», *Stanford L. Rev.*, 1995, pp. 246 et s.

(274) W.R. BARNES, *op. cit.*, p. 249.

(275) M.V. EISENBERG, *op. cit.*, p. 247.

(276) W.R. BARNES, *op. cit.*, pp. 251-252.

(277) R.A. HILLMAN et J.J. RACHLINSKI, *op. cit.*, p. 32. V. aussi à ce sujet N.S. KIM, «Clicking and Cringing», *Oregon L. Rev.*, 2007, p. 815, note 58.

(278) Le R.S.C. § 211 (3) et la doctrine des *reasonable expectations* pourraient être invoquées mais «*in most cases the courts look only at the issue of unconscionability, which has a high threshold – much*

jurisprudence évoquée à l'occasion de la présente contribution ne se fonde d'ailleurs pas sur celle-ci.

3) *Safe Harbor Principles* et *Federal Trade Commission*

47. En matière de protection des données et concernant les flux de données originaires d'Europe, il faut pointer le principe de *notice* des *Safe Harbor Principles*⁽²⁷⁹⁾. Il prévoit à ce sujet qu'une entreprise doit informer les personnes concernées quant aux finalités («*purposes*») pour lesquelles elle collecte et utilise les données à caractère personnel en question, préciser comment la contacter en cas de demande d'information ou de plainte et spécifier les types de tiers auxquels elle révèle ces données ainsi que les choix et moyens («*choices and means*») qu'elle offre aux personnes concernées pour limiter ses utilisations et divulgations. Cette information doit en outre être fournie «*...in clear and conspicuous language*» et, en principe, lorsque les données sont demandées à la personne concernée⁽²⁸⁰⁾.

Autrement dit, le fournisseur du réseau social doit notamment expliquer le fonctionnement des paramètres de confidentialité offerts *lorsque les données sont demandées*. Donc, selon nous, ces explications doivent être accessibles avant l'inscription à un site de socialisation, et une certaine interprétation de cette règle pourrait même conduire à imposer l'information «en temps réel» de l'utilisateur. Cette information est en principe communiquée via une *privacy policy*⁽²⁸¹⁾ – obligatoire en application des *Safe Harbor Principles* et, parfois, en vertu du droit des États⁽²⁸²⁾ – dont la violation sera sanctionnée, le cas échéant, sur la base du droit de la consommation et des pratiques commerciales, via une intervention de la *Federal Trade Commission*⁽²⁸³⁾ – sur la base de la section 5 du

*higher than "unfair" or "indecent"», R.L. OAKLEY, «Fairness in Electronic Contracting: Minimum Standards for Non-Negotiated Contracts», *Houston L. Rev.*, 2005-2006, p. 1062.*

(279) V. http://www.export.gov/safeharbor/eg_main_018247.asp.

(280) Selon les *Safe Harbor Principles*: «[...] when individuals are first asked to provide personal information to the organization or as soon thereafter as is practicable, but in any event before the organization uses such information for a purpose other than that for which it was originally collected or processed by the transferring organization or discloses it for the first time to a third party».

(281) Celle-ci est obligatoire en vertu des *Safe Harbor Principles*, mais il peut être relevé plus généralement que différents éléments «*have all recently converged to create a new environment in which implementing a privacy policy is a business necessity for most, and legally advisable for all*», S. KILLINGSWORTH, «Minding Your Own Business: Privacy Policies in Principle and in Practice», *Journal of Intellectual Property Law*, 1999, p. 59.

(282) V. par ex., en Californie, le «Online Privacy Protection Act of 2003 – Business and Professions Code sections 22575-22579», disponible sur <http://www.leginfo.ca.gov/cgi-bin/display-code?section=bpc&group=22001-23000&file=22575-22579>.

(283) V. FTC Policy Statement on Unfairness, 17 décembre 1980, disponible sur <http://www.ftc.gov/bcp/policystmt/ad-unfair.htm>, et FTC Policy Statement on Deception, 14 octobre 1983, disponible sur <http://www.ftc.gov/bcp/policystmt/ad-decept.htm>. Quant au *Federal Trade Commission Act*, v. http://www.ftc.gov/ogc/FTC_Act_IncorporatingUS_SAFE_WEB_Act.pdf. V. aussi. EPIC,

Federal Trade Commission Act prohibant les «*unfair or deceptive acts or practices in or affecting commerce*»⁽²⁸⁴⁾. Relevons que Facebook risque justement de faire l'objet d'une telle intervention⁽²⁸⁵⁾.

48. Au-delà des *Safe Harbor Principles*, auxquels Facebook et LinkedIn ont adhéré⁽²⁸⁶⁾, il faut également prendre en compte le «*growing "common law" of privacy created by Federal Trade Commission enforcement actions*»⁽²⁸⁷⁾, d'application cette fois générale. La pratique décisionnelle de cette institution ainsi que ses principes et lignes directrices, au demeurant également pertinents en cas d'adhésion aux *Safe Harbor Principles*, sont incontournables eu égard à l'activité de la F.T.C. en la matière⁽²⁸⁸⁾. Le cas échéant, la F.T.C. pourrait même être plus exigeante en matière de pratiques commerciales déloyales que les juridictions américaines ne le seraient au stade de la formation du contrat et du *reasonable notice*⁽²⁸⁹⁾. À ce sujet, S.E. Gindin étudie et met en évidence le cas *Sears* où la F.T.C. impose à la société Sears de révéler une série d'informations quant au traitement de données à caractère personnel «*[c]learly and prominently, and prior to the display of, and on a separate screen from, any final "end user license agreement", "privacy policy", "terms of use" page, or similar document*» (nous soulignons)⁽²⁹⁰⁾. Ce qui n'est pas le cas dans le contexte de nombreux réseaux sociaux (Facebook, MySpace, LinkedIn, SecondLife, Dailymotion, etc.) où le processus d'inscription ne fait généralement référence qu'à une politique de confidentialité via hyperlien⁽²⁹¹⁾. Il faut toutefois mettre en évidence les spécificités du cas *Sears* : une «*Tracking Application*» installée sur le terminal des internautes était en cause, la publicité quant au service de base

«Federal Trade Commission – Overview of Statutory Authority to Remedy Privacy Infringements», disponible sur <http://epic.org/privacy/internet/ftc/Authority.html>.

⁽²⁸⁴⁾ À ce sujet, «*there must be a representation, omission or practice that is likely to mislead the consumer*» et «*the representation, omission, or practice must be a "material" one*», la question étant de savoir «*whether the act or practice is likely to affect the consumer's conduct or decision with regard to a product or service*», FTC Policy Statement on Deception, *op. cit.*

⁽²⁸⁵⁾ V. note de bas de page n° 235.

⁽²⁸⁶⁾ V. *supra* n° 39.

⁽²⁸⁷⁾ KnowPrivacy, *op. cit.*, p. 10.

⁽²⁸⁸⁾ V. S.E. GINDIN, «*Nobody Reads Your Privacy Policy or Online Contract? Lessons Learned and Questions Raised by the FTC's Action Against Sears*», *Northwestern Journal of Technology and Intellectual Property*, 2009, pp. 1-36. L'auteure cite notamment les documents suivants : Federal Trade Commission, «*Dot Com Disclosures, Information About Online Advertising*», mai 2000, disponible sur <http://www.ftc.gov/bcp/edu/pubs/business/ecommerce/bus41.pdf>, et Federal Trade Commission, «*Staff Report: Self-Regulatory Principles For Online Behavioral Advertising*», février 2009, disponible sur <http://www.ftc.gov/os/2009/02/P085400behavadreport.pdf>. V. également Federal Trade Commission, «*Fair Information Practice Principles*», disponibles sur <http://www.ftc.gov/reports/privacy3/fairinfo.shtm>.

⁽²⁸⁹⁾ V. *infra* n°s 78-83.

⁽²⁹⁰⁾ V. U.S.A. Federal Trade Commission, 31 août 2009 (IN THE MATTER OF SEARS HOLDINGS MANAGEMENT CORPORATION), disponible sur <http://www.ftc.gov/os/caselist/0823099/090604searsdo.pdf>, p. 3.

⁽²⁹¹⁾ V. *infra* n°s 49-52.

offert n'évoquait pas l'existence de ce logiciel⁽²⁹²⁾ qui, en outre, collectait une quantité substantielle de données, dont des *sensitive data*⁽²⁹³⁾.

III) FORMATION DU CONTRAT

Conformément à ce qui a été annoncé, la formation du contrat est présentée selon la dynamique offre (B) et acceptation – adhésion – (C). Il convient à ces fins d'exposer le mode technique de contracter dans le contexte des réseaux sociaux, et de poser différents concepts nécessaires à la suite des développements (A).

A) Utilisation du réseau social et wrap contracts

L'utilisation du réseau social peut se faire avec ou sans inscription (1) et implique des « *wrap agreements* » (2).

1) Contexte des réseaux sociaux : la nécessité ou non d'une inscription

49. Les fonctionnalités avancées des réseaux sociaux (c'est-à-dire permettant d'éditer du contenu, d'échanger des informations entre utilisateurs, etc.), nécessitent une inscription de l'internaute. Parfois (YouTube, Dailymotion et, en cas de portions publiques de profils, Facebook, MySpace et LinkedIn) et selon les époques de vie du réseau social en cause⁽²⁹⁴⁾, les sites de socialisation peuvent être publiquement *consultés* comme tout site Web classique, sans enregistrement préalable. Une *summa divisio* se constitue donc : l'utilisation du réseau social avec ou sans inscription. Dans les deux hypothèses selon les conditions d'utilisation, l'internaute est *réputé* contracter avec le fournisseur du réseau social.

50. Si l'utilisation sans inscription ne connaît aucune étape technique préalable à la consultation du site, il en est autrement en cas d'inscription où l'internaute doit accomplir une procédure spécifique – commune à de nombreux sites – pour devenir *membre* du réseau. L'enregistrement requiert tout d'abord de compléter – en règle sans mentir⁽²⁹⁵⁾ – un formulaire en ligne : sont au moins demandés le nom et prénom de l'internaute, sa date de naissance, son sexe, une adresse e-mail valide et un mot de passe. Il doit en outre recopier une suite de chiffres et/ou lettres – code *Captcha* – afin de « prouver qu'il est

⁽²⁹²⁾ V. S.E. GINDIN, *op. cit.*, p. 21.

⁽²⁹³⁾ *Ibid.*, p. 4.

⁽²⁹⁴⁾ À l'origine, Facebook ne permettait par exemple que de mentionner publiquement l'existence du profil d'un utilisateur. Mais désormais, la quantité d'informations publiquement communicables a augmenté.

⁽²⁹⁵⁾ V. *supra* n° 33.

humain»⁽²⁹⁶⁾ et «pas un robot»⁽²⁹⁷⁾; le réseau social différencie l'homme de la machine programmée qui n'est généralement pas autorisée à l'utiliser. Certaines variantes existent, il est parfois requis de cocher ou décocher une option, de choisir une réponse à une «question secrète» en cas de renouvellement de mot de passe, de mentionner un pays⁽²⁹⁸⁾, un nom d'utilisateur⁽²⁹⁹⁾ voire d'autres informations personnelles⁽³⁰⁰⁾. Exceptionnellement – cas YouTube –, l'utilisateur ne doit pas révéler son nom.

Les champs pertinents complétés, l'internaute s'inscrit; il clique sur un bouton flanqué d'une mention. Il clique par exemple sur «J'accepte» – YouTube –, «Inscription» – Facebook et MySpace⁽³⁰¹⁾ –, «S'inscrire» – Dailymotion et LinkedIn – ou encore «Créer mon compte» – SecondLife et Twitter⁽³⁰²⁾. Sur MySpace, l'internaute doit en outre cocher spécifiquement une case manifestant son consentement aux conditions d'utilisation et à la politique de confidentialité. Il en était ainsi antérieurement dans le cas de SecondLife mais le site a – malheureusement – évolué. Ces champs complétés et ces clics effectués, l'internaute reçoit un courriel à partir duquel confirmer son inscription. Facebook présente une particularité dans ce contexte dans la mesure où une *Facebook Page* peut être réalisée via un autre processus d'inscription; il s'agit là de «Créer une page pour une célébrité, un groupe de musique ou une entreprise», et le fournisseur du réseau social s'attendra donc certainement à avoir affaire à un professionnel.

51. C'est via la mention adjacente au bouton sur lequel l'internaute clique que la portée de ce geste est annoncée. Ladite mention varie d'un site à l'autre et est généralement rédigée dans une police inférieure aux autres informations affichées et, en tout cas, au bouton objet du clic. Sur Facebook, «En cliquant sur Inscription, vous reconnaissez avoir lu et vous acceptez les Conditions d'utilisation et la Politique de confidentialité», d'autres réseaux proposant

(296) Conditions d'utilisation de DailyMotion.

(297) Conditions d'utilisation de SecondLife.

(298) V. par ex. YouTube et LinkedIn.

(299) V. par ex. YouTube, Twitter et SecondLife. Sur SecondLife, l'utilisateur s'identifie «dans la vie réelle» d'abord, et il crée ensuite un «personnage numérique».

(300) Sur LinkedIn, il faut préciser un code postal, une situation professionnelle, une entreprise, une fonction au sein de celle-ci et le secteur duquel elle relève.

(301) Il clique sur «S'inscrire» dans les cas de DailyMotion et LinkedIn, sur «Create my Account» dans l'hypothèse de Twitter et sur «Créer un compte» pour s'inscrire sur SecondLife.

(302) Concernant Twitter, nous avons rencontré certaines difficultés (peut-être dues au changement des langues d'utilisation du site et à la gestion des *cookies*) à identifier un unique processus d'inscription. Deux modes différents sont apparus durant nos tests (réalisés avec Safari et Firefox). L'un d'entre eux est essentiellement retenu pour les besoins du propos mais il sera, le cas échéant, fait référence à l'autre. Le lecteur doit donc garder à l'esprit que son expérience personnelle pourrait différer de ce qui est relaté en l'espèce, indépendamment de la date de mise à jour de la présente contribution.

des formules similaires⁽³⁰³⁾. Les termes « conditions d'utilisation » et « politique de confidentialité » sont alors des hyperliens donnant accès aux documents en question⁽³⁰⁴⁾. Des sensibilités différentes doivent être soulignées. Ainsi, premièrement, Dailymotion et MySpace semblent particulièrement soucieuses d'avertir leurs futurs membres quant à l'existence de traitements de données à caractère personnel⁽³⁰⁵⁾. YouTube est quant à elle désormais plus préoccupée par le droit d'auteur en y faisant une mention spéciale⁽³⁰⁶⁾. Deuxièmement, seule YouTube affiche dans une fenêtre – toutefois trop étroite⁽³⁰⁷⁾ – les conditions d'utilisation – selon une mise en page médiocre et sans les « Règles de confidentialité »⁽³⁰⁸⁾. Enfin troisièmement, seules Dailymotion et Twitter ne font pas référence à la politique de confidentialité à l'occasion de l'inscription : « En cliquant sur le bouton “S'inscrire” vous acceptez les conditions d'utilisation » – Dailymotion ; « En cliquant sur “Créer mon compte”, vous confirmez accepter les Conditions d'Utilisation » – Twitter⁽³⁰⁹⁾.

52. Lorsqu'il ne s'inscrit toutefois pas, l'utilisateur demeure réputé cocontractant du fournisseur du réseau social en raison de son accès ou de son utilisation du service offert, même s'il ne s'agit que d'une consultation⁽³¹⁰⁾. Et il n'est cette fois avisé de rien. Des hyperliens relégués aux bas des pages

⁽³⁰³⁾ Sur YouTube, « En cliquant sur “J'accepte”, ci-dessous, vous acceptez les conditions d'utilisation de YouTube, les conditions d'utilisation de Google et les règles de confidentialité », sur DailyMotion, « En cliquant sur le bouton “S'inscrire” vous acceptez les conditions d'utilisation », « En cliquant sur le bouton ci-dessous, vous confirmez avoir lu, compris et accepté les conditions générales d'utilisation et la politique de confidentialité de LinkedIn », etc.

⁽³⁰⁴⁾ À l'origine sur SecondLife, il n'y avait pas de mention de la politique de confidentialité. Il n'y en a pas non plus sur Twitter.

⁽³⁰⁵⁾ V. *supra* n° 33.

⁽³⁰⁶⁾ « L'envoi de contenu dont vous n'êtes pas propriétaire constitue une infraction aux droits d'auteur et est répréhensible par la loi. Votre compte sera supprimé si vous envoyez un contenu qui ne vous appartient pas sur le site ».

⁽³⁰⁷⁾ Même si un clic supplémentaire dans le champ du texte permet un petit élargissement de la fenêtre.

⁽³⁰⁸⁾ Tel est également le cas de Twitter selon un autre processus d'inscription expérimenté, v. l'avertissement en note de bas de page n° 297.

⁽³⁰⁹⁾ Selon un autre processus d'inscription expérimenté, v. l'avertissement en note de bas de page n° 297, cette mention est rédigée en anglais et vise également la politique de confidentialité, lorsque le site est affiché en version française.

⁽³¹⁰⁾ Le site MySpace est explicite à ce sujet : l'utilisateur accepte les conditions même lorsqu'il est « Visiteur » « ce qui signifie que vous vous contentez de naviguer sur les Services MySpace, notamment par le biais d'un appareil mobile ou sans fil... ». Quant à YouTube, la simple utilisation du « lecteur vidéo YouTube qui pourrait être intégré » à un autre site Web est réputée manifester l'acceptation aux conditions d'utilisation de YouTube. Et sur LinkedIn, l'internaute accepte « En accédant, regardant, téléchargeant ou utilisant de toute autre manière LinkedIn ou toute autre page ou élément disponible via LinkedIn, toute information fournie dans le contexte des services LinkedIn ou tout message électronique, newsletter ou des services y afférents... ou en cliquant sur “S'inscrire à LinkedIn” pendant la procédure d'inscription » (nous soulignons). La société LinkedIn irait-elle jusqu'à considérer que le curieux regardant l'écran de l'ordinateur d'une autre personne surfant sur LinkedIn serait également son cocontractant ?

consultées renvoient seuls aux conditions d'utilisation spécifiant ce mode d'acceptation et à la politique de confidentialité, sans plus d'égard pour l'attention de l'internaute.

2) Les *wrap contracts* et la formation du contrat en ligne

53. Les processus précédemment évoqués peuvent être conceptualisés au sein des «*wrap agreements*»⁽³¹¹⁾, ou «*wrap contracts*»⁽³¹²⁾, caractérisant, en jurisprudence et doctrine américaines, le mode de contracter en ligne. L'origine de la jurisprudence en la matière remonte aux «*shrinkwrap agreements* (ou *contract*, voire encore *licences*)»⁽³¹³⁾. Ce sont des contrats conclus entre un vendeur (de logiciel originellement) et un consommateur final, considérés comme formés par l'ouverture de l'emballage du logiciel par ce consommateur, sans renvoi ultérieur du produit malgré que cette possibilité existe en cas de désaccord, ce comportement valant acceptation de l'offre du vendeur⁽³¹⁴⁾. En pratique, les décisions en matière de *shrinkwrap contracts* sont à la base de la réflexion au sujet des *wrap contracts* à étudier dans le contexte des réseaux sociaux, à savoir les *clickwrap* et *browsewrap contracts*⁽³¹⁵⁾.

54. Les réseaux sociaux présentent plutôt des hypothèses de «*clickwrap*», «*browsewrap*» ou encore «*webwrap contracts*». La doctrine et la jurisprudence ne sont pas nécessairement claires quant à l'utilisation de ces termes. En doctrine, certains auteurs utilisent ces concepts de manière étroite ou large. Ainsi, R. Dunne utilise l'expression «*webwrap contracts*» en considérant que «*software license agreements formed electronically, usually using the World Wide Web, have come to be called "webwrap contracts" or "webwrap licenses"*»⁽³¹⁶⁾ (nous soulignons). A.D. Murray (droit anglais) écrit que «*[c]ontracts concluded*

(311) Cette expression est utilisée par R.L. OAKLEY, *op. cit.*, p. 1041. Pour une discussion sur les types de «*wrap agreements*», v. pp. 1041-1061.

(312) L.E. TRAKMAN, *op. cit.*

(313) À leur sujet, v. not. F.L. STREET et M.P. GRANT, *Law of the Internet*, Charlottesville, Lexis Law Publishing, 2000, pp. 23 et s.

(314) Dans l'affaire *ProCD v. Zeidenberg* (Court of Appeals for the Seventh Circuit, 20 juin 1996 (*ProCD, INC., v. ZEIDENBERG*)), ci-après «*ProCD v. Zeidenberg*», disponible sur http://www.law.cornell.edu/copyright/cases/86_F3d_1447.htm.), la Cour avance que «*The "shrinkwrap license" gets its name from the fact that retail software packages are covered in plastic or cellophane "shrinkwrap", and some vendors, [...], have written licenses that become effective as soon as the customer tears the wrapping from the package. Vendors prefer "end user license", but we use the more common term*».

(315) Par exemple, dans l'affaire *Specht v. Netscape* (U.S. Court of Appeals for the Second Circuit, 1^{er} octobre 2002 (CHRISTOPHER SPECHT, JOHN GIBSON, MICHAEL FAGAN, SEAN KELLY, MARK GRUBER, AND SHERRY WEINDORF, v. NETSCAPE COMMUNICATIONS CORPORATION AND AMERICA ONLINE, INC.)), ci-après «*Specht v. Netscape*», disponible sur <http://euro.com.cmu.edu/program/law/08-732/Transactions/SpechtVNetscape.pdf>.) concernant le téléchargement du logiciel Netscape via le site Web de Netscape Communicator, les cas *ProCD v. Zeidenberg* et *Mortenson v. Timberline* sont invoqués alors qu'ils sont relatifs aux *shrinkwrap licences*. Cependant, la Cour refuse leur application au motif que «*[i]n sum, the foregoing cases are clearly distinguishable from the facts of the present action*».

(316) R. DUNNE, *op. cit.*, p. 42.

directly over the Web are becoming more commonplace. Such “click wrap” contracts may be for the provision of goods or services in return for payment, such as the amazon.co.uk secure order form for the purchase of books, or they may be mere registration forms which will provide the contractual terms of use regulating the Web site in question»⁽³¹⁷⁾ (italiques enlevées par nous). K. Mills écrit enfin que les «browse-wrap contracts» sont en question «where relating to downloading of software»⁽³¹⁸⁾ (nous soulignons).

D’autres auteurs conceptualisent les différents types de *wrap contracts*. En ce sens, C.L. Kunz, H. Tayer, M.F. Del Duca et J. DeBrow proposent une terminologie et un classement. Ces auteurs considèrent que, quant aux *clickwrap agreements* – qu’ils appellent *click-through agreements* –, «[i]n these agreements, one party sets up a proposed electronic form agreement to which another party may assent by clicking an icon or a button or by typing in a set of specified words»⁽³¹⁹⁾ (nous soulignons). Tandis que dans les hypothèses *browsewrap agreements* – qu’ils appellent «*click-free agreements*» –, ils expliquent que «[c]lick-free agreements are commonly used for web site terms of use and contract-based privacy terms, where the User’s action of using the web site is said to constitute the User’s assent to the terms», précisant que «[c]lick-through agreements are distinct from click-free agreements..., in which the User does not manifest unambiguous assent to the posted terms» (nous soulignons)⁽³²⁰⁾. L.E. Trakman souligne que, dans le cas des *browsewrap agreements*, «users may be subject to onerous conditions without ever having accessed and “agreed” to them», tandis que, «[i]n contrast, prospective users in click-wrap contracts can only gain access to the product being purchased after having clicked a dialog box indicating “I agree” to the applicable conditions that precede that dialog box»⁽³²¹⁾ (nous soulignons). G.J.H. Smith (droit anglais) propose enfin synthétiquement que «“click-wrap” means that positive assent to the displayed terms (eg by an “I agree” button) is required. “Browse-wrap” means that the terms are accessible via a hypertext link. “Web-wrap” denotes a notice attempting to

⁽³¹⁷⁾ A.D. MURRAY, «Entering Into Contracts Electronically: The Real W.W.W.», in *Law & the Internet, a framework for electronic commerce*, L. EDWARDS et C. WAELE (éds), Oxford, Portland, Hart, 2000, p. 25.

⁽³¹⁸⁾ K. MILLS, «Effective Formation of Contracts by Electronic Means: Does the World Need a Uniform Regulatory Regime?», in *Legal Issues in the Global Information Society*, D. CAMPBELL et C. BÁN (éds), New York, Oceana Publications, Inc., Dobbs Ferry, 2005, p. 403

⁽³¹⁹⁾ C.L. KUNZ, H. THAYER, M.F. DEL DUCA et J. DEBROW, «Click-Through agreements: Strategies for Avoiding Disputes on Validity of Assent», disponible sur <http://www.steptoe.com/assets/attachments/2353.pdf>, p. 1.

⁽³²⁰⁾ C.L. KUNZ, H. THAYER, M.F. DEL DUCA et J. DEBROW, *op. cit.*

⁽³²¹⁾ L.E. TRAKMAN, *op. cit.*, pp. 54-55.

make entry into and further use of the website conditional on posted terms and conditions»⁽³²²⁾ ⁽³²³⁾ (nous soulignons).

55. La jurisprudence américaine pertinente en la matière peut également être citée. Dans *Specht v. Netscape*⁽³²⁴⁾ – ultérieurement citée à plusieurs reprises dans d'autres affaires⁽³²⁵⁾ –, la Cour, en appel, considère que «*[a] click-wrap license presents the user with a message on his or her computer screen, requiring that the user manifest his or her assent to the terms of the license agreement by clicking on an icon*» (nous soulignons). Au sujet des *browsewrap contracts*, dans *Pollstar v. Gigmania*⁽³²⁶⁾, la Cour soutient que «*a browse-wrap license is part of the web site and the user assents to the contract when the user visits the web site*». Et la Cour d'instance dans l'affaire *Specht v. Netscape*, se référant à la décision précitée, précise que «*the user is not required to click on an icon expressing assent to the license, or even view its terms, before proceeding to use the information on the site*» (nous soulignons). Dans une affaire très récente impliquant le réseau social MySpace, le juge G.H. Wu illustre, en *obiter dictum* et note de bas de page mais opportunément pour le présent propos, la différence existant entre les deux modes d'utilisation précités des réseaux sociaux – avec ou sans inscription – : «*[a]s a "visitor" to the MySpace website and being initially limited to the public areas of the site, one is bound by MySpace's browsewrap agreement. If one wishes further access into the site*

⁽³²²⁾ G.J.H. SMITH, cité par C. RIEFA et J. HÖRNLE, «The Changing Face of Electronic Consumer Contracts», in *Law and the Internet*, L. EDWARDS et C. WÄLDE (éds), Oxford, Portland, 2009, Hart, p. 110.

⁽³²³⁾ Sur la différence entre *clickwrap contracts* et *browsewrap contracts*, v. encore P.B. CUNNINGHAM et E.C. WITKOW, «Click-Wrap and Browse-Wrap Agreements, Click with Caution: Liability for Breach of Click-Wrap and Browse-Wrap Agreements», *The Computer and Internet Lawyer*, vol. 13, n° 6, juin 2006, p. 1.

⁽³²⁴⁾ En instance, U.S. District Court for the Southern District of New York, 3 juillet 2001 (CHRISTOPHER SPECHT, JOHN GIBSON, MICHAEL FAGAN, SEAN KELLY, MARK GRUBER, AND SHERRY WEINDORF, v. NETSCAPE COMMUNICATIONS CORPORATION AND AMERICA ONLINE, INC.), disponible sur <http://www.internetlibrary.com/pdf/specht%20district%20court.pdf>, et en degré d'appel où la décision d'instance est confirmée, U.S. Court of Appeals for the Second Circuit, 1^{er} octobre 2002 (CHRISTOPHER SPECHT, JOHN GIBSON, MICHAEL FAGAN, SEAN KELLY, MARK GRUBER, AND SHERRY WEINDORF, v. NETSCAPE COMMUNICATIONS CORPORATION AND AMERICA ONLINE, INC.), ci-après «*Specht v. Netscape*», disponible sur <http://euro.ecom.cmu.edu/program/law/08-732/Transactions/SpechtVNetscape.pdf>.

⁽³²⁵⁾ *V. Feldman v. Google* : «*a clickwrap agreement appears on an internet webpage and requires that a user consent to any terms or conditions by clicking on a dialog box on the screening order to proceed with the internet transaction*»; v. *Comb v. Paypal* : «*[t]he User Agreement is a "clickwrap contract", formed when the customer "click[s] 'I Accept,' or by submitting payment information through the Service..."* *User Agreement*»; v. encore *Doe v. SexSearch.com*. Notons qu'une possibilité supplémentaire est prise en compte dans l'affaire *Comb v. Paypal*, à savoir, «*submitting payment information through the Service*».

⁽³²⁶⁾ U.S. District Court for the Eastern District of California, 17 octobre 2000 (POLLSTAR v. GIGMANIA LTD), ci-après «*Pollstar v. Gigmania*», disponible sur <http://euro.ecom.cmu.edu/program/courses/tcr840/2003/pollstar.htm>.

for purposes of creating a profile and contacting MySpace members [...], one would have to affirmatively acknowledge and assent to the terms of service by checking the designated box, thereby triggering the clickwrap agreement»⁽³²⁷⁾ (nous soulignons).

56. Il est donc nécessaire de préciser la terminologie choisie pour le présent propos. Nous considérerons qu'il y a *clickwrap contract* lorsque l'utilisateur doit cliquer sur un bouton «J'accepte», «Je consens», «Oui» adjacent à une mention stipulant le consentement aux conditions d'utilisation et politique de confidentialité, ou encore s'il doit cocher une case vide adjacente à une mention de ce type, que lesdites conditions et politique soient directement affichées ou qu'elles soient accessibles via des liens hypertextes. Ce qui compte, selon nous, est que le bouton – ou la case – cliqué(e) exprime *littéralement* le consentement aux documents en question pour qu'un *clickwrap contract* soit en cause. Lorsqu'il s'agit par contre de cliquer sur «Inscription», «Créer un compte», «Continuer», etc., à nouveau, que les documents pertinents soient affichés ou accessibles via hyperliens, nous considérerons qu'il est question de *browsewrap agreements* au sens strict. Dans ces deux dernières hypothèses, il y a une possibilité de prendre connaissance du contenu des conditions d'utilisation et de la politique de confidentialité *avant* que le contrat ne soit conclu. Enfin, lorsque la *simple utilisation d'un site Web sans inscription* ou formalité préalable de ce type – tel qu'un écran intermédiaire nécessitant les clics précités – est réputée former le contrat, il sera question d'un type particulier de *browsewrap contract* que nous appellerons *webwrap contract*, où, concrètement, le contrat étant formé dès la première visite sur le site concerné, ce n'est qu'après sa formation que les documents pertinents peuvent être consultés. Il convient désormais d'étudier l'offre et l'adhésion à celle-ci dans ce contexte.

B) Offre

57. En droit belge, «l'offre (ou la pollicitation) constitue une “émission définitive de l'une des volontés en présence, qui ne doit plus qu'être acceptée par l'autre pour que le contrat soit formé”»⁽³²⁸⁾. Obligatoire pour l'offrant⁽³²⁹⁾, elle n'existe que s'il a l'intention d'être lié juridiquement⁽³³⁰⁾. Elle doit en outre

⁽³²⁷⁾ U.S. District Court for the Central District of California, 28 août 2009 (UNITED STATES OF AMERICA v. LORI DREW), ci-après «*U.S.A. v. Drew*», disponible sur <http://volokh.com/files/LoriDrew.pdf>.

⁽³²⁸⁾ «Selon la définition de H. De Page – reprise par l'arrêt de la Cour de cassation du 23 septembre 1969», T. STAROSSELETS, *op. cit.*, p. 11.

⁽³²⁹⁾ Son caractère obligatoire se fondant dans un engagement résultant de la manifestation de la volonté unilatérale de celui qui l'émet, v. par ex. Cass., 9 mai 1980, *Pas.*, 1980, I, p. 1127.

⁽³³⁰⁾ V. T. STAROSSELETS, *op. cit.*, p. 12. V. *supra* n° 8 et *infra* n° 85 quant à l'intention juridique.

être ferme et définitive⁽³³¹⁾, suffisamment précise et complète⁽³³²⁾, et, soit être parvenue à son destinataire si celui-ci est déterminé, soit être extériorisée si elle est adressée au public⁽³³³⁾. Sa forme importe peu, une page Web⁽³³⁴⁾ peut en l'espèce constituer une offre. Sans aller plus loin dans le droit américain, «*[r]ecall that a valid offer is one that a reasonable person in the position of the offeree would believe will create a contract if accepted*»⁽³³⁵⁾.

58. Que l'internaute s'inscrive ou pas au réseau social, un mécanisme de renvoi via des hyperliens à partir d'une page d'inscription ou d'accueil – ou, le cas échéant, d'autres pages du réseau publiquement accessible – tend à inclure diverses pages (politique de confidentialité et conditions d'utilisation essentiellement) dans le champ du consentement de l'internaute. Les pages en question, renvoyant les unes aux autres, se référeront parfois aussi à des «*guidelines*» ou «*policies*» réputées ou non y incluses⁽³³⁶⁾. Le propos se focalise sur les conditions d'utilisation (1) – *a priori* constituant la base de la relation contractuelle en devenir – ainsi que la politique de confidentialité (2)⁽³³⁷⁾, et précise qu'un contrat d'adhésion est offert à l'internaute (3).

I) Conditions d'utilisation ou Terms of Use

59. Les conditions d'utilisation, rédigées comme des contrats, peuvent stipuler que l'utilisateur bénéficie d'un droit d'utilisation du réseau social et des services offerts au sein de celui-ci⁽³³⁸⁾. Mais elles insistent généralement plus

(331) Tel est le cas si elle n'est «assortie d'aucune condition préalable à la naissance du contrat», comme il en était du bon de commande soumis à la cour d'appel de Bruxelles, Bruxelles, 30 mars 2006, n° de rôle 2003/AR/654, dont le sommaire est disponible sur <http://jure.juridat.just.fgov.be>. La seule acceptation doit suffire à la formation du contrat, v. en ce sens Bruxelles, 12 décembre 2002, n° de rôle 1996/AR/1154, dont le sommaire est disponible sur <http://jure.juridat.just.fgov.be>, ce que le juge appréciera *in concreto*, v. J. STICHELBAUT, *op. cit.*, p. 45.

(332) Elle doit à tout le moins comprendre les éléments objectivement essentiels du contrat, à savoir l'objet de celui-ci et les obligations principales; ces éléments étant déterminés en fonction de leur nécessité à la «réalisation du but économique de l'opération», T. STAROSSELETS, *op. cit.*, pp. 18-19, ils sont ceux qui «sont fondamentaux d'après la nature de la convention pour que celle-ci puisse être conclue avec ses caractéristiques propres», J. STICHELBAUT, p. 52.

(333) V. C. DELFORGE, *op. cit.*, pp. 153-158, et T. STAROSSELETS, *op. cit.*, pp. 23-24.

(334) V. en ce sens M. DEMOULIN et E. MONTERO, «La conclusion des contrats par voie électronique», *op. cit.*, pp. 766-769. Selon ces auteurs, «[...] l'on peut considérer comme une offre les pages web présentant de manière suffisamment détaillée les produits et services [...]».

(335) R. DUNNE, *op. cit.*, p. 33.

(336) Par exemple, dans le cas de Facebook, la déclaration des droits et responsabilités stipule: «Nous vous recommandons également de consulter les documents suivants», à savoir, la «politique de respect de la vie privée», les «règles de la plate-forme», etc. Les «règles de la communauté YouTube» sont explicitement intégrées aux conditions d'utilisation par renvoi.

(337) Ce qui est stipulé quant à la politique de confidentialité vaut toutefois, *mutatis mutandis*, pour d'autres pages Web.

(338) Le premier paragraphe des conditions d'utilisation de SecondLife illustre cela: «Welcome to Second Life! The following agreement (this "Agreement" or the "Terms of Service") describes the terms on which Linde Research, Inc. ("Linden Lab") offers you access to its services» (nous soulignons).

longuement sur la licence que concède cet utilisateur quant à «son contenu» au sens large. Cela semble constituer l'objet – ne fût-ce qu'implicitement – du contrat. Par exemple, dans l'hypothèse de Facebook et avant la modification des conditions d'utilisation du 1^{er} mai 2009, les utilisateurs concédaient à ladite société une licence d'exploitation de leurs données⁽³³⁹⁾, tandis qu'ils recevaient en échange une licence d'utilisation du site⁽³⁴⁰⁾. Désormais, le *Statement of Rights and Responsibilities* ne prévoit – curieusement – plus *expressément* de licence d'utilisation du site⁽³⁴¹⁾, bien que les utilisateurs concèdent quant à eux une licence – mondiale, gratuite et non exclusive – relative à leur «*IP content*»⁽³⁴²⁾. Une exploitation commerciale de ce contenu, toutefois depuis peu assujettie aux paramètres de confidentialité et aux paramètres des applications (qu'est-ce que cela implique concrètement?), est donc possible. Twitter prévoit également une licence d'exploitation du contenu des utilisateurs fort large⁽³⁴³⁾ et leur concède explicitement un droit d'utilisation du site⁽³⁴⁴⁾. Le site LinkedIn présente quant à lui une licence d'utilisation des données des utilisateurs simi-

⁽³³⁹⁾ «*By posting User Content to any part of the Site, you automatically grant, and you represent and warrant that you have the right to grant, to the Company an irrevocable, perpetual, non-exclusive, transferable, fully paid, worldwide license (with the right to sublicense) to use, copy, publicly perform, publicly display, reformat, translate, excerpt (in whole or in part) and distribute such User Content for any purpose, commercial, advertising, or otherwise, on or in connection with the Site or the promotion thereof, to prepare derivative works of, or incorporate into other works, such User Content, and to grant and authorize sublicenses of the foregoing. You may remove your User Content from the Site at any time.*»

⁽³⁴⁰⁾ «*[...] Provided that you are eligible for use of the Site, you are granted a limited license to access and use the Site and the Site Content and to download or print a copy of any portion of the Site Content to which you have properly gained access solely for your personal, non-commercial use, provided that you keep all copyright or other proprietary notices intact.*»

⁽³⁴¹⁾ Une telle suppression semble étrangement ôter aux utilisateurs la contrepartie dont ils bénéficiaient au sein des conditions d'utilisation antérieures...

⁽³⁴²⁾ Ainsi désormais, «*For content that is covered by intellectual property rights, like photos and videos ("IP content"), you specifically give us the following permission, subject to your privacy and application settings: you grant us a non-exclusive, transferable, sub-licensable, royalty-free, worldwide license to use any IP content that you post on or in connection with Facebook ("IP License"). This IP License ends when you delete your IP content or your account unless your content has been shared with others, and they have not deleted it.*»

⁽³⁴³⁾ «En soumettant, publiant ou affichant un Contenu sur ou par le biais des Services, l'utilisateur accorde à Twitter une licence mondiale non exclusive, libre de redevance avec le droit de sous-licencier, utiliser, copier, reproduire, traiter, adapter, modifier, publier, transmettre, afficher et distribuer le Contenu à tous les médias ou à toutes les méthodes de distribution (connues à présent ou développées ultérieurement). En soumettant, publiant ou affichant un Contenu sur ou par le biais des Services, l'utilisateur accorde à Twitter une licence mondiale non exclusive, libre de redevance avec le droit de sous-licencier, utiliser, copier, reproduire, traiter, adapter, modifier, publier, transmettre, afficher et distribuer le Contenu à tous les médias ou à toutes les méthodes de distribution (connues à présent ou développées ultérieurement)».

⁽³⁴⁴⁾ Selon les conditions d'utilisation de Twitter: «Twitter donne à l'utilisateur une licence personnelle, mondiale, sans *royalties*, non cessible et non exclusive pour utiliser le logiciel qui lui est fourni par Twitter dans le cadre des Services. Cette licence a pour seul but de permettre d'utiliser et de bénéficier des Services tels que Twitter les fournit, de la manière permise par les présentes Conditions».

lares à l'ancienne version des conditions d'utilisation de Facebook⁽³⁴⁵⁾, sauf qu'il n'est ici, par exemple, pas question d'octroyer le droit de concéder des sous-licences. Pour citer deux dernières illustrations, les sociétés YouTube et MySpace ont aussi rédigé ce genre de licences – MySpace prenant en compte le caractère «privé» d'un contenu en y associant une conséquence directe –, à la différence qu'elles semblent plus limitées, bien que demeurent des ambiguïtés notamment quant aux questions de redistributions du contenu hors des sites⁽³⁴⁶⁾. Il va de soi que le «droit contractuel» d'utiliser le site serait la cause

(345) «Droit de licence et garantie de vos contributions: Vous n'êtes pas dans l'obligation de nous soumettre quoi que ce soit, mais si vous décidez de le faire (y compris tout contenu, idée, notion, technique ou donnée généré par un Utilisateur), vous devrez accorder et effectivement concéder par le biais de l'acceptation de ces Conditions un droit non exclusif, irrévocable, global, permanent et illimité, qui ne peut pas être l'objet de sous-licence, entièrement payée et libre de toute obligation à payer une redevance, de copier, élaborer des œuvres dérivées, améliorer, diffuser, publier, retirer, retenir, ajouter et utiliser ou commercialiser de toute façon actuellement connue ou à découvrir dans l'avenir, tout élément soumis sans autre autorisation, notification, et/ou contrepartie pour vous ou tout autre tiers...».

(346) En ce qui concerne YouTube: «10. Les droits que vous concédez 10.1 Lorsque vous chargez ou affichez une Contribution sur YouTube, vous concédez: A. à YouTube, le droit non exclusif, cessible (y compris le droit de sous-licencier), sans contrepartie financière et pour le monde entier d'utiliser, de reproduire, de distribuer, de représenter et d'exécuter les Contributions dans le cadre de l'offre de Services ou en relation avec la mise à disposition du Site Internet et l'activité de YouTube et d'en créer des œuvres dérivées, y compris, sans limitation, pour la promotion et la redistribution de tout ou partie du Site Internet (et des œuvres dérivées qui en résultent), dans tout format et sur tout support; B. à chaque utilisateur du Site Internet le droit non exclusif, cessible, sans contrepartie financière et pour le monde entier d'accéder à vos Contributions via le Site Internet et d'utiliser, de reproduire, de distribuer, de représenter, d'exécuter les Contributions ou d'en créer des œuvres dérivées dans la mesure autorisée par les fonctionnalités du Site Internet et par les présentes Conditions. 10.2 Les droits que vous concédez ci-dessus sur les Vidéos d'Utilisateurs cessent lorsque vous ôtez ou supprimez vos Vidéos d'Utilisateurs du Site Internet. Les droits sur les Commentaires d'Utilisateurs concédés ci-dessus sont perpétuels et irrévocables, mais sans préjudice des droits de propriété que vous conservez conformément aux dispositions de l'article 8.2 ci-dessus» (nous soulignons). En ce qui concerne MySpace: «6.1 MySpace ne revendique aucun droit de propriété sur le texte, les fichiers, images, photos, vidéos, sons, œuvres musicales, œuvres d'auteur, applications ou tout autre contenu (collectivement, "Contenu") que vous transmettez, soumettez, affichez ou mettez en ligne ("publier") sur, par le biais de ou en relation avec les Services MySpace. Après sa mise en ligne, vous conservez l'ensemble des droits que vous pourriez avoir sur un tel Contenu, sous réserve de la licence limitée exposée ci-après. En "publiant" tout Contenu sur, par le biais de ou en relation avec les Services MySpace, vous accordez à MySpace une licence limitée l'autorisant à utiliser, modifier, supprimer, ajouter, exécuter ou représenter publiquement, reproduire et distribuer un tel Contenu uniquement sur, par le biais de ou en relation avec les Services MySpace, y compris, mais sans toutefois que cela soit limitatif, aux applications, widgets, sites internet ou appareils mobile ou de bureau ou d'autres services associés à votre compte MySpace (collectivement, "Services affiliés"), notamment, à distribuer ce Contenu sur tout ou partie des Services MySpace, dans tout format média et par le biais de tout canal médiatique, à l'exception du Contenu portant la mention "privé", qui ne sera pas distribué par MySpace hors des Services MySpace et des Services affiliés. Cette licence limitée ne confère pas à MySpace le droit de vendre ou de distribuer autrement votre Contenu en dehors des Services MySpace ou des Services affiliés. En cas de retrait du Contenu des Services MySpace, nous cesserons toute distribution aussitôt que possible et, au moment où la distribution sera interrompue, la licence se terminera. Si, après que nous ayons distribué votre Contenu hors des Services MySpace,

de l'engagement de l'internaute – s'il y a contrat – et la contrepartie qu'il doit obtenir du prestataire du réseau social – l'objet du contrat – que cela soit ou non stipulé expressément.

La contrepartie « publicitaire » concédée par les utilisateurs apparaît également parfois dans les conditions d'utilisation, même si les pratiques en matière de traitement des données à caractère personnel sont plutôt renseignées dans la politique de confidentialité. Par exemple, la déclaration des droits et responsabilités de Facebook comprend un titre « À propos de la publicité sur Facebook », et les conditions de Twitter stipulent « Les Services peuvent contenir des publicités ciblant parfois le Contenu ou l'information transmis via les Services, des requêtes formulées via le Service, ou d'autres types d'informations ».

60. Les conditions d'utilisation contiennent généralement des clauses exorbitantes du droit commun, étant entendu que le prestataire du réseau social choisit en règle un droit applicable⁽³⁴⁷⁾. Des clauses limitatives ou exonératoires de responsabilité sont fréquemment stipulées⁽³⁴⁸⁾, et sont d'ailleurs susceptibles d'évoluer avec le temps comme en atteste le cas de Facebook. Des clauses permettant pratiquement aux fournisseurs de réseaux sociaux de modifier « quasi unilatéralement » – si pas unilatéralement – le cadre contractuel⁽³⁴⁹⁾ sont aussi

vous modifiez le *statut de confidentialité du Contenu en y ajoutant la mention "privé"*, nous interrompons toute distribution d'un tel Contenu devenu "privé" hors des Services MySpace aussitôt que possible une fois que le changement aura été apporté. Toutefois, vous comprenez et acceptez qu'une fois le Contenu distribué à un Service Affilié ou ajouté à d'autres aspects des services MySpace, MySpace ne sera en aucun cas tenue de supprimer ou de demander à d'autres Utilisateurs ou à un Service affilié de supprimer ce Contenu. Par conséquent, il peut continuer d'apparaître et d'être utilisé pour une durée indéterminée» (nous soulignons).

⁽³⁴⁷⁾ V. n° 6.

⁽³⁴⁸⁾ V. par ex. la longue et complexe clause exonératoire de responsabilité stipulée dans les conditions de LinkedIn. V. également les conditions d'utilisation de MySpace, de YouTube, de SecondLife.

⁽³⁴⁹⁾ Généralement, ces clauses sont présentées comme donnant lieu à un accord de l'internaute et du fournisseur du réseau social sur la modification du contrat en cause. Néanmoins, les procédures de notification des changements sont en général inefficaces voire inexistantes. Souvent, une notification des changements se fait simplement via le site et sans nécessairement l'envoi d'un courrier électronique. Dans un tel contexte, soutenir que la poursuite, après tel changement, de l'utilisation du site par l'internaute équivaut à y consentir est un indice de la *volonté réelle* de revendiquer un pouvoir unilatéral de modification du contrat. V. par ex. les conditions d'utilisation de LinkedIn, Twitter et YouTube. Il est ainsi stipulé dans les conditions d'utilisation du dernier site : « 4.1 Youtube se réserve le droit de modifier périodiquement les Conditions. En cas de modification, une nouvelle copie des Conditions sera disponible à l'adresse... 4.2 Si vous utilisez les Services après la date de modification des Conditions, vous reconnaissez et acceptez que YouTube considère une telle utilisation comme l'acceptation de ces Conditions modifiées. 4.3 Nous vous conseillons de consulter régulièrement ces Conditions pour être informé des modifications effectuées ». Au sujet de SecondLife, « *Linden Lab may amend this Agreement at any time in its sole discretion, effective upon posting the amended Agreement at the domain or subdomains of http://secondlife.com where the prior version of this Agreement was posted, or by communicating these changes through any written contact method we have established with you* ». Enfin, « MySpace se réserve le droit de modifier, à tout moment, les présentes Conditions d'Utilisation ; et toute modification entrera alors en vigueur dès sa publication

monnaie courante. Qu'il s'agisse d'ailleurs de la modification des conditions d'utilisation ou de la politique de confidentialité⁽³⁵⁰⁾. Facebook a modifié une telle clause pour finalement proposer le système de modification le plus original dans les cas étudiés⁽³⁵¹⁾. Les conditions d'utilisation peuvent encore comprendre des clauses permettant une résolution unilatérale du contrat, sans motif⁽³⁵²⁾ et sans préavis⁽³⁵³⁾. D'autres clauses enfin ont trait à la résolution des litiges et attribuent souvent compétence à des juridictions américaines⁽³⁵⁴⁾, voire à des

sur les Services MySpace. Toute modification de contenu s'appliquera pour l'avenir uniquement. *Une utilisation continue de votre part des Services MySpace suite à de telles modifications constitue votre acceptation de la version modifiée des Conditions d'utilisation*».

⁽³⁵⁰⁾ V. par ex. les politiques de confidentialité de Twitter et SecondLife.

⁽³⁵¹⁾ Ainsi désormais, les utilisateurs peuvent – certes de manière limitée – être entendus autrement qu'en quittant le réseau : « 13. Amendements 1. Nous pouvons changer cette Déclaration tant que nous vous avertissons (via la Page Facebook Site Governance) et vous donnons la possibilité de commenter. Pour recevoir ces avertissements, devenez fan de la Page Facebook Site. 2. Pour les changements apportés aux sections 7, 8, 9 et 11 (les sections liées aux paiements, aux développeurs d'applications, aux exploitants de sites web et aux annonceurs), nous vous donnerons un préavis de sept jours au minimum. Ces commentaires doivent être publiés sur la Page Facebook Site Governance. 3. Si plus de 7.000 utilisateurs commentent le changement proposé, nous vous donnerons également l'occasion de participer à un vote dans le cadre duquel d'autres alternatives vous seront proposées. Nous devons respecter le résultat du vote si plus de 30% de tous les utilisateurs inscrits actifs à la date du préavis participent au vote. 4. Nous pouvons effectuer des modifications pour des raisons légales ou administratives après préavis mais sans occasion de commenter ». Notons que Facebook estime ses utilisateurs actifs à plus de 400.000.000 (v. <http://www.facebook.com/press/info.php?statistics>)...

⁽³⁵²⁾ À l'origine, dans le cas de Facebook, la société du même nom pouvait mettre un terme au compte d'un utilisateur sans motif. Il est désormais prévu que « *If you violate the letter or spirit of this Statement, or otherwise create possible legal exposure for us, we can stop providing all or part of Facebook to you. We will generally try to notify you, but have no obligation to do so* ».

⁽³⁵³⁾ Sur Twitter, les *terms* stipulaient originellement que « *We reserve the right, in accordance with any applicable laws, to refuse service to anyone for any reason at any time* ». Désormais, « Twitter se réserve le droit en tout temps (mais n'en a pas l'obligation) de supprimer ou de refuser de diffuser tout Contenu de ses Services et de supprimer des comptes d'utilisateurs ou de récupérer des noms d'utilisateurs ».

⁽³⁵⁴⁾ Quant à SecondLife, les juridictions californiennes (*City and County of San Francisco*) sont déclarées compétentes, bien que « *LindenLab shall still be allowed to apply for injunctive or other equitable relief in any court of competent jurisdiction* ». YouTube prévoit que « Vous acceptez avec Youtube de vous soumettre à la compétence exclusive des tribunaux anglais en cas de litige résultant de ces Conditions. Nonobstant ce qui précède, vous reconnaissez que YouTube pourra solliciter des mesures conservatoires... auprès des juridictions de tous pays ». Dans un français approximatif, Twitter stipule que « Toutes réclamations, toutes actions en justice ou tout litige survenant dans le cadre des Services seront déposés uniquement au comté de San Francisco en Californie. L'utilisateur consent également à la compétence et au lieu de ces tribunaux et renonce à toute objection quant au lieu de déroulement des procédures », clause apparaissant sous un titre « Maîtrise des Lois et de la Juridiction... ». Enfin, selon les conditions de MySpace, « vous et MySpace acceptez de vous soumettre à la juridiction exclusive des tribunaux situés dans l'État de New York pour résoudre tout différend en relation avec les présentes Conditions d'Utilisation ou les Services My Space ».

arbitres⁽³⁵⁵⁾ ou encore, le cas échéant, à l'un ou l'autre selon l'objet du litige⁽³⁵⁶⁾ ou le choix de l'utilisateur⁽³⁵⁷⁾.

Bref, de nombreuses clauses de tous ordres se trouvent dans les conditions d'utilisation des sites de socialisation et il convient à présent de s'interroger sur l'inclusion de la politique de confidentialité dans cette offre.

2) Politique de confidentialité ou Privacy Policy

61. L'inclusion dans l'« offre contractuelle » du fournisseur de réseau social de la politique de confidentialité serait utile, aux États-Unis, comme limite au traitement de données à caractère personnel dont le respect peut être forcé par une action individuelle devant une juridiction⁽³⁵⁸⁾. Par ailleurs, de telles limitations contractuelles sont admises par une doctrine opposée à la réglementation générale de la protection des données⁽³⁵⁹⁾, ce qui en renforce l'intérêt. En droit belge, nous conviendrons qu'elle contribue à la *complétude* de l'offre du fournisseur du réseau, eu égard à la place fondamentale de la vie privée dans le contexte étudié, mais que c'est à la base au regard de la L.V.P. qu'elle porte un contenu informationnel obligatoire. D'intérêt particulier en droit américain, la situation concrète de certains réseaux sociaux (a) est évoquée par rapport à quelques décisions américaines intéressantes (b).

A) CONTEXTE DES RÉSEAUX SOCIAUX

62. Dans les cas de YouTube et de MySpace, la politique de confidentialité est textuellement et clairement incorporée au contrat proposé, dans les conditions d'utilisation⁽³⁶⁰⁾. Elle est également incorporée dans les conditions

⁽³⁵⁵⁾ Les conditions de LinkedIn prévoient que « tout différend sera réglé par un arbitrage jugé en dernier ressort sous les règles et auspices de l'American Arbitration Association, le lieu d'arbitrage étant San Francisco ».

⁽³⁵⁶⁾ À l'origine dans le cas de Facebook, l'essentiel des différends était soumis à l'arbitrage selon les règles de l'*American Arbitration Association*, le cas échéant selon les *Consumer Procedures* (v. <http://www.adr.org>). Mais les litiges relatifs à la propriété intellectuelle devaient être soumis aux juridictions californiennes. Désormais, seules les juridictions californiennes (comté de Santa Clara) sont stipulées compétentes pour tout litige.

⁽³⁵⁷⁾ Pour certains litiges, dans le cas de SecondLife, la partie à l'initiative du litige peut choisir de soumettre le litige à un *established alternative dispute resolution provider* choisi par les deux parties.

⁽³⁵⁸⁾ « *There is no private right of action under the FTC Act, so consumers seeking damages for privacy policy violations must find another theory of liability, such as contract* », S. KILLINGSWORTH, *op. cit.*, p. 72.

⁽³⁵⁹⁾ V. E. VOLOKH, « Freedom of Speech, Information Privacy, and the Troubling Implications of a Right to Stop People From Speaking About You », *Stanford L. Rev.*, pp. 7-11.

⁽³⁶⁰⁾ Ainsi les conditions de YouTube précisent que « 1.2 Ce contrat ayant force obligatoire entre vous et YouTube comprend (A) les conditions générales prévues aux présentes, (B) la charte de protection des données personnelles de Youtube (disponible...) et (C) les Règles de la Communauté YouTube (disponible...) ». La politique de confidentialité de MySpace n'est pas incluse dans les

de LinkedIn et dans celles de SecondLife, mais de manière un peu moins évidente⁽³⁶¹⁾.

63. La situation est encore moins claire quant à d'autres réseaux sociaux qui, toutefois, font quand même référence à la politique de confidentialité dans leurs conditions d'utilisation. Ainsi, le premier paragraphe des conditions de Twitter ne fait pas mention de la politique de confidentialité. Mais le deuxième titre desdites conditions – « Vie privée » – stipule essentiellement que « Toute information fournie à Twitter est sujette à notre Politique de Confidentialité, qui régit la collecte et l'utilisation des données des utilisateurs ». Il faut noter que, originellement, les conditions d'utilisation de Twitter ne faisaient aucunement mention de la politique de confidentialité. Sur Facebook, le second paragraphe de la déclaration des droits et responsabilités est intitulé « 1. Respect de la vie privée », et poursuit : « Le respect de votre vie privée nous tient à cœur. Notre Règlement de respect de la vie privée a été établi dans le but de vous informer des données que nous recueillons et de l'utilisation que nous en faisons ». Les titres deux – « Partage de votre contenu et de vos informations » et dix – « À propos de la publicité sur Facebook » – portent aussi sur la vie privée dans la mesure, notamment, où ils impliquent les paramètres de confidentialité.

B) JURISPRUDENCE AMÉRICAINE

64. Si, selon S. Killingsworth, « *[a]s between the website and the user, a privacy policy bears all of the earmarks of a contract, but perhaps one enforceable only at the option of the user* »⁽³⁶²⁾, deux décisions ne semblent pas le reconnaître de manière si évidente. Le cas *Dyer v. Northwest Airlines*⁽³⁶³⁾ peut

conditions d'utilisation dès leurs premiers paragraphes, mais à partir du titre « 12. Confidentialité » : « L'utilisation des Services MySpace est également régie par notre Politique de Confidentialité, qui est incorporée au présent Contrat par référence ».

⁽³⁶¹⁾ Sur LinkedIn, il est question de la déclaration de confidentialité du site dans un premier titre des conditions d'utilisation – « Vos Obligations – ce que vous devez faire ». Elle est considérée comme faisant partie de « modalités » « qui forment une partie intégrale » des conditions. Quant à SecondLife, il est stipulé d'emblée « *This offer is conditioned on your agreement to all of the terms and conditions contained in the Terms of Service, including your compliance with the policies and terms linked to [...] from this Agreement* ». Un titre relativement court « Privacy Policy » est cependant inclus dans cet « Agreement », synthétisant les pratiques de Linden Lab, et précisant *in fine* que « *You agree to read the disclosures and be bound by the terms of the additional Privacy Policy information posted on our website* ». En outre, la licence d'exploitation des données des utilisateurs est expressément limitée à ce qui est « *in accordance with our privacy policy as set forth below, including the incorporation by reference of terms posted at <http://secondlife.com/corporateprivacy.php>* ».

⁽³⁶²⁾ S. KILLINGSWORTH, *op. cit.*, pp. 91-92.

⁽³⁶³⁾ U.S. District Court for the District of North Dakota, 8 septembre 2004 (EDWIN W.F. DYER, III, ANNE E. SUMMERS, DON MORRISON AND THE CLASS OF SIMILAR SITUATED PERSONS V. NORTHWEST AIRLINES CORPORATIONS AND NORTHWEST AIRLINES, INC.), ci-après « *Dyer v. Northwest Airlines* », disponible sur <http://www.internetlibrary.com/pdf/Dyer-Northwest-Airlines.pdf>. Il était question, dans cette affaire, de divulgation de données personnelles de passagers à des autorités gouvernementales.

être évoqué, les plaignants ayant soutenu que la violation par la société Northwest Airlines de sa *privacy policy* équivalait à celle d'un contrat les liant. Leur argumentation a toutefois été rejetée par la Cour concluant que « *[f]irst, broad statements of company policy do not generally give rise to contract claims. As such, the alleged violation of the privacy policy at issue does not give rise to a contract claim. Second, nowhere in the complaint are the Plaintiffs alleged to have ever logged onto Northwest Airlines' website and accessed, read, understood, actually relied upon, or otherwise considered Northwest Airlines' website privacy policy. Finally, even if the privacy policy was sufficiently definite and the Plaintiffs had alleged they did read the policy prior to providing personal information to Northwest Airlines, the Plaintiffs have failed to allege any contractual damages arising out of the alleged breach* » (nous soulignons).

Dans les hypothèses YouTube, MySpace, LinkedIn et Second life, les politiques de confidentialité sont sans aucun doute plus qu'un *broad statement of company policy*, puisqu'elles sont expressément incluses à la convention proposée. Elles le demeurent également dans les autres cas – Twitter et Facebook – eu égard à l'importance que les prestataires de services en cause semblent y attacher. D'autant plus dans le cas de Facebook, puisque la société du même nom a adhéré aux *Safe Harbor Principles*. Dans toutes les hypothèses, les politiques de confidentialité sont *liées* aux conditions d'utilisation. L'absence d'un tel lien fut probablement déterminante dans l'affaire *IParadigms*⁽³⁶⁴⁾ quant à l'inclusion d'une *Usage Policy* dans un contrat. La Cour a jugé qu'ils étaient exclus des conditions d'utilisation car, d'une part, ces dernières n'y faisaient pas référence et, d'autre part, leurs clauses précisaient qu'ils constituaient l'intégralité de l'accord liant *IParadigms* et ses clients⁽³⁶⁵⁾.

Ensuite, il est évident que les utilisateurs des réseaux sociaux se connectent aux sites en question. Il est en outre raisonnable de considérer – objectivement – qu'ils prennent en compte la politique de confidentialité ; les fournisseurs des réseaux le savent puisqu'ils les encouragent souvent à la lire. Par contre, toujours en se référant à *Dyer v. Northwest Airlines*, pourquoi l'individu se prévalant de la nature contractuelle d'une politique de confidentialité devrait-il démontrer qu'il l'a comprise et prise en considération afin qu'elle lie son auteur, alors qu'il ne doit même pas avoir lu les conditions d'utilisation pour qu'elles le lie lui⁽³⁶⁶⁾ ? Cet élément ne nous semble pas pertinent.

C'est enfin la nécessaire démonstration d'un dommage contractuel résultant de la violation de la politique de confidentialité qui nous semble causer le

(364) U.S. District Court for the Eastern District of Virginia, 11 mars 2008, (A.V. ET AL., v. IPARADIGMS, LIMITED LIABILITY COMPANY), ci-après « *IParadigms* », disponible sur http://www.nacua.org/documents/AV_v_iParadigms.pdf.

(365) La Cour concluant que « *[t]his language makes clear that, by clicking "I Agree", Plaintiffs were agreeing only to the provisions contained within the Clickwrap agreement. The Clickwrap agreement contains no indemnification clause and makes no reference to the Usage Policy* ».

(366) V. *infra* n° 77.

plus de difficultés ; à partir de quand un dommage résultant d'une atteinte à la protection des données et de la vie privée constituerait-il un dommage contractuel ? Quoi qu'il en soit, eu égard à son importance dans le contexte des réseaux sociaux, il nous semble que la politique de confidentialité fait partie intégrante de l'offre de contracter émise par le fournisseur du réseau social, en ce qu'elle constitue un seuil limitatif⁽³⁶⁷⁾ au traitement des données à caractère personnel.

3) Contrat d'adhésion ou Contract of Adhesion

65. Finalement, le prestataire du réseau social offre à l'internaute, à travers un éclatement de pages Web interconnectées, d'*adhérer* à un contrat ; l'individu ne peut négocier, il est contraint à une simple alternative : soit il agrée inconditionnellement les termes proposés, soit il renonce à accéder au réseau social. Un « contrat-type »⁽³⁶⁸⁾ d'adhésion est proposé, à savoir un contrat caractérisé par des stipulations qui « ne sont pas susceptibles d'être discutées entre les parties, l'une les transmettant à l'autre qui ne peut que donner son consentement en bloc ou bien refuser de conclure le contrat si ces stipulations ne lui conviennent pas »⁽³⁶⁹⁾ ; le caractère unilatéral et imposé du contrat est ce qui le distingue d'un contrat « classique »⁽³⁷⁰⁾. Il constitue toutefois la forme *commune* de contrat quotidiennement conclu par l'internaute, par automatisme, de page en page, avec insouciance, sans lire⁽³⁷¹⁾. Après tout, ce constat en ligne n'est jamais qu'un prolongement de ce qui existe déjà dans le « quotidien physique » : « [d]éjà courants au début du siècle [précédent], ces contrats sont aujourd'hui, au moins pour les particuliers, la manière normale de conclure un contrat de

⁽³⁶⁷⁾ Si une valeur contractuelle est reconnue à la politique de confidentialité, cette dernière pourrait fonder les traitements de données réalisés par le fournisseur du réseau social, l'internaute y consentant contractuellement. V. toutefois *infra* n° 89.

⁽³⁶⁸⁾ V. I. MOREAU-MARGRÈVE, *op. cit.*, p. 309. Les termes « conditions générales » peuvent être utilisés pour qualifier le contrat-type, il s'agit « des clauses qui ont été établies à l'avance par une partie pour un nombre indéfini de contrats d'une certaine nature et qui n'ont pas été l'objet d'une négociation individuelle entre les parties », article 2:209:(3) des Principes du droit européen des contrats, adoptés par la Commission du droit européen des contrats, disponibles sur <http://webh01.ua.ac.be/storme/PECL2fr.html>. V. D. PHILIPP. et M. CHAMMAS, « L'opposabilité des conditions générales », in *Le processus de formation du contrat*, M. VANWIJCK-ALEXANDRE et P. WÉRY, *op. cit.*, p. 193. Pour une autre définition des conditions générales, v. C. LARROUMET, *Les obligations, Le contrat, 1^{re} partie, Conditions de formation*, Paris, Economica, 2007, p. 241.

⁽³⁶⁹⁾ C. LARROUMET, *op. cit.*, p. 239.

⁽³⁷⁰⁾ I. MOREAU-MARGRÈVE, *op. cit.*, p. 300. L'auteure s'exprime en ces termes quant à la notion de contrat d'adhésion : « [e]n réalité, le vocable "contrat d'adhésion" est rebelle à toute définition ; il n'a pas vertu de concept mais seulement de symbole ; il évoque des situations de fait qui heurtent l'équité, celles auxquelles précisément les juges s'efforcent de porter remède. Les juges évitent de recourir à une formule qui risquerait de les assujettir », p. 302. V. aussi quant à la notion de contrat d'adhésion, S. GUILLEMARD, *Le droit international privé face au contrat de vente cyberspatial*, Cowansville, Yvon Blais, 2006, pp. 251 et s.

⁽³⁷¹⁾ V. K. VASILJEVA, « 1968 Brussels Convention and EU Council Regulation N° 44/2001 : Jurisdiction in Consumer Contracts Concluded Online », *E.L.J.*, 2004, p. 125.

quelque importance»⁽³⁷²⁾. À ces particuliers, nous ajouterons aujourd'hui, avec S. Guillemard, certains professionnels⁽³⁷³⁾.

66. En droit américain, la notion de contrat-type se traduirait par celle de «*standard form contract*»⁽³⁷⁴⁾ ou de «*standardized agreement*»⁽³⁷⁵⁾. Et celle de contrat d'adhésion existe quant à elle sous les vocables de «*adhesion contract*», «*contract of adhesion*»⁽³⁷⁶⁾, ou encore «*End User Licence Agreement*»⁽³⁷⁷⁾. Il s'agit du contrat rédigé et imposé par la partie douée d'un plus grand pouvoir de négociation, à l'autre partie ne pouvant que se résigner à y adhérer ou à le rejeter («*take it or leave it*»)»⁽³⁷⁸⁾. Bien entendu, comme en droit belge, «*form terms are not necessarily adhesive and not all adhesive terms are prestened on a pre-printed form*»⁽³⁷⁹⁾. Mais en l'espèce, il y a bien offre d'adhérer à un contrat rédigé à l'avance et non négociable.

67. Nuançons toutefois quelque peu le propos en nous inspirant du cas de Facebook. Soucieuse de considérer le point de vue de ses clients – malgré elle, car suite à un tollé numérique, conséquence d'une modification unilatérale des conditions d'utilisation⁽³⁸⁰⁾ –, la société Facebook leur a désormais offert une tribune où se faire entendre quant aux futures modifications des conditions d'utilisation: le groupe «*Facebook Bill of Rights and Responsibilities*», ayant inspiré la nomenclature des nouvelles conditions d'utilisation. Le 1^{er} avril

⁽³⁷²⁾ J. GHESTIN, *op. cit.*, p. 67.

⁽³⁷³⁾ V. S. GUILLEMARD, *op. cit.*

⁽³⁷⁴⁾ Le concept de «*standard form contract*» ou «*standard form contracting*» est par exemple utilisé par R.A. HILLMAN et J.J. RACHLINSKI, *op. cit.*, et S.I. BECHER et T.Z. ZARSKY, «*E-Contract Doctrine 2.0: Standard Form Contracting in the Age of Online User Participation*», *Mich. Telecomm. Tech. L. Rev.*, n° 14, 2008, pp. 303-365.

⁽³⁷⁵⁾ V. R.S.C. § 211 (1).

⁽³⁷⁶⁾ L'expression «*standard terms*» ou «*standard contract*» est parfois utilisée comme celle de «*contract of adhesion*», v. par ex. J.R. MAXEINER, «*Standard-Terms Contracting in the Global Electronic Age: European Alternatives*», *Yale Journal of International Law*, 2003, p. 109.

⁽³⁷⁷⁾ J. FAIRFIELD, *op. cit.*, p. 429.

⁽³⁷⁸⁾ V. not. *Feldman v. Google* et *Bragg v. Linden Research*. Dans *Feldman v. Google*, un contrat d'adhésion est défini comme «*a form or standardized contract prepared by a party of superior bargaining power, to be signed by the party in the weaker position, who only has the opportunity to agree to the contract or reject it, without an opportunity to negotiate or bargain*». V. également *supra* n°s 42 et s. quant à la doctrine de l'*unconscionability*. R.L. OAKLEY, se référant à d'autres auteurs, identifie cinq caractéristiques constituant le contrat d'adhésion, v. R.L. OAKLEY, *op. cit.*, p. 1053. Il relève notamment, outre la définition retenue pour la présente réflexion, que le contrat d'adhésion est «*largely in the interests of*» la partie qui en a défini les termes. T.D. RAKOFF identifie quant à lui sept caractéristiques, v. T.D. RAKOFF, «*Contracts of Adhesion: an Essay in Reconstruction*», *Harvard L. Rev.*, 1983, p. 1177.

⁽³⁷⁹⁾ R. KOROBKIN, *op. cit.*, p. 1204.

⁽³⁸⁰⁾ V. <http://blog.facebook.com/blog.php?post=54746167130> et http://www.lemonde.fr/technologies/article/2009/02/19/vie-privee-sur-internet-la-polemique-facebook_1157484_651865.html, consultés le 20 février 2009. À la suite de ce tollé, la société Facebook a décidé de revenir aux anciennes conditions d'utilisation. Finalement, le «*Statement of Rights and Responsibilities*» sera ultérieurement créé.

2009, ce groupe comprenait 92.745 membres, et il en comporte désormais, le 12 février 2010, 82.945. Depuis le passage des « *Terms of Use* » au « *Statement of Rights and Responsibilities* », les membres du réseau sont désormais invités à prendre part – de façon certes très limitée – aux modifications des conditions d'utilisation du site⁽³⁸¹⁾. Ici, la loi du marché a joué, et la modification de ces conditions, subséquente au tollé précité, a pris en compte, dans une certaine mesure, la voix de la communauté: des clauses ont été revues (exonération de responsabilité, licence d'utilisation des données des utilisateurs, modification des conditions d'utilisation⁽³⁸²⁾), voire supprimées (clause d'arbitrage). Ainsi, si les réseaux sociaux peuvent contribuer, généralement sur l'Internet, à lutter contre les contrats d'adhésion défavorables, en accroissant les flux informationnels entre internautes⁽³⁸³⁾, cela vaut évidemment aussi pour leurs propres conditions d'utilisation. Quoi qu'il en soit, si un semblant de négociation collective a été introduit – et sans entrer dans une critique de celui-ci –, l'offre de contracter n'en demeure pas moins *individuellement* non négociable.

68. Pour simplifier la suite des développements, les conditions d'utilisation – et le cas échéant la politique de confidentialité – sont présumées constituer une offre valable de contracter, ce qui n'est pas nécessairement évident⁽³⁸⁴⁾. Il convient désormais d'étudier l'*adhésion* de l'internaute aux conditions proposées.

C) Adhésion

Comment, en théorie et dans le contexte des réseaux sociaux, l'internaute peut-il adhérer en droit belge (1) et en droit américain (2)?

1) Droit belge

69. Pour que les termes proposés deviennent un contrat, l'internaute doit les accepter inconditionnellement – purement et simplement⁽³⁸⁵⁾. Il suffira, en

⁽³⁸¹⁾ V. note de bas de page n° 346.

⁽³⁸²⁾ Avec l'insertion de la clause précitée laissant une place à la voix des membres du site.

⁽³⁸³⁾ V. à ce sujet S.I. BECHER et T.Z. ZARSKY, *op. cit.* Les auteurs soulignent ainsi que « *[t]he creation and strengthening of these social networks facilitates the transfer of information about contractual terms from ex post to ex ante consumers, thereby potentially limiting the role courts and legislators should play regarding SFCs [standard form contracts]* ».

⁽³⁸⁴⁾ Le tribunal de commerce de Tongres a par exemple décidé qu'un organisateur de voyage n'émittait pas d'offre sur son site Web, alors que des séjours pouvaient y être réservés. Il a plutôt jugé qu'il s'agissait d'une simple invitation à former une offre, la véritable offre résultant de la réservation en ligne par le client et de son acceptation subséquente par la confirmation de la commande par la société en cause. V. Comm. Tongres, 5 octobre 2004, *op. cit.*

⁽³⁸⁵⁾ V. par ex. Liège, 3 juin 2008, n° de rôle 2005/RG/357, dont le sommaire est disponible sur <http://jure.juridat.just.fgov.be>, où la Cour juge que l'acceptation de l'offre doit être pure et simple. V. aussi Liège, 19 décembre 2006, n° de rôle 2005/RG/1629, dont le sommaire est disponible sur

pratique, que l'acceptation porte sur les « éléments essentiels et substantiels » de cette offre⁽³⁸⁶⁾. Formellement, il a été rappelé que le consensualisme régnait⁽³⁸⁷⁾. Le clic peut constituer un mode d'acceptation⁽³⁸⁸⁾. C'est logique, le simple « oui » suffit⁽³⁸⁹⁾. « Cliquer n'est donc pas jouer... »⁽³⁹⁰⁾ ; à certaines conditions, « ... c'est vouloir »⁽³⁹¹⁾, c'est un « déclic qui transforme en acte juridique un projet jusqu'alors dépourvu d'effets de droit »⁽³⁹²⁾. Et pour être valables, l'acceptation et la volonté qui y est sous-jacente doivent être libres, éclairées – informées⁽³⁹³⁾ – et certaines⁽³⁹⁴⁾.

Il s'agit ici d'« adhésion »⁽³⁹⁵⁾, ce « consentement en bloc » qui « permet la conclusion du contrat »⁽³⁹⁶⁾. Mais « celle-ci, à la différence du contrat formé par accord des volontés, ne résout pas automatiquement le problème de la détermination du domaine du contrat. Dans le cas des contrats d'adhésion, il y a un contrôle de la réalisation du lien contractuel pour en délimiter l'étendue qui remet en cause l'opposabilité de certaines clauses »⁽³⁹⁷⁾. « Si l'adhésion à la stipulation conclut le contrat, elle ne rend pas forcément la stipulation entièrement efficace »⁽³⁹⁸⁾. Même si l'on concédera que le « consentement, nécessaire en principe à la *conclusion du contrat*, n'est pas aussi rigoureusement exigé pour la *détermination de son contenu*. [A]insi que l'attestent [en effet], de manière très voyante, *les contrats d'adhésion* »⁽³⁹⁹⁾.

70. En l'espèce, il convient de délimiter ce qui entre dans le « champ contractuel » lorsqu'un internaute utilise un site de socialisation, ce qui renvoie à la problématique de l'« opposabilité aux conditions générales » et aux consi-

<http://jure.juridat.just.fgov.be>, concernant la preuve d'un contrat par échange de lettres missives et selon lequel il faut une acceptation de l'offre « telle qu'elle est formulée, de manière telle que le texte de l'offre devienne immédiatement la loi des parties ».

⁽³⁸⁶⁾ V. en ce sens Bruxelles, 30 mars 2006, n° de rôle 2003/AR/654, dont le sommaire est disponible sur <http://jure.juridat.just.fgov.be>. Notamment sur la différence entre éléments « essentiels » et « substantiels », v. Civ. Bruxelles, 24 juin 1970 et Bruxelles, 14 janvier 1972, *L'entreprise et le droit*, 1980, p. 187, note M. DENÈVE, en particulier p. 197.

⁽³⁸⁷⁾ V. *supra* n°s 8 et s.

⁽³⁸⁸⁾ V. not. F. MAS, *La conclusion des contrats du commerce électronique*, Paris, L.G.D.J., 2005, pp. 161-167.

⁽³⁸⁹⁾ V. en ce sens C. LARROUMET, *op. cit.*, p. 248.

⁽³⁹⁰⁾ F. MAS, *op. cit.*, p. 164.

⁽³⁹¹⁾ M. DEMOULIN et E. MONTERO, « La conclusion des contrats par voie électronique », *op. cit.*, p. 770.

⁽³⁹²⁾ J. CARBONNIER, *op. cit.*, p. 83.

⁽³⁹³⁾ V. *supra* n°s 18 et s. quant au devoir d'information du fournisseur de réseau social.

⁽³⁹⁴⁾ F. MAS, *op. cit.*, p. 172.

⁽³⁹⁵⁾ G. BERLIOZ, *Le contrat d'adhésion*, Paris, L.G.D.J., 1973, pp. 41 et s.

⁽³⁹⁶⁾ *Ibid.*, p. 57.

⁽³⁹⁷⁾ *Ibid.*

⁽³⁹⁸⁾ *Ibid.*, pp. 57-58.

⁽³⁹⁹⁾ J. CARBONNIER, *op. cit.*, p. 68.

dérations doctrinales ainsi que jurisprudentielles y liées⁽⁴⁰⁰⁾. L'internaute doit d'abord savoir, en l'espèce, que les conditions d'utilisations – et, le cas échéant, la politique de confidentialité – du site Web font partie du contrat⁽⁴⁰¹⁾. Il doit aussi avoir « la possibilité réelle et raisonnable compte tenu des circonstances objectives et subjectives en l'espèce d'avoir effectivement connaissance »⁽⁴⁰²⁾ de ces stipulations, cette prise de connaissance ne pouvant nécessiter qu'un « petit effort »⁽⁴⁰³⁾, au plus tard au moment de la conclusion du contrat⁽⁴⁰⁴⁾. Et enfin, elles doivent pouvoir être considérées comme ayant été concrètement⁽⁴⁰⁵⁾, effectivement⁽⁴⁰⁶⁾ et certainement⁽⁴⁰⁷⁾ acceptées. En synthèse, l'acceptation de l'internaute, *expresse* ou *tacite*, doit être *certaine* (b), et il doit avoir *raisonnablement pu prendre connaissance* des termes avant leur acceptation⁽⁴⁰⁸⁾ (a).

A) POSSIBILITÉ DE PRISE DE CONNAISSANCE EFFECTIVE

71. En cas d'inscription à un réseau social, l'internaute, près du bouton sur lequel il clique, est averti de la portée de son geste, des hyperliens le condui-

(400) V. not. à ce sujet I. COLLARD et J.-F. HENROTTE, « Les conditions générales en ligne : cherchez l'intrus », *R.D.T.I.*, 2009, pp. 11 et s. ; L. CORNELIS, *Algemene theorie van de verbintenissen*, Anvers, Intersentia Rechtswetenschappen, 2000, pp. 36-39 ; F. MAS, *op. cit.*, pp. 185-186 ; Q. VAN ENIS, « L'opposabilité des conditions générales *off-line* et *on-line* : de la suite dans les idées ? », in *Conditions générales – Questions spéciales*, Louvain-la-Neuve, Anthemis, 2009, pp. 9 et s.

(401) V. en ce sens F. MAS, *op. cit.*, p. 186. Par exemple, il suffira, dans l'environnement papier, qu'une clause stipule, à l'endroit où le cocontractant doit signer, qu'il accepte les conditions générales se trouvant au verso du document en cause, sans qu'il soit nécessaire qu'il appose une mention particulière (comme la mention « lu et approuvé » par exemple). V. cet exemple au sujet d'une vente de chambre à coucher à un consommateur, Gand, 12 mars 2008, *NjW*, n° 197, 25 février 2009, pp. 180-182.

(402) D. PHILIPPE et M. CHAMMAS, *op. cit.*, p. 204. I. Moreau-Margrève soulignait que la jurisprudence tendait à « exiger de leur auteur qu'il ait effectivement porté leur contenu à la connaissance du cocontractant et, qui plus est, qu'il ait facilité sa prise de conscience », I. MOREAU-MARGRÈVE, *op. cit.*, p. 279.

(403) Comm. Tongres, 5 octobre 2004, *op. cit.*, p. 156. Dans cette affaire, les demandeurs ont commandé via un site Web un voyage en Turquie et n'ont pas pu y séjourner dans l'hôtel qu'ils avaient réservé. Le tribunal stipule ainsi que « *[i]n de eerste plaats stelt zich de vraag of aanleggers kennis kregen (of mits een kleine inspanning konden krijgen) van de algemene voorwaarden van verweester* » (nous soulignons).

(404) D. PHILIPPE et M. CHAMMAS, *op. cit.*, p. 205. V. aussi M. DEMOULIN et E. MONTERO, « La conclusion des contrats par voie électronique », *op. cit.*, p. 736 ; M.-P. NOËL, « La vente aux consommateurs, Tour d'horizon d'un contrat hors du (droit) commun », in *La vente, un contrat usuel très réglementé*, I. DURANT (sous la coord. de), Formation permanente C.U.P., Université de Liège, Bruxelles, De Boeck et Larcier, 2006, pp. 140-141.

(405) D. PHILIPPE et M. CHAMMAS, *op. cit.*, p. 200. V. aussi M.-P. NOËL, *op. cit.*

(406) K. DE VULDER et D. ROMBOUTS, *op. cit.*, p. 50.

(407) V. M. DEMOULIN et E. MONTERO, « La conclusion des contrats par voie électronique », *op. cit.*, p. 736.

(408) Est comprise dans cette condition l'exigence selon laquelle l'internaute doit savoir que les conditions générales sont incluses au contrat.

sant aux conditions d'utilisation et politique de confidentialité⁽⁴⁰⁹⁾, et son clic est réputé exprimer son acceptation. La jurisprudence illustre l'importance des termes de ces hyperliens. Le tribunal de première instance de Liège a récemment reproché à une partie d'avoir utilisé les mots «nos garanties»⁽⁴¹⁰⁾, ou, en Hollande, le tribunal de Groningen a pris en compte l'utilisation du terme «*spelregels*»⁽⁴¹¹⁾. Quant aux réseaux sociaux évoqués, il n'y a généralement pas de problème à ce sujet. Le terme «contrat» – souvent utilisé dans le corps des conditions d'utilisation – devrait toutefois être préféré, dès lors qu'il est plus évocateur, plus fidèle à la réalité et de nature à expliciter le phénomène juridique en arrière-plan. Sur Dailymotion et Twitter, il n'y a pas de lien quant à la politique de confidentialité lors de l'inscription. Il ne peut donc pas en être raisonnablement pris connaissance. Le *sujet* de la politique de confidentialité est différent de celui des conditions d'utilisation dans la mesure où il porte sur

⁽⁴⁰⁹⁾ V. *supra* n° 51.

⁽⁴¹⁰⁾ V. Civ. Liège, 1^{er} octobre 2008, n°s de rôle 06/5646/A et 07/933/A, disponible sur <http://jure.juridat.just.fgov.be/>. Le tribunal souligne que les conditions générales en cause pouvaient être consultées sur un site Internet en cliquant sur «l'onglet "nos garanties" situé en bas de chaque page du site, sans qu'aucune mention ne renvoie toutefois à cet onglet, l'existence de ces conditions n'étant du reste mentionnée sur aucune des pages du site. L'accessibilité de ces conditions est dès lors parfaitement théorique puisqu'il faut presque deviner que l'onglet "nos garanties" sur le site Internet de la SA SWITCH comporte les conditions du contrat d'assurance d'ELVIA». Il faut noter à ce propos que les conditions litigieuses étaient relatives à une autre société que celle dont le site Web était en cause, même si le contrat en cause avait été originairement conclu avec la dernière.

⁽⁴¹¹⁾ V. Rechtbank Groningen, 1^{er} juin 2006 (BER BV TEGEN [GEDAAGDE]), zaaknummer 284078, LJNnummer AY6085, disponible sur <http://internetrecht.mrjurre.nl/>. BER exploite divers sites Web et www.butterfly.nl («Butterfly dynamische erotische filmclub») est en cause, un site de vente de DVDs. Sur la *homepage* du site était affiché un texte précisant le prix des «*movieboxen*» périodiquement reçues par les abonnés à la suite duquel apparaissait la mention «*Wilt u de spelregels raadplegen? Klik dan hier*» (v. point 1.1). Après communication de données personnelles à BER BV, une lettre de confirmation était envoyée à l'adresse du nouvel inscrit avec un nom d'utilisateur et, en même temps, un mot de passe était envoyé à son adresse e-mail. Dans l'affaire en cause, un client du site avait demandé à obtenir son «*welkompakket*» et, à la suite d'un second envoi, avait décidé de tout renvoyer. BER BV a néanmoins considéré que ce dernier avait souscrit un abonnement par cette commande. Le tribunal a jugé que: «[o]m aan te kunnen nemen dat [gedaagde] een overeenkomst heeft gesloten met de door BER BV gestelde inhoud, heeft als voorwaarde te gelden dat deze inhoud voorafgaand aan de totstandkoming van de overeenkomst op duidelijke en ondubbelzinnige wijze door BER BV aan [gedaagde] moet zijn kenbaar gemaakt. Daarvan is in dit geval evenwel geen sprake. Met de hiervoor onder r.o. 1.1 opgenomen tekst wordt een aanbod gedaan aan de bezoeker van de betreffende website, maar voor de essentiële voorwaarden wordt deze verwezen naar elders vermelde «*spelregels*». Eerst bij de tweede stap van de aanvraag wordt onder in het scherm met kleine letters melding gemaakt van de annuleringstermijn, terwijl nergens wordt vermeld welke kosten gedurende welke periode na aanmelding bij de klant in rekening zullen worden gebracht. Ook in de bevestigingsbrief met gebruikersnaam blijkt hieromtrent niets, noch op het scherm dat verschijnt na voltooiing van de aanmeldprocedure. In elk geval op laatstbedoelde moment had [gedaagde] recht op kennisname van hetgeen waartoe hij zich zou verbinden, aangezien volgens BER BV toen kennelijk de annuleringstermijn van veertien dagen begon te lopen. Hierbij was bovendien het adres waar het welkomstpakket naar teruggestuurd kon worden van eminent belang. De bevestigingsbrief laat echter ook dit adres onvermeld, zodat BER BV de op haar rustende informatieplicht aldus niet is nagekomen» (points 4-5). Il est renvoyé à la note de bas de page n° 143 pour une autre affaire impliquant BER.

le traitement de données à caractère personnel. Un lien distinct doit donc être prévu, lors du processus d'inscription, qu'il y ait d'ailleurs ou pas un affichage *in extenso* desdits documents (cet affichage étant généralement médiocre – YouTube). La simple présence de liens en bas de page Web est insuffisante. Notons également que sur Twitter, l'avertissement de la portée de la création d'un compte est mal présenté, notamment en raison de la couleur de son arrière-plan nuisible à sa perception⁽⁴¹²⁾.

72. La langue utilisée est-elle problématique quant à la question de la prise de connaissance effective⁽⁴¹³⁾? Lorsqu'une langue – autre que celles que connaît l'internaute⁽⁴¹⁴⁾ – des conditions d'utilisation et de la politique de confidentialité est réputée prévaloir, la possibilité de prise de connaissance effective ne serait-elle pas entravée? Des réseaux cités (Facebook, MySpace, Dailymotion, LinkedIn et Twitter) permettent implicitement – mais certainement – de contracter en français et ne sont donc pas problématiques à cet égard.

Par contre, YouTube, SecondLife et Twitter⁽⁴¹⁵⁾ présentent une situation critiquable quant à la langue utilisée⁽⁴¹⁶⁾. Quant à SecondLife, le prestataire de service semble commettre une *culpa in contrahendo* lorsque, offrant son site en français, il avertit l'internaute – toujours en français – qu'il consent à des «conditions d'utilisation» et une «politique de confidentialité» qui, une fois consultées, apparaissent en anglais. Toutefois, l'internaute n'est-il pas également fautif s'il ne clique par sur lesdits liens, ce qui lui permettrait de se rendre compte de l'utilisation d'une langue lui étant, le cas échéant, étrangère? Il peut en tout cas s'attendre à ne pas subir de complications ultérieures dues à l'utilisation d'une langue qu'il ne comprendrait pas. Sur YouTube, l'utilisateur devrait être informé dès l'endroit où il clique pour s'inscrire – même donc en dehors du cadre dans lequel sont reproduites les conditions d'utilisation – de la prévalence de l'anglais⁽⁴¹⁷⁾. En effet, même s'il existe un titre «Langues des conditions», un coup d'œil aux conditions d'utilisation permet d'observer du français, l'inter-

(412) Ainsi, le formulaire d'inscription est blanc et la page Web est bleu ciel. Curieusement, la mention explicitant l'acceptation aux conditions d'utilisation n'est pas juste adjacente au bouton «Créer mon compte». Elle est située en dessous, sur un fond d'un autre dégradé de bleu ciel.

(413) V. *supra* n°s 18 et s. quant au devoir d'information du fournisseur de réseau social.

(414) S'il est avéré que l'internaute maîtrise la langue en question, il peut prendre connaissance des termes.

(415) Selon un autre processus d'inscription expérimenté, v. l'avertissement en note de bas de page n° 297, le consentement est réputé porter sur les conditions d'utilisation et la mention le précisant est rédigée en français.

(416) V. *supra* n°s 21 et 31. Concernant les cas où un site est consultable dans la langue du cocontractant et qu'un bon de commande est proposé dans cette même langue, v. C. BIQUET-MATHIEU et J. DECHARNEUX, «Aspects de la conclusion du contrat par voie électronique», *op. cit.*, p. 170, où les auteurs soulignant que l'opposabilité des conditions générales dans une autre langue est contestable dans ce cas, Q. VAN ENIS, *op. cit.*, p. 31.

(417) Il en était ainsi anciennement sur SecondLife lorsque l'internaute consentait aux conditions d'utilisation «en anglais».

naute pouvant croire qu'il contracte dans cette langue⁽⁴¹⁸⁾. Enfin, dans le cas de Twitter, si la portée du clic est exprimée en anglais, alors que le reste du formulaire l'est en français, en cas de méconnaissance de l'anglais par l'internaute, il ne pourrait alors pas savoir que les documents en question (intitulés en anglais) sont intégrés au champ contractuel⁽⁴¹⁹⁾ – contrairement au cas de SecondLife. Il n'y aurait alors pas de possibilité de prise de connaissance effective, conditions d'utilisation et politique de confidentialité seraient inopposables.

Il faut souligner qu'il n'est *pas nécessaire que l'internaute ait lu* les conditions d'utilisation pour qu'elles puissent entrer dans le champ contractuel ; il doit juste pouvoir en prendre connaissance avant la conclusion du contrat. Autrement dit, il ne doit pas connaître les conditions d'utilisation pour exprimer valablement son consentement. C'est donc plutôt au stade de l'interprétation du contrat⁽⁴²⁰⁾, nous semble-t-il, que la question de la langue desdites conditions se posera. Lorsqu'il n'est pas averti qu'il contracte dans une autre langue (SecondLife et, dans une moindre mesure, YouTube), le futur cocontractant est alors *fautif* dans la mesure où l'internaute peut raisonnablement, en l'espèce au moment de son inscription, ne pas imaginer les difficultés ultérieures que l'emploi d'une langue peu (ou pas) maîtrisée par lui causera (en cas de litige par exemple). Au juge de choisir comment sanctionner cette *culpa in contrahendo* – rendre les conditions inopposables, charger le rédacteur de la convention des éventuels frais encourus par le cocontractant en raison de l'emploi d'une autre langue, constater plus aisément une erreur dans le chef de ce cocontractant, etc. ? Par exemple, dans le cas de YouTube, les conditions d'utilisation en français doivent prévaloir, en cas de contradiction, sur leur version anglaise, la clause relative à la langue pouvant être considérée comme inopposable en raison de sa place. Dans le cas de Twitter, tel que présenté précédemment, les conditions d'utilisation et politique de confidentialité demeureraient intégralement inopposables à celui qui ne comprend pas l'anglais.

De manière générale, l'internaute ne devrait-il pas pouvoir contracter dans une langue qu'il ne comprend pas – ici l'anglais –, s'il est *parfaitement informé* de cette réalité, dans sa langue – en l'occurrence, le français –, le service étant également offert dans cette dernière langue ? Le prestataire de service *croit* alors *légitimement* que cet internaute comprend l'anglais – ou pas, mais qu'il s'en moque éperdument – et utilise le service, par commodité – voire nécessité –, en français. Il a d'autant plus de raisons de le croire lorsqu'une mention spécifique, adjacente au bouton d'inscription, précise que l'internaute déclare avoir lu les conditions – et parfois même les avoir comprises⁽⁴²¹⁾. Le juge doit-il

(418) Le texte devrait également s'afficher en anglais.

(419) Même si un texte intitulé « Conditions » apparaît dans une fenêtre consultable dès l'inscription.

(420) V. *infra* n° 93.

(421) V. *supra* n° 51. Toutefois, selon l'article 32, 23° de la L.P.C. (à l'avenir, article 74, 26° de la L.P.M.P.C.), sous peine d'être abusive, une clause ne peut « constater de manière irréfutable l'adhésion du consommateur à des clauses dont il n'a pas eu, effectivement, l'occasion de prendre connais-

le sanctionner sur le plan de la formation du contrat et de l'inclusion au champ contractuel des conditions parce qu'il s'est adressé à une clientèle dans sa langue mais en souhaitant la lier dans les termes d'une autre langue? Parfaitement averti de cette réalité, l'internaute pourrait-il reprocher sa prise de risque considérée au prestataire du service en question⁽⁴²²⁾? En principe, les conditions en question devraient pénétrer le champ contractuel. Toutefois, exceptionnellement, ce principe devrait pouvoir être nuancé en fonction, premièrement, des clauses en question⁽⁴²³⁾, deuxièmement, de la qualité de l'accomplissement du devoir d'information exposé précédemment⁽⁴²⁴⁾ et, troisièmement, de l'existence ou non d'alternatives sur le marché et de la volonté du prestataire en question de diriger ses activités vers ce marché⁽⁴²⁵⁾.

73. Cette possibilité de prendre connaissance doit également s'analyser dans son contexte, celui de l'Internet. L'internaute a le temps de lire les pages Web pertinentes, voire de se renseigner ailleurs au sujet du service auquel il entend souscrire⁽⁴²⁶⁾ ou encore, en l'espèce, consulter les diverses rubriques d'aide. Et puis, cliquer sur un hyperlien n'est pas plus compliqué que retourner une feuille.

74. La possibilité de prise de connaissance semble donc régulièrement rencontrée dans les cas de *clickwrap contracts* et de *browsewrap contracts* au

sance avant la conclusion du contrat». Par conséquent, la seule portée de cette mention – pourvu qu'elle soit opposable – serait de renverser la charge de la preuve, en imposant à l'internaute de prouver – et donc de supporter le risque de la preuve – l'éventuelle impossibilité de prendre effectivement connaissance des conditions d'utilisation avant de contracter, alors que selon le droit commun, cette charge incomberait au prestataire de service (s'il invoque lesdites conditions). La clause devrait toutefois demeurer illicite. En effet, l'article 32, 18° de la L.P.C., prévoyant qu'est abusive une clause qui limiterait «les moyens de preuve que le consommateur peut utiliser», devrait conduire à son illicéité. Ce résultat serait commandé par une interprétation du droit belge conforme au point q) de l'annexe de la directive 93/13, qualifiant d'abusives une clause imposant au consommateur une charge de la preuve qui, en vertu du droit applicable, devrait normalement revenir à une autre partie au contrat. Notons que l'article 72, 21° de la L.P.M.P.C., aligné sur l'annexe de la directive 93/13, permettra quant à lui, à l'avenir, directement ce résultat.

⁽⁴²²⁾ Évidemment aussi, si l'internaute accède à un service intégralement offert dans une langue qu'il ne comprend pas, il ne semble pas concevable qu'il conteste l'emploi de cette langue par le prestataire dudit service.

⁽⁴²³⁾ V. *infra* n° 86 et s. Par exemple, il ne peut en être ainsi en matière de traitement de données à caractère personnel, où l'internaute doit être informé dans sa langue.

⁽⁴²⁴⁾ V. *supra* n° 20-23, 30-32 et 37-39. Quant à la langue en particulier, v. *supra* n° 21 et 31. Plus le devoir d'information est mal rempli, plus l'appréciation du juge devrait être sévère à l'égard du prestataire de service en concluant, le cas échéant, à l'inopposabilité des conditions d'utilisation. C'est toutefois plutôt dans le domaine de l'erreur (voire du dol) que le devoir d'information doit être sanctionné, v. *supra* n° 11.

⁽⁴²⁵⁾ V. *infra* n° 91 au sujet des réseaux sociaux. Si le prestataire d'un site de socialisation veut diriger ses activités vers tout ou partie du marché communautaire et, en position dominante, y est incontournable, ne doit-il pas alors offrir son service dans les diverses langues dudit marché?

⁽⁴²⁶⁾ En ce sens, «[e]n van de voordelen van het internet is nu juist dat de consument betrekkelijk eenvoudig, want vanachter de pc, kan achterhalen welke prijzen voor dezelfde of vergelijkbare led televisies door andere dienstverleners worden gehanteerd», affaire *Otto*, point 4.17. V. aussi R.A. HILLMAN et J.J. RACHLINSKI, *op. cit.*, p. 44.

sens strict⁽⁴²⁷⁾ – sauf quant aux politiques de confidentialité de Dailymotion et Twitter⁽⁴²⁸⁾. Elle est par contre absente dans les hypothèses de *webwrap contracts*⁽⁴²⁹⁾ ou, en tout cas, elle n'est ni raisonnable, ni effective et donc, nécessairement insuffisante à l'entrée dans le champ contractuel des conditions d'utilisation et politique de confidentialité. Les liens hypertextes sont enfouis en bas de page – à l'intitulé parfois problématique, quand il est par exemple question de «C.G.U.» (cas MySpace) –, et *seule* la consultation des conditions d'utilisation permet de savoir que la simple consultation du site équivaut à les accepter. En outre, le contrat est déjà réputé formé, la prise de connaissance est alors *techniquement nécessairement* tardive. Le processus contractuel est dans ce cas insidieusement furtif. Une étape intermédiaire nécessaire à la consultation du site – telle qu'une page d'avertissement – pourrait résoudre cette difficulté. Le cas échéant, un avertissement saillant sur la page d'entrée au site en question pourrait également être utile. Et nous douterons que le «surf» des internautes en pâtisse; souffrent-ils des avertissements requérant leur majorité lorsque le contenu dont la consultation est projetée est exclusivement réservé à une audience majeure? Nous ne le pensons pas.

B) ACCEPTATION CERTAINE ET TACITE OU EXPRESSE

75. J. Ghestin rappelle qu'en cas de la manifestation tacite ou expresse de la volonté, il faut que l'individu ait «l'intention de communiquer» sa volonté à l'autre; il émet un «signe»⁽⁴³⁰⁾. En cas de *clickwrap contract*⁽⁴³¹⁾ (YouTube), l'internaute communique, en cliquant sur ou à côté d'une mention, un signe *exprès* d'acceptation⁽⁴³²⁾. J. Carbonnier relève qu'il y a «dans la manifestation de volonté une double intention: en même temps que l'on veut contracter, on veut extérioriser sa volonté de contracter»⁽⁴³³⁾. L'auteur souligne que «de simples gestes (par ex. monter dans un autobus⁽⁴³⁴⁾; saisir un objet dans un magasin) peuvent avoir la même fonction [(que des *signes* tels qu'un hochement de tête valant acceptation expresse)], si, d'après la *coutume*, ils sont normalement destinés à révéler la volonté»⁽⁴³⁵⁾. Lorsqu'il est question de *browsewrap contract* au sens strict (Facebook, SecondLife, Twitter, etc.) ou de *webwrap*

(427) V. *supra* n^{os} 53 et s.

(428) Selon un autre processus d'inscription expérimenté (v. l'avertissement en note de bas de page n^o 297), pourrait être en cause un *browsewrap agreement* au sens strict où il y a possibilité de prendre raisonnablement connaissance des conditions d'utilisation uniquement.

(429) V. *supra* n^{os} 53 et s.

(430) J. GHESTIN, *op. cit.*, p. 302.

(431) V. *supra* n^{os} 53 et s.

(432) V. à ce propos K. DE VULDER et D. ROMBOUTS, *op. cit.*, p. 56, et F. MAS, *op. cit.*, p. 163.

(433) J. CARBONNIER, *op. cit.*, p. 6884.

(434) A. Rieg voit là une «déclaration tacite», A. RIEG, *Le rôle de la volonté dans l'acte juridique en droit civil français et allemand*, Paris, L.G.D.J., 1961, p. 22.

(435) J. CARBONNIER, *op. cit.*, p. 68.

contract (utilisation des réseaux sociaux sans inscription)⁽⁴³⁶⁾, selon J. Ghestin, la manifestation de volonté serait « présumée » : « elle ne se déduit que d'un indice [–l'inscription à un site Web voire sa simple utilisation –,] à partir duquel on peut logiquement présumer la volonté d'une personne ; mais qui ne traduit pas nécessairement l'intention d'exprimer celle-ci »⁽⁴³⁷⁾. « Ce n'est pas la valeur que l'intéressé a entendu attribuer à son comportement qui doit être prise en considération, mais la *signification objective que les tiers, et spécialement le cocontractant, ont pu légitimement lui attribuer*. Tout comportement, actif ou passif, peut ainsi manifester la volonté de son auteur, dès l'instant qu'il est d'*usage* de lui reconnaître une telle signification, ou même que celle-ci résulte normalement des circonstances de l'espèce. Cette solution est imposée par le principe de sécurité juridique »⁽⁴³⁸⁾ (nous soulignons). Il y aurait là des actes, comme « l'exécution du contrat sans protestation »⁽⁴³⁹⁾ qui, « sans être destinés à faire connaître directement aux tiers la volonté, la font cependant apparaître clairement »⁽⁴⁴⁰⁾ : « la volonté y est impliquée ; seulement, il faut une explication pour l'en faire sortir »⁽⁴⁴¹⁾. La pratique généralisée des *browsewrap* et *webwrap contracts* ferait-elle de ceux-ci une *coutume* ou un *usage* respectivement invoqués par J. Carbonnier et J. Ghestin ?

76. En cas de *clickwrap contract* ou de *browsewrap contract* au sens strict, l'internaute s'inscrit et il est alors certain qu'il souhaite recourir au *service offert sous conditions* dont l'existence lui est notifiée. Toutefois, doit-on considérer qu'il accepte certainement toutes les conditions proposées, ou qu'il n'est lié que par certaines règles fondamentales d'utilisation⁽⁴⁴²⁾ ? *Quid* en cas de *webwrap contract* ? Ne pourrait-il pas légitimement penser qu'aucune relation contractuelle n'est établie – bien d'autres règles s'appliquant en toile de fond⁽⁴⁴³⁾ ? Tel peut être le cas, l'exécution du contrat proposé – l'utilisation du service offert, c'est-à-dire en l'espèce, la consultation du réseau social –, n'implique pas avec certitude l'adhésion aux conditions d'utilisation du site seulement accessibles en bas de page via hyperliens. Mais pourrait-on considérer que l'utilisation d'un site Web implique tout de même avec certitude l'adhésion à, du moins, certaines conditions contractuelles d'utilisation – alors lesquelles⁽⁴⁴⁴⁾ ?

(436) V. *supra* n^{os} 53 et s.

(437) J. GHESTIN, *op. cit.*, p. 303.

(438) *Ibid.*, p. 299.

(439) V. J. STICHELBAUT, *op. cit.*, p. 77.

(440) H. CAPITANT, *Introduction à l'étude du droit civil, Notions générales*, Paris, Pedone, 1921, p. 300.

(441) J. CARBONNIER, *op. cit.*, pp. 84-85.

(442) V. *infra* n^{os} 86 et s.

(443) Nous pensons par exemple aux règles de la responsabilité extracontractuelle, au droit d'auteur, à la prohibition de la calomnie et de la diffamation, etc.

(444) V. *infra* n^{os} 86 et s. Aux Pays-Bas, il a par exemple déjà été jugé qu'un internaute, certes professionnel, était lié par la licence d'utilisation portant sur une photo publiquement accessible sur le site Flickr. Cette licence était consultable en cliquant sur le symbole « © » affiché sur la photo, à côté de la mention « *Some rights reserved* ». V. Rechtbank in het arrondissement Amsterdam, 9 maart

Ajoutons encore une strate à la réflexion en y reportant la problématique de l'emploi des langues; ce dernier influe-t-il sur la certitude de l'adhésion de l'internaute? Dans le cas Twitter évoqué, oui, l'internaute pouvant ne pas comprendre la portée du *signe* qu'il donne à son potentiel contractant. Dans les autres cas, plus de place est laissée à la discussion.

Quoi qu'il en soit, d'une part, certaines clauses – telles que celles portant sur la licence concédée par l'utilisateur du site, le traitement de données, les choix de loi et de juridiction – pourront surprendre l'internaute, même dans les cas de *clickwrap* et *browserwrap contracts*. Elles nécessitent un traitement particulier⁽⁴⁴⁵⁾. Et d'autre part, il est généralement certain que l'internaute *veut* recourir au service offert, bien que parfois, en cas de simple consultation du réseau social sans inscription, ladite consultation puisse être le fruit du hasard, les résultats d'un moteur de recherche y conduisant.

2) Droit américain

77. Aux États-Unis, la jurisprudence étudiée révèle que le clic peut manifester le consentement à une offre. Évidemment, «*a contract is no less a contract simply because it is entered into via a computer*»⁽⁴⁴⁶⁾. Tout aussi logiquement, ce «*contract includes only the terms on which the parties have agreed*»⁽⁴⁴⁷⁾. Ce qui n'impose pas pour autant que l'internaute ait lu le contrat ou les conditions d'utilisation d'un site Web pour y être lié; cela n'est pas nécessaire à la validité du consentement et du contrat en formation⁽⁴⁴⁸⁾, sauf éventuellement en cas

2006 ([EISERS] TEGEN AUDAX PUBLISHING B.V.), zaaknummer 334492, LJN nummer AV4204, disponible sur <http://internetrecht.mrjurre.nl/>. Dans cette affaire, un magazine (*Weekend*) avait publié des photos des demandeurs provenant de Flickr et accessibles au public. Ces photos étaient marquées de la mention «© Some rights reserved». En cliquant sur le symbole «©», une version courte d'une licence d'utilisation de la photo était affichée et, en cliquant sur celle-ci, il était renvoyé à la licence complète. Les photos étaient donc disponibles sous les conditions prévues dans cette licence. Le tribunal a jugé que «[d]it is voor iedere bezoeker van de website kenbaar, omdat bij de foto's de tekst "some rights reserved" is opgenomen. [...] Dat de voorwaarden van de Licentie van toepassing zijn, blijkt uit de aanhef ervan, waarin is opgenomen: "By exercising any rights to the work provided here, you accept and agree to be bound by the terms of this licence"» (point 3). Il faut noter par ailleurs qu'il prend en compte, dans son analyse, la qualité de professionnel de Audax (point 5).

⁽⁴⁴⁵⁾ V. *infra* nos 86 et s.

⁽⁴⁴⁶⁾ District of Columbia Court of Appeals, 29 août 2002 (BRUCE G. FORREST V. VERIZON COMMUNICATIONS, INC. AND VERIZON INTERNET SERVICES, INC.), ci-après «*Forrest v. Verizon*», disponible sur <http://www.internetlibrary.com/pdf/Forrest.pdf>.

⁽⁴⁴⁷⁾ *ProCD v. Zeidenberg*.

⁽⁴⁴⁸⁾ Plusieurs décisions rappellent cette règle. Par exemple, dans l'affaire *Hill v. Gateway 2000* (U.S. Court of Appeals for the Seventh Circuit, 6 janvier 1997 (RICH HILL AND ENZA HILL V. GATEWAY 2000, INC.), ci-après «*Hill v. Gateway 2000*», disponible sur <http://www.law.emory.edu/7circuit/jan97/96-3294.html>), il est affirmé que «[a] contract need not be read to be effective; people who accept take the risk that the unread terms may in retrospect prove unwelcome». Dans *Mortenson v. Timberline* (U.S. Supreme Court of the State of Washington, 5 avril 2000 (M.A. MORTENSON COMPANY, INC., v. TIMBERLINE SOFTWARE CORPORATION AND SOFTWARE DATA SYSTEMS, INC.)),

de fraude⁽⁴⁴⁹⁾. Dans *Hill v. Gateway*, la Cour souligne avec intransigeance que «*competent adults are bound by such documents, read or unread*»; ils ont même le devoir de les lire⁽⁴⁵⁰⁾. Le R.S.C. est quant à lui clair quant aux *standardized agreements*: «*[s]uch a writing⁽⁴⁵¹⁾ is interpreted wherever reasonable as treating alike all those similarly situated, without regard to their knowledge or understanding of the standard terms of the writing*»⁽⁴⁵²⁾ (nous soulignons).

78. Mais il faut à tout le moins que les termes du contrat proposé aient fait l'objet d'un «*reasonable notice*»⁽⁴⁵³⁾ ⁽⁴⁵⁴⁾, afin que le futur cocontractant puisse ainsi manifester son consentement sans ambiguïté⁽⁴⁵⁵⁾. À cette fin, le standard d'évaluation est l'utilisateur de l'Internet raisonnablement prudent et placé dans des circonstances similaires à celles de la cause⁽⁴⁵⁶⁾. Nous reconnâtrons ici la possibilité de prendre connaissance des conditions générales en droit belge. Il

ci-après «*Mortenson v. Timberline*», disponible sur <http://legal.web.aol.com/decisions/dlother/mortensonopinion.html>), la Cour soutient que «*[e]ven accepting Mortenson's contention it never saw the terms of the license, as we must do on summary judgment, it was not necessary for Mortenson to actually read the agreement in order to be bound by it*».

⁽⁴⁴⁹⁾ Dans *DeJohn v. TV*, l'on peut ainsi lire que «*the fact that DeJohn claims that he did not read the contract is irrelevant because absent fraud (not alleged here), failure to read a contract is not a get out of jail free card*». Citant une certaine jurisprudence, la Cour précise que «*"[i]f the signer could read the instrument, not to have read it was gross negligence; if he could not read it, not to procure it to be read was equally negligent; in either case, the writing binds him". This same rule applies to electronic contracts*». U.S. District Court for the Northern District of Illinois, 16 janvier 2003 (*DeJohn v. THE TV CORPORATION, ET AL.*), ci-après «*DeJohn v. TV*», disponible sur <http://www.internetlibrary.com/pdf/dejohn.pdf>.

⁽⁴⁵⁰⁾ Par exemple, «*Kansas law points out that there is a duty to read, especially when the clause language is clear*», Paola Briceno. R. Hillman et J. Rachlinski rappellent que «*[p]arties are obliged to read and understand the written terms of contracts into which they enter*», R.A. HILLMAN et J.J. RACHLINSKI, *op. cit.*, p. 8 et p. 29 quant à la jurisprudence. V. aussi W.R. BARNES, *op. cit.*, pp. 245-246.

⁽⁴⁵¹⁾ Les conditions d'utilisation des sites Web peuvent être considérées comme de tels «*writings*», v. not. *Doe v. SexSearch.com*.

⁽⁴⁵²⁾ R.S.C. § 211 (2).

⁽⁴⁵³⁾ «*It is true that "[a] party cannot avoid the terms of a contract on the ground that he or she failed to read it before signing". But courts are quick to add: "An exception to this general rule exists when the writing does not appear to be a contract and the terms are not called to the attention of the recipient"*», U.S. Court of Appeals for the Second Circuit, 1^{er} octobre 2002 (CHRISTOPHER SPECHT, JOHN GIBSON, MICHAEL FAGAN, SEAN KELLY, MARK GRUBER, AND SHERRY WEINDORF, v. NETSCAPE COMMUNICATIONS CORPORATION AND AMERICA ONLINE, INC.), ci-après «*Specht v. Netscape*», disponible sur <http://euro.ecom.cmu.edu/program/law/08-732/Transactions/SpechtVNetscape.pdf>. Dans *Feldman v. Google*, la Cour avance que «*[t]o determine whether a clickwrap agreement is enforceable, courts presented with the issue apply traditional principles of contract law and focus on whether the plaintiffs had reasonable notice of and manifested assent to the clickwrap agreement*». V. aussi U.C.I.T.A. section 112 (a) (2).

⁽⁴⁵⁴⁾ Relevons, au-delà de la jurisprudence étudiée, que la F.T.C. a adopté des lignes directrices pour la rédaction de clauses en ligne par les entreprises réalisant de la publicité sur l'Internet, v. C.L. KUNZ, H. THAYER, M.F. DEL DUCA et J. DEBROW, *op. cit.*, p. 3, et le document de la F.T.C. «*Dot Com Disclosures – Information about Online Advertising*», disponible sur <http://www.ftc.gov/bcp/conline/pubs/buspubs/dotcom/index.pdf>.

⁽⁴⁵⁵⁾ *Specht v. Netscape*.

⁽⁴⁵⁶⁾ Comme cela a déjà été signalé, dans *Hill v. Gateway 2000*, il est question de «*competent adults*». Dans *Specht v. Netscape*, la Cour vise le «*reasonably prudent Internet user in circumstances*

convient désormais d'évoquer, dans la jurisprudence américaine, l'exigence de *reasonable notice* en matière de *wrap contracts*, de ses origines en matière de *shrinkwrap contracts* (a) aux cas en ligne (b).

A) SHRINKWRAP CONTRACTS

79. Dans *Arizona Retail System v. Software Link* (1993)⁽⁴⁵⁷⁾, la Cour admit qu'un vendeur de logiciels, ayant écrit sur les enveloppes contenant ceux-ci que leur ouverture valait acceptation de la licence d'utilisation du produit⁽⁴⁵⁸⁾, puisse lier de la sorte son client. Dans la célèbre affaire *ProCD v. Zeidenberg* (1996), où il était question de vente d'un logiciel, la Cour affirma plus largement, en application de l'U.C.C., que: «*[a] buyer may accept by performing the acts the vendor proposes to treat as acceptance*». Dans cette espèce, l'acceptation du vendeur résultait de l'utilisation du logiciel après avoir eu l'opportunité de lire la licence d'utilisation et de renvoyer le produit – renonçant à son achat – durant un certain délai⁽⁴⁵⁹⁾. La Cour est allée jusqu'à considérer que «*Terms are no less a part of "the product" than are the size of the database and the speed with which the software compiles listings*» (nous soulignons). Ainsi, si le réseau social est considéré comme un logiciel (*cloud computing, software as a service*), ses conditions d'utilisation pourraient être considérées comme une «part» de celui-ci⁽⁴⁶⁰⁾. Dans la lignée de cette jurisprudence peuvent être citées les affaires *Hill v. Gateway 2000* (1997) et *Mortenson v. Timberline Software* (2000). *Hill v. Gateway* va plus loin. En effet, la boîte comprenant l'ordinateur acheté ne faisait pas explicitement référence aux *additional terms* qu'elle contenait, contrairement à la boîte du logiciel de ProCD qui le précisait⁽⁴⁶¹⁾.

such as these» ou de «*reasonably prudent offree*». Le cas *Feldman v. Google* reprend aussi le même standard de «*reasonably prudent Internet user*».

⁽⁴⁵⁷⁾ U.S. District Court for the District of Arizona, 29 juillet 1993 (ARIZONA RETAIL SYSTEM, INC., v. THE SOFTWARE LINK, INC.), ci-après «*Arizona Retail System v. Software Link*», disponible sur <http://cyber.law.harvard.edu/property00/alternatives/arizona.html>.

⁽⁴⁵⁸⁾ «*[T]he contract was not formed when TSL shipped the goods but rather only after ARS opened the shrink wrap on the live version of PC-MOS which ARS had notice would result in a contract being formed*». «*With respect to the initial purchase in this case, TSL made the offer by including the live copy of PC-MOS with the evaluation diskette. The live copy appears to have been sealed in an envelope, the outside of which stated that by opening the envelope the user acknowledges "acceptance of this product, and [consents] to all the provisions [of] the Limited Use License Agreement"*. Def. SoF PP 11-12. ARS, therefore, accepted TSL's offer on TSL's terms when the envelope was opened».

⁽⁴⁵⁹⁾ Récemment, la Cour suprême de l'État de Rhode Island a insisté sur l'importance d'explicitement au consommateur qu'il pouvait refuser les conditions de vente proposées en renvoyant le produit acheté, Supreme Court of the State of Rhode Island, 14 décembre 2009 (MARY E. DEFONTES AND NICHOLAS T. LONG, INDIVIDUALLY AND ON BEHALF OF A CLASS OF PERSONS SIMILARLY SITUATED), ci-après «*Defontes v. Dell*», disponible sur <http://www.courts.ri.gov/supreme/pdf-files/04-137.pdf>.

⁽⁴⁶⁰⁾ V. *supra* n° 55, *Pollstar v. Gigmania*, où la Cour reconnaît que les conditions d'utilisation d'un site Web sont une partie de celui-ci.

⁽⁴⁶¹⁾ La Cour conclut à la validité du consentement et du contrat au motif que, d'une part, la publicité de Gateway informait que les produits étaient fournis avec des garanties limitées et que, d'autre

B) WRAP CONTRACTS EN LIGNE

80. La forme du *clickwrap contract* a été validée à plusieurs reprises. Il en fut ainsi dans l'affaire *Hotmail v. Van\$ Money Pie* (1998)⁽⁴⁶²⁾, où Hotmail poursuivait des utilisateurs pour «spam», activité qu'ils réalisaient à partir de boîtes de courrier électronique Hotmail⁽⁴⁶³⁾. Le consentement aux *terms* du réseau MSN a quant à lui été analysé dans *Caspi v. Microsoft* (1999)⁽⁴⁶⁴⁾, où le clic sur un bouton «*I Agree*», situé sur une page Web comprenant une «*scrollable window*» permettant le défilement du «*MSN's membership agreement*», exprimait le consentement de l'internaute. L'utilisateur pouvait également cliquer sur «*I Don't Agree*», à tout endroit des *terms*, ce qui empêchait alors son enregistrement sur MSN.

Dans *Realnetworks* (2000) où sont téléchargées des versions de base gratuites de logiciels, l'expression du consentement se situe cette fois dans l'acceptation des *terms* nécessairement requise avant l'installation des logiciels. Toujours en matière de téléchargement de logiciels, il résulte du cas *Specht v. Netscape* (2002), quant à Netscape Communicator et son obtention à partir du site de Netscape, que cliquer sur un bouton «*Yes*» indiquant l'acceptation des termes d'une licence visible dans une boîte de dialogue où l'on pouvait faire défiler le texte («*scrollable text*») exprime valablement le consentement à cette licence. L'installation du programme était conditionnée par le clic sur «*Yes*». La Cour avait par ailleurs précisé que le clic sur le bouton de téléchargement n'exprimerait un consentement aux *terms* que si l'offre avertissait clairement le consommateur de la portée attribuée à ce geste⁽⁴⁶⁵⁾.

En matière de fourniture d'accès à Internet, *Forrest v. Verizon* (2000) met à nouveau en scène une «*scroll box*» nécessitant que le client clique sur

part, Hill disposait d'autres moyens de prendre connaissance de ces *terms* (comme en demandant au vendeur d'envoyer préalablement une version imprimée de ceux-ci ou en allant sur des sites Web).

⁽⁴⁶²⁾ U.S. District Court for the Northern District of California, 16 avril 1998 (*HOTMAIL CORPORATION V. VAN\$ MONEY PIE INC., ALS ENTERPRISES, INC.; LCGM, INC.; CHRISTOPHER MOSS D/B/A THE GENESIS NETWORK, INC.; CLAREMONT HOLDINGS LTD.; CONSUMER CONNECTIONS; PALMER & ASSOCIATES; AND FINANCIAL RESEARCH GROUP; AND DARLENE SNOW D/B/A VISIONARY WEB CREATIONS AND/OR D/B/A MAXIMUM IMPACT MARKETING*), ci-après dénommé «*Hotmail v. Van\$ Money Pie*», disponible sur <http://cyber.law.harvard.edu/property00/alternatives/hotmail.html>.

⁽⁴⁶³⁾ Ainsi, «*[...] in that plaintiff has presented evidence of the following: that defendants obtained a number of Hotmail mailboxes and access to Hotmail's services; that in so doing defendants agreed to abide by Hotmail's Terms of Service which prohibit using a Hotmail account for purposes of sending spam and/or pornography; that defendants breached their contract with Hotmail by using Hotmail's services to facilitate sending spam and/or pornography*».

⁽⁴⁶⁴⁾ Superior Court of New Jersey, 2 juillet 1999 (STEVEN J. CASPI, RONALD W. JONAS, ARDEN JEFFREY CONE III, AND LAUREL BARRIE V. THE MICROSOFT NETWORK, L.L.C., AND MICROSOFT CORPORATION), ci-après «*Caspi v. Microsoft*», disponible sur <http://www.internetlibrary.com/pdf/Caspi-Microsoft.pdf>.

⁽⁴⁶⁵⁾ En effet, «*a consumer's clicking on a download button does not communicate assent to contractual terms if the offer did not make clear to the consumer that clicking on the download button would signify assent to those terms*».

un bouton «*Accept*», cette méthode ayant à nouveau été entérinée par la Cour saisie.

Plus récemment, dans *Feldman v. Google* (2007), où il était question d'achat en ligne de publicités Google AdWords, la Cour valida une acceptation par clic sur «*Yes, I agree to the above terms and conditions*». Comme dans *Specht v. Netscape* et *Forrest v. Verizon*⁽⁴⁶⁶⁾, les termes du contrat étaient présentés dans une fenêtre avec une «*scroll bar*» permettant de les faire défiler, et il était nécessaire de cliquer sur «*Yes...*» afin de poursuivre la procédure en ligne de commande de publicité. Relevons encore au sujet de Google, mais des *Google discussion groups*, qu'il a été jugé indifférent dans ce contexte que la fenêtre permettant de lire les conditions d'utilisation ne permette que l'affichage de dix lignes à la fois (*Novak v. Google et al.* (2004))⁽⁴⁶⁷⁾.

81. Dans le domaine du paiement en ligne, l'affaire *Comb v. Paypal* (2002) va plus loin dans la «simplicité» du mode de contracter. Ainsi, cliquer sur une case stipulant que «*You have read and agree to the User Agreement and PayPal's privacy policy*», sans que ces textes ne soient affichés, seul un hyperlien en bas de page y renvoyant, exprime valablement le consentement. Dans le même sens, le réseau social SecondLife, sous l'empire de son ancien processus d'inscription⁽⁴⁶⁸⁾, a donné lieu à une affaire – *Bragg v. Linden Research* (2007) – où fut validée l'acceptation par clic sur «*Accept*» de *Terms of Service*. Il en fut encore ainsi quant au site True.com – un site de rencontres et, par conséquent, une forme de réseau social également – dans *Cohn v. Truebeginnings* (2007)⁽⁴⁶⁹⁾. Enfin, en matière d'enregistrement de nom de domaine, *DeJohn v. TV* (2003)⁽⁴⁷⁰⁾ peut être citée. L'affichage intégral des conditions d'utilisation et autres documents au sujet desquels le consentement de l'internaute est requis n'est donc pas nécessaire.

⁽⁴⁶⁶⁾ Par souci d'exactitude, il faut noter que ces cas diffèrent légèrement en ce que le «*scrollable text*» peut se trouver, soit sur une page Web, soit dans une boîte de dialogue. Mais cela ne change pas l'analyse.

⁽⁴⁶⁷⁾ U.S. District Court for the Eastern District of New York, 25 mars 2004 (ROBERT NOVAK D/B/A PETS WAREHOUSE AND PETSWAREHOUSE.COM V. OVERTURE SERVICES, INC., GOOGLE, INC., INNOVATIVE MARKETING SOLUTIONS, INC. D/B/A KANOODLE.COM; JOHN HOLDEFERH D/B/A JUDGE-FOR-YOURSELF.COM, BIOCHEMICS, INC. D/B/A DOCTORDOG.COM), disponible sur <http://www.internetlibrary.com/pdf/Novak%20Pets%20Warehouse%20Overture.pdf>.

⁽⁴⁶⁸⁾ V. *supra* n^{os} 49 et s.

⁽⁴⁶⁹⁾ «*Appellant may not have read the "Terms of Use", but they were readily available to him on the True.com Web site if he clicked on the "Terms of Use" link near the "Continue" button. Under these circumstances, where appellant obviously had access to the Internet and was entering into a contract on the Internet, there was nothing inherently unfair in requiring him to access contractual terms via hyperlink, which is a common practice in Internet business*», Court of Appeal of the State of California, 31 juillet 2007 (MICHAEL COHN V. TRUEBEGINNINGS, LLC ET AL.), ci-après «*Cohn v. Truebeginnings*», disponible sur <http://www.thelen.com/tlu/CohnVTruebeginnings.pdf>.

⁽⁴⁷⁰⁾ Ainsi, «*in any event, these claims fail because DeJohn had an opportunity to review the terms of the Register.com Agreement by clicking on the hyperlink Register.com provided*».

82. *Cohn v. Truebeginnings* (2007) permet de franchir une étape supplémentaire et de faire la transition vers les *browsewrap contracts* au sens strict⁽⁴⁷¹⁾. Il y fut jugé qu'il n'était pas nécessaire de cocher une case «*I have read and agree...*» ou de cliquer sur un bouton mentionnant «*I Agree*» ou «*I accept*» pour consentir valablement; cliquer sur un bouton «*continue*» avec une mention proche (à sa gauche en l'espèce) du type «*I have read and agree...*» suffit. Informer l'internaute de la sujétion de l'accord en formation à des *terms and conditions* sur plusieurs pages d'un processus d'inscription ou de commande en lui permettant d'y accéder via un hyperlien suffit donc; «*[a] person using a computer quickly learns that more information is available by clicking on a blue hyperlink*»⁽⁴⁷²⁾. Nous remarquerons, en passant, qu'il est toujours utile de souligner le texte de l'hyperlien en question⁽⁴⁷³⁾. Encore plus récemment dans *U.S.A. v. Drew* (2009), dont il fut question précédemment, le juge sembla même reconnaître, en *obiter dictum* et en note de bas de page, la validité des *webwrap contracts*⁽⁴⁷⁴⁾.

Pourtant, des décisions antérieures mettent en cause la validité du *webwrap contract* ou permettent, en tout cas, de la contester. Le cas *Ticketmaster v. Tickets* (2000)⁽⁴⁷⁵⁾, concernant du «*deep linking*», peut d'abord être cité. Dans cette affaire, où l'hyperlien conduisant aux conditions d'utilisation était en bas de la *homepage* du site, la Cour souligna clairement que «*[i]t cannot be said that merely putting the terms and conditions in this fashion necessarily creates a contract with any one using the web site*» et ne reconnut donc pas de «*breach of contract*»⁽⁴⁷⁶⁾.

Ensuite, l'affaire *Specht v. Netscape* (2002) peut à nouveau être citée, mais cette fois quant au téléchargement du logiciel SmartDownload. Ce dernier pouvait être réalisé en cliquant sur un bouton «*Download*» et était *encouragé* par le site Web de Netscape. Une fois ce téléchargement effectué, aucune information quant au logiciel ou à une éventuelle licence régissant son utilisation n'était présentée. La seule référence aux *terms* relatifs au logiciel SmartDownload était un lien hypertexte situé plus bas sur la page Web où se trouvait le bouton «*Down-*

(471) V. *supra* n^{os} 53 et s.

(472) *Hubbert v. Dell*.

(473) Dans *Pollstar v. Gigmania*, la Cour souligne que «*[s]ince the text is not underlined, a common Internet practice to show an active link, many users presumably are not aware that the licence agreement is linked to the homepage*». Dans ce cas, bien que la Cour n'ait pas conclu quant à la *reasonable notice*, elle souligne par ailleurs que «*the homepage also has small blue text which when clicked on, does not link to another page. This may confuse visitors who may then think that all colored small text, regardless of color, do not link the homepage to a different web page*».

(474) V. *supra* n^{os} 53 et s.

(475) U.S. District Court for the Central District of California, 27 mars 2000 (*TICKETMASTER CORP., ET AL. V. TICKETS.COM, INC.*), disponible sur <http://www.internetlibrary.com/pdf/Ticketmaster-Tickets.com-CD-Ca-Mtn-Dismiss.pdf>.

(476) La Cour octroie alors la «*motion to dismiss the second claim (breach of contract)*» en précisant toutefois que «*[t]he motion is granted with leave to amend in case there are facts showing Ticket's knowledge of them [i.e. "terms and conditions"] plus facts showing implied agreement to them*».

load». Ainsi, il était nécessaire de faire défiler cette page pour trouver ce lien. En outre, celui-ci renvoyait d'abord à une page comprenant une liste de *terms* et de liens vers ceux-ci parmi lesquels il fallait à nouveau cliquer pour enfin arriver sur la page Web destinée à SmartDownload. La Cour a conclu que «*in circumstances such as these, where consumers are urged to download free software at the immediate click of a button, a reference to the existence of license terms on a submerged screen is not sufficient to place consumers on inquiry or constructive notice of those terms*» (nous soulignons). Nous nous demanderons, d'une part, dans quelle mesure l'incitation au téléchargement du programme a pesé dans la décision de la Cour, et d'autre part, si la Cour en aurait décidé ainsi quant à l'utilisation du site Web en question, plutôt que quant au téléchargement d'un logiciel à partir de celui-ci. Quant à l'utilisation d'un compte AOL par un autre individu que le titulaire de ce compte, une décision d'une autre Cour semble justement reconnaître qu'il n'y a pas de *reasonable notice* en matière de *webwrap contracts*, mais lie tout de même cet individu aux conditions d'utilisation en tant que *sublicensee* du titulaire du compte qui a valablement accepté lesdites conditions (*Motise v. AOL* (2004))⁽⁴⁷⁷⁾.

Enfin, l'importance de spécifier au destinataire d'un produit ou service dans quelle mesure il peut rejeter les conditions qui lui étaient proposées a été rappelée dans *Defontes v. Dell* (2009)⁽⁴⁷⁸⁾. Or, cette exigence semble clairement mise en péril dans l'hypothèse des *webwrap contracts*.

Il faut cependant noter que l'utilisation régulière d'un site Web pourrait être retenue en faveur de la validité d'un *webwrap contract*. Cela fut déjà pris en compte dans *Register.com v. Verio* (2004)⁽⁴⁷⁹⁾, où était en cause la consultation automatique du site Register.com pour contacter, à des fins commerciales, les personnes ayant enregistré des noms de domaine⁽⁴⁸⁰⁾. Plus clairement dans

⁽⁴⁷⁷⁾ AOL soutenait que la clause d'élection de for en question était «*reasonably communicated to the Plaintiff because, regardless of whether the Plaintiff had actual notice, his status as a user of AOL's services gave him constructive notice*» (nous soulignons), v. U.S. District Court for the Southern District of New York, 30 novembre 2004 (*MICHAEL V. MOTISE V. AMERICA ONLINE, INC.*), disponible sur <http://www.thelenreid.com/resources/documents/MotiseVAOL.pdf>.

⁽⁴⁷⁸⁾ V. note de bas de page n° 454.

⁽⁴⁷⁹⁾ U.S. Court of Appeals for the Second Circuit, 23 janvier 2004 (*REGISTER.COM, INC., v. VERIO, INC.*), disponible sur <http://www.icann.org/en/registrars/register.com-verio/decision-23jan04.pdf>.

⁽⁴⁸⁰⁾ Il faut toutefois souligner que dans cette hypothèse, la société Verio avait connaissance des conditions d'utilisation en question, même si elle contestait en avoir été correctement avertie. La Cour soutient que «*Verio's argument might well be persuasive if its queries addressed to Register's computers had been sporadic and infrequent. If Verio had submitted only one query, or even if it had submitted only a few sporadic queries, that would give considerable force to its contention that it obtained the WHOIS data without being conscious that Register intended to impose conditions, and without being deemed to have accepted Register's conditions. But Verio was daily submitting numerous queries, each of which resulted in its receiving notice of the terms Register exacted. Furthermore, Verio admits that it knew perfectly well what terms Register demanded. Verio's argument fails*».

Cairo v. Crossmedia (2005)⁽⁴⁸¹⁾, une Cour va jusqu'à inférer la connaissance des *terms* d'un site Web de la visite répétée de ce site au moyen de «*robots*» («*spiders*» ou «*crawlers*») le consultant automatiquement et très régulièrement⁽⁴⁸²⁾. *Internet Archive v. Shell* (2007) a, plus récemment, également impliqué une hypothèse où un site Web, comprenant un avertissement quant à sa reproduction, a été automatiquement reproduit – à plusieurs reprises – dans la base de données d'un autre site. Mais la Cour n'a pas statué sur la question à son niveau de procédure⁽⁴⁸³⁾. Dès lors qu'un site de socialisation a vocation à être utilisé régulièrement par ses membres, l'argument pourrait tout à fait être reproduit dans ce contexte, et il pourrait être jugé que ses conditions d'utilisation en font partie.

83. En synthèse, les *clickwrap contracts* et *browsewrap contracts* sont reconnus, au sein de la jurisprudence analysée, comme permettant l'expression valable du consentement de l'internaute. Tandis que la validité des *webwrap contracts* pourrait plus aisément être contestée. Selon nous, ils ne sont pas valides en droit américain, ne permettant pas de *reasonable notice*. Nous avons toutefois avancé des arguments qu'une Cour pourrait adopter pour en reconnaître la validité. Les réseaux sociaux, dont les processus d'inscription ont été développés précédemment, satisfont généralement à l'exigence de *reasonable notice* lorsqu'il est nécessaire de s'y inscrire. Mais les hypothèses d'utilisation sans inscription peuvent être contestées.

(481) U.S. District Court for the Northern District of California, 1^{er} avril 2005 (CAIRO, INC., v. CROSSMEDIA SERVICES, INC.), disponible sur <http://www.internetlibrary.com>.

(482) «*Unlike the circumstances in Specht, Cairo admits to actual knowledge of CMS's Terms as of at least "the day before CMS sent its letter threatening legal action on November 1, 2004" [...] Moreover, Cairo's repeated and automated use of CMS's web pages can form the basis of imputing knowledge to Cairo of the terms on which CMS's services were offered even before Cairo's notice of CMS's cease and desist letter*» (nous soulignons).

(483) Dans ce cas, la question a été discutée de savoir si la reproduction du site Web en question pouvait conduire à la formation d'un contrat lorsque cela était prévu «*through an icon located on [the] website*». Était en cause le site Internet Archive consistant en une base de données publique où sont automatiquement reproduits les sites Web. Shell, propriétaire d'un site copié, avait affiché ledit avertissement explicitant, en synthèse, qu'un contrat était conclu en cas de copie du site et qu'une somme d'argent serait également due. La Cour, ayant toutefois souligné que «*[t]he record is not clear on what statement actually appears on the opening screen of Shell's website or where precisely this statement is located on the website*», considère que «*Shell has alleged the existence of a contract, breach and damages, which is sufficient to make out a claim for breach of contract*», U.S. District Court for the District of Colorado, 13 février 2007 (INTERNET ARCHIVE v. SUZAN SHELL, v. BREWSTER KAHLE, RICK PRELINGER, AND KATHLEEN BURKE), disponible sur <http://www.internetlibrary.com/pdf/Internet%20Archive.pdf>.

IV) RÉFLEXIONS CONCLUSIVES

84. Les droits belges et américains divergent, certes dans les limites de l'exposé, quant aux informations à fournir impérativement à l'internaute en phase de devenir contractant – membre du réseau ou non – de l'offreur de service d'«e-socialisation». Ils sont relativement proches quant à la formation du contrat et quant à ce qui pénètre le champ contractuel: les *clickwrap contracts* et *browsewrap contracts* au sens strict semblent être acceptables – mais non à l'abri de tout reproche –, tandis que les *webwrap contracts* n'atteignent finalement pas le champ contractuel. Or, leur élévation au rang contractuel est loin d'être indifférente, dès lors qu'y sont stipulées des clauses limitatives ou exonératoires de responsabilité, de choix de loi et de juridiction en cas de litige avec le prestataire de service, ou encore des clauses permettant le traitement de données à caractère personnel ou, en tout cas, la collecte de données via le terminal de l'internaute⁽⁴⁸⁴⁾. S'il en était jugé autrement aux États-Unis, le résident habituel de Belgique pourrait toutefois invoquer le droit belge pour établir qu'il n'a pas consenti⁽⁴⁸⁵⁾.

Les réflexions précédentes nous conduisent, d'une part, à nous interroger sur la volonté de l'internaute à prendre en considération, et nous pousse à remettre en question la validité des modes de contracter présentés dans le contexte des réseaux sociaux (A). Il nous semble en effet que certaines clauses doivent recevoir un traitement particulier et que le processus de formation du contrat étudié est un *geste* inadéquat pour permettre le traitement de données à caractère personnel et ainsi *contracter* sa vie privée. D'autre part, malgré l'alternative que nous proposons – un consentement exprès aux clauses précitées –, nous verrons que la protection du cocontractant utilisateur du réseau social contre la loi privée du prestataire du service demeure nécessaire (B).

⁽⁴⁸⁴⁾ En tout cas, des clauses concernent le traitement de données de trafic (adresses IP et consultation du site, via *cookies*) des visiteurs du site en question, sans discuter ici de la qualité de «donnée à caractère personnel» de ces informations (qui est controversée, v. par ex. la jurisprudence française en matière d'adresses IP, V. not. Cass. (française), Chambre criminelle, 16 juin 2009 (SOCIÉTÉ CIVILE DES PRODUCTEURS PHONOGRAPHIQUES (SCPP), SOCIÉTÉ DES AUTEURS, COMPOSITEURS ET ÉDITEURS DE MUSIQUE (SACEM), C. M. J. P.); Cass. (française), Chambre criminelle, 13 janvier 2009 (SOCIÉTÉ DES AUTEURS, COMPOSITEURS ET ÉDITEURS DE MUSIQUE (SACEM), SOCIÉTÉ POUR L'ADMINISTRATION DU DROIT DE REPRODUCTION MÉCANIQUE DES AUTEURS, COMPOSITEURS ET ÉDITEURS (SDRM) C. M. C. S.); C.A. Rennes, 22 mai 2008; C.A. Paris, 27 avril 2007; C.A. Paris, 15 mai 2007). Le *webwrap contract* permettra ainsi l'enregistrement du *clickstream* ou *clicktrail* de l'internaute. V. à ce sujet J. KANG, «Information Privacy in Cyberspace Transactions», *Stanford L. Rev.*, 1998, p. 1119. Les données de «*clickstream*» sont les données électroniques de l'activité d'un utilisateur sur l'Internet; les informations que le fournisseur d'un site Web peut connaître à propos d'un utilisateur en raison de la navigation de ce dernier sur le site du premier. V. D.B. GARRIE ET R. WONG, «Demystifying Clickstream Data: a European and U.S. Perspective», *Emory International L. Rev.*, 2006, pp. 565-567, et R.E. BUCKLIN ET C. SISMEIRO, «Click Here for Internet Insight: Advances in Clickstream Data Analysis in Marketing», mars 2008, disponible sur <http://www.ssrn.com>, à paraître dans le *Journal of Interactive Marketing*.

⁽⁴⁸⁵⁾ V. *supra* n° 6 et note de bas de page n° 42.

A) Quelle(s) volonté(s) prendre en compte?

Quelques mots quant à l'intention juridique de l'internaute (1) précèdent une réflexion relative au consentement général que ce dernier donne lorsqu'il utilise un site de socialisation (2).

1) Une volonté non juridique?

85. Et s'il n'y avait pas de contrat entre l'utilisateur de réseau social et celui qui fournit ce dernier ? En effet, « [u]n accord de volontés peut exister en dehors de toute reconnaissance par le droit positif [, m]ais ce qui caractérise le contrat c'est d'être à la fois un accord de volontés et de se voir reconnaître le pouvoir de créer des effets juridiques par le droit objectif »⁽⁴⁸⁶⁾. Aux États-Unis, il n'y aurait qu'un *agreement* et pas un *contract*. S'inscrivant à un réseau social, les membres ne doivent généralement pas mettre la main au portefeuille, et lorsque leur but se limite à « l'amusement » et à la « distraction », ne semblerait-il pas qu'ils ne veulent pas plus s'engager que ne furent jugés le vouloir les sociétaires de la Société des Mélomanes de la petite Ghète⁽⁴⁸⁷⁾ ? Dans un sens, n'y aurait-il pas ici « un défaut de sérieux qui enlève à la volonté sa "réalité" »⁽⁴⁸⁸⁾ ? Or « [c]'est l'aspect le plus élémentaire de l'autonomie de la volonté qu'un individu ne puisse se trouver dans les liens d'un contrat sans l'avoir voulu »⁽⁴⁸⁹⁾.

Et si en plus, le fournisseur du réseau social ne s'engageait concrètement à rien vis-à-vis de l'utilisateur, soit qu'il en soit ainsi expressément, soit que cela résulte du jeu habile de clauses contractuelles le transformant en insulaire juridiquement inatteignable⁽⁴⁹⁰⁾ ?

Ces considérations, dont il ne faut pas hypertrophier la portée en droit, commandent de se demander si la relation entre le membre d'un réseau social et le fournisseur de ce dernier ne pourrait pas être considérée comme un accord ne possédant qu'une autorité morale, non contraignant en droit, par lequel les parties n'ont pas eu l'intention de se lier juridiquement. Autrement dit, un simple « *gentlemen's agreement* »⁽⁴⁹¹⁾ pourrait-il être en cause ? Pour le surplus,

⁽⁴⁸⁶⁾ J. GHESTIN, *op. cit.*, p. 187.

⁽⁴⁸⁷⁾ V. Cass., 2 décembre 1875, *op. cit.*, où les statuts de ladite société sont partiellement reproduits. Ainsi, il était « formé entre les soussignés, une société de musique, ayant pour but l'amusement et la distraction des sociétaires » ; il s'agit par exemple dans le cas de Facebook, « de rester en contact et d'échanger avec les personnes qui vous entourent »...

⁽⁴⁸⁸⁾ A. RIEG, *Le rôle de la volonté dans l'acte juridique en droit civil français et allemand*, Paris, L.G.D.J., 1961, p. 22.

⁽⁴⁸⁹⁾ J. CARBONNIER, *op. cit.*, p. 68.

⁽⁴⁹⁰⁾ Signalons que les anciennes conditions d'utilisation de Facebook ne semblaient engager la société du même nom qu'en ce qui concernait le règlement des différends. Le compte d'un utilisateur pouvait être supprimé sans motif, le service pouvait être indisponible, etc.

⁽⁴⁹¹⁾ V. par ex. Comm. Malines, 27 février 1998, *R.W.*, 1999-2000, p. 157, où le tribunal juge que « een gentlemen's agreement is per definitie een afspraak die enkel een moreel gezag bezit in die in

la relation entre le fournisseur du réseau social et son utilisateur serait régie par les règles de la responsabilité extracontractuelle, par la protection des données, les règles du droit d'auteur, etc. Cette éventualité semble toutefois fort hypothétique. Il doit quand même bien y avoir contrat puisque l'un offre un service et l'autre profite de ce dernier. Mais quels en sont alors les termes ?

2) Blanket Assent et consentement spécifique de l'internaute

86. Le concept de «*blanket assent*», issu du droit américain, est éclairant dans la conceptualisation de la manière dont contractent les internautes dans le contexte des réseaux sociaux – et, plus largement, les consommateurs en général. R. Hillman et J. Rachlinski relèvent dans l'environnement papier, et transposent sur le Web, que «*current law's approach supports Karl Llewellyn's vision that the law should create a presumption of assent (or "blanket assent")*⁽⁴⁹²⁾ *to standard terms*⁽⁴⁹³⁾; «*[w]hether or not you actually see that agreement or have an opportunity to affirmatively manifest assent, you will, in all likelihood, be bound by its terms*⁽⁴⁹⁴⁾. Les conditions d'utilisation d'un site Web feraient l'objet d'un tel «*blanket assent*», ou «consentement global présumé», de l'internaute, dès lors que, d'une part, celui-ci a en a été raisonnablement averti de l'existence des termes auxquels il consent et que, d'autre part, il accepte la transaction proposée en général, mais pas chaque condition proposée en particulier. Pratiquement, les développements relatifs au droit belge conduisent à un résultat proche, si pas identique.

87. *Quid* alors de la réalité⁽⁴⁹⁵⁾ du consentement de l'internaute ? M.A. Lemley parlera de «*death of the assent*» ou encore de «*disintegration of assent*»⁽⁴⁹⁶⁾, et L.E. Trakman soulignera que «*[s]uch "contracts" are more accurately conceived as "quasi-contracts" due to the adhering party's failure to assent to their material conditions and in particular, to conditions imposed on*

rechte niet afdwingbaar is, omdat partijen bij een dergelijke afspraak duidelijk niet de bedoeling hebben gehad om zich juridisch te verbinden, zodat de rechter gehouden is dit te respecteren, voor zover noch de regelen van openbare orde of de goede zeden noch de dwingende regelen van bescherming van zwakkere contractpartijen zouden zijn geschonden, wat te dezen niet wordt aangevoerd». Il souligne en outre qu'aucun dédommagement ne peut être réclamé sur la base d'un tel accord (un accord d'exclusivité était en cause).

⁽⁴⁹²⁾ «*"Blanket assent" is best understood to mean that, although consumers do not read standard terms, so long as their formal presentation and substance are reasonable, consumers comprehend the existence of the terms and agree to be bound to them*». «*"Blanket assent" means only that, given the realities of mass-market contracting, the consumer chooses to enter a transaction that includes a package of reasonable, albeit mostly unfavorable to her, boilerplate terms*», R.A. HILLMAN et J.J. RACHLINSKI, *op. cit.*, pp. 33-34.

⁽⁴⁹³⁾ R.A. HILLMAN et J.J. RACHLINSKI, *op. cit.*, p. 27. V. aussi p. 61 quant aux «*electronic contracts*» en particulier, v. pp. 61-64.

⁽⁴⁹⁴⁾ R.L. OAKLEY, *op. cit.*, p. 1047.

⁽⁴⁹⁵⁾ V. *supra* n^{os} 10-11 quant aux volontés déclarée et réelle.

⁽⁴⁹⁶⁾ M.A. LEMLEY, «*Terms of Use*», *Minnesota L. Rev.*, 2006, pp. 464-462.

that party after the date of “contracting”»⁽⁴⁹⁷⁾. N.S. Kim, dont il convient à présent d'évoquer la doctrine, conteste cette approche du *blanket assent* dans le contexte des licences d'utilisation des logiciels, et propose de subdiviser le concept d'*assent* en «*actual*» *assent* et en «*presumed*» *assent*⁽⁴⁹⁸⁾, afin de revigorer le consentement de l'internaute en matière de licences d'utilisation de logiciels.

L'auteure propose qu'un «*actual*» *assent*⁽⁴⁹⁹⁾ soit requis pour les clauses qui, selon leur *operative effect*⁽⁵⁰⁰⁾, ne relèveraient pas du champ de la licence relative au logiciel («*scope of licence*») – autrement dit les clauses étrangères à l'utilisation du bien ou service en cause⁽⁵⁰¹⁾: «*[i]f the operative effect of a term is to impose any obligation upon the licensee unrelated to how the technology is being used, or if the effect is to strip the licensee of any rights or remedies otherwise available to the licensee, then the court should require actual assent to such term*»⁽⁵⁰²⁾ (nous soulignons). L'auteure suggère de prendre en considération «*the nature of the transaction and the business needs associated with that particular industry*» pour déterminer à quoi l'internaute pourrait être présumé consentir. Ce qui permet de délimiter ce à quoi l'adhérent peut raisonnablement s'attendre; selon K. Llewellyn: «*where bargaining is absent in fact, the conditions and clauses to be read into a bargain are not those happen to be printed on the unread paper, but are those which a sane man might reasonably expect to find on that paper*»⁽⁵⁰³⁾ (nous soulignons).

88. Nous référant aux développements de N.S. Kim, il nous semble que la jurisprudence (belge ou américaine) devrait exiger, tant en matière de *clickwrap contracts* qu'en matière de *browsewrap contracts* au sens strict (en considérant que les *webwrap contracts* ne sont pas valablement formés), que requièrent un consentement exprès, c'est-à-dire un clic exprimant une acceptation, notamment⁽⁵⁰⁴⁾ chacune des clauses suivantes: celles portant sur le droit applicable⁽⁵⁰⁵⁾, le juge compétent, les limitations ou exonérations de responsa-

(497) L.E. TRAKMAN, *op. cit.*, p. 14.

(498) N.S. KIM, *op. cit.*, p. 803.

(499) «*Actual assent would mean express manifested agreement, not simply to the transaction, but to each of the individual material terms*», *ibid.*

(500) Par opposition à ce qu'il en serait selon leur rédaction.

(501) N.S. KIM, *op. cit.*, p. 804.

(502) *Ibid.* Pour une illustration des clauses qui devraient faire l'objet d'un *actual assent*, *ibid.*, pp. 856-862.

(503) K. LLEWELLYN, cité par M. ZHANG, «Contractual Choice of Law in Contracts of Adhesion and Party Autonomy», *Akron L. Rev.*, 2008, p. 144, note de bas de page n° 112.

(504) Il en est évidemment ainsi également concernant une clause fixant le prix du service qui constitue une caractéristique essentielle du produit. Toutefois, en l'espèce, il n'y a pas de prix au sens strict du terme. Dès lors que le service est financé par la publicité, c'est au traitement de données à des fins publicitaires qu'un consentement exprès doit être donné, v. *infra* n° 89.

(505) À ce sujet, le thème de la contribution de M. Zhang «*is to suggest that the choice of law clause in contracts of adhesion shall not take effect (although the clause may not necessarily be invalid), unless*

bilité, le mode de révision des conditions d'utilisation, la concession de droits de propriété intellectuelle et – surtout en matière d'«e-socialisation» – le traitement de données à caractère personnel. Par contre, certaines règles comportementales de base (ne pas harceler les autres, respecter leur vie privée, ne pas commettre des *spam*, ne pas consulter le site Web avec des *web crawlers*, n'avoir qu'un seul compte, etc.), ou propres aux droits de propriété intellectuelle du prestataire de service (ne pas copier des parties du site Web, etc.), pourraient se contenter d'une *présomption* de consentement.

89. Ainsi, N.S. Kim soutient qu'un *actual assent* est requis, notamment – quant aux clauses privant l'internaute d'un *legal right* –, pour les clauses relatives au *right to privacy* et au *right to control the use of your personal information*⁽⁵⁰⁶⁾. La F.T.C., à l'occasion du cas *Sears*, semblerait sensible à un tel argumentaire en *dissociant* l'information exigée par le commerce loyal – et non par le droit des contrats – des simples conditions d'utilisation et politique de confidentialité⁽⁵⁰⁷⁾. Renvoyons au *reasonable notice* préexposé et citons S.E. Gindin: «*to some extent, the Sears Matter reflects a shift from the position that the consumer is legally responsible for his actions (and in fact has a duty to read legal documents) to a more protective position*»⁽⁵⁰⁸⁾. Insistons: le consentement, selon la directive 95/46 et la L.V.P., doit être «spécifique»⁽⁵⁰⁹⁾ et «indubitablement donné»⁽⁵¹⁰⁾. Le «groupe 29» a d'ailleurs souligné – certes dans un autre domaine mais sans que cela ne soit un obstacle – que le consentement au traitement de données devait être distinct du consentement aux conditions générales d'un service⁽⁵¹¹⁾. Et il doit en être ainsi *a fortiori* si l'on considère que le consentement de la personne concernée est l'expression d'une volonté unilatérale plutôt que celle d'une volonté parfaissant un contrat avec le responsable de traitement⁽⁵¹²⁾. Dans l'état actuel des réseaux sociaux évoqués, la conséquence serait, en droit communautaire, directe et radicale: le consentement

and until the other party (adherent) meaningfully agrees or a court scrutinizes the contract for the true assent of the adherent», M. ZHANG, *op. cit.*, p. 129.

⁽⁵⁰⁶⁾ *Ibid.*, p. 828. Et selon nous, peu importe à ce propos que l'exploitation commerciale des données à caractère personnel puisse être considérée comme relevant de la nature de l'industrie de l'«e-socialisation».

⁽⁵⁰⁷⁾ V. *supra* n° 48.

⁽⁵⁰⁸⁾ S.E. GINDIN, *op. cit.*, p. 7.

⁽⁵⁰⁹⁾ V. not. article 2, h) de la directive 95/46.

⁽⁵¹⁰⁾ Article 7, a) de la directive 95/46.

⁽⁵¹¹⁾ En matière d'utilisation de données de localisation à des fins de fourniture de service à valeur ajoutée, il précise que la définition du consentement consacrée dans la directive 95/46 «exclut expressément que le consentement de la personne fasse partie de l'acceptation des conditions générales du service de communications électroniques proposé», Groupe 29, avis n° 5/2005 sur l'utilisation de données de localisation aux fins de fourniture de services à valeur ajoutée, 25 novembre 2005, p. 6.

⁽⁵¹²⁾ V. à ce sujet D. LE MÉTAYER et S. MONTELEONE, «Automated consent through privacy agents: Legal requirements and technical architecture», *Computer Law & Security Review*, 2009, pp. 137-138. L'auteur rappelle qu'en matière de protection des données, le consentement doit être exprès, l'«*opt-in*» étant requis.

des internautes au traitement des données à caractère personnel les concernant ne serait pas valable, et le fournisseur du réseau devrait fonder son traitement sur une autre base de légitimité⁽⁵¹³⁾. Plus largement nous semble-t-il, dès que serait en cause un droit (ou une liberté) fondamental(e), le mode de formation du contrat – *clickwrap*, *browsewrap* et *webwrap contracts* tels qu'évoqués précédemment –, le cas échéant aujourd'hui acceptable devant un juge (aux États-Unis et en Belgique)⁽⁵¹⁴⁾, est inadéquat pour *contracter* l'un ou l'autre de ces droits ou libertés. Simplement s'inscrire à un site de socialisation n'est pas un *geste* adéquat duquel peut être *présumée* la limitation des droits ou libertés fondamentaux, bien qu'il puisse en être ainsi de la relation contractuelle en question. Bien entendu, ce mode de contracter précité serait adéquat si, sous la forme de *clickwrap contracts*, il collait aux exigences de consentement exprès suggérées dans la présente contribution.

90. À ces fins et au stade de la formation du contrat, le juge américain peut considérer qu'il n'y a pas eu *reasonable notice* ou utiliser le R.S.C. § 211(3)⁽⁵¹⁵⁾, et le juge belge peut considérer que l'acceptation de l'internaute n'est pas certaine, voire qu'il n'y avait pas de possibilité de prise de connaissance effective. Et ces considérations sont d'autant plus vraies et doivent être appliquées avec d'autant plus d'intransigeance, que le fournisseur du réseau social ne s'acquitte pas parfaitement de ses devoirs d'information et/ou attire l'internaute dans un contexte linguistique inconfortable voire inconnu. Rappelons une fois de plus que si, aux États-Unis, l'internaute était jugé consentir là où il ne le serait pas en Belgique, le résident habituel de Belgique pourrait toutefois invoquer le droit belge pour établir qu'il n'a pas consenti⁽⁵¹⁶⁾.

Les consentements dissociés, une volonté expresse serait nécessitée, l'internaute serait mieux éclairé – il serait au moins invité à se poser des questions –, ce qu'il déclarerait serait « plus réel », il pourrait plus aisément prendre ses responsabilités, et peut-être serait-il moins tenté, ultérieurement, de dénier sa portée à son acceptation dès lors que « *[t]he likelihood of this kind of repudiation of acceptance can be reduced by defining accepting conduct so that it is unusual* »⁽⁵¹⁷⁾ – la simple inscription, et *a fortiori* la simple utilisation d'un site Web, étant justement d'un commun et d'un banal patentes. Et les professionnels eux-mêmes s'en rendent compte. Facebook semble par exemple elle-

(513) V. en particulier à ce propos l'article 5, b) et f) de la directive 95/46.

(514) Étant entendu que la figure du *webwrap contract* ne devrait systématiquement pas être acceptée.

(515) W.R. Barnes voit dans le R.S.C. § 211(3) « *a new tool [...] to protect consumers' interests* », W.R. BARNES, *op. cit.* p. 227.

(516) V. *supra* n° 6 et note de bas de page n° 42.

(517) H.H. PERRITT JR, *Law and the Information Superhighway*, Wiley Law Publications, 1996, p. 382.

même douter de l'efficacité de la procédure d'inscription offerte⁽⁵¹⁸⁾. Évidemment, nonobstant notre proposition, l'internaute pourrait toujours consentir de manière inconsidérée – ses torts en seraient alors probablement plus grands –, et il s'agirait alors de se demander si et dans quelle mesure devrait prévaloir sa volonté réelle. Jusqu'où le protéger, le cas échéant et subjectivement, contre son *insouciance* ou, plus objectivement, contre une information approximative ? À ce propos, l'éventuel vice d'erreur serait plus ou moins facilement constaté selon que le fournisseur du réseau social a ou pas parfaitement informé son futur cocontractant (contenu et qualité de l'information, dont la langue de celle-ci) ; une information approximative doit être vigoureusement sanctionnée.

B) Protection de l'internaute contre la loi privée d'une partie

91. La dissociation des consentements exprès proposée protégerait donc mieux l'internaute⁽⁵¹⁹⁾, mais peut-être cette protection serait-elle pratiquement assez limitée : qu'il s'agisse de l'environnement papier ou de l'Internet, « *[t]he consumer has no interest in reading or understanding these terms ; she just wants to be on her way* »⁽⁵²⁰⁾ ; « *[a] modern consumer neither expects nor desires to wade through such minutia* »⁽⁵²¹⁾. Ainsi, « *the failure of consumers to read and understand boilerplate is nearly universal* »⁽⁵²²⁾, à tel point qu'elle est consacrée comme un dogme dans la littérature contractuelle⁽⁵²³⁾. Elle l'est d'autant plus lorsque l'internaute est découragé de lire les conditions d'utilisation qui lui sont soumises⁽⁵²⁴⁾. Ou encore, en matière de réseaux sociaux, lorsque « tout le monde y est déjà » – « *[m]ore and more of our social and political discourse is taking place on these popular websites* »⁽⁵²⁵⁾ – : « *[t]he water's fine ; come on in. Most of the time, when in doubt, we do what everyone else is doing* »⁽⁵²⁶⁾. Ce que J. Carbonnier évoquait déjà : « *[d]e ce qu'il est d'ordinaire un contrat de masse,*

⁽⁵¹⁸⁾ Lorsqu'un utilisateur ajoute une application, sur la page d'autorisation de l'application, la mention suivante est stipulée sous le bouton « autoriser » : « En continuant, vous autorisez l'application [nom de l'application] à accéder à vos informations et vous acceptez les Conditions générales d'utilisation de Facebook ». Pourtant, selon les conditions d'utilisation de Facebook, un tel consentement est déjà exprimé.

⁽⁵¹⁹⁾ V. toutefois R.A. HILLMAN, « On-Line Boilerplate: Would Mandatory Website Disclosure of E-Standard Terms Backfire? », disponible sur <http://www.ssrn.com>.

⁽⁵²⁰⁾ R.A. HILLMAN et J.J. RACHLINSKI, *op. cit.*, p. 8.

⁽⁵²¹⁾ *Defontes v. Dell*.

⁽⁵²²⁾ R.A. HILLMAN et J.J. RACHLINSKI, *op. cit.*, p. 18. Au sujet d'un sondage qui a été mené de fin mai à septembre 2001, révélant que 90% des participants ne lisent pas complètement les termes des contrats proposés en ligne, v. A. GATT, « Electronic Commerce – Click-Wrap Agreements, The enforceability of click-wrap agreements », *Computer Law & Security Report*, 2002, pp. 407-408.

⁽⁵²³⁾ W.R. BARNES, *op. cit.* p. 237.

⁽⁵²⁴⁾ Pour un cas où un utilisateur était découragé de passer par les termes de la licence à laquelle il s'apprêtait à consentir, v. R.L. OAKLEY, *op. cit.*, p. 1045.

⁽⁵²⁵⁾ KnowPrivacy, *op. cit.*, p. 31.

⁽⁵²⁶⁾ J. GRIMMELMANN, « Saving Facebook », *Iowa L. Rev.*, 2009, p. 1161, citant R.B. Cialdini.

le contrat d'adhésion tire un caractère, paradoxalement, sociologiquement rassurant: puisque tant de gens l'ont accepté, je puis présumer que les clauses n'en sont pas déraisonnables ("le bon sens est la chose du monde la mieux partagée")⁽⁵²⁷⁾. Ce qui sera renforcé par l'optimisme irréaliste (tempérament «*unrealistically optimistic*») de l'individu⁽⁵²⁸⁾ et le phénomène de «*rational ignorance*» se posant avec plus d'acuité en matière de contrats d'adhésion⁽⁵²⁹⁾. En outre, «*[t]he potential dangers are not salient to most users. And even when they are salient, they are difficult to evaluate against the benefits of using a particular website*»⁽⁵³⁰⁾. Pressé par un désir de rejoindre la communauté en ligne – en plus, c'est si simple –, l'internaute manque de «*judgment*»⁽⁵³¹⁾ dans son action. Même lorsque le consentement est exprès, il peut donc encore manquer de sens, voire être irréfléchi ou aveugle.

Par ailleurs, il faudrait que l'internaute puisse bénéficier d'alternatives sur le marché des services auxquels il veut accéder afin de pouvoir réellement choisir. Même si le marché des réseaux sociaux pouvait être considéré comme concurrentiel quant aux services offerts – or nous douterons souvent du caractère substituable des réseaux sociaux⁽⁵³²⁾ –, il n'en demeure pas moins qu'une certaine uniformité des «pratiques» – conditions d'utilisation et politiques de confidentialité – pourrait saper toute possibilité réelle de choix. De surcroît, faudrait-il donc encore qu'une concurrence bienveillante s'amorce effectivement quant aux conditions d'utilisation et aux politiques de confidentialité. Ce

⁽⁵²⁷⁾ J. CARBONNIER, *op. cit.*, p. 6879.

⁽⁵²⁸⁾ «*[A]ctors tend to be overconfident of their ability to resolve uncertain factual issues and are particularly likely to be overconfident where the judgments are difficult*»; «*defects in disposition systematically tilt an actor's judgment toward optimism*», M.V. EISENBERG, *op. cit.*, pp. 217-218 et les références citées par l'auteur.

⁽⁵²⁹⁾ Plus précisément, «*human rationality is normally bounded by limited information and limited information processing*». «*The bottom line is simple: The verbal and legal obscurity of preprinted terms renders the cost of searching out and deliberating on these terms exceptionally high. In contrast, the low probability of these nonperformance terms' coming into play heavily discounts the benefits of search and deliberation. Furthermore, the length and complexity of form contracts is often not correlated to the dollar value of the transaction*», M.V. EISENBERG, *op. cit.*, pp. 215 et 244. Cela vaut *a fortiori* dans le contexte des réseaux sociaux où, d'une part, le service est «gratuit» et où surtout, d'autre part, le destinataire du service doit encore s'adonner à un effort considérable de compréhension du fonctionnement technique dudit service.

⁽⁵³⁰⁾ KnowPrivacy, *op. cit.*, p. 12.

⁽⁵³¹⁾ «*Judgment, as [A.T. Kronman is] using the term, involves a critical reflection on one's interests and desires and hence presupposes some distance from them; indeed, we associate judgment with sobriety and dispassion – with states of relative desirelessness – and think of judgment as requiring disengagement from the immediacy of desire*», A.T. KRONMAN, «*Paternalism and the Law of Contracts*», *Yale Law Journal*, 1983, p. 789.

⁽⁵³²⁾ *Quid* lorsque le cercle relationnel d'un individu est inscrit à un réseau social en particulier? Par ailleurs, plus un réseau social sera peuplé, plus il sera incontournable dès lors que réside là sa richesse. Il n'est pas évident non plus de quitter un réseau, les données ne sont pas portables (cette portabilité devrait toutefois être pensée en fonction de la vie privée sous peine de lui nuire, v. à ce sujet J. GRIMMELMANN, *op. cit.*, pp. 1194-1195).

qui – faut-il le souligner ? – ne va pas de soi⁽⁵³³⁾. La loi du marché peut jouer, et la fédération d'une masse critique d'utilisateurs peut exercer une pression décisive⁽⁵³⁴⁾. Le cas de Facebook l'a illustré dans une première ère de modification, suivant un « traumatisme », où les utilisateurs ont, dans une certaine mesure, été entendus⁽⁵³⁵⁾. Une deuxième ère d'amélioration a plutôt été enclenchée – semble-t-il – par un acteur extérieur au marché – le commissariat à la protection de la vie privée du Canada, à la suite d'une plainte. Enfin, une modification récente des paramètres de confidentialité – imposant la diffusion publique d'informations qui pouvaient antérieurement être privées et causant un nouveau « traumatisme » – donnera peut-être lieu à une intervention de la F.T.C. et/ou à une amélioration du site. Mais dans toutes ces hypothèses, le mal n'est-il pas déjà fait ? La récente publicité « forcée » de certaines informations implique leur possible partage avec les *applications* greffées sur Facebook et susceptibles d'être hébergées n'importe où dans le *nuage*, par n'importe qui... L'on ne sait plus revenir à l'état de fait antérieur. Cela rappelle que *techniquement*, la vie privée peut aisément perdre ce qu'elle avait gagné, cahin-caha, en protection, en raison d'une modification unilatérale du service offert – peut-être temporaire, mais potentiellement dévastatrice.

92. Le cadre juridique que le fournisseur de réseau social veut contraignant est contractuel. « Nous sommes ici dans un domaine où la volonté des particuliers règne en souveraine maîtresse »⁽⁵³⁶⁾ ; « [c]'est elle qui dit le droit »⁽⁵³⁷⁾. En pratique, même si tel ne devrait pas être le cas, il y aura presque toujours une partie se trouvant dans une condition économique plus forte, « et qui *fait la loi du contrat* »⁽⁵³⁸⁾. Ce qui s'est logiquement vérifié dans le contexte des réseaux sociaux où des contrats d'adhésion sont offerts. Même si « [l]es condi-

(533) Les conditions d'utilisation peuvent se ressembler d'un réseau social à l'autre, v. à ce sujet R.A. HILLMAN et J.J. RACHLINSKI, *op. cit.*, pp. 10-11. Les auteurs soulignent par ailleurs que « [l]ess-experienced businesses simply copy their senior counterparties » ; ce que Twitter a illustré à son origine, précisant à la fin de ses conditions d'utilisation : « *These terms of service were inspired, with permission, by Flickr* ». L'étude précitée, KnowPrivacy, évoque au sujet des politiques de confidentialité que « *there is not enough market differentiation for users to make informed choices [...] Because they are all equally poor, users have no viable alternatives. This is a market failure* » (nous soulignons), KnowPrivacy, *op. cit.*, pp. 11-12. L'étude rappelle quant au « *third-party tracking* » (via *cookies* et *JavaScript web bugs*) que « *[t]his is a case of market failure, as users have no options to protect their privacy* » (p. 31).

(534) Pour les raisons évoquées à la note n° 529, M.V. Eisenberg soutient que « *that will not occur, because most form takers* [(ici, les utilisateurs du réseau social)] *will find it irrational to engage in search and deliberation on any given form* », M.V. EISENBERG, *op. cit.*, pp. 244-245. Toutefois, les associations de défense des consommateurs et de droits et libertés fondamentales peuvent ici jouer un rôle fondamental.

(535) V. *supra* n° 67 et note de bas de page n° 351.

(536) A. COLIN et H. CAPITANT, avec le concours de J. DE LA MORANDIÈRE, *Cours élémentaires de droit civil français*, t. 2, Paris, Dalloz, 1935, p. 9.

(537) *Ibid.*

(538) *Ibid.*, p. 10.

tions générales ne portent pas par essence le stigmate de la supériorité économique de leur auteur comme semble le laisser supposer une vue intellectualiste des faits»⁽⁵³⁹⁾, force est de constater qu'en l'espèce, elles exprimeraient en tout cas une autre forme de supériorité⁽⁵⁴⁰⁾. D'une part, comme le relève S.O. Kerr, «TOS [*Terms of Service*] are written extremely broadly to give providers a right to cancel accounts and not face any liability» (nous soulignons)⁽⁵⁴¹⁾. L'assertion de l'auteur condense deux problèmes évoqués : une information perfectible de l'internaute et un souci de limiter «l'emprise» de ce dernier sur le prestataire du service, le cas échéant en réduisant contractuellement ses droits issus du droit commun. D'autre part, nous y lirions aussi l'expression contractuelle d'une supériorité *technique* – d'ailleurs renforcée par l'utilisation d'une technologie du *cloud computing* : le prestataire semble vouloir que son service puisse évoluer facilement et que ses «droits d'administrateur» reçoivent contractuellement le plus d'effectivité juridique possible⁽⁵⁴²⁾. Or le droit des contrats permet, certes de manière limitée, la sujétion par adhésion à des clauses de limitation de responsabilité⁽⁵⁴³⁾, de modification unilatérale⁽⁵⁴⁴⁾ ou de résolution unilatérale⁽⁵⁴⁵⁾, et le droit international privé permet en principe que les parties – en pratique ici, une partie – choisissent ce droit et le juge de son application.

Ces «mécanismes» contractuels, naissant entre parties par le «mécanisme» automatique de formation du contrat déclenché par le *geste* d'inscription de l'internaute sur le réseau social, nous paraissent *inadéquats* – faute d'avoir poussé l'étude plus loin – lorsqu'il est contracté pour *contracter* un droit et/ou une liberté fondamentaux – vie privée et protection des données étant

⁽⁵³⁹⁾ «Le cocontractant n'est pas toujours un esclave enchaîné; il est le client dont on a coutume de dire qu'il est roi. S'agissant de marchés importants, il discute les conditions générales et s'il ne les discute pas, lorsqu'il s'agit de marchés moins importants, c'est parfois parce que c'est pour lui une solution de facilité», I. MOREAU-MARGRÈVE, *op. cit.*, p. 308.

⁽⁵⁴⁰⁾ Le propos, à ce sujet, ne vise pas un fournisseur de réseau social en particulier et se détache des cas étudiés pour en embrasser également de potentiels autres.

⁽⁵⁴¹⁾ S.O. KERR, «Vagueness Challenges to the Computer Fraud and Abuse Act», à paraître dans la *Minnesota L. Rev.*

⁽⁵⁴²⁾ Les clauses, selon nous, les plus révélatrices à ce propos, sont les clauses de modification des conditions d'utilisation et de la politique de confidentialité.

⁽⁵⁴³⁾ V. par ex. à ce sujet, E. MONTERO, «Les clauses limitatives ou exonératoires de responsabilité – Rapport belge», in *Les sanctions de l'inexécution des obligations contractuelles – Études de droit comparé*, M. FONTAINE et G. VINEY (sous la dir. de), Bruxelles, Paris, Bruylant, L.G.D.J., 2001, pp. 404-405.

⁽⁵⁴⁴⁾ V. par ex. à ce sujet, C. DELFORGE, «La modification unilatérale du contrat», in *La volonté unilatérale dans le contrat*, P. VAN OMME-SLAGHE (sous la présid. de) et J.-F. GERMAIN (sous la coord. de), Bruxelles, Éditions du jeune barreau de Bruxelles, 2008, pp. 146-148.

⁽⁵⁴⁵⁾ Notons que la faculté de résoudre unilatéralement une convention est en tout cas de plein droit lorsque sont en cause des contrats à durée indéterminée, comme dans le contexte des réseaux sociaux. V. par ex. à ce sujet P. WÉRY, «L'acte unilatéral destiné à mettre fin à une convention en l'absence de faute de l'autre partie», in *La volonté unilatérale dans le contrat*, *op. cit.*, p. 306.

particulièrement concernées⁽⁵⁴⁶⁾ –, et ce, dès l'origine. Là, on ne peut se satisfaire d'un consentement global présumé; si la volonté déclarée n'est pas réelle, elle doit au moins en avoir indubitablement toutes les apparences.

93. Il appartient alors au législateur – et à la jurisprudence⁽⁵⁴⁷⁾ –, si cela est *politiquement* souhaitable – et cela l'est lorsqu'il est question de droits et libertés fondamentaux –, d'intervenir pour «rétablir l'équilibre»⁽⁵⁴⁸⁾ entre les parties, et d'éviter un assujettissement abusif, fondé sur des apparences de réalité.

Avec une «meilleure information», on rend le «consentement plus libre et plus conscient» et «on continue de faire confiance à l'accord des volontés»⁽⁵⁴⁹⁾, même s'il ne faut pas perdre de vue le phénomène de «*rational ignorance*» précité⁽⁵⁵⁰⁾. Le *consommateur profane, personne concernée et destinataire d'un service de la société de l'information* a droit à un contenu informationnel précontractuel précis et de qualité, reposant sur la L.P.C., la L.S.S.I., la L.V.P. et le droit commun⁽⁵⁵¹⁾. Aux États-Unis, nos recherches limitées ne nous ont pas permis d'identifier un devoir particulier d'information, si ce n'est en vertu de la doctrine de *l'unconscionability* et des *Safe Harbor Principles*. Par ailleurs, au stade de l'exécution du contrat, les règles d'interprétation des conventions peuvent aussi offrir une certaine protection, qu'il s'agisse d'un *consommateur*⁽⁵⁵²⁾, ou de tout *cocontractant* en vertu de l'article 1162 du Code civil.⁽⁵⁵³⁾ Aux États-Unis, la «*contra proferentum rule*» peut être mentionnée à ce sujet⁽⁵⁵⁴⁾.

De manière plus profonde, le législateur *limite* la liberté contractuelle, mais uniquement si des raisons supérieures le conduisent à adopter des règles impératives⁽⁵⁵⁵⁾. En ce sens, en droits belge et communautaire, le *consommateur* est directement protégé par la L.P.C. et la directive 93/13 contre les clauses

(546) La liberté d'expression peut par exemple également être en cause quant à la prohibition de certains comportements «sur le réseau».

(547) Elle joue également un rôle quant à la protection de la «partie faible», notamment via une «conception élargie des vices du consentement», «l'obligation précontractuelle de renseignement» et la subordination de la force obligatoire des conditions générales aux conditions exposées précédemment, E. MONTERO et M. DEMOULIN, «La formation du contrat depuis le Code civil de 1804: un régime en mouvement sous une lettre figée», in *Le droit des obligations contractuelles et le bicentenaire du Code civil*, P. WÉRY (sous la dir. de), Bruxelles, La Charte, 2004, pp. 94-100.

(548) A. COLIN et H. CAPITANT, *op. cit.*, pp. 10-11.

(549) J. GHESTIN, *op. cit.*, p. 77.

(550) M.V. EISENBERG, *op. cit.*, pp. 220 et s.

(551) V. *supra* n^{os} 18 et s.

(552) Selon l'article 31, § 4, al. 2 de la L.P.C., «en cas de doute sur le sens d'une clause, l'interprétation la plus favorable au consommateur prévaut». V. à l'avenir l'article 40, § 2 de la L.P.M.P.C.

(553) Selon cette disposition: «Dans le doute, la convention s'interprète contre celui qui a stipulé, et en faveur de celui qui a contracté l'obligation».

(554) Il s'agit d'interpréter le contrat d'adhésion contre son rédacteur et en faveur de la partie plus faible, si ce contrat est susceptible d'être interprété de façons différentes, v. L.E. TRAKMAN, *op. cit.*, pp. 12 et 65.

(555) A. COLIN et H. CAPITANT, *op. cit.*

abusives⁽⁵⁵⁶⁾; elles sont nulles⁽⁵⁵⁷⁾ d'office⁽⁵⁵⁸⁾. Et si les clauses contractuelles ne sont pas claires et compréhensibles, l'appréciation du caractère abusif de celles-ci pourra même porter sur «la définition de l'objet principal du contrat⁽⁵⁵⁹⁾». En droit international privé, l'autonomie des volontés est limitée⁽⁵⁶⁰⁾. Aux États-Unis, la doctrine de l'*unconscionability*, essentiellement, pourra-t-elle aussi parfois être invoquée avec succès⁽⁵⁶¹⁾, bien que, d'une part, celle-ci constitue un «*hard standard to meet*»⁽⁵⁶²⁾ – «*it fails to protect consumers in scenarios where there is no semblance of assent to certain contract terms which, though unfair, do not "shock the conscience"*», et que, d'autre part, elle puisse être considérée comme moins protectrice que la directive 93/13⁽⁵⁶³⁾. Les approches américaine et européenne en la matière divergent; «*[t]he United States has a market-based approach to substantive rules of contract diametrically opposed to the mandatory consumer regime found in Europe*»⁽⁵⁶⁴⁾. Même si W.R. Barnes voit dans R.S.C. § 211(3) «*a new tool [...] to protect consumers' interests*»⁽⁵⁶⁵⁾ avec lequel le juge américain pourrait souplement apprécier les attentes raisonnables des individus.

Enfin, en matière de protection contre les traitements de données à caractère personnel, la L.V.P. – la directive 95/46 en droit communautaire – contribue au rééquilibrage de pouvoirs entre l'internaute *personne concernée* et le fournisseur du réseau social *responsable de traitement*. La *personne concernée* bénéficie de droits spécifiques, comme les droits d'accès et de rectification⁽⁵⁶⁶⁾. Ce sont les *Safe Harbor Principles* qui, aux États-Unis, lorsque le fournisseur du réseau social y a adhéré, jouent ce rôle quant aux données à caractère personnel provenant d'Europe. Le contrat pourrait également jouer un rôle protecteur particulier outre-Atlantique⁽⁵⁶⁷⁾, d'où l'intérêt de reconnaître une portée

(556) Chapitre V, section 2 de la L.P.C. et à l'avenir, Chapitre 3, section 6 de la L.P.M.P.C.

(557) Article 33, § 1^{er} de la L.P.C. V. à l'avenir l'article 75 de la L.P.M.P.C.

(558) V. à ce sujet, en droit communautaire, J.-P. MOINY et B. DE GROOTE, *op. cit.*, p. 12, note de bas de page n° 51. Pour une illustration de cette règle en droit belge, v. Liège, 6 février 2006, *J.L.M.B.*, 2008, pp. 92-93, et note de C. DELFORGE.

(559) Elle pourra également porter sur «l'adéquation entre le prix et la rémunération, d'une part, et les produits ou services à fournir en contrepartie, d'autre part», article 31, § 3, alinéa 2, de la L.P.C. V. également l'article 73, alinéa 3 de la L.P.M.P.C. L'article 73, alinéa 2 de la L.P.M.P.C. prévoit par ailleurs que pour «l'appréciation du caractère abusif, il est également tenu compte de l'exigence de clarté et de compréhension visée» à son article 40, § 1^{er} (article 31, § 4, alinéa 1^{er} de la L.P.C.).

(560) V. *supra* n° 6.

(561) Ainsi, parmi la jurisprudence américaine analysée, des clauses d'arbitrage ont été jugées *unconscionable* dans les cas *Comb v. Paypal* et *Bragg v. Linden Research*.

(562) J.R. MAXEINER, *op. cit.*, p. 121.

(563) V. en ce sens R.L. OAKLEY, *op. cit.*, p. 1041.

(564) M.L. RUSTAD et T.F. LAMBERT, «Circles of E-Consumer Trust: Old E-America v. New E-Europe», *Michigan State Journal of International Law*, vol. 16, 2007, p. 589.

(565) W.R. BARNES, *op. cit.* p. 227.

(566) V. articles 10 et 11 de la L.V.P.

(567) Le contrat pourrait avoir un rôle protecteur en matière de vie privée, v. J.D. LIPTON, «“We, the Paparazzi”: Developing a Privacy Paradigm for Digital Video», 2009 (à paraître dans la *Iowa*

contractuelle à une *privacy policy*. Cela présenterait également un intérêt entre utilisateurs; les membres d'un réseau social ne *stipuleraient*-ils pas les uns en faveur des autres au travers des conditions d'utilisation, ou encore des divers codes de conduite ou *guidelines* auxquels ils sont réputés consentir⁽⁵⁶⁸⁾? Auquel cas les termes de ces conditions et tous codes de conduite y incorporés constitueraient un ensemble de droits et obligations contractuels que chaque membre du réseau social aurait vis-à-vis des autres⁽⁵⁶⁹⁾. L'on pourrait aussi imaginer qu'une possibilité soit offerte aux utilisateurs d'opposer aux personnes consultant leurs profils une convention délimitant l'usage autorisé des données consultées.

94. Bref, si le processus de formation du contrat permet le «*blanket, take-it-or-leave-it assent*»⁽⁵⁷⁰⁾ de la part de l'internaute dans le contexte des réseaux sociaux, l'importance à accorder à la protection de ce dernier, à de multiples titres – personne concernée, consommateur, destinataire d'un service de la société de l'information, profane et adhérent⁽⁵⁷¹⁾ – et à différents niveaux – formation, validité et exécution du contrat –, en est d'autant plus grande, sans toutefois pouvoir conduire à sa déresponsabilisation totale.

L. Rev.), disponible sur <http://www.ssrn.com>, pp. 14-18, où l'auteure souligne les limites d'une telle approche.

⁽⁵⁶⁸⁾ Des stipulations pour autrui peuvent exister dans ces documents. Sur YouTube (v. note de bas de page n° 341), les conditions d'utilisation prévoient que l'utilisateur stipule, en faveur des autres, une licence limitée d'exploitation de ses données. Si tous les utilisateurs ne peuvent pas être considérés comme partie à un même contrat qui serait constitué des conditions d'utilisation, de telles stipulations sont nécessaires, en droit belge, afin qu'ils en retirent des droits (v. par ex. Cass., 14 février 1980, *Pas.*, 1980, I, pp. 692 et s.), sans quoi jouerait la relativité des conventions. Il s'agira de rechercher dans ces conditions si l'utilisateur du réseau social et le fournisseur de ce dernier ont eu la volonté certaine de créer un droit direct au profit d'un tiers (v. par ex. Liège, 5 janvier 1996, *J.L.M.B.*, 1996, p. 518, et Mons, 20 janvier 2002, *R.G.D.C.*, 2007, p. 218, et obs. de N. CARETTE, p. 222). Si la recherche d'une telle intention n'est pas nécessairement évidente, des difficultés risquent aussi de se poser quant à la question de savoir si les «autres utilisateurs» constituent un «tiers déterminable» (v. par ex. Gand, 8 octobre 2003, *R.D.C.*, 2005, p. 43). Les conditions d'utilisation excluent parfois explicitement la possibilité que des «tiers» retirent des droits de la convention qu'elles constituent (par ex. dans le cas de Facebook). La question suivante se poserait alors avec plus d'acuité: quelles sont les parties à quelle(s) relation(s) contractuelle(s)?

⁽⁵⁶⁹⁾ Cette question se pose aussi aux États-Unis, v. J. FAIRFIELD, *op. cit.*, pp. 448-454 (*Horizontal Rights in Virtual Worlds: The Serial-Negotiation Problem*).

⁽⁵⁷⁰⁾ L'expression est empruntée à M.A. LEMLEY, *op. cit.*, p. 466.

⁽⁵⁷¹⁾ S. GUILLEMARD, *op. cit.*, en particulier pp. 44-61.