CCA 38

COMMISSION DES CLAUSES ABUSIVES

AVIS SUR LES CONDITIONS GENERALES DES SITES DE RESEAUX SOCIAUX

Bruxelles, le 16 décembre 2015

Table de matières

Introduction (p. 4-5)

Chapitre 1er. Applicabilité des règles impératives belges en matière de clauses abusives à la relation entre les sites de réseaux sociaux et les consommateurs belges (p. 6-10)

1. Application des règles belges de protection du consommateur

2. Contrat entre une entreprise et un consommateur

Chapitre 2. Rapport entre la législation vie privée et la législation sur les clauses abusives (p. 11-19)

1. La législation vie privée n'exclut pas l'application des dispositions sur les clauses abusives.

2. Les clauses contractuelles qui ignorent la législation vie privée sont abusives.
3. Les clauses concernant l'objet et le prix ne peuvent jamais se rapporter à quelque chose d' « illégal ».

Chapitre 3. Examen des conditions d'utilisation (p. 20-53)

§ 1. Les exigences de clarté et d'intelligibilité dans le chef du consommateur : « informed consent » (p. 20-29)

Section 1ère. Contexte juridique

Section 2. Application de ces principes aux sites de réseaux sociaux

I. Clauses d'information et d'acceptation

II. Langue dans laquelle les informations sont fournies

III. Transparence en tant que condition de consentement valable sur l'objet du contrat et le prix – caractère "gratuit"–

IV. Transparence sur les conditions du contrat

§ 2. Clauses sur le consentement en rapport avec l'utilisation de données personnelles et de données protégées par le droit d'auteur (p. 29-33)

A. Clauses sur le consentement pour le traitement et l'utilisation de données à caractère personnel

B. Clauses relatives à l'utilisation de données protégées par le droit d'auteur

§ 3. Modification unilatérale des caractéristiques du service, des conditions, et droit à la résiliation unilatérale (p. 33-38)

A. Modification unilatérale du service

B. Modification unilatérale des conditions

C. Droit unilatéral de mettre fin au service

D. Fin de la relation contractuelle et suppression des données personnelles

§ 4. Limitations de responsabilité et clauses d'exonération de garantie (p. 38-48)

A. Transparence des clauses d'exonération : formulation claire et énumération spécifique des cas où la responsabilité est limitée

B. Analyse du contenu des différentes clauses d'exonération

I. Exclusion de responsabilité pour une des prestations principales/ faute lourde

II. Limitation de l'indemnisation

C. Clauses de garantie

§ 5. Compétence judiciaire– Clauses de règlement des litiges (p. 48-52)

A. Clauses relatives au juge compétent

B. Arbitrage obligatoire

C. Clause de renonciation à la participation à une action collective

§ 6. Droit applicable (p. 52-53)

Recommandations de la Commission des clauses abusives (p. 54-59)

Avis sur les conditions générales des sites de réseaux sociaux

Introduction

Par lettre du 6 mars 2015, les organisations de consommateurs représentées au sein de la Commission des clauses abusives ont demandé à la Commission de rendre un avis sur les conditions d'utilisation et les conditions générales qui s'appliquent dans la relation entre les utilisateurs et les sites de réseaux sociaux. Cet avis a été réalisé après avoir entendu la Commission de la protection de la vie privée (la Commission vie privée) sur cette problématique

Pour la préparation de cet avis, la Commission des clauses abusives a pu faire appel à une étude préparatoire exécutée pour le compte de la Commission vie privée, qui a été exécutée par l'ICRI/CIR (Interdisciplinair Centrum voor Recht en ICT en het Centrum voor Intellectuele Rechten, www.icri.be) et le département "Studies on Media, Information and Telecommunication » (iMinds-SMIT, site internet www.smit.vub.ac.be) de la Vrije Universiteit Brussel (VUB), et par le « Department of Computer Security and Industrial Cryptography (COSIC) » de la Katholieke Universiteit Leuven. Les résultats de cette étude sont publiés dans le projet de rapport du 31 mars 2015 intitulé « From social media service to advertising network, A critical analysis of Facebook's Revised Policies and Terms » (ci-après « Projet de rapport Facebook ») et peuvent être consultés sur le site internet des instances concernées (https://www.law.kuleuven.be/icri/en/news/item/icri-cir-advises-belgian-privacy-commission-in-facebook-investigation).

La Commission des clauses abusives renvoie enfin également à la recommandation n° 2014-02 relative aux contrats proposés par les fournisseurs de services de réseaux sociaux émise par la 'Commission des clauses abusives' française, à consulter sur le site internet de la Commission française des clauses abusives http://www.clauses-abusives.fr/recom/index.htm).

Les sites de réseaux sociaux peuvent être décrits comme un service internet permettant aux utilisateurs de créer et de maintenir un réseau social. Généralement, cela se fait en établissant un profil en ligne que les utilisateurs peuvent ensuite relier aux profils des autres. La majorité des sites de réseaux sociaux sont utilisés pour partager avec d'autres, par exemple, des expériences personnelles, opinions, nouvelles et autres informations. En outre, il existe également des sites de réseaux sociaux axés sur un thème déterminé. Les sites de réseaux sociaux 'traditionnels' concernent généralement des affiliations ouvertes : toute personne qui le souhaite peut devenir membre.

Le prestataire qui met à la disposition d'utilisateurs un site de réseau social leur fournit, avant tout, la possibilité de stocker et de gérer leurs profils et contenus. Ensuite, la prestation consiste à donner la possibilité de partager ces informations avec des autres utilisateurs du site de réseau social. Il s'agit en outre d'un service à distance, plus particulièrement des services de communication et de gestion des profils au-delà du simple stockage de données. Enfin, les sites de réseaux sociaux ajoutent certaines applications ou encore des liens qui débouchent sur différents sites de réseaux sociaux. Comme nous le

verrons également ci-après, les données mises à disposition par l'utilisateur sont alors utilisées par le prestataire à des fins de publicité ciblée.

D'un point de vue juridico-technique, les sites de réseaux sociaux sont considérés comme une forme de « cloud computing » : l'utilisateur peut se servir d'un software (l' « interface » mise à disposition par le site de réseau social) aux fins du site de réseau social décrites ci-dessus, sans qu'il doive l'installer sur son propre appareil (« Software as a service »)[1].

Etant donné que l'activité du site de réseau social consiste dans le stockage de l'information mise à disposition par le client, le site de réseau social agit en outre comme « host provider » et est responsable à son égard en tant qu'intermédiaire au sens de l'article 14 de la directive 2000/31/CE sur le commerce électronique[2], disposition qu'on retrouve en droit belge, dans l'article XII.19 du Code de droit économique.

La Commission des clauses abusives s'est limitée à examiner les sites de réseaux sociaux traditionnels les plus populaires en Belgique[3]. Comme abordé également dans le chapitre 1, seuls ont été examinés les sites de réseaux sociaux où l'utilisateur peut être qualifié de consommateur[4]. Ce n'est que si l'utilisation se fait à des fins privées et non à des fins professionnelles, comme par exemple la création et la maintenance d'un réseau professionnel, que les règles de protection des consommateurs en matière de clauses abusives sont d'application, comme c'est précisé plus loin.

Avant de discuter plus en détail des clauses ou combinaisons de clauses rencontrées à la lumière de la législation sur les clauses abusives, on vérifiera d'abord, dans un *premier chapitre*, si :

(1) le droit belge peut s'appliquer à la relation sous-jacente, et si

(2) les règles en matière de clauses abusives s'appliquent à la relation sous-jacente

Un *deuxième chapitre* étudie la relation entre la législation relative au respect de la vie privée et les règles de protection du consommateur en matière de clauses abusives.

Le *troisième chapitre* contient l'analyse proprement dite du contenu des clauses rencontrées.

---

[1] Voir à ce sujet J. CLINCK, « Cloud computing-overeenkomsten en de aansprakelijkheid van cloud service providers : consument in de wolken ? » dans INSTITUUT VOOR BEDRIJFJURISTEN (ed), *Cah.Jur.,*2014/4, (101-117), 101-105;J.Ph.MOINY, "Internet et les réseaux sociaux", dans Cécile de TERWAGNE (ed), *Vie privée et données à caractère personnel,* Bruxelles, Politeia, feuillets mobiles, Chapitre 7.1.,p.1-14.

[2] Directive 2000/31/CE 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 (« directive sur le commerce électronique »), *JOCE,* n°L 178 du 17/07/2000, p.0001-0016.

[3] voir notamment : Facebook, Google+, Twitter, Instagram.

[4] C'est pourquoi Linkedin n'a pas été examiné, vu que le public cible est constitué majoritairement d'utilisateurs professionnels.

Chapitre Ier. Applicabilité des règles impératives belges en matière de clauses abusives à la relation entre les sites de réseaux sociaux et les consommateurs belges

L'appréciation des conditions d'utilisation des prestataires en matière de sites de réseaux sociaux au regard des règles impératives belges relatives aux clauses abusives peut se faire pour autant que :

1) Le droit belge soit d'application ;
2) Les conditions d'utilisation en question concernent un contrat entre une entreprise et un consommateur.

1. Application des règles belges de protection du consommateur

L'appréciation de la légalité des clauses examinées au regard de la législation belge sur les clauses abusives peut se faire uniquement si cette législation est d'application.

Pour le déterminer, il faut tenir compte de deux dispositions différentes :

1) l'article VI.84 §2 CDE contenant l'interdiction de clauses de choix de loi spécifique (transposition directive clauses abusives)[5] et

2) l'article 6 du Règlement Rome I[6].

Chaque disposition est examinée ci-après.

1. Article VI.84 §2 CDE

L'article VI.84 §2 CDE concerne l'hypothèse où les parties choisissent l'application de la loi d'un pays tiers qui n'est pas membre de l'UE. En ce qui concerne les conditions examinées, il faut constater qu'il est, la plupart du temps, expressément stipulé que les litiges entre le prestataire du site de réseau social et le consommateur (belge) sont traités par la loi d'un autre pays que la Belgique (généralement, le droit de l'Etat américain de Californie).

L'article VI.84 §2 CDE implique que, lors du choix de la loi d'un pays tiers, il faut vérifier si la protection offerte par le droit choisi est plus limitée que celle qui serait offerte par le droit d'application en l'absence de clause de choix de loi. Dans ce cas, la clause de choix de loi doit être réputée non écrite. En d'autres mots, si la protection offerte par le droit belge sur le plan des clauses abusives est plus grande que celle offerte par le droit d'un autre état et si, en cas d'application du Règlement Rome I, il faut avoir

[5] Ci-après CDE.
[6] Règlement (CE) 593/2008 du Parlement européen et du Conseil du 17 juin 2008 sur la loi applicable aux obligations contractuelles (Rome I), *JOCE ,* L 177/6, 4 juillet 2008.

recours au droit belge (voir plus loin), il faudra alors faire abstraction de la clause de choix de loi et le droit belge sera d'application.

La question se pose ici de savoir comment déterminer si le droit belge offre ou pas une plus grande protection que le droit d'un autre état, et plus précisément, comment vérifier si le droit d'un autre état offre dans l'ensemble une protection plus large que le droit belge et s'il faut procéder à l'examen par type ou catégorie de clause (p.ex. les clauses de compétence).
Etant donné que déterminer quel droit prévoit dans l'ensemble une plus grande protection en matière de clauses abusives n'est pas chose évidente, on peut argumenter qu'il faut le faire par type ou catégorie de clauses[7].

Dans le cadre de la discussion sur l'article VI.84 §2 CDE, il est important de souligner que l'article 6.2 de la directive clauses abusives que l'article VI.84 §2 CDE vise à transposer, est formulé autrement. Plus concrètement, la directive Clauses abusives énonce que les États membres prennent les mesures nécessaires pour que le consommateur ne soit pas privé de la protection accordée par la présente directive du fait du choix du droit d'un pays tiers comme droit applicable au contrat, *lorsque le contrat présente un lien étroit avec le territoire des États membres.* On peut argumenter que dans la relation entre le site de réseau social qui déclare un autre droit d'application (p.ex. le droit californien) et le consommateur, il existe un lien étroit avec la Belgique si le consommateur a sa résidence habituelle en Belgique (ci-après nommé « consommateur belge ») et qu'il consulte et utilise généralement le site de réseau social à partir de cet emplacement. La différence avec l'article VI.84 §2 CDE réside dans le fait que, lors de l'application de la directive Clauses abusives, il ne faut plus vérifier si la législation d'un autre état offre ou pas une plus grande protection que le droit belge.

2. Article 6 – Règlement Rome I

L'article 6 du Règlement Rome I détermine quel est le droit d'application pour les engagements résultant d'un contrat entre une entreprise et un consommateur. Il découle de cet article qu'en cas d'absence de clause de choix de loi, c'est la loi du pays où le consommateur a sa résidence habituelle qui est d'application. Si la loi d'un autre pays que le pays où le consommateur a sa résidence habituelle a été choisie, ce choix ne peut pas porter préjudice à l'application des dispositions impératives qui se trouvent dans la loi du pays où le consommateur a sa résidence habituelle. Pour que cette règle particulière de conflit de loi soit d'application, il est néanmoins exigé que l'entreprise exerce ses activités dans le pays du consommateur ou, par tout moyen, dirige ses activités vers le pays du consommateur (et que le contrat tombe sous ces activités). Pour ce qui est des contrats conclus via internet (comme c'est le cas pour les sites de réseaux sociaux examinés), il faut donc vérifier si l'entreprise dirige ou non ses activités vers le pays du consommateur.

[7] R.STEENNOT, « Grensoverschrijdende consumentenovereenkomsten : welke wet beheerst het contract ? », dans *Nieuw Internationaal Privaatrecht : meer Europees, meer globaal,* Mechelen, Kluwer, 2009, 361.

En la matière, il est utile de rappeler la jurisprudence de la Cour de Justice dans les affaires jointes Pammer et Alpenhof[8]. Dans ces affaires, la Cour a jugé qu'une entreprise dirige ses activités vers le pays du consommateur lorsqu'avant de conclure le contrat avec ce consommateur, l'entreprise a déjà l'intention de conclure des contrats avec les consommateurs de ce pays. Une telle intention peut être expressément mentionnée mais peut aussi ressortir implicitement des circonstances. Toute expression manifeste de la volonté de démarcher les consommateurs de cet état membre relève des indices permettant de déterminer si une activité « est dirigée » vers l'état membre sur le territoire duquel le consommateur a son domicile[9]. Cela peut apparaître clairement mais peut aussi ressortir d'un certain nombre d'indices, éventuellement combinés les uns aux autres. La Cour en cite quelques-uns dans l'arrêt[10] : la nature internationale de l'activité, la mention de coordonnées téléphoniques avec l'indication du préfixe international, l'utilisation d'un nom de domaine de premier niveau autre que celui de l'État membre où le commerçant est établi, par exemple «.be» ou encore l'utilisation de noms de domaine de premier niveau neutres tels que «.com» ou «.eu», la mention d'une clientèle internationale composée de clients domiciliés dans différents États membres, la langue ou la monnaie utilisée.

En ce qui concerne les sites de réseaux sociaux examinés, différents éléments démontrent une volonté manifeste des prestataires concernés de se diriger vers les consommateurs belges : par exemple, l'utilisation de la langue néerlandaise, française ou allemande, l'utilisation de l'extension .be ou le fait que l'utilisateur qui tape le nom de domaine « .be » est conduit à la page web avec l'extension « .com » sur laquelle, dans certains cas, il est accueilli immédiatement en néerlandais, français ou allemand.

La règle particulière de conflit de loi concernant les contrats de consommation peut toutefois ne pas s'appliquer en ce qui concerne les contrats de fourniture de services, lorsque les services dus au consommateur doivent être fournis *exclusivement* dans un pays autre que celui dans lequel il a sa résidence habituelle (art.6.4. Rome I). L'application de cette exception pose des questions particulières lorsqu'un consommateur conclut, via Internet, un contrat relatif à la fourniture on-line d'un service. La littérature admet que cette exclusion du champ d'application de la règle particulière de conflit de loi ne peut pas être utilisée pour les services qui sont fournis via Internet[11] de sorte qu'elle ne peut pas entraver l'application de la règle particulière de conflit de loi pour les contrats conclus entre un site de réseau social et un consommateur.

<u>Conclusion intermédiaire</u>

Dans les cas où les sites de réseaux sociaux déclarent d'application un autre droit que le droit belge (comme le droit de l'Etat américain de Californie), l'article VI.84 §2 CDE et l'article 6 du Règlement Rome I développent que les consommateurs belges peuvent avoir recours au droit d'un autre pays (comme le

---

[8] C.J. 7 décembre 2010, C-585/08 et C-144/09, *Pammer c.Schlüter et Alpenhof c.Heller*

[9] Voir point 80 arrêt Pammer et Alpenhof

[10] Voir points 83 et 84

[11] Voir p.ex. A. LOPEZ-TARRUELLA MARTINEZ, "International consumer contracts in the new Rome I Regulation: how much does the regulation change?", *REDC* 2007-2008, 357; P. MANKOWSKI, "Das Internet im Internationale Vertrags- und Deliktrecht", *RabelsZ.* 1999, 254-255; REITHMANN&MARTINY, *Internationales Vertragsrecht* Köl, 2010, OVS, 1267.

droit de l'Etat américain de Californie), si le droit d'un autre état offre au consommateur une plus grande protection que le droit belge.

Comme tous les sites de réseaux sociaux examinés dirigent leurs activités vers des consommateurs qui ont leur domicile habituel en Belgique, ces consommateurs belges peuvent toujours se prévaloir des lois belges en matière de clauses abusives si elles leur offrent une plus grande protection.

La Commission des clauses abusives est donc certainement compétente pour évaluer les conditions d'utilisation à la lumière des dispositions belges relatives aux clauses abusives.

2. Contrat entre une entreprise et un consommateur

Les dispositions en matière de clauses abusives telles que reprises à l'art.VI.82 e.s. CDE qui transposent la directive (minimale) 1993/13/CEE du Conseil du 5 avril 1993 concernant les clauses abusives dans les contrats conclus avec les consommateurs (ci-après la « directive Clauses abusives) s'appliquent dès qu'il est question de clauses (en ce qui concerne la directive, clauses non négociées) dans les contrats (1) conclus entre une entreprise/vendeur (2) et un consommateur(3).

(1) contrat

Il est question d'un contrat s'il y a consentement pour s'engager à fournir des prestations. En ce qui concerne les sites de réseaux sociaux, le consommateur accepte l'offre du prestataire en rapport avec la fourniture de services internet bien précis qui permettent au consommateur de créer et d'entretenir un réseau social ainsi que d'échanger des informations avec d'autres. Suite à l'acceptation de cette offre, il y a consentement sur les engagements tels que repris par le prestataire dans son offre (affiliation).

(2) entreprise ou vendeur

Les dispositions du Code de droit économique en matière de clauses abusives concernent les relations entre l'entreprise et le consommateur. La directive Clauses abusives renvoie à la notion de vendeur à la place de la notion d'entreprise.

Le prestataire du service en matière de sites de réseaux sociaux répond à chacune de ces notions. Il est une entreprise au sens de l'art. I.1,1° CDE. Généralement, le prestataire est une personne qui poursuit de manière durable un but économique. Le prestataire agit aussi en général dans le cadre d'une activité professionnelle et est donc vendeur dans le sens de la Directive Clauses abusives.

(3) consommateur

En vertu de l'art.I.2° CDE, un consommateur est : « *toute personne physique qui agit à des fins qui n'entrent pas dans le cadre de son activité commerciale, industrielle, artisanale ou libérale* ».

Dans de nombreux cas, l'utilisateur d'un site de réseau social décide d'adhérer au réseau social à des fins qui ne relèvent pas de son activité *commerciale, industrielle, artisanale ou libérale* ». Ce type d'utilisateur doit être qualifié de consommateur.

Il y a des utilisateurs qui adhèrent au réseau social à des fins promotionnelles (beaucoup d'entreprises ont un profil sur les sites de réseaux sociaux examinés). Il peut aussi s'agir d'un site de réseau social qui concerne l'entretien et l'élargissement d'un réseau professionnel (p.ex.LinkedIn). Dans chaque cas, ces sites de réseaux sociaux sont utilisés dans le cadre d'une activité professionnelle ou industrielle et les utilisateurs n'agissent pas comme consommateurs, à moins que la finalité professionnelle ne soit si limitée qu'elle n'est pas prédominante dans le contexte global du contrat[12].

Si les conditions susmentionnées sont remplies, le régime légal en matière de clauses abusives s'applique.

Le fait que le service soit offert « gratuitement » n'est pas important pour l'application des règles en matière de clauses abusives. Comme expliqué plus haut, pour le champ d'application, seule compte l'exigence qu'il s'agisse d'un contrat entre une entreprise (ou vendeur) et un consommateur. Le caractère onéreux ou pas du contrat n'est pas une condition d'application.

En outre, il est à signaler que les contrats examinés n'ont pas été conclus à titre gratuit mais à titre onéreux puisque chaque partie a l'obligation de fournir une prestation (donner ou faire quelque chose ou ne pas faire)[13].

La plupart des services de réseaux sociaux sont financés par la publicité, où les données personnelles de chaque utilisateur ont une valeur commerciale qui n'est pas à sous-estimer : ces données permettent au réseau social et aux entreprises qui ont conclu avec lui de diffuser de la publicité ciblée.[14]

Suite à la commercialisation des sites de réseaux sociaux par les prestataires de service ceux-ci négocient généralement le transfert et le droit d'utilisation, à leur avantage, du contenu que l'utilisateur place sur le site de réseau social.

L'utilisateur s'engage de cette manière à une prestation (c.-à-d. le transfert du droit d'utilisation du contenu).

Bien que le prestataire donne l'impression d'offrir un service gratuit à l'utilisateur, en réalité c'est un contrat à titre onéreux que le prestataire et l'utilisateur ont conclu.

---

[12] Voir e.a. le considérant n°17 de la directive 2011/83/UE du Parlement européen et du Conseil du 25 octobre 2011 relative aux droits des consommateurs, JOCE 20 novembre 2011 n°L 304/64

[13] Art.1106 C.C.

[14] Voir à ce sujet Jan CLINCK : « Cloud computing-overeenkomsten en de aansprakelijkheid van cloud service providers : consument in de wolken ? », dans *Cah.Jur.,* 2014/4, (101-117), p.105, n°13, avec références complémentaires dans la note de bas de page n° 44.

Chapitre 2 . Rapport entre la législation vie privée et la législation sur les clauses abusives

Plusieurs des clauses examinées dans les contrats entre les sites de réseaux sociaux et leurs utilisateurs concernent le traitement des données à caractère personnel.

Concernant ces clauses, il convient préalablement de remarquer qu'il faut voir comment la réglementation belge en matière de protection de la vie privée à l'égard du traitement des données à caractère personnel et la réglementation belge en matière de clauses abusives interagissent « ratione materiae ». Plus précisément, il s'agit de vérifier si elles s'appliquent cumulativement ou si l'application de la réglementation en matière de protection de la vie privée à l'égard des données à caractère personnel conduit à l'exclusion de l'application de la réglementation belge en matière de clauses abusives.

Les deux réglementations concernent la transposition de directives européennes. En ce qui concerne l'application des règles belges concernant la protection des personnes physiques à l'égard du traitement des données à caractère personnel, il est renvoyé à la Recommandation adoptée d'office du 13 mai 2015 concernant 1) Facebook, 2) les utilisateurs d'Internet et/ou de Facebook ainsi que 3) les utilisateurs et fournisseurs de services Facebook, en particulier les 'plugins' sociaux[15].

1. La législation vie privée n'exclut pas l'application des dispositions sur les clauses abusives.

Les règles belges en matière de protection des données à caractère personnel, telles que reprises dans la loi du 8 décembre 1992 relative à la protection de la vie privée à l'égard des traitements de données à caractère personnel (ci-après la Loi vie privée[16]), sont une transposition de la directive 95/46/CE du Parlement européen 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 (ci-après la « directive Vie privée »[17].

La loi belge Vie privée peut être d'application, comme cela ressort de la jurisprudence suivante.

[15] A consulter via le lien suivant: http://www.privacycommission.be/sites/privacycommission/files/documents/recommandation_04_2015.pdf
[16] MB 18 mars 1993
[17] J.O.C.E L 281 du 23.11.1995, p.31

La Commission des clauses abusives se réfère à cet égard aux considérants de l'arrêt "Google Spain" n° C-131/12 de la Cour de Justice de l'UE du 13 mai 2014 (Grande Chambre)[18] et l'ordonnance en référé du Président du Tribunal de Première Instance néerlandophone de Bruxelles du 9 novembre 2015[19].

Dans cet arrêt de la Grande Chambre de la Cour de Justice de l'Union européenne et dans l'ordonnance, il a été jugé ce qui suit en la matière.

L'article 4.1. de la directive 95/46/CE énonce que " Chaque État membre applique les dispositions nationales qu'il arrête en vertu de la présente directive aux traitements de données à caractère personnel lorsque :
a) le traitement est effectué dans le cadre des activités d'un établissement du responsable du traitement sur le territoire de l'État membre;
…"
La Cour de justice, suivie par le Président du Tribunal de Première Instance, a jugé à ce point de vue que la notion « d'établissement dans le cadre des activités de cette entreprise" doit être interprétée de manière large[20].

Il ne s'agit pas de savoir si le traitement de données à caractère personnel a effectivement lieu dans l'Etat membre concerné. En revanche, ce qui compte, c'est que les activités de l'entreprise et celles de l'établissement situé dans l'Etat membre concerné soient réellement liées à l'activité économique de l'entreprise. Si l'établissement concerné est destiné à assurer, dans cet État membre, la promotion et la vente des activités de l'entreprise, par exemple en offrant un soutien au site de réseau social sur le plan du marketing et de la vente d'espace publicitaire et de publicité en général, il s'agit déjà de traitement de données à caractère personnel dans le cadre d'activités d'un établissement du responsable du traitement sur le territoire de l'Etat membre . Dans ces circonstances, les activités de l'exploitant du moteur de recherche ou du réseau social et celles de l'établissement situé dans l'État membre concerné sont indissociablement liées dès lors que les activités relatives aux espaces publicitaires constituent le moyen pour rendre le site de réseau social économiquement rentable et que ce 'software' est, en même temps, le moyen permettant l'accomplissement de ces activités[21].

---

[18] Demande de décision préjudicielle introduite par Audiencia Nacional – Spanje inz. Google Spain SL, Google Inc./ Agencia de Protección de Datos (AEPD), Mario Costeja González, à consulter via le site internet de la Cour de Justice de l'Union européenn : http://www.curia.europa.eu), en particulier les points 45 à 61.
[19] Ce jugement peut être consulté via le site internet de la Commission vie privée : voir https://www.privacycommission.be/sites/privacycommission/files/documents/vonnis_fr.pdf, voir les pages 12 à 16, point 3.1. Droit national applicable.
[20] Voir point 53 de l'arrêt Google Spain, avec renvoi par analogie à l'arrêt L'Oreal e;a., C-324/09, UE:C:2011:474, points 62 et 63; p. 13, avant-dernier alinéa ordonnance du Tribunal de Première Instance.
[21] Voir les points 54 et 56 de l'arrêt Google Spain; voir les pages 13 à 15 de l'ordonnance du Président du Tribunal de première Instance, où le lobbying assuré par l'établissement de Facebook est également considéré comme indissociablement lié aux activités de l'exploitant du site de réseau social puisque celle-ci doit rentabiliser le service offert par le site de réseau social (p. 15 sous l'ordonnance).

La loi vie privée soumet le traitement automatisé des données à caractère personnel des personnes physiques à quelques prescriptions impératives concernant :

- les conditions de légitimité du traitement (traitements autorisés, qualité des données) ;
- les droits des personnes concernées ;
- la confidentialité et la sécurité du traitement ;
- la déclaration préalable et la publicité des traitements ;
- la transmission des données à caractère personnel à des pays hors Union européenne ;
- la Commission pour la protection de la vie privée ;
- l'organe de contrôle de la gestion de l'information policière ;
- les sanctions pénales.

Les dispositions de la loi Vie privée sont (sauf exceptions) d'application dès que les données à caractère personnel d'une personne physique sont traitées[22], qu'il existe ou non une relation contractuelle avec la personne physique concernée.

Lorsque les exigences en matière de protection du traitement des données à caractère personnel sont contractualisées, la loi Vie privée est prépondérante, compte tenu non seulement des prescriptions qui valent selon le droit général des obligations-contrats mais aussi des dispositions particulières sur les clauses abusives dans le cas de contrats entre entreprises et consommateurs, sauf si :

1) la législation sur le traitement des données à caractère personnel et la protection de la vie privée d'un individu déclarait hors de son champ d'application les dispositions sur les clauses abusives ;

2) la législation sur les clauses abusives déclarait hors de son champ d'application des dispositions contractuelles concernant le traitement de données à caractère personnel et la protection de la vie privée d'un individu ou

3) les diverses législations n'étaient pas cumulables en raison de leur nature.

La loi Vie privée ne contient aucune disposition spécifique en matière de clauses contractuelles (abusives) avec les intéressés sur le traitement des données à caractère personnel.

Les dispositions sur les clauses abusives du CDE n'excluent pas de leur champ d'application des dispositions contractuelles sur le traitement des données à caractère personnel.

---

[22] Art.3,§1er loi du 8 décembre 1992 : *« la présente loi s'applique à tout traitement de données à caractère personnel automatisé en tout ou en partie, ainsi qu'à tout traitement non automatisé de données à caractère personnel contenues ou appelées à figurer dans un fichier. »*

La nature de la loi Vie privée et celle des dispositions sur les clauses abusives dans les contrats conclus entre entreprises et consommateurs n'excluent pas non plus l'application cumulative des deux législations.

La loi Vie privée fixe un standard légal minimal dans un domaine spécifique, à savoir les règles de protection de la personne contre une ingérence exagérée dans sa vie privée personnelle lors du traitement des données qui se rapportent à elle ; quant à la législation sur les clauses abusives, elle surveille « de manière horizontale » que les clauses ou conditions, généralement rédigées unilatéralement par l'entreprise, ne soient pas établies de manière excessive au désavantage du consommateur.

On peut déduire de ce qui précède que les dispositions belges sur les clauses abusives peuvent s'appliquer comme protection supplémentaire à l'égard du consommateur[23], à côté de l'application de la loi vie privée.

Cette conclusion est confirmée par la législation européenne dont les règles belges précitées sont une transposition. Le 10e considérant de la directive 1993/13/CEE du 5 avril 1993 concernant les clauses abusives dans les contrats conclus avec les consommateurs (ci-après Directive Clauses abusives, il s'agit d'une directive d'harmonisation minimale)[24] énonce ce qui suit : « *Considérant qu'une protection plus efficace du consommateur peut être obtenue par l'adoption de règles uniformes concernant les clauses abusives ; que ces règles doivent s'appliquer à tout contrat conclu entre un professionnel et un consommateur ; que, par conséquent, sont notamment exclus de la présente directive les contrats de travail, les contrats relatifs aux droits successifs, les contrats relatifs au statut familial ainsi que les contrats relatifs à la constitution et aux statuts des sociétés ;* »

Les contrats concernant le traitement des données à caractère personnel ne sont pas exclus du champ d'application de cette directive.

Selon la directive précitée, les dispositions sur les clauses abusives sont donc d'application générale pour tous les contrats conclus entre un « professionnel » dans le sens de la directive précitée[25] et un consommateur et sont, par conséquent, aussi d'application pour les clauses contractuelles entre ces personnes qui concernent le traitement des données à caractère personnel.

A titre de comparaison, on peut aussi mentionner la directive 2011/83/UE du Parlement européen et du Conseil du 25 octobre 2011 relative aux droits des consommateurs, modifiant la directive 93/13/CEE du Conseil et la directive 1999/44/CE du Parlement européen et du Conseil et abrogeant la directive 85/577/CEE du Conseil et la directive 97/7/CE du Parlement européen et du Conseil (ci-après « directive droits des consommateurs »). Cette directive édicte principalement des règles d'application horizontale en relation avec l'information précontractuelle à fournir, les contrats à distance et les contrats conclus en dehors des points de vente. La directive confirme en outre que la législation Vie privée ne porte pas

[23] Voir aussi le projet de rapport Facebook p.25
[24] J.O.C.E L 095 du 21 avril 1993
[25] À savoir : *toute personne physique ou morale qui, dans les contrats relevant de la présente directive, agit dans le cadre de son activité professionnelle, qu'elle soit publique ou privée*.

atteinte à la protection des consommateurs à moins qu'elle ne contienne une règle spéciale qui est en contradiction avec la protection des consommateurs (ou prévoit une obligation plus protectrice).

L'article 3.2 de la directive droits des consommateurs énonce: « *Si l'une des dispositions de la présente directive est contraire à une disposition d'un autre acte de l'Union régissant des secteurs spécifiques, la disposition de cet autre acte de l'Union prime et s'applique à ces secteurs spécifiques.* » Cela signifie que les règles européennes pour des secteurs spécifiques ont priorité sur les dispositions de la directive relative aux droits des consommateurs.

Le considérant 11 de la directive relative aux droits des consommateurs permet de conclure que le législateur européen considère la « vie privée » comme un secteur spécifique. Ce considérant énonce: *« La présente directive devrait s'entendre sans préjudice des dispositions de l'Union relatives à certains secteurs particuliers, tels que les médicaments à usage humain, les dispositifs médicaux, la vie privée et les communications électroniques, les droits des patients en matière de soins de santé transfrontaliers, l'étiquetage des denrées alimentaires et le marché intérieur de l'électricité et du gaz naturel. »*

Selon le prescrit de l'article 3.2 de la directive droits des consommateurs, les dispositions de cette directive sont dès lors d'application pour autant qu'elles ne soient pas en contradiction avec une disposition de la législation vie privée européenne. Dans le document d'orientation de la DG Justice concernant la directive droits des consommateurs, il a ainsi été expliqué que, conformément à l'article 3, paragraphe 2, cette directive est sans préjudice de l'application des prescriptions en matière d'information prévues par d'autres législations européennes, comme la directive 95/46/CE relative à la protection des données et la directive 2002/58/CE concernant la vie privée et les communications électroniques, qui sont particulièrement pertinentes, dans le cadre des ventes en ligne, pour des questions telles que les informations relatives au traitement des données et le consentement de la personne concernée pour le suivi et l'utilisation des données à caractère personnel communiquées[26]. D'autres aspects réglés uniquement par la directive droits des consommateurs peuvent toutefois s'appliquer.

Dans le considérant 61 de la directive droits des consommateurs, il est également précisé concernant la vie privée : « *la directive 2002/58/CE du Parlement européen et du Conseil du 12 juillet 2002 concernant le traitement des données à caractère personnel et la protection de la vie privée dans le secteur des communications électroniques (directive vie privée et communications électroniques) réglemente déjà les communications non sollicitées et assure un niveau élevé de protection des consommateurs. Les dispositions portant sur cette question qui figurent dans la directive 97/7/CE ne sont dès lors pas nécessaires.* » En outre, il en ressort que la directive droits des consommateurs n'a pas pour objectif de régler une fois de plus les aspects vie privée liés au marketing direct comme repris dans la directive

[26] Commission européenne DG Justice – Document d'orientation sur la directive 2011/83/UE du Parlement européen et du Conseil du 25 octobre 2011 relative aux droits des consommateurs, modifiant la directive 93/13 /CCE du Conseil et la directive 1999/44/CE du Parlement européen et du Conseil et abrogeant la directive 85/577/CEE du Conseil et la directive 97/7/CE du Parlement européen et du Conseil, juin 2014, p.23-24, à consulter via http://ec.europa.eu/justice/consumer-marketing/files/crd_guidance_fr.pdf

2002/58/CE et que, *a contrario,* d'autres aspects non réglés par la législation vie privée mais bien par la directive droits des consommateurs peuvent être régis par cette directive.

On peut suivre le même raisonnement pour la directive clauses abusives.

Le fait que la législation vie privée n'exclut pas l'application de la législation sur les clauses abusives est également confirmé par les instances étrangères.

Ainsi, dans sa recommandation mentionnée plus haut n° 2014-02 relative aux contrats proposés par les fournisseurs de services de réseaux sociaux, la Commission française des clauses abusives a confronté les dispositions sur le traitement des données à caractère personnel reprises dans ces contrats aux dispositions applicables en matière de clauses abusives[27].

Dans son jugement du 30 avril 2013, la Cour de Berlin a confronté les « Apple Datenschutzrichtlinie » (traduction libre : les directives d'Apple sur la protection des données) d'Apple Sales International aux dispositions allemandes sur les clauses abusives.[28]

Les dispositions contractuelles qui règlent la relation contractuelle de manière plus large et qui ne se rapportent pas uniquement au traitement des données à caractère personnel (par exemple, les clauses de responsabilité, les clauses de compétence) sont à examiner en tout cas à la lumière de la législation sur les clauses abusives[29].

2. Les clauses contractuelles qui ignorent la législation vie privée sont abusives

La législation vie privée concerne la protection d'un droit fondamental : parce que le traitement de données personnelles peut porter préjudice aux libertés fondamentales, et en particulier au droit à la

[27] Voir Commission des clauses abusives, recommandation n°2014-02 relative aux contrats proposés par les fournisseurs de services de réseaux sociaux, à consulter sur : http://www.clauses-abusives.fr/recom/14r02.htm voir aussi e.a.X.Delpech « une recommandation de la Commission des clauses abusives sur les réseaux sociaux », 5 décembre 2014, http://www.dalloz-actualite.fr

[28] Voir http://www.vzbv.de/urteil/datenschutzrichtlinie-von-apple-verstoesst-gegen-datenschuts. Pour plus d'info, voir aussi : https://dejure.org/dienste/vernetzung/rechtsprechung?Gericht=LG%20Berlin&Datum=30.04.2013&Aktenzeichen=15%200%2092/12

[29] Voir aussi I. SAMOY, P. VALCKE, S. JANSEN, F. PEERAER, W, VANDENBUSSCHE, Y., VAN DER SYPE, S., VAN LOOCK, E. VERJANS, J., VERSCHAKELEN, "Facebook maakt privéberichten openbaar: een casus contractuele aansprakelijkheid?" *Juristenkrant 2012,* p. 10-11
Voir pour une évaluation d'une clause de compétence reprise par Facebook le jugement du 5 mars 2015 du Tribunal de grande instance de Paris, à consulter sur : http://www.legalis.net/spip.php?page=jurisprudence-decision&id_article=4515.Ce jugement peut aussi être consulté sur le site web de la Commission française des clauses abusives : http://www.clauses-abusives.fr/juris/index.htm

vie privée, ces dispositions sur la protection de la vie privée doivent nécessairement être interprétées sur base des droits fondamentaux[30].

Le considérant 2 de la directive Vie privée énonce aussi : « *Considérant que les systèmes de traitement de données sont au service de l'homme ; qu'ils doivent, quelle que soit la nationalité ou la résidence des personnes physiques, respecter les libertés et droits fondamentaux de ces personnes, notamment la vie privée, et contribuer au progrès économique et social, au développement des échanges ainsi qu'au bien-être des individus.* »

Il résulte donc aussi bien du cadre européen que belge relatif au traitement des données à caractère personnel que la législation est d'ordre public, de sorte que les dérogations à cette législation sont sanctionnées de nullité absolue selon le droit commun des obligations.

La majorité des infractions à la loi belge vie privée du 8 décembre 1992 sont en outre sanctionnées pénalement[31].

Si, dans une relation contractuelle soumise au droit belge, des clauses qui ignorent la législation sur le traitement des données à caractère personnel sont reprises dans les conditions contractuelles, comme les conditions générales, conclues entre une entreprise (comme les sites de réseaux sociaux examinés) et le consommateur belge, celles-ci peuvent en outre être qualifiées d'abusives.

Quand on évalue si des clauses (ou combinaisons de clauses) ou conditions sont abusives, c.-à-d. qu'elles créent un déséquilibre manifeste entre les droits et devoirs des parties au désavantage du consommateur belge, les règles légales constituent un critère important qui est d'application si les parties n'ont prévu aucune clause contractuelle»[32].

En outre, il faut faire une distinction en fonction de la nature de ces dispositions légales. Si les règles légales sont impératives, on ne peut en aucun cas y déroger de manière contractuelle. Si les règles légales sont supplétives, pour pouvoir apprécier le caractère abusif des clauses contractuelles concernées, il faut vérifier, au moyen d'un examen comparatif des conditions contractuelles avec ces

---

[30] Voir arrêt Google Spain, n°s 68 et 69. Voir aussi l'arrêt de la Cour européenne de Justice (Grande Chambre) n° C-362/14 du 6 octobre 2015, Maximillian Schrems contre Data Protection Commissioner, n°s 38-39, avec les références vers la jurisprudence qui y sont reprises.

[31] Art.37 et suiv. loi vie privée

[32] CJ 14 mars 2013, affaire C-415/11 Aziz c/ Catalunyacaixa, considérants 65 et suiv. et en particulier considérant 68 : *« Ainsi que l'a relevé Mme l'avocat général au point 71 de ses conclusions, afin de savoir si une clause crée, au détriment du consommateur, un «déséquilibre significatif» entre les droits et obligations des parties découlant du contrat, il convient notamment de tenir compte des règles applicables en droit national en l'absence d'un accord des parties en ce sens. C'est à travers une telle analyse comparative que le juge national pourra évaluer si, et, le cas échéant, dans quelle mesure, le contrat place le consommateur dans une situation juridique moins favorable par rapport à celle prévue par le droit national en vigueur. De même, il apparaît pertinent, à ces fins, de procéder à un examen de la situation juridique dans laquelle se trouve ledit consommateur au vu des moyens dont il dispose, selon la réglementation nationale, pour faire cesser l'utilisation de clauses abusives* ». Renvoyer à la jurisprudence de la CJE sur le droit supplétif comme critère de comparaison.

règles supplétives si, et le cas échéant, dans quelle mesure, le consommateur est placé dans une position juridique moins favorable par rapport à celle prévue par le droit national en vigueur[33].

Si un régime légal supplétif se rapporte à un régime qui est impératif et/ou qui concerne l'ordre public[34] comme la loi vie privée, , les parties ne peuvent en tout cas pas convenir d'un règlement dérogatoire qui représenterait une atteinte ou une diminution de ce standard légal minimum impératif.

A fortiori, les clauses ou conditions qui sont contraires aux dispositions d'ordre public pourront donc être considérées, par définition, comme des clauses abusives, avec la sanction de nullité qui s'ensuit.

Ceci a été aussi confirmé par la Commission française des clauses abusives qui, dans ses recommandations, a indiqué que des clauses qui, dans un contrat entre une entreprise et un consommateur, prévoient de s'écarter des règles de droit impératif sont abusives parce qu'elles sont invalides[35]. Il ressort en outre des recommandations de la Commission française des clauses abusives que ces clauses sont abusives parce qu'elles affaiblissent contractuellement le consentement exigé pour le traitement des données à caractère personnel [36] par exemple ou donnent encore davantage au consommateur une fausse impression sur ses droits légaux[37].

Même si de telles clauses peuvent déjà être combattues par les sanctions qui découlent de la loi Vie privée, il est important que la sanction appropriée énoncée ci-dessus soit appliquée aux clauses abusives : de telles clauses ne peuvent pas lier le consommateur.

Pour ce qui est des clauses qui s'écartent de la réglementation Vie privée et qui sont par conséquence abusives, la Commission des clauses abusives renvoie pour l'essentiel aux conclusions de la Commission Vie privée.

---

[33] Cfr supra, C.J. 14 mars 2013, Affaire C-415/11 Aziz c.Catalunyacaixa, considérants 65 et suiv.

[34] Comme indiqué, une législation impérative a, par essence, pour but de protéger une partie lésée et concerne la protection d'intérêts privés ; les règles d'ordre public ont pour but de préserver les « fondements de l'organisation de la société » et dépassent donc la protection des intérêts purement privés.

[35] CCA France, n°2014/2, points n°15 (clauses de qualification des données à caractère personnel), n°16 (clauses relatives à la licéité du traitement), n°18 (clauses autorisant le partage des données), n°19 (clauses relatives à la conservation des données), n°20 (clauses relatives au transfert des données hors UE), n°21 (clauses relatives à la sécurité des données), n°s24 et 25 (clauses relatives aux licences de propriété intellectuelle), n°27 (clauses de conformité à la loi n°2004-576 du 21 juin 2004 pour la confiance dans l'économie numérique).

[36] CCA France n°2014/2, voir p.ex.n°17, consentement explicite pour des données plus sensibles

[37] CCA France n°2014/2, voir p.ex.n°18 concernant les clauses où le réseau social se réserve le droit de communiquer des données personnelles à des tiers non désignés et qui font croire au consommateur que cette communication ne serait pas soumise aux conditions de licéité du traitement des données (principe de finalité, proportionnalité, droit d'opposition et correction des données personnelles).

3. Les clauses concernant l'objet et le prix ne peuvent jamais se rapporter à quelque chose d' « illégal ».[38]

Les clauses qui concernent l'objet et le prix tombent en dehors du champ d'évaluation du caractère abusif à condition qu'elles soient formulées clairement et de manière compréhensible (art.VI.82, 3e paragraphe, CDE).

Si les parties, comme c'est généralement le cas pour les sites de réseaux sociaux, conviennent de l'utilisation 'gratuite' du site de réseau social en échange de l'autorisation donnée au prestataire d'utiliser les données à caractère personnel à des fins de marketing direct, un tel consentement pourra être considéré comme ayant trait à la fixation de l'objet et du prix. En principe, un tel accord ne peut donc pas être confronté à la doctrine des clauses abusives.

Cependant, on ne peut jamais s'accorder sur quelque chose qui contient une limitation ou une diminution du socle minimum imposé par une législation impérative, comme la législation Vie privée.

L'autorisation de l'utilisateur ne peut donc jamais porter sur une utilisation de données à caractère personnel[39] ou une utilisation de données protégées par le droit d'auteur qui constitue une infraction aux règles légales impératives applicables.

Les clauses contractuelles et conditions ou combinaisons de clauses et conditions qui à cet effet, tendent à limiter cette protection légale impérative peuvent donc être considérées comme abusives - nonobstant l'art.VI.82, 3e paragraphe, CDE - sur base de la norme générale en matière de clauses abusives (article I.88.22° CDE) et sont donc interdites et nulles (art.VI.84, §1, 1er alinéa, CDE).

Par ailleurs, il est étonnant de constater que certains sites de réseaux sociaux dans leurs conditions d'utilisation, expliquent clairement à l'utilisateur à quelles limitations légales sont soumises la collecte et le traitement des données à caractère personnel. Entre autres, le fait que l'utilisateur qui recueille des informations auprès d'autres utilisateurs doit toujours recevoir leur autorisation, le fait de préciser clairement que c'est lui qui recueille ces informations et doit publier une politique de confidentialité expliquant quelles informations sont recueillies et comment celles-ci sont utilisées. Les utilisateurs ne peuvent en outre pas être identifiés ni approchés par mail sans leur accord.

---

[38] Voir aussi p.42-43 « rapport Facebook » (*o.c.*, voir Introduction).

[39] Par exemple, contraire à ce qui est prévu dans la loi du 8 décembre 1992 relative à la protection de la vie privée à l'égard des traitements de données à caractère personnel et la loi du 13 juin 2005 relative aux communications électroniques.

Chapitre 3. Examen des conditions d'utilisation[40]

Sur base des conditions d'utilisation examinées et des documents qui règlent les droits et obligations respectifs des deux parties, la Commission des clauses abusives a dressé un aperçu par catégorie de clauses. Cet aperçu se concentre sur les clauses les plus problématiques et les plus discutables au vu de la nature particulière de la fourniture du service.

La Commission des clauses abusives a d'autre part découvert des clauses contraires aux dispositions de la liste des clauses en tout cas abusives (article VI.83 du CDE), qui ne sont pas spécifiques au secteur examiné, comme par exemple la clause qui suit. Un examen approfondi séparé de telles clauses n'a pas été jugé nécessaire.

Exemple *: « Tous nos droits et obligations dans le cadre de cette Déclaration sont librement transférables par nous dans le cadre d'une fusion, d'une acquisition, de la vente de nos actifs, d'une demande des tribunaux ou dans d'autres cas ».*

En ce qui concerne cette clause, la Commission des clauses abusives souligne qu'elle est formulée de manière trop générale et qu'à cet égard, elle est contraire à l'article VI.83,31°, qui considère comme abusives les clauses qui ont pour objet de : « prévoir la possibilité de cession du contrat de la part de l'entreprise, lorsque cette cession est susceptible d'engendrer une diminution des garanties pour le consommateur, sans l'accord de ce dernier ».

§ 1. Les exigences de clarté et d'intelligibilité dans le chef du consommateur : « informed consent »

Section 1ère. Contexte juridique

Comme il ressort expressément de différentes directives européennes[41] applicables, l'entreprise doit informer le consommateur de manière claire et compréhensible sur les principales caractéristiques du bien ou du service qu'elle offre. En effet, ce n'est qu'à cette condition qu'il est question d'un consentement valable[42]. Ce n'est qu'alors que le consommateur peut évaluer, sur la base de critères clairs et compréhensibles, les conséquences économiques qui en découlent pour lui[43].

---

[40] Lors de son enquête, la Commission s'est également basée sur la contribution suivante : Ellen WOUTERS, Eva LIEVENS et Peggy VALCKE : « Ik ga akkoord. Maar waarmee ? Sociale netwerksites en hun algemene voorwaarden », in Eva LIEVENS, Ellen WOUTERS en Peggy VALCKE (eds.), *Sociale media anno 2015,* Intersentia,2015,125-154

[41] Directive 2006/123/CE Services, Directive 2011/83 relative aux droits des consommateurs.

[42] Voir par analogie également les exigences posées dans la directive 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 en ce

L'entreprise doit également fournir au consommateur, avant la conclusion du contrat, "d'une manière claire et compréhensible" des informations sur les conditions dans lesquelles le contrat est conclu. Pour un consommateur, il est en effet d'une importance fondamentale qu'il prenne connaissance, avant la conclusion du contrat, de toutes les conditions contractuelles et des conséquences de la conclusion du contrat. Sur la base des informations ainsi obtenues, il décidera en effet s'il souhaite être lié par les conditions rédigées préalablement par le vendeur[44].

L'obligation de transparence de la directive clauses abusives, transposée à l'article VI.37, § 1er, du CDE doit être comprise dans la même optique : "*Lorsque toutes ou certaines clauses d'un contrat entre une entreprise et un consommateur sont écrites, ces clauses doivent être rédigées de manière claire et compréhensible.*"

Cette obligation de transparence concerne non seulement la formulation claire des engagements réciproques, mais signifie également que la manière dont le consommateur en est informé doit être telle qu'il peut facilement et clairement (structure et présentation des conditions) évaluer de manière adéquate ce à quoi il s'engage précisément.

Comme signalé ci-dessus, il ressort de la directive Clauses abusives et de l'article VI.82, alinéa 3, CDE, que les clauses concernant l'objet et le prix (ainsi que l'adéquation entre d'une part, le prix et la rémunération et d'autre part, les services ou les biens à fournir en contrepartie) doivent également être contrôlées quant à leur caractère abusif, si celles-ci ne sont pas formulées de manière claire et compréhensible.

Le manque de clarté et de compréhensibilité des clauses est en outre un facteur aggravant lors de l'évaluation de leur caractère abusif (article VI.82, alinéa 2, CDE).

L'exigence de transparence est donc essentielle et est considérée comme un « premier pilier » lors de l'appréciation de clauses abusives. Dans ce cadre, la Commission des clauses abusives a expressément reçu la compétence de formuler des recommandations en rapport avec (1) l'insertion de mentions, clauses et conditions qui lui paraissent nécessaires pour l'information du consommateur dont l'absence lui paraît créer un déséquilibre manifeste entre les droits et les obligations des parties, au détriment du consommateur[45] et (2) la rédaction et la présentation de clauses et conditions qui soient de nature à permettre au consommateur d'en comprendre le sens et la portée[46].

Comme du côté du consommateur, la contrepartie consiste à permettre d'utiliser ses données personnelles et des données protégées par le droit d'auteur à des fins de marketing, des exigences légales minimales s'appliquent aussi en rapport avec ce consentement afin de protéger le respect de la

---

qui concerne le consentement valable, telles qu'elles sont discutées dans l'étude préparatoire: "From social media service to advertising network: A critical analysis of Facebook's Revised Policies", o.c., p. 12-16.

[43] Entre autres CJUE, 23 avril 2015, affaire C-96/14, Jean-Claude Van Hove c. CNP Assurances SA, (pas encore publié), deuxième tiret dictum

[44] Voir e.a. CJUE, 21 mars 2013, affaire C-92/11, RWE Vertrieb tg. Verbraucherzentrale Nordrhein-Westfalen (publiée dans la jurisprudence digitale de la Cour), points 43 en 44 et 2e dictum, premier tiret

[45] Voir art.VI.87,§1,2°, CDE

[46] Voir art.VI.87,§1,3°, CDE

vie privée et le droit d'auteur, dont il faut tenir compte lors de l'appréciation de la transparence des clauses concernées.

Enfin, il faut remarquer qu'il existe un groupe important d'utilisateurs/consommateurs des réseaux sociaux parmi les mineurs d'âge. Les réseaux sociaux doivent donc être particulièrement attentifs à un consentement valable de ce groupe de consommateurs. A cet égard, il faut tenir compte des dispositions contractuelles.

Section 2. Application de ces principes aux sites de réseaux sociaux

I. Clauses d'information et d'acceptation en rapport avec les conditions contractuelles (ou conditions d'utilisation)

Exemples *:*

- *Exemple 1:*

(Introduction)- "En utilisant les SRS ou en y accédant, vous acceptez la présente Déclaration, qui est susceptible d'être mise à jour à l'occasion, conformément à la section 13 ci-dessous.

Art. 2.1. Pour le contenu protégé par les droits de propriété intellectuelle, vous nous donnez spécifiquement la permission de l'utilisation de la licence"

Art. 7. En effectuant un paiement via notre site, vous acceptez nos conditions de paiement."

- *Exemple 2:*

"L'utilisation de nos Services implique votre acceptation des présentes Conditions d'Utilisation. Nous vous invitons à les lire attentivement."

- *Exemple 3:*

By accessing or using the website, the service, or any applications (including mobile applications) made available by our company (together, the "Service"), however accessed, you agree to be bound by these terms of use ("Terms of Use"). The Service is owned or controlled byour company. These Terms of Use affect your legal rights and obligations. If you do not agree to be bound by all of these Terms of Use, do not access or use the Service.

- *Exemple 4:*

« En accédant aux Services ou en les utilisant, vous acceptez d'être lié par ces Conditions. »

- *Exemple 5 :*

« Vous n'utiliserez pas Facebook si vous avez moins de 13 ans ».

Commentaire *:*

Comme cela a été expliqué dans la section 1, il revient à l'entreprise (ici le site de réseau social) d'informer le consommateur de manière claire et compréhensible sur les conditions contractuelles avant qu'il n'y soit lié. L'attention du consommateur a-t-elle été attirée sur l'existence et le contenu des conditions contractuelles et le consommateur a-t-il eu la possibilité effective d'en prendre connaissance avant la conclusion du contrat ? Il s'agit d'une question de fait.

Les clauses qui déclarent que le consommateur a pris connaissance et accepté des clauses alors qu'il n'a pas eu effectivement l'occasion d'en être informé avant la conclusion du contrat sont contraires à l'article VI.83, 26° CDE de la liste noire des clauses en tout cas abusives et à l'article VI.83, 21° CDE, puisque la charge de la preuve concernant ces informations à fournir par l'entreprise pèse sur le consommateur.

Enfin, les clauses qui se trouvent dans le corpus des conditions d'utilisation où il est stipulé sans plus que le consommateur « ne peut pas utiliser le réseau social s'il a moins de 13 ans » sont jugées contraires notamment à l'article VI.83,21° et à la norme générale en matière de clauses abusives (art.I.8.22° CDE) si une telle clause n'est pas conforme à la « situation factuelle ». En d'autres mots, si le site de réseau social n'a pas attiré expressément l'attention du mineur d'âge sur le fait qu'il doit avoir plus de 13 ans pour accéder au réseau social avant qu'il n'accède au site, une telle clause contractuelle sera abusive en vertu des articles VI.83,21° CDE (étant donné qu'elle renverse la charge de la preuve concernant la reconnaissance d'une situation factuelle) et I.8.22° CDE[47].

Avant qu'ils ne puissent accéder au réseau social, il faut expressément attirer l'attention des enfants qui n'ont pas 13 ans sur le fait qu'ils ne peuvent devenir membre tant qu'ils n'ont pas atteint l'âge minimal. Une clause qui se limite à énoncer cette interdiction incite le réseau social à s'exonérer de toute obligation d'avertissement et de responsabilité en la matière.

Concernant la protection des mineurs d'âge qui doivent faire l'objet d'une attention particulière, la Commission des clauses abusives renvoie notamment au tout prochain Règlement Vie privée, qui consacre une attention particulière à cet aspect[48].

II. Langue dans laquelle les informations sont fournies

a. langue du consommateur moyen vu le groupe cible

Un élément essentiel pour évaluer si le consommateur a été informé de manière claire et compréhensible sur les conditions applicables est la langue dans laquelle les conditions sont rédigées.

---

[47] Voir à ce sujet en détail l'avis CCA 32 du 15 février 2012 relatif aux clauses visant, dans des contrats d'achat d'un terrain à bâtir, la construction par une entreprise déterminée, p.11-12 ; voir aussi l'avis CCA 23 du 19 décembre 2007, sur les conditions générales dans les contrats entre vidéothèques et consommateurs, p.6-7

[48] Un accord a été obtenu le 15 décembre entre les négociateurs du Parlement européen et de la Commission européenne sur ce Règlement imminent Vie privée. Voir http://europa.eu/rapid/press-release_IP-15-6321_en.htm

La réponse à la question de savoir dans quelle langue les conditions d'utilisation peuvent ou doivent être rédigées dépend en grande partie de savoir qui peut être considéré comme 'consommateur moyen', vu les utilisateurs auxquels le site de réseau social s'adresse.

Indépendamment de ces considérations, il est dans l'intérêt de l'entreprise de rédiger les conditions d'utilisation dans les langues de la région linguistique du consommateur : c'est en effet l'entreprise qui souhaite soumettre sa prestation de services à certaines conditions, lesquelles doivent être approuvées en connaissance de cause par le consommateur. Tout doute en la matière peut être interprété par le juge au détriment de l'entreprise, en rendant ces clauses non opposables au consommateur.

La rédaction des conditions contractuelles dans une langue qui n'est pas la langue du consommateur moyen vu la région linguistique concernée constitue une infraction à l'exigence de transparence de l'article VI.37, § 1er, CDE. Les clauses écrites doivent être rédigées de manière claire et compréhensible à l'égard du consommateur. L'article VI.82, alinéa 2, CDE énonce expressément que tout manque de clarté et de compréhensibilité constitue un facteur aggravant lors de l'évaluation du caractère abusif.

La Commission des clauses abusives constate à cet égard que les documents qui règlent les droits et obligations contractuels ne sont pas toujours disponibles dans la langue du consommateur auquel le site internet s'adresse, même si le site internet est conçu en français ou en néerlandais.

b. Priorité stipulée de la version anglaise

Exemple*:*

La version d'origine de ce document est en anglais (États-Unis). En cas de conflit entre la traduction de ce document et la version d'origine, la version d'origine prévaut. Veuillez remarquer que la Section 16 contient des modifications qui concernent les personnes qui se trouvent au dehors des États-Unis.

Il arrive que les conditions d'utilisation stipulent que la version anglaise fait autorité en cas de divergences entre la version néerlandaise ou française et la version anglaise.

De telles clauses visent à constater l'accord du consommateur avec des clauses contractuelles dont il n'a pas été dûment informé et dont il n'a pas pu évaluer la portée ; elles sont contraires aux articles VI.83, 26° et I.8.22CDE.

III. Transparence en tant que condition de consentement valable sur l'objet du contrat et le prix – caractère "gratuit"–

Ce n'est pas tant l'objet de la prestation de service (l'utilisation du site de réseau social même) qui est imprécis et contraire à l'exigence de transparence que la « contrepartie » à fournir en échange. Certains sites de réseaux sociaux ne définissent pas l'objet de leurs prestations de services. Bien que la plupart des utilisateurs savent parfaitement à quoi s'attendre, il est malgré tout indiqué d'expliquer à

l'utilisateur ce qu'il peut précisément attendre du site internet (et ce que le site de réseau social d'autre part ne peut pas lui offrir).

En ce qui concerne la contrepartie, il faut souligner que personne n'ignore que le modèle économique des sites de réseaux sociaux qui offrent leurs services "gratuitement" aux utilisateurs potentiels, vise avant tout l'apport de recettes provenant de la publicité ciblée réalisée au moyen des données personnelles mises à disposition par ces utilisateurs.

De nombreux sites de réseaux sociaux examinés ne précisent pas clairement que leur objectif est de fournir des annonces publicitaires et autres contenus commerciaux ou sponsorisés qui sont précieux pour les utilisateurs et annonceurs et qu'en contrepartie, les utilisateurs s'engagent à autoriser l'utilisation de leurs données personnelles. Afin d'obtenir un consentement éclairé et, par conséquent valable, il est dès lors au moins exigé que le consommateur moyen qui veut adhérer au réseau social sache clairement, avant qu'il ne décide effectivement d'y adhérer, quelle est sa 'contrepartie' à sa participation au réseau social.

La Commission des clauses abusives peut uniquement se prononcer sur la présentation et le déséquilibre manifeste éventuel que peuvent créer certaines clauses ou conditions. L'utilisation de données personnelles ou de données qui sont protégées par le droit d'auteur sans aucune autorisation[49] ou consentement est non seulement contraire aux droits fondamentaux de chaque individu, mais également abusif en soi. Cela vaut également pour le suivi de l'utilisateur (d'internet) en dehors du réseau social.[50].

Exemples *:*

Dans de nombreux cas, l'attention n'est jamais attirée immédiatement sur la contrepartie, qui consiste en l'utilisation de données personnelles et de données protégées par le droit d'auteur.

- *Exemple 1:*

Dans les conditions générales d'un réseau social , ce n'est qu'à l'article 9 des 'conditions' que l'on retrouve ce qu'est 'la contrepartie' pour l'utilisation du réseau social.

"9. À propos des publicités et des autres contenus commerciaux diffusés ou améliorés par [X]

[49] Voir le projet de rapport Facebook (mentionné dans l'introduction), p.8, point 1, où il est expliqué que le « consentement » (autorisation) doit satisfaire aux exigences suivantes : « *freely given, specific, informed and unambiguous ».* En outre, le traitement doit aussi être motivé sur base de la nécessité d'exécuter le contrat de manière correcte et efficace ou d'un intérêt légitime déterminant (« primordial »). Projet de rapport Facebook p.12.

[50] Projet de rapport Facebook p.8, n°4.

Notre objectif est de proposer des publicités, et d'autres contenus commerciaux ou sponsorisés, de façon avantageuse pour nos utilisateurs et nos annonceurs. Pour nous aider à y parvenir, vous acceptez les conditions suivantes :

1. Vous nous autorisez à utiliser vos nom, photo de profil, contenu et informations dans le cadre d'un contenu commercial, sponsorisé ou associé (par exemple une marque que vous aimez) que nous diffusons ou améliorons. Cela implique, par exemple, que vous autorisez une entreprise ou une autre entité à nous rémunérer pour afficher votre nom et/ou la photo de votre profil avec votre contenu ou vos informations sans vous verser de dédommagement. Si vous avez sélectionné un public spécifique pour votre contenu ou vos informations, nous respecterons votre choix lors de leur utilisation.

2. Nous ne transmettons pas votre contenu ou vos informations aux annonceurs sans votre accord.

3. Vous comprenez que nous ne pouvons pas toujours identifier les communications et services payés en tant que tels."

- *Exemple 2 :*

1. *" [X]does not claim ownership of any Content that you post on or through the Service. Instead, you hereby grant to [X]a non-exclusive, fully paid and royalty-free, transferable, sub-licensable, worldwide license to use the Content that you post on or through the Service, subject to the Service's Privacy Policy, available here http:// …/legal/privacy/, including but not limited to sections 3 ("Sharing of Your Information"), 4 ("How We Store Your Information"), and 5 ("Your Choices About Your Information"). You can choose who can view your Content and activities, including your photos, as described in the Privacy Policy."*

- *Exemple 3 :*

« 2. Confidentialité

Toute information que vous communiquez à [X] est soumise à notre Politique de confidentialité, qui régit la collecte et l'utilisation de vos informations. Vous comprenez qu'en utilisant nos Services, vous consentez à la collecte et à l'utilisation (ainsi qu'énoncé dans la politique de confidentialité) de ces informations, y compris le transfert de ces informations aux États-Unis, en Irlande et/ou dans d'autres pays aux fins de stockage, de traitement et d'utilisation par[X]. Dans le cadre de la fourniture des Services, nous pouvons être amenés à vous adresser certaines communications, telles que des annonces de service et des messages administratifs. Ces communications sont considérées comme partie intégrante des Services et de votre compte, de sorte qu'il n'est pas certain que vous puissiez vous opposer à leur réception. »

- *Exemple 4 :*

Dans les conditions générales, dans cet exemple, il est renvoyé, à la 'politique relative au respect de la vie privée' du site de réseau social concerné au moyen d'un hyperlien. Bien que cela ne pose aucun

problème en soi de développer plus amplement les modalités concrètes sur la politique de respect de la vie privée dans un document distinct qui peut être obtenu via un hyperlien, le site de réseau social doit fournir à l'utilisateur potentiel, de manière claire et compréhensible, les informations nécessaires concernant les éléments essentiels de l'utilisation de données à caractère personnel avant que celui-ci ne soit lié par ce contrat. Cela découle de l'article VI.2, 1°, du livre VI du CDE.

IV. Transparence sur les conditions du contrat

L'entreprise doit fournir au consommateur, « de manière claire et compréhensible », des informations sur les conditions du contrat avant la conclusion de celui-ci. Il est d'une importance fondamentale pour le consommateur qu'il prenne connaissance, avant la conclusion du contrat, de toutes les conditions contractuelles pertinentes et de leurs conséquences. Sur la base des informations ainsi obtenues, il décidera en effet s'il souhaite être lié par les conditions rédigées préalablement par le vendeur[51].

Pour ce qui est des sites de réseaux sociaux examinés, divers facteurs compliquent la tâche du consommateur qui doit avoir un aperçu clair et compréhensible de ses droits et obligations contractuels :

a) Politique de renvoi "via des liens":

En ce qui concerne les droits et obligations respectifs, les documents qui renvoient à d'autres documents et compliquent ainsi la tâche du consommateur dans l'évaluation effective de ses droits et obligations constituent une infraction à l'exigence de transparence de l'article VI.37, §1 CDE .

Il va de soi que l'utilisateur qui souhaite utiliser des options supplémentaires qui ne sont pas comprises dans l'offre de base ne doit être informé des conditions spécifiques éventuellement d'application que lorsqu'il décide d'y accéder.

b) Imprécision sur la portée de certains documents

Au point a), nous avons souligné qu'il n'y a pas de consentement éclairé du consommateur sur l'objet du contrat et sur ses droits et obligations respectifs si cette information est donnée via un renvoi ou un hyperlien vers des documents qui s'y rapportent.

A ce sujet, nous pouvons en outre faire remarquer que la portée juridique des documents auxquels il est renvoyé n'est pas souvent claire. Des dénominations telles que "Politique d'utilisation des données", "Principes du site de réseau social" donnent plutôt l'impression qu'il s'agit d'une description de la manière dont les données à caractère personnel sont traitées ou de recommandations visant l'utilisation de la plate-forme médias alors qu'il s'agit de clauses ou conditions fixant l'objet de la prestation de services et les droits et obligations contractuels respectifs.

c) Utilisation de termes vagues et fausse impression donnée volontairement concernant en particulier l'utilisation des données à caractère personnel transmises

[51] Voir entre autres CJUE, 21 mars 2013, affaire C-92/11, RWE Vertrieb contre Verbraucherzentrale Nordrhein-Westfalen (publié dans la jurisprudence numérique de la Cour), points 43 et 44 et deuxième dictum, premier tiret.

Afin d'obtenir un consentement valable de l'utilisateur, il est d'une importance primordiale de formuler avec précision ce à quoi celui-ci s'engage. Cela vaut d'autant plus qu'il s'agit en l'occurrence de l'utilisation par le site de réseau social de données à caractère personnel de l'utilisateur et de données protégées par le droit d'auteur. Les clauses qui donnent une impression générale sans indiquer spécifiquement de quelle manière et à quelles fins ces données sont traitées et utilisées par l'entreprise sont contraires à ce que l'on peut entendre par un consentement valable.

Exemple *:*

"2. Partage de votre contenu et de vos informations

Le contenu et les informations que vous publiez sur [X] vous appartiennent, et vous pouvez contrôler la façon dont nous partageons votre contenu, grâce aux paramètres de confidentialité et des applications. En outre:

1. *Pour le contenu protégé par les droits de propriété intellectuelle, comme les photos ou vidéos (propriété intellectuelle), vous nous donnez spécifiquement la permission suivante, conformément à vos paramètres de confidentialité et des applications : vous nous accordez une licence non-exclusive, transférable, sous-licenciable, sans redevance et mondiale pour l'utilisation des contenus de propriété intellectuelle que vous publiez sur [X] ou en relation avec [X] (licence de propriété intellectuelle). Cette licence de propriété intellectuelle se termine lorsque vous supprimez vos contenus de propriété intellectuelle ou votre compte, sauf si votre compte est partagé avec d'autres personnes qui ne l'ont pas supprimé.*

2. *Lorsque vous supprimez votre contenu de propriété intellectuelle, ce contenu est supprimé d'une manière similaire au vidage de corbeille sur un ordinateur. Cependant, vous comprenez que les contenus supprimés peuvent persister dans des copies de sauvegarde pendant un certain temps (mais qu'ils ne sont pas disponibles)."*

Commentaire ***:***

La première phrase de cette disposition donne l'impression que l'utilisateur reste lui-même propriétaire de tout contenu et information qu'il place sur la plate-forme sociale. Ceci est ensuite en grande partie infirmé par la délégation générale au point 1 qui suit[52].

Comme expliqué ci-dessus, une telle disposition est à comparer aux exigences imposées à l'utilisateur qui voudrait recueillir lui-même des informations d'autres utilisateurs.

---

[52] Voir CCA 32, 15 février 2012, « Avis relatif aux clauses visant, dans des contrats d'achat d'un terrain à bâtir, la construction par une entreprise déterminée", p. 14-15. Il y est précisé que les clauses qui donnent l'impression au consommateur de ne même pas pouvoir bénéficier de la protection légale minimale sont une forme particulièrement grave de clauses abusives. A consulter via le lien suivant : http://economie.fgov.be/fr/binaries/CCA%2032d%C3%A9f_tcm326-172598.pdf

5.7. Si vous recueillez des informations des internautes, vous obtiendrez leur accord et vous présenterez de façon claire que c'est vous (et non[X]) qui recueillez ces informations, et vous publierez votre politique de respect de la vie privée indiquant les informations recueillies et l'utilisation qui en est faite."

d) utilisation de clauses trop vagues et trop générales

Exemple :

« Nous nous réservons tous les droits qui ne vous sont pas explicitement accordés ».

Commentaire *:*

De telles clauses sont contraires à l'exigence de transparence, en d'autres mots l'exigence de formulation claire et sans équivoque des clauses écrites (art.VI.37 §1, 1er al. CDE).

§ 2. Clauses sur le consentement en rapport avec l'utilisation de données personnelles et de données protégées par le droit d'auteur

A. Clauses sur le consentement pour le traitement et l'utilisation de données à caractère personnel

Comme nous l'avons expliqué ci-dessus de manière détaillée, la contrepartie en cas d'utilisation de sites de réseaux sociaux consiste surtout en l'utilisation des données à caractère personnel de l'utilisateur pour des activités de marketing ciblées.

Les dispositions relatives à la "politique de respect de la vie privée" apparaissent généralement dans un document distinct, qui peut être consulté via un hyperlien dans les conditions d'utilisation du site de réseau social.

Il est souvent stipulé dans les conditions d'utilisation que l'utilisateur est d'accord avec les conditions énoncées dans cette « politique de respect de la vie privée ».

Exemple *:*

"Vous comprenez qu'en utilisant nos Services, vous consentez à la collecte et à l'utilisation (ainsi qu'énoncé dans la politique de confidentialité) de ces informations, y compris le transfert de ces informations aux États-Unis, en Irlande et/ou dans d'autres pays aux fins de stockage, de traitement et d'utilisation par[X].»

Il ressort déjà de l'obligation d'information précontractuelle et de l'exigence de transparence (art. VI.37, § 1er, CDE) qu'un renvoi distinct vers la « politique de respect de la vie privée » n'est pas suffisant pour communiquer au consommateur de manière claire et compréhensible quels sont ses principaux droits et obligations en la matière.

En outre, il y a des limites à l'utilisation autorisée de données à caractère personnel. La Commission des clauses abusives renvoie à ce sujet expressément aux avis et recommandations de la Commission belge Vie privée et en particulier aux recommandations qu'elle a déjà émises ou à émettre en rapport avec le site de réseau social Facebook. Celles-ci peuvent être consultées sur le site web de la Commission vie privée : www.privacycommission.be[53].

En ce qui concerne le régime contractuel d'une telle protection spécifique prévue par la loi, les principes suivants relatifs à la législation en matière de clauses abusives peuvent être soulignés:

1. Les limitations contractuelles d'exigences légales impératives sont en tout cas abusives

Les directives européennes relatives à la protection de la vie privée lors du traitement de données à caractère personnel et l'utilisation des données à caractère personnel fixent des exigences spécifiques en rapport avec le consentement à donner par l'utilisateur en vue du traitement et de l'utilisation de données à caractère personnel auxquelles on ne peut pas déroger.

Les clauses contractuelles qui constatent que ces exigences minimales (dans de nombreux cas impératives) prescrites par la loi sont respectées et qui sont contraires aux droits octroyés par la loi aux personnes protégées qui sont des consommateurs doivent être considérées comme abusives au sens de la norme générale (art. I.8.22° CDE).

Exemple:

"Vous acceptez que vos données personnelles soient transférées et traitées aux États-Unis.".

En ce qui concerne cette clause précise, la Commission des clauses abusives renvoie à l'arrêt récent de la Cour européenne de Justice (Grande Chambre) du 6 octobre 2015, dans l'affaire n°C-462/14, Maximillian Schrems c/ Data Protection Commissioner (en présence de Digital Rights Ireland Ltd)[54].

2. Caractère abusif par manque de clarté et en raison d'une délégation trop générale du "consentement"

---

[53] Une première recommandation a été publiée le 13 mai 2015, à savoir la recommandation n°4/2015 : « Recommandation d'initiative concernant 1) Facebook, 2) les utilisateurs d'Internet et/ou de Facebook ainsi que 3) les utilisateurs et fournisseurs de services Facebook, en particulier les 'plug-ins' sociaux », à consulter via ce lien :
https://www.privacycommission.be/sites/privacycommission/files/documents/recommandation_04_2015.pdf
Cette première recommandation a – outre la justification pour laquelle la Commission belge Vie privée s'est déclarée compétente et l'analyse du droit applicable- surtout trait au « plug-ins sociaux ». La Commission Vie privée annonce dans cette première recommandation qu'une seconde paraîtra plus tard en 2015. Celle-ci devrait surtout porter sur « toutes les autres problématiques » concernant la protection des données à caractère personnel entre Facebook et ses utilisateurs. Voir recommandation n° R04/2015, p.2, n°4.

[54] À consulter sur le site web de la Cour européenne de Justice :
http://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?text=&docid=169195&pageIndex=0&doclang=FR&mode=lst&dir=&occ=first&part=1&cid=288542

Comme expliqué ci-dessus, la clarté et la compréhensibilité de la clause est un facteur inhérent lors de l'évaluation du caractère abusif d'une clause. Les clauses qui portent sur la définition de l'objet principal du contrat et l'adéquation entre, d'une part, la rémunération et, d'autre part, les biens à fournir ou les services à prester en contrepartie qui ne sont pas formulées clairement et de manière compréhensible, peuvent être évaluées quant à leur caractère abusif.

Comme expliqué ci-dessus, en lisant les conditions d'utilisation, le consommateur moyen ne sait pas clairement à quoi il s'engage sur le plan du traitement et de l'utilisation de ses données personnelles à des fins de marketing.

En outre, le consentement stipulé pour l'utilisation des données à caractère personnel est généralement trop large et, en consultant les déclarations de respect de la vie privée, une délégation presque générale est donnée en rapport avec (1) les données à recueillir, (2) les différents 'services' du site de réseau social où des données sont recueillies (de plus on ne sait pas clairement de quels services il s'agit) (3) l'échange possible de données négocié par le site de réseau social avec ses partenaires (aucune indication n'est donnée sur les partenaires concernés) (4) le manque de clarté sur les objectifs du traitement, et (5) l'imprécision sur l'utilisation générale de ces données par le site de réseau social.

En raison de ce manque de transparence (art. VI.37, § 1er juncto art. VI.82, aliéna 2) et en raison d'une délégation aussi poussée de l'utilisation des données à caractère personnel par le site de réseau social, d'une manière qui porte préjudice à la protection visée par la loi du 8 décembre 1992 relative à la protection de la vie privée à l'égard des traitements de données à caractère personnel et au droit fondamental même de la protection de la vie privée[55], on peut conclure qu'une telle combinaison de clauses, crée un déséquilibre manifeste entre les droits et les obligations des parties, au détriment du consommateur[56] par manque de clarté et en s'écartant beaucoup trop de la législation sur le respect de la vie privée dans son ensemble.

B. Clauses relatives à l'utilisation de données protégées par le droit d'auteur

Exemples *:*

- *Exemple 1:*

1. *[X]does not claim ownership of any Content that you post on or through the Service. Instead, you hereby grant to Instagram a non-exclusive, fully paid and royalty-free, transferable, sub-licensable, worldwide license to use the Content that you post on or through the Service, subject to the Service's Privacy Policy, available here http:// …com/legal/privacy/, including but not limited to sections 3 ("Sharing of Your Information"), 4 ("How We Store Your Information"), and 5 ("Your Choices About Your Information"). You can choose who can view your Content and activities, including your photos, as described in the Privacy Policy.*

[55] Voir avis CCA 24, Télédistribution, p. 28.

[56] pour une interprétation équivalente de la norme générale en matière de clauses abusives, voir CJUE, 14 mars 2013, affaire C-415/11, *Mohamed Aziz tg. Catalunyacaixa*, publié dans la jurisprudence numérique de la Cour européenne de Justice.

2. *Some of the Service is supported by advertising revenue and may display advertisements and promotions, and you hereby agree that [X]may place such advertising and promotions on the Service or on, about, or in conjunction with your Content. The manner, mode and extent of such advertising and promotions are subject to change without specific notice to you."*

- *Exemple 2 :*

« Vous conservez vos droits sur tous les Contenus que vous soumettez, postez ou publiez sur ou par l'intermédiaire des Services. En soumettant, publiant ou affichant des Contenus sur ou par le biais des Services, vous nous accordez une licence mondiale, non exclusive, gratuite, incluant le droit d'accorder une sous-licence, d'utiliser, de copier, de reproduire, de traiter, d'adapter, de modifier, de publier, de transmettre, d'afficher et de distribuer ces Contenus sur tout support par toute méthode de distribution connue ou amenée à exister. »

- *Exemple 3 :*

"*2. Partage de votre contenu et de vos informations*

Le contenu et les informations que vous publiez sur [X]vous appartiennent, et vous pouvez contrôler la façon dont nous partageons votre contenu grâce aux paramètres de confidentialité et des applications. En outre:

1. Pour le contenu protégé par les droits de propriété intellectuelle, comme les photos ou vidéos, vous nous donnez spécifiquement la permission suivante, conformément à vos paramètres de confidentialité et des applications : vous nous accordez une licence non exclusive, transférable, sous-licenciable, sans redevance et mondiale pour l'utilisation des contenus de propriété intellectuelle que vous publiez sur [X]ou en relation avec [X] (licence de propriété intellectuelle). Cette licence de propriété intellectuelle se termine lorsque vous supprimez vos contenus de propriété intellectuelle ou votre compte, sauf si votre compte est partagé avec d'autres personnes qui ne l'ont pas supprimé.

2. Lorsque vous supprimez votre contenu de propriété intellectuelle, ce contenu est supprimé d'une manière similaire au vidage de corbeille sur un ordinateur. Cependant, vous comprenez que les contenus supprimés peuvent persister dans des copies de sauvegarde pendant un certain temps (mais qu'ils ne sont pas disponibles)."

Analyse:

Sur la base des clauses citées, à un endroit à peine visible dans le corpus des conditions d'utilisation, le consommateur accorde l'autorisation au site de réseau social (a) d'utiliser l'ensemble du contenu à la seule discrétion du site de réseau social (b) partout dans le monde (c) sans qu'aucune rémunération ne soit due à cet effet (d) et de transférer librement ce contenu. Un transfert de contenu protégé très souvent par le droit d'auteur formulé de manière aussi large est difficilement conciliable avec les principes du droit d'auteur qui prévoient notamment que, pour chaque mode d'exploitation, la

rémunération de l'auteur, l'étendue et la durée de la cession des données protégées par le droit d'auteur doivent être déterminées expressément[57].

En raison de ce manque de transparence (art. VI.37, § 1er CDE juncto art. VI.82, aliéna 2 CDE) et en raison d'une délégation à ce point étendue de l'utilisation des données à caractère personnel par le site de réseau social, d'une manière qui porte préjudice à la protection visée par la législation spécifique sur le respect de la vie privée, on peut conclure qu'une telle combinaison de clauses crée un déséquilibre manifeste entre les droits et les obligations des parties, au détriment du consommateur[58].

La Commission des clauses abusives renvoie à ce sujet également au jugement d'un tribunal allemand[59].

§ 3. Modification unilatérale des caractéristiques du service, des conditions, et droit à la résiliation unilatérale

A. Modification unilatérale du service

Exemples *:*

- *Exemple 1 :*

  « Les Services fournis par [X]sont en constante évolution. La forme et la nature des Services fournis par [X]peuvent changer ponctuellement et sans préavis. De plus, [X]peut cesser (définitivement ou temporairement) de fournir les Services (ou toute fonctionnalité incluse dans les Services), à vous ou aux utilisateurs en général, sans que [X]puisse être en mesure de vous en aviser préalablement. Nous nous réservons également le droit de définir, à notre seule discrétion, des limites sur l'utilisation et le stockage, à tout moment et sans préavis. »

- *Exemple 2 :*

  « Nous n'avons de cesse de modifier et d'améliorer nos services. Nous sommes donc susceptibles d'ajouter ou de supprimer des fonctionnalités ou des fonctions, et il peut également arriver que nous suspendions ou interrompions complètement un Service. »

- *Exemple 3 :*

"1. We reserve the right to modify or terminate the Service or your access to the Service for any reason, without notice, at any time, and without liability to you."

---

[57] Article 3, § 1er, alinéa 4, de la loi du 30 juin 1994 relative au droit d'auteur, maintenant livre XI, 167, §1, 4e al. CDE.

[58] Pour une interprétation équivalente de la norme générale en matière de clauses abusives, voir de nouveau CJUE, 14 mars 2013, affaire C-415/11, *Mohamed Aziz tg. Catalunyacaixa*, publié dans la jurisprudence numérique de la Cour européenne de Justice.

[59] Landgericht Berlin, 6 mars 2012, Az 16 O 551/10, notamment à consulter via le lien suivant : http://openjur.de/u/269310.print

Remarques de la Commission des clauses abusives *:*

L'utilisation d'un réseau social ou d'une plate-forme sociale via l'internet porte sur un service à adapter en fonction des évolutions technologiques constantes et est donc par nature susceptible d'être modifié.

Si ces modifications ont des implications essentielles pour une utilisation normale par le consommateur moyen (par exemple à la suite de l'introduction de limites lors de l'utilisation et du stockage de données, l'arrêt de certaines fonctions standard, mais également de modifications fondamentales dans la politique de respect de la vie privée ou l'utilisation de données protégées par le droit d'auteur), il est avant tout nécessaire que le site de réseau social en informe clairement le consommateur. Bien que cela ne pose généralement pas de problème de se retirer du site de réseau social, le consommateur doit également être informé expressément de son droit de résiliation si le service ainsi adapté ne lui convient plus.

En principe, une partie contractante ne peut jamais modifier unilatéralement les points essentiels de ce qui est convenu, comme il en résulte de l'article VI.83.4° CDE. En ce qui concerne le contrat d'utilisation d'un site de réseau social, la 'plate-forme' ne disparaîtra pas toute seule, mais certaines applications pourraient cependant avoir été modifiées (ou arrêtées) unilatéralement. Vu le fait que les consommateurs peuvent toujours quitter le réseau social, et vu le fait qu'il n'y a aucune contrepartie pécuniaire directe, une communication claire, un délai suffisamment long pour s'adapter à ces changements et un droit de résiliation sont suffisants pour préserver un tant soit peu les droits du consommateur.

B. Modification unilatérale des conditions

Exemples *:*

- *Exemple 1 :*

« Nous sommes susceptibles de modifier ces Conditions d'Utilisation ou toute autre condition d'utilisation complémentaire s'appliquant à un Service, par exemple, pour refléter des modifications de la loi ou de nos Services. Nous vous recommandons de consulter régulièrement les Conditions d'Utilisation. Les modifications apportées à ces Conditions d'Utilisation seront signalées sur cette page. Nous publierons un avis de modification des conditions d'utilisation additionnelles dans le Service concerné. Les modifications ne s'appliqueront pas de façon rétroactive et entreront en vigueur au moins quatorze (14) jours après leur publication. Toutefois, les modifications spécifiques à une nouvelle fonctionnalité d'un Service ou les modifications apportées pour des raisons juridiques s'appliqueront immédiatement. Si vous n'acceptez pas les modifications apportées aux Conditions d'Utilisation d'un Service donné, vous devez cesser toute utilisation de ce Service."

- *Exemple 2 :*

« Modifications

1. *Nous vous aviserons de toute modification importante des présentes conditions, et vous donnerons la possibilité de consulter et de commenter la version révisée avant de continuer à utiliser nos Services.*

2. Si nous apportons des modifications aux règles, instructions ou autres conditions mentionnées ou incorporées à la présente Déclaration, nous pouvons vous en informer sur la Page Site Governance.

Votre utilisation des Services du réseau social après l'avis de modification de nos conditions générales, règles ou instructions implique que vous acceptez nos nouvelles conditions, règles ou instructions. »

- *Exemple 3 :*

1. *"We reserve the right, in our sole discretion, to change these Terms of Use (**"Updated Terms"**) from time to time. Unless we make a change for legal or administrative reasons, we will provide reasonable advance notice before the Updated Terms become effective. You agree that we may notify you of the Updated Terms by posting them on the Service, and that your use of the Service after the effective date of the Updated Terms (or engaging in such other conduct as we may reasonably specify) constitutes your agreement to the Updated Terms. Therefore, you should review these Terms of Use and any Updated Terms before using the Service. The Updated Terms will be effective as of the time of posting, or such later date as may be specified in the Updated Terms, and will apply to your use of the Service from that point forward. These Terms of Use will govern any disputes arising before the effective date of the Updated Terms."*

Analyse par la Commission des clauses abusives*:*

En droit belge, lorsqu'une entreprise modifie unilatéralement certaines conditions dans des contrats à durée indéterminée sur base d'éléments qui dépendent purement de sa volonté, il est au moins exigé que le consommateur en soit informé de manière claire et compréhensible et ait le droit, avant que les nouvelles conditions n'entrent en vigueur, de mettre fin au contrat. Il doit également être informé expressément de ce droit gratuit de résiliation.

(1) Notification claire des conditions modifiées

Le réseau social doit communiquer à l'utilisateur de manière claire et compréhensible quels éléments des conditions d'utilisation ont été modifiés. Un renvoi "passif" à une rubrique déterminée (par exemple, la rubrique Site Governance), ou au fait que le consommateur doit consulter régulièrement les conditions n'est pas suffisant à ce point de vue.

Le site de réseau social doit attirer lui-même l'attention du consommateur sur les conditions modifiées concernées et communiquer de manière claire et compréhensible ce qui a précisément changé en la matière.

(2) Mention expresse du droit de résiliation

Les conditions reproduites énoncent que si le consommateur continue à utiliser le site de réseau social, cela signifie que le consommateur déclare être d'accord avec les conditions modifiées : "take it or leave it".

Cela ne garantit pas de manière suffisante le droit du consommateur de contester une modification unilatérale introduite par le site de réseau social : le consommateur doit au moins pouvoir résilier le contrat gratuitement à la suite de cette modification ; il faut lui laisser suffisamment de temps à cet effet et dans la communication concernant les conditions modifiées, il doit être clairement stipulé que le consommateur qui n'est pas d'accord peut mettre fin au contrat.

C. Droit unilatéral de mettre fin au service

I. Clauses rencontrées *:*

- Exemple 1 :

« Nous pouvons suspendre ou résilier vos comptes, ou cesser de vous fournir tout ou partie des Services à tout moment, sans raison ou pour quelque raison que ce soit, y compris, sans s'y limiter, si nous estimons raisonnablement que : (i) vous avez violé les présentes Conditions ou le Règlement Twitter, (ii) vous créez un risque ou une exposition juridique potentielle pour nous, ou (iii) notre fourniture des Services n'est plus commercialement viable. Nous mettrons en œuvre des moyens raisonnables pour vous en aviser, à l'adresse email associée à votre compte ou lorsque vous tenterez d'accéder à votre compte.

Dans tous les cas précités, les Conditions seront résiliées, ce qui inclut, sans limitation, la licence d'utilisation des Services dont vous bénéficiez, sauf pour les sections suivantes qui continuent de s'appliquer : 4, 5, 7, 8, 10, 11 et 12. »

- *Exemple 2:*

"Violation of these Terms of Use may, in [X] sole discretion, result in termination of your [X]account. You understand and agree that [X]cannot and will not be responsible for the Content posted on the Service and you use the Service at your own risk. If you violate the letter or spirit of these Terms of Use, or otherwise create risk or possible legal exposure for Instagram, we can stop providing all or part of the Service to you."

- *Exemple 3 :*

« Résiliation
Si vous enfreignez la lettre ou l'esprit de cette Déclaration, ou créez autrement un risque de poursuites à notre encontre, nous pouvons arrêter de vous fournir tout ou partie de[X]. Nous vous en avertirons par courrier électronique ou lors de votre prochaine connexion à votre compte. Vous pouvez également supprimer votre compte ou désactiver votre application à tout moment. Le cas échéant, cette Déclaration deviendra caduque, mais les conditions suivantes resteront en vigueur : 2.2, 2.4, 3 à 5, 9.3, et 14 à 18. »

II. Analyse par la Commission des clauses abusives

Dans les clauses citées, le site de réseau social se réserve le droit le plus large possible (“la lettre ou l’esprit de cette Déclaration”) de mettre fin à la connexion non seulement lors de toute infraction présumée aux conditions d’utilisation, mais également si l’utilisateur constitue un ‘risque juridique’ ou même sans devoir indiquer aucune raison, à sa seule discrétion.

Une clause qui octroie un tel droit discrétionnaire de mettre fin unilatéralement (et immédiatement) au contrat uniquement à sa seule discrétion crée un déséquilibre manifeste entre les droits et les obligations des parties au détriment du consommateur et est de ce fait une clause abusive (art. I.8.22° CDE). Cette clause est également contraire aux articles VI.83, 6° CDE (droit exclusif d'interpréter une quelconque clause du contrat) et art. VI.83, 11° CDE (mettre fin unilatéralement au contrat).

Afin de respecter au minimum les droits de l’utilisateur, les principes suivants sont d’application:

(1) Un site de réseau social peut uniquement se réserver le droit de résolution immédiate du contrat avec l’utilisateur si c’est pour des motifs graves justifiant l’arrêt immédiat de la connexion au réseau, lesquels doivent être clairement indiqués dans la clause concernée.

(2) S’il s’agit d’infractions au contrat avec l’utilisateur qui ne justifient pas l’arrêt immédiat pour préserver le fonctionnement normal du réseau social, l’utilisateur concerné doit d’abord être informé de cette infraction et au moins pouvoir contester les manquements invoqués.

(3) En dehors de ces deux premières hypothèses, un site de réseau social peut uniquement se réserver le droit de mettre fin unilatéralement au contrat lorsqu’un délai de résiliation raisonnable est laissé au consommateur.

D. Fin de la relation contractuelle et suppression des données personnelles

Le terme de la relation contractuelle avec un site de réseau social a pour conséquence qu’un consommateur ne peut plus faire usage du réseau plus longtemps. Cela doit aussi avoir pour conséquence que, de l’autre côté, le réseau social ne peut plus faire valoir plus longtemps les droits qui découlent du contrat, et en particulier, ne peut plus utiliser les données personnelles du consommateur.

La Commission des clauses abusives constate que ce n’est pas le cas dans les conditions d’utilisation des réseaux sociaux examinées. Comme il ressort de la jurisprudence de la Cour européenne de Justice [60], un effacement rapide des données privées est absolument essentiel pour garantir la protection des données de l’utilisateur (consommateur).

En cas de résiliation, les clauses qui accordent aux réseaux sociaux le droit de conserver les données plus longtemps que nécessaire d’un point de vue technique sont en outre contraires à l’article VI.83,6° CDE

[60] Voir par analogie CJUE, l’arrêt Google Spain, affaire C-131/12 du 13 mai 2014, publié dans la jurisprudence digitale de la Cour européenne de justice

en ce qu'elles accordent à l'entreprise un droit exclusif d'interprétation en ce qui concerne la sauvegarde de ces données[61].

Exemple :

« Vous pouvez également supprimer votre compte ou désactiver votre application à tout moment. Le cas échéant, cette Déclaration deviendra caduque, mais les conditions suivantes resteront en vigueur : 2.2, 2.4, 3 à 5, 9.3, et 14 à 18.

Article 2.2 « Lorsque vous supprimez votre contenu de propriété intellectuelle, ce contenu est supprimé d'une manière similaire au vidage de corbeille sur un ordinateur. Cependant, vous comprenez que les contenus supprimés peuvent persister dans des copies de sauvegarde pendant un certain temps (mais qu'ils ne sont pas disponibles ».

Commentaire *:*

Les articles auxquels cette clause se réfère concernent notamment les obligations d'attention dans le chef du consommateur (sécurité, inscription et sécurité du compte, protection des droits d'autrui), mais aussi les dispositions sur l'exclusion/limitation de responsabilité. La disposition sur le suivi du contenu personnel auquel il est référé est importante pour évaluer si il n'y a pas de déséquilibre manifeste entre les droits et obligations des parties au détriment du consommateur.

A cet égard, il est essentiel que les réseaux sociaux effacent immédiatement toutes les informations personnelles au terme de la relation contractuelle. Etant donné cette obligation de résultat très stricte, la clause qui énonce que « les contenus supprimés peuvent persister pendant un certain temps » est abusive au sens de l'article VI.83.6° CDE et abusive en tout cas au sens de l'article I.8.22°CDE.

§ 4. Limitations de responsabilité et clauses de garantie

A. Transparence des clauses d'exonération : formulation claire et énumération spécifique des cas où la responsabilité est limitée

Exemples*:*

- *Exemple 1 :*

« NOUS ESSAYONS DE FOURNIR [X] DANS UN ENVIRONNEMENT SANS DÉFAUT ET SÛR, MAIS VOUS L'UTILISEZ À VOTRE PROPRE RISQUE. NOUS FOURNISSONS FACEBOOK « EN L'ÉTAT » SANS GARANTIES EXPRÈS OU IMPLICITES, Y COMPRIS, MAIS SANS S'Y LIMITER, LES GARANTIES IMPLICITES DE QUALITÉ

[61] Voir dans le même sens CCA (France), recommandation n°2014-12, p.8, n°31 : « *que ces clauses reconnaissent au professionnel un pouvoir de décision unilatérale quant à la durée de conservation de ces contenus sans que ce droit ne soit assorti d'une information relative aux modalités de cette conservation en faveur de l'utilisateur/consommateur ou non professionnel ;… »*

MARCHANDE, D'ADÉQUATION À UN USAGE PARTICULIER OU DE NON-VIOLATION. NOUS NE GARANTISSONS PAS QUE [X] SOIT TOUJOURS SÛR, SÉCURISÉ OU EXEMPT D'ERREURS, OU QUE [X] FONCTIONNE TOUJOURS SANS INTERRUPTION, RETARD OU IMPERFECTION. [X] N'ASSUME AUCUNE RESPONSABILITÉ QUANT AUX ACTIONS, CONTENUS, INFORMATIONS OU DONNÉES DE TIERS, ET VOUS NOUS DÉGAGEZ LES MEMBRES DE NOTRE DIRECTION, LES MEMBRES DE NOTRE CONSEIL D'ADMINISTRATION, NOS EMPLOYÉS ET AGENTS DE TOUTE RESPONSABILITÉ EN CAS DE PLAINTES OU DOMMAGES, CONNUS ET INCONNUS, ÉMANANT DES PLAINTES OU DOMMAGES À L'ENCONTRE DE CES TIERS, OU Y AFFÉRENTS. SI VOUS RÉSIDEZ EN CALIFORNIE, VOUS RENONCEZ À LA CLAUSE §1542 DU CODE CIVIL DE L'ÉTAT DE CALIFORNIE, DONT LE TEXTE EST LE SUIVANT : « UNE DÉCHARGE GÉNÉRALE NE S'APPLIQUE PAS AUX RÉCLAMATIONS DONT LE CRÉANCIER N'A PAS CONNAISSANCE OU DONT IL NE SOUPÇONNE PAS L'EXISTENCE EN SA FAVEUR AU MOMENT DE L'EXÉCUTION DE LA DÉCHARGE, ET QUI, S'IL EN AVAIT EU CONNAISSANCE, AURAIENT EU UN IMPACT IMPORTANT SUR SON RÈGLEMENT AVEC LE DÉBITEUR. » NOUS NE POURRONS ÊTRE TENUS RESPONSABLES DE LA PERTE DE BÉNÉFICES OU TOUT AUTRE DOMMAGE CONSÉCUTIF, SPÉCIAL, INDIRECT OU ACCESSOIRE, QU'ILS DÉCOULENT DE CETTE DÉCLARATION OU DE [X] QUAND BIEN MÊME NOUS AURIONS ÉTÉ INFORMÉS DE LA POSSIBILITÉ D'UN TEL DOMMAGE. L'AGRÉGAT TOTAL DE NOTRE RESPONSABILITÉ ENVERS VOUS DANS LE CADRE DE CETTE DÉCLARATION OU DE [X] NE POURRA DÉPASSER LE MONTANT PAYÉ PAR VOUS AU COURS DES DOUZE MOIS PRÉCÉDENTS OU CENT DOLLARS (100 USD), LE MONTANT LE PLUS ÉLEVÉ ÉTANT CELUI PRIS EN COMPTE. LE DROIT APPLICABLE POUVANT NE PAS AUTORISER LA LIMITATION OU L'EXCLUSION DE RESPONSABILITÉ OU DE DOMMAGES INCIDENTS OU CONSÉCUTIFS, LA LIMITATION OU L'EXCLUSION CI-DESSUS PEUT NE PAS S'APPLIQUER À VOTRE CAS. DANS DE TELS CAS, LA RESPONSABILITÉ DE [X] SERA LIMITÉE AU MAXIMUM PERMIS PAR LE DROIT APPLICABLE. »

- *Exemple 2 :*

« Dans les limites permises par la loi, l'entreprise, ses fournisseurs et distributeurs, déclinent toute responsabilité pour les pertes de bénéfices, de revenus ou de données, ou les dommages et intérêts indirects, spéciaux, consécutifs, exemplaires ou punitifs ».

Analyse de la Commission des clauses abusives

La Commission des clauses abusives rappelle que l'exigence de transparence est une exigence essentielle lors de l'évaluation du caractère abusif de clauses. Cette exigence de transparence porte non seulement sur la formulation du contenu, mais également sur la place de la clause dans le corpus des conditions contractuelles.

Toutes les clauses d'exonération examinées peuvent déjà être critiquées pour leur caractère non transparent (art. VI.37, § 1, CDE), ce qui peut avoir une influence directe sur l'évaluation de leur caractère abusif (art. VI.82, alinéa 2, CDE).

(1) L'exigence de clarté et de compréhensibilité (exigence de transparence) doit être remplie du point de vue du consommateur: quelle sera sa perception ? comment le consommateur moyen comprend-il la clause d'exonération telle qu'elle est formulée?[62] Dans ce cadre, il est également dans l'intérêt de l'entreprise d'énoncer clairement et de préciser quelles sont les caractéristiques de son service avant que le consommateur ne soit lié par le contrat d'utilisation.

En ce qui concerne les clauses d'exonération, cette exigence de transparence est d'autant plus importante: si une entreprise veut exclure ou limiter sa responsabilité, elle ne peut le faire que si elle indique clairement dans quels cas elle ne s'estime pas responsable ou limite sa responsabilité. Des clauses d'exonération formulées de manière générale d'où il ne ressort pas clairement que l'entreprise exclut sa responsabilité pour une hypothèse déterminée (par exemple, une faute lourde) ne sont pas suffisantes pour se prévaloir d'une limitation ou d'une exclusion de responsabilité[63].

La disposition citée dans le premier exemple, présentée en majuscules, ce qui complique déjà la lisibilité et la clarté, se trouve dans l'article sur le règlement des litiges.

Dans cette clause, quatre hypothèses sont traitées successivement : (1) l'exclusion de responsabilité pour des interruptions, retards ou irrégularités sur la plate-forme de réseau et l'exclusion de responsabilité pour les actions de tiers, (2) l'obligation de préserver le site internet en cas de réclamations que l'utilisateur aurait contre des tierces parties, (3) l'exclusion de responsabilité pour les dommages indirects ou accidentels découlant de la relation avec l'utilisateur du réseau et la limitation de tout dédommagement à 100 dollars US maximum, (4) la disposition finale stipulant que, le cas échéant, c'est sans préjudice de dispositions légales contraires.

La place de cette disposition en dessous du règlement des litiges n'est pas transparente. En outre, une telle formulation n'est pas claire pour le consommateur moyen.

(2) Dans le deuxième exemple, on donne l'impression que l'entreprise n'est jamais responsable pour les pertes de bénéfices, de revenus ou de dommages indirects, alors que c'est contraire à la loi. Cela crée une impression totalement fausse par rapport aux 'droits légaux' du consommateur dans sa relation avec l'entreprise (le site de réseau social).

Une telle clause crée dans le chef du consommateur moyen l'impression que l'entreprise, en règle générale, ne sera pas responsable pour un tel dommage et est, en plus d'être contraire avec l'exigence de transparence[64], une clause d'exonération abusive puisqu'elle exclut ainsi la responsabilité de manière trop poussée[65].

---

[62] Voir déjà en rapport avec l'exigence de transparence l'arrêt Kásler, Disp. N° 2. CJUE, 30 avril 2014, Árpád Kásler et Hajnalka Káslerné Rábai contre OTP Jelzálogbank Zrt., à consulter via le site internet de la Cur de Justice, http://curia.europa.eu

[63] Voir également CCA 37, Avis sur les contrats d'aide-ménagère des entreprises de titres-services, p. 25.

[64] Voir dans le même sens l'avis CCA 37 du 15 juillet 2015 sur les contrats d'aide-ménagère des entreprises de titres-services, p. 27, recommandation n°5.1 : « Les clauses de limitation de responsabilité ne peuvent être invoquées que si l' entreprise indique clairement et spécifiquement dans quels cas cette limitation de responsabilité s'applique. A ce point de vue, des clauses formulées de manière générale ou des clauses dans

B. Analyse du contenu des différentes clauses d'exonération

I. <u>Exclusion de responsabilité pour une des prestations principales/ faute lourde</u>

Clauses rencontrées :

- *Exemple 1:*

"the service, including, without limitation, [X] content, is provided on an "as is", "as available" and "with all faults" basis. to the fullest extent permissible by law, neither [X] nor its parent company nor any of their employees, managers, officers or agents (collectively, the "[X] parties") make any representations or warranties or endorsements of any kind whatsoever, express or implied, as to: (a) the service; (b) the [X] content; (c) user content; or (d) security associated with the transmission of information to [X] or via the service. in addition, the [X] parties hereby disclaim all warranties, express or implied, including, but not limited to, the warranties of merchantability, fitness for a particular purpose, non-infringement, title, custom, trade, quiet enjoyment, system integration and freedom from computer virus.

The [X]parties do not represent or warrant that the service will be error-free or uninterrupted; that defects will be corrected; or that the service or the server that makes the service available is free from any harmful components, including, without limitation, viruses. the [X]parties do not make any representations or warranties that the information (including any instructions) on the service is accurate, complete, or useful. you acknowledge that your use of the service is at your sole risk. the [X]parties do not warrant that your use of the service is lawful in any particular jurisdiction, and the [X] parties specifically disclaim such warranties. some jurisdictions limit or do not allow the disclaimer of implied or other warranties so the above disclaimer may not apply to you to the extent such jurisdiction's law is applicable to you and these terms of use."

- *Exemple 2 :*

"Les services sont fournis en l'Etat »

« Vous utilisez et accédez aux Services et aux Contenus à vos entiers risques et périls. Vous comprenez et acceptez que les Services vous sont fournis « EN L'ÉTAT » et « TELS QUE DISPONIBLES ». Sans préjudice de ce qui précède, et dans les limites les plus étendues autorisées par la loi applicable, les ENTITÉS [X] EXCLUENT TOUTES GARANTIES ET CONDITIONS, EXPRESSES OU IMPLICITES, DE QUALITÉ MARCHANDE, D'ADÉQUATION À UN USAGE PARTICULIER OU DE NON-VIOLATION. »

- *Exemple 3 :*

---

lesquelles l'entreprise énumère les cas pour lesquels elle est assurée, ne sont pas suffisantes ». A consulter via le lien suivant : http://economie.fgov.be/fr/binaries/CCA37_tcm326-273339.pdf

[65] Pour une analyse détaillée, voir point B., en particulier B.II (3)

« Notre offre de Services est soumise à une obligation de moyens, dans les limites de ce qui est commercialement raisonnable. Nous espérons que vous trouverez plaisir à les utiliser. Nos Services font cependant l'objet d'une limitation de garantie.

Sauf tel qu'expressément prévu par les présentes conditions d'utilisation ou des conditions d'utilisation additionnelles, ni[X], ni ses fournisseurs ou distributeurs, ne font aucune promesse spécifique concernant les services. Par exemple, nous ne nous engageons aucunement concernant le contenu des services, les fonctionnalités spécifiques disponibles par le biais des services, leur fiabilité, leur disponibilité ou leur adéquation à répondre à vos besoins. Nous fournissons nos services « en l'état ».

Certaines juridictions n'autorisent pas l'exclusion de certaines garanties, telles que la garantie implicite de qualité marchande, d'adéquation à répondre à un usage particulier et de conformité. Dans les limites permises par la loi, nous excluons toute garantie. »

- *Exemple 4 :*

« 15.3. Nous essayons de fournir [X]dans un environnement sans défaut et sûr, mais vous l'utilisez à votre propre risque. Nous fournissons [X] « en l'état » sans garanties exprès ou implicites, y compris les garanties implicites de qualité marchande, d'adéquation à un usage particulier ou de non-violation. Nous ne garantissons pas que [X]soit toujours sûr et sécurisé ou exempt d'erreurs ou que [X] fonctionne toujours sans interruption, retard ou imperfection. »

Analyse par la Commission de la Commission des clauses abusives

En droit belge, une entreprise ne peut jamais se libérer de sa responsabilité du fait de son dol, de sa faute lourde ou de celle de ses préposés ou mandataires, ni pour l'inexécution d'une obligation consistant en une des prestations principales du contrat (sauf cas de force majeure). Cela découle de l'article VI.83, 13° CDE.

En outre, toute clause ou combinaison de clauses qui a pour objet d'exclure ou de limiter de façon inappropriée les droits légaux du consommateur vis-à-vis de l'entreprise ou d'une autre partie en cas d' inexécution totale ou partielle ou d'exécution défectueuse par l'entreprise d'une quelconque de ses obligations contractuelles est contraire à l'article VI.83, 30° CDE.

L'article VI.83, 30° CDE concerne non seulement une limitation inappropriée des droits légaux du consommateur en cas d' inexécution totale ou partielle ou d'exécution défectueuse par le site de réseau social même, mais d'un point de vue plus large, tout manquement attribuable au site de réseau social, par exemple à la suite d'une faute d'un tiers avec lequel le site de réseau social est lié d'une manière ou l'autre.

Les clauses reproduites visent souvent à éroder les engagements essentiels des sites de réseaux sociaux. Comme déjà expliqué dans l'introduction, les engagements essentiels d'un site de réseau social concernent les prestations suivantes :

- Le stockage et la gestion des profils des utilisateurs et des contenus ;

- La mise à disposition de ces informations aux autres membres du site via un accès rapide à la plateforme en ligne.
- la fourniture d' un service à distance, plus précisément en rapport avec des services de communication, et la gestion de profils, ce qui va plus loin qu'un simple stockage de données.
- le « cloud computing » (software as a service) pour lequel, dans le cadre des services de la société d'information, les dispositions en matière de responsabilité en tant que fournisseur de services qui intervient comme intermédiaire[66] sont également valables, plus précisément celles en tant que « host provider » (article XII.19 CDE).

Ensuite, le site de réseau social est en principe également responsable pour l'utilisation qu'il fait ou fait faire des données à caractère personnel, entre autres en ce qui concerne la publicité ciblée.

Dans la mesure où les clauses examinées visent les prestations dans leur ensemble (y compris les prestations principales) et impliquent donc que le prestataire qui met à disposition le site de réseau social n'est jamais responsable pour une de ses prestations principales, elles sont abusives sur base de l'art.VI.83,13° CDE. En outre, elles sont abusives sur base de l'art.VI.83,30° CDE.
En stipulant en substance que le consommateur doit adhérer au réseau social tel qu'il est, à ses propres risques, sans garantie explicite ou implicite ni aucune promesse de la part de l'entreprise, le site de réseau social ne s'engage à rien et s'exonère a fortiori de toute responsabilité découlant du non-respect d'une de ses prestations principales.

Conformément à l'art.VI.83.13° CDE, une exonération du fait de faute lourde, sauf en cas de force majeure, est en tout cas abusive.

On peut attendre d'un prestataire qui met à disposition un site de réseau social en tant que professionnel, que le réseau soit suffisamment sécurisé et sans erreur, en particulier en ce qui concerne la protection des données personnelles.

Si le prestataire ne prend pas les mesures suffisantes à cet égard, cela peut constituer une faute grave.

Dans la mesure où les clauses examinées excluent la responsabilité pour des manquements graves en matière de sécurité et de protection des données, (e.a. suite à leur formulation générale), elles sont abusives sur base de l'art.83.13° CDE.

II. Limitation de l'indemnisation

Clauses rencontrées :

- *Exemple 1:*

[66] Voir à ce sujet J.Ph.MOINY, « Internet et les réseaux sociaux », dans Cécile de TERWANGNE (ed.), Vie privée et données à caractère personnel, Bruxelles, Politeia, feuillets interchangeables, Chapitre 7.1.,p.41-43

“Limitation of Liability; Waiver

Under no circumstances will the parties be liable to you for any loss or damages of any kind (including, without limitation, for any direct, indirect, economic, exemplary, special, punitive, incidental or consequential losses or damages) that are directly or indirectly related to: (a) the service; (b) the [X] content; (c) user content; (d) your use of, inability to use, or the performance of the service; (e) any action taken in connection with an investigation by the parties or law enforcement authorities regarding your or any other party's use of the service; (f) any action taken in connection with copyright or other intellectual property owners; (g) any errors or omissions in the service's operation; or (h) any damage to any user's computer, mobile device, or other equipment or technology including, without limitation, damage from any security breach or from any virus, bugs, tampering, fraud, error, omission, interruption, defect, delay in operation or transmission, computer line or network failure or any other technical or other malfunction, including, without limitation, damages for lost profits, loss of goodwill, loss of data, work stoppage, accuracy of results, or computer failure or malfunction, even if foreseeable or even if the parties have been advised of or should have known of the possibility of such damages, whether in an action of contract, negligence, strict liability or tort (including, without limitation, whether caused in whole or in part by negligence, acts of god, telecommunications failure, or theft or destruction of the service). in no event will the parties be liable to you or anyone else for loss, damage or injury, including, without limitation, death or personal injury. some states do not allow the exclusion or limitation of incidental or consequential damages, so the above limitation or exclusion may not apply to you. in no event will the parties total liability to you for all damages, losses or causes or action exceed one hundred united states dollars ($100.00).

You agree that in the event you incur any damages, losses or injuries that arise out of [X] acts or omissions, the damages, if any, caused to you are not irreparable or sufficient to entitle you to an injunction preventing any exploitation of any web site, service, property, product or other content owned or controlled by the parties, and you will have no rights to enjoin or restrain the development, production, distribution, advertising, exhibition or exploitation of any web site, property, product, service, or other content owned or controlled by the parties.”

- Exemple 2 :

« Responsabilité pour nos Services

Dans les limites permises par la loi, [X], ses fournisseurs et distributeurs, déclinent toute responsabilité pour les pertes de bénéfices, de revenus ou de données, ou les dommages et intérêts indirects, spéciaux, consécutifs, exemplaires ou punitifs.

Dans les limites permises par la loi, la responsabilité totale de[X], de ses fournisseurs et distributeurs, pour toute réclamation dans le cadre des présentes conditions d’utilisation, y compris pour toute garantie implicite, est limitée au montant que vous nous avez payé pour utiliser les services (ou, si tel est notre choix, pour que nous vous fournissions à nouveau ces services).

En aucun cas, [X],ses fournisseurs et distributeurs ne seront tenus responsables pour toute perte ou dommage qui n'aurait pas été raisonnablement prévisible.

Nous reconnaissons que, dans certains pays, vous pouvez jouir de certains droits en tant que consommateur. Si vous utilisez les Services pour un usage personnel, aucune disposition des présentes Conditions d'Utilisation ou des conditions d'utilisation supplémentaires ne limite les droits légaux du consommateur auxquels aucun contrat ne peut déroger. »

- *Exemple 3 :*

« Nous ne pourrons être tenus responsables de la perte de bénéfices ou tout autre dommage consécutif, spécial, indirect ou accessoire, qu'ils découlent de cette déclaration oude [X], quand bien même nous aurions été informés de la possibilité d'un tel dommage. L'agrégat total de notre responsabilité envers vous dans le cadre de cette déclaration ou de [X] ne pourra dépasser le montant payé par vous au cours des douze mois précédents ou cent dollars (100 usd), le montant le plus élevé étant celui pris en compte.

- *Exemple 4 :*

"En aucun cas le montant total des dommages intérêts auxquels les entités[X]pourraient être condamnées au titre de leur responsabilité ne pourra dépasser le montant le plus élevé entre cent dollars américains (usd 100,00) et les sommes que vous avez versées à[X] , le cas échéant, durant les six derniers mois pour les services à l'origine de la demande. »

Analyse de la Commission des clauses abusives

Alors que les clauses figurant au point I concernent la description des engagements de l'entreprise de réseau social, les clauses figurant au point II concernent l'exclusion de certains dédommagements ou l'exclusion ou la limitation de l'indemnisation dans le cas de responsabilité du site de réseau social.

Lors de l'évaluation du caractère abusif de clauses, on part chaque fois des conséquences de certaines clauses ou combinaisons de clauses ("qui ont pour objet ou pour conséquence"). Il n'est pas important de ce point de vue que ce soit en minimalisant les engagements auxquels le site de réseau social est tenu ou en limitant très fortement le dommage pour lequel une indemnité est demandée ou peut être réclamée.

(1) Dans les exemples repris ci-dessus, il ne s'agit pas seulement de limiter le dommage pour lequel une indemnité peut être demandée ou réclamée mais les clauses sont formulées de manière tellement larges que différentes situations sont couvertes.

La Commission des clauses abusives renvoie à cet égard à la discussion relative au point I (Exclusion de responsabilité pour une des prestations principales/faute lourde) et répète que le site de réseau social (1) ne peut jamais exclure sa responsabilité pour dol, faute grave ou inexécution d'une obligation qui est une des prestations principales du contrat (art.VI.83,13° CDE), ni (2) exclure ou limiter sa responsabilité de façon inappropriée en cas de défaut de prestation ou d'exécution défectueuse de ses obligations contractuelles à l'égard du consommateur (art.VI.83,30° CDE). Les clauses qui excluent toute

responsabilité des sites de réseaux sociaux pour la disparition du contenu placé par le consommateur (voir exemples 1 et 2) sont donc par définition contraires aux articles VI.83.13 et 30° CDE[67].

Elle rappelle en outre (voir exemple 1) que les clauses qui ont pour objet d'exclure ou de limiter la responsabilité légale de l'entreprise suite à un acte ou à une omission de cette entreprise sont toujours considérées comme abusives et contraires à l'article VI.83.25° de la liste noire des clauses en tout cas abusives.

(2) En ce qui concerne la limitation de l'indemnité à laquelle le consommateur a droit, il faut relever ce qui suit.

Dans l'exemple 2, ce montant est limité au *« montant que vous nous avez versé pour l'utilisation des services ».* Dans beaucoup de cas, le service n'est pas fourni contre paiement d'une somme en argent ; cette clause implique donc que le prestataire de service ne devra payer *de facto* aucune quelconque indemnité[68].

L'exclusion totale d'indemnité pour dommages et intérêts, par exemple dans le cas de perte des données ou d'un compte d'utilisateur, est contraire aux articles VI.83, 13° et 30° CDE.

Si le plafond pour un dédommagement est insignifiant, par exemple dans le cas d'un dédommagement limité à 100 dollars maximum, cela peut revenir à une exclusion ou une limitation de responsabilité en contradiction avec les articles VI.83.13° et 30° CDE[69].

(3) Exclusion de responsabilité pour dommage « indirect »

Dans les exemples 1,2 et 3, la responsabilité pour divers types de dommages est exclue. Ainsi, dans l'exemple 3 : *« toute perte de bénéfices ou tout autre dommage consécutif, spécial, indirect ou accessoire, qu'ils découlent ou aient un rapport avec cette déclaration ou le réseau social »* sont exclus.

La Commission des clauses abusives répète ici[70] que, dans le cas d'un manquement qui lui est imputable, le débiteur est en principe tenu d'indemniser tous les dommages prévisibles lors de la conclusion du contrat (art.1150 CC) , ce qui comprend tout dommage qui est une suite inévitable du manquement et peut donc avoir un rapport avec un manque à gagner (art.1149 CC), un dommage consécutif ou dommage occasionnel[71].

---

[67] Dans le même sens, voir CCA (France), recommandation n°2014-02, p.8, n°29 (clauses relatives à la perte des données).

[68] Voir J.CLINCK, « Cloud computing-overeenkomsten en de aansprakelijkheid van cloud services providers : consument in de wolken ? », dans *Cah.Jur.*2014/4, (101-117), p.113-114, n°s 40-41

[69] Un arrêt de la cour française de Cassation juge dans le même sens : voir Cass.fr.29 juin 2010 *(Faurecia c/Oracle),*à consulter sur le site web de la Cour française : www.courdecassation.fr

[70] CCA 33, 27 février 2013, Avis sur les clauses relatives à la garantie commerciale en cas de vente de biens de consommation, p.36 (point C. dommages indirects,1. Dommage consécutif).

[71] Voir à ce sujet Cass.14 octobre 1985, *Arr.Cas.*1985-86,179, Cass.9 mai 1986, *TBH*,1987, 413 et Cass.2 septembre 2004, *JT*,2004, afl.6148,648, avec note B. DE CONINCK, voir J.CLINCK , « Cloud computing-overeenkomsten en de

Il peut s'agir principalement ici de l'accès rapide et du bon fonctionnement du site de réseau social. Il s'agit aussi de la perte des données, d'une manipulation fautive des données placées sur le réseau social (par exemple, des données privées qui sont rendues publiques, d'une confusion dans les noms), de la non disparition de données, d'atteinte à la réputation suite à une mauvaise manipulation.

Vu la description des principales obligations des sites de réseaux sociaux, il est tout de même question d'un dommage quelque peu prévisible, et une limitation du devoir d'indemnisation jusqu'aux montants payés en argent aux sites de réseaux sociaux ou jusqu'à 100 US dollars maximum est, à cet égard, contraire aux articles VI.83,13° et 30° CDE.

C. Clauses de garantie

Clauses rencontrées

- *Exemple 1 :*

« 2. *En cas d'action portée à notre encontre par un tiers suite à vos agissements, à vos contenus ou à vos informations sur [X],vous indemniserez et nous protégerez de tous les préjudices, pertes et frais, y compris les honoraires raisonnables d'avocat, afférents à cette action. Bien que nous édictions des règles de comportement des internautes, nous ne contrôlons pas et ne dirigeons pas les agissements des internautes sur[X]et nous ne sommes en aucun cas responsables des contenus et des informations transmis ou partagés par les internautes sur [X]Nous ne sommes pas responsables des contenus ou informations offensants, inappropriés, obscènes, illicites ou autrement choquants que vous pourriez trouver sur[X]. Nous ne sommes pas responsables de la conduite, en ligne ou hors ligne,des[X] utilisateurs*. »

- *Exemple 2:*

"Indemnification

You (and also any third party for whom you operate an account or activity on the Service) agree to defend (at Instagram's request), indemnify and hold the [X]Parties harmless from and against any claims, liabilities, damages, losses, and expenses, including without limitation, reasonable attorney's fees and costs, arising out of or in any way connected with any of the following (including as a result of your direct activities on the Service or those conducted on your behalf): (i) your Content or your access to or use of the Service; (ii) your breach or alleged breach of these Terms of Use; (iii) your violation of any third-party right, including without limitation, any intellectual property right, publicity, confidentiality, property or privacy right; (iv) your violation of any laws, rules, regulations, codes, statutes, ordinances or orders of any governmental and quasi-governmental authorities, including, without limitation, all regulatory, administrative and legislative authorities; or (v) any misrepresentation made by you. You will cooperate as fully required by [X] in the defense of any claim. [X] reserves the right to assume the

---

aansprakelijkheid van cloud service providers : consument in de wolken ? », dans *Cah.Jur.*,2014/4, (101-117),p.114, n°42 ; K.DE VULDER et S.ONGENA « Contractuele uitsluiting van « indirecte schade », *NjW* 2002, n°12, (44) 47, n°19

exclusive defense and control of any matter subject to indemnification by you, and you will not in any event settle any claim without the prior written consent of [X].”

Analyse par la Commission des clauses abusives

Les clauses citées obligent l’utilisateur qui ne respecte pas les conditions d’utilisation d’une manière ou d’une autre, qui porte atteinte aux droits de tierces parties, qui exerce des activités illégales ou adopte des comportements illégaux (faute), à exonérer et indemniser entièrement le site de réseau social, y compris les frais juridiques raisonnables qui seraient encourus par le site de réseau social.

Si l’on compare ces dispositions avec les clauses d’exonération dans le chef du site de réseau social, on ne peut que conclure que le site de réseau social exclut sa responsabilité de manière totale ou extrême et fait reposer en même temps sur l’utilisateur la charge d’une demande potentielle de dédommagement (y compris celle du site de réseau social) de telle sorte qu’il n’y a aucune réciprocité ni équivalence sur le plan des obligations d’indemnisation dans le chef du site de réseau social et de l’utilisateur. Sur la base de la norme générale (art. I.8.22° WER), on peut déjà considérer comme abusif un tel manque manifeste d’équivalence.

S’il est vrai que le consommateur est responsable pour *chaque* contenu qu’il place sur la plate-forme du réseau, cela ne signifie pas pour autant qu*’en toutes circonstances,* il est automatiquement supposé responsable pour tout ce qui se passe avec ce contenu. La faute peut toujours être la conséquence d’un acte ou d’une omission du site de réseau social ou d’un tiers. Par conséquent, les clauses de garantie sont abusives au sens de la norme générale (art.I.8.22° CDE), pour les raisons énoncées ci-dessous :

1. Même en l’absence de faute du consommateur, une obligation de dédommagement s’applique.
2. Il est question d’un dédommagement total, même dans le cas d’une faute du site de réseau social.

En ce qui concerne l’indemnisation de tous les frais liés à la procédure, en ce compris les frais d’avocat que le site de réseau social doit engager, ils ne peuvent pas être répercutés intégralement. De tels frais sont réglés en droit belge dans la phase judiciaire par des dispositions légales impératives[72].

En outre, il y a un manque total de réciprocité et d’équivalence lors de la comparaison avec l’exonération dans le chef du site de réseau social.

§ 5.**Compétence judiciaire**– Clauses de règlement des litiges

A. Clauses relatives au juge compétent

Clauses examinées :

- *Exemple 1 :*

[72] Art. 1022 et 1023 du Code judiciaire.

15. Litiges

« 1. Vous porterez toute plainte, action en justice ou contestation (« action ») afférente à cette Déclaration ou [X]exclusivement devant un tribunal américain du Northern District de Californie ou devant un tribunal d'État du comté de San Mateo, et vous acceptez de respecter la juridiction de ces tribunaux dans le cadre de telles actions. Le droit de l'État de Californie régit cette Déclaration, de même que toute action entre vous et nous, sans égard aux dispositions en matière de conflits de lois. »

- *Exemple 2 :*

« Les éventuels litiges liés aux présentes Conditions d'Utilisation ou aux Services seront régis par les lois de l'État de Californie, États-Unis, à l'exclusion des règles de conflit de lois de cet État. Toute réclamation liée aux présentes Conditions d'Utilisation ou aux Services relèvera exclusivement de la juridiction des tribunaux fédéraux ou des tribunaux d'État du comté de Santa Clara, Californie, États-Unis. [X] et vous-même acceptez par les présentes de vous soumettre à la compétence de ces tribunaux. »

- *Exemple 3 :*

« Ces Conditions et toute action judiciaire engagée en relation avec ces Conditions sont régies par les lois de l'État de Californie des États-Unis d'Amérique sans considération et sans faire application des dispositions légales de votre État ou de votre pays de résidence relatives aux conflits de lois. L'ensemble des réclamations, poursuites judiciaires ou litiges en relation avec les Services sera porté exclusivement devant les tribunaux fédéraux ou d'État situés dans le comté de San Francisco en Californie, États-Unis. Vous acceptez la compétence matérielle et territoriale de ces tribunaux et renoncez à toute objection à ce titre. »

- *Exemple 4:*

"These Terms of Use are governed by and construed in accordance with the laws of the State of California, without giving effect to any principles of conflicts of law AND WILL SPECIFICALLY NOT BE GOVERNED BY THE UNITED NATIONS CONVENTIONS ON CONTRACTS FOR THE INTERNATIONAL SALE OF GOODS, IF OTHERWISE APPLICABLE. For any action at law or in equity relating to the arbitration provision of these Terms of Use, the Excluded Disputes or if you opt out of the agreement to arbitrate, you agree to resolve any dispute you have with [X] exclusively in a state or federal court located in Santa Clara, California, and to submit to the personal jurisdiction of the courts located in Santa Clara County for the purpose of litigating all such disputes."

Analyse par la Commission des clauses abusives

Comme cela ressort également de l'article VI.83, 23° CDE de la liste (noire) des clauses en tout cas abusives le Règlement n° 1215/2012[73] règle la compétence judiciaire. Les articles 17 à 19 concernent la compétence judiciaire en cas de contrats conclus par des consommateurs.

Ce Règlement s'applique à tous les litiges à caractère transfrontalier au sein de l'UE. Pour que des dispositions spécifiques relatives aux contrats conclus avec un consommateur s'appliquent, l'entreprise doit "exercer des activités commerciales ou professionnelles dans l'État membre sur le territoire duquel le consommateur a son domicile ou, par tout moyen, diriger ces activités vers cet État membre ou vers plusieurs États, dont cet État membre, et le contrat doit entrer dans le cadre de ces activités (article 17, 1.c) du Règlement).

En ce qui concerne le lien des activités de l'entreprise avec le domicile du consommateur, nous pouvons déjà constater que certains sites de réseaux sociaux sont présents en Belgique et y ont des bureaux, et il est donc bien question d'exercer des activités commerciales ou professionnelles en Belgique. En ce qui concerne le fait de "diriger des activités professionnelles ou industrielles vers cet État membre", les mêmes critères qu'exposés ci-dessus concernant le droit applicable[74] sont valables.

L'article 18 du Règlement détermine de manière impérative le juge compétent:

L'article 18.1. énonce que l'action *intentée par un consommateur* contre l'autre partie au contrat peut être portée *soit* devant les juridictions de l'État membre sur le territoire duquel est domiciliée cette partie, *soit*, <u>quel que soit le domicile de l'autre partie</u>, devant la juridiction du lieu où le consommateur est domicilié.

L'article 18.2. règle l'hypothèse de l'action *intentée contre le consommateur* et énonce que l'action intentée contre le consommateur par l'autre partie au contrat *ne peut être portée que devant les juridictions de l'État membre sur le territoire duquel est domicilié le consommateur*.

La Commission des clauses abusives constate que toutes les clauses citées, dérogent parfois très largement à ces règles de compétence impératives du Règlement 1215/2012 concernant la compétence judiciaire.

De telles clauses de compétence sont dès lors clairement contraires à l'article VI.83, 23° CDE.

La Commission des clauses abusives fait en outre remarquer que la Cour de Justice de l'Union européenne a déjà insisté depuis longtemps[75] sur le fait que garantir un accès effectif au juge est un

---

[73]Règlement du Parlement et du Conseil n° 1215/2012 du 12 décembre 2012, concernant la compétence judiciaire, la reconnaissance et l'exécution des décisions en matière civile et commerciale, *JO. L.* 20 décembre 2012, éd. 351, 1.
Celui-ci remplace le précédent Règlement Bruxelles I, à savoir le Règlement n° 44/2001 du Conseil du 22 décembre 2000 concernant la compétence judiciaire, la reconnaissance et l'exécution des décisions en matière civile et commerciale (Règlement Bruxelles I).

[74] Voir Chapitre 1, Section 2, point 2.2 (discussion du Règlement Rome I).

[75] Voir concernant les clauses de compétence surtout les arrêts suivants de la Cour européenne. Il y a déjà l'arrêt Oceano Grupo, HvJ 27 juin 2000, C-240/98 à C-244/98, *Oceano grupo, Jurispr.,* I-04941. Voir aussi HvJ 4 juin 2009,

point essentiel pour la protection du consommateur et renvoie à un avis précédent sur les clauses de compétence[76]. La Cour a toujours préconisé un jugement in concreto, sur base de la norme générale, en tenant compte des circonstances de l'affaire.

Il s'agit ici de s'interroger sur la difficulté pour le consommateur de venir jusque chez le juge compétent territorialement. C'est une question de lieu (assez) éloigné et lié à ceci : les possibilités de transport, de temps (congé) et d'enjeu de la procédure (montant)[77].

B. Arbitrage obligatoire

Exemple

"Arbitration notice: except if you opt-out and except for certain types of disputes described in the arbitration section below, you agree that disputes between you and [X] will be resolved by binding, individual arbitration and you waive your right to participate in a class action lawsuit or class-wide arbitration."

Analyse par la Commission des clauses abusives

Comme indiqué au point A, un accès effectif au juge constitue un élément essentiel pour garantir la protection voulue par la directive clauses abusives.

Un principe essentiel réside dans le fait que le consommateur garde la liberté de régler un litige par arbitrage ou non, lequel est posé dans l'article 10 (principe de liberté) de la directive du Parlement européen et du Conseil du 21 mai 2013 relative au règlement extrajudiciaire des litiges de consommation et modifiant le règlement (CE) n° 2006/2004 et la directive 2009/22/CE (directive ADR consommateurs)[78].

Les clauses qui empêchent ou gênent le consommateur pour engager une action en justice ou exercer un recours, en l'obligeant notamment à saisir exclusivement une juridiction d'arbitrage non couverte par des dispositions légales, sont dès lors considérées par le législateur européen comme un exemple de clauses qui peuvent être déclarées abusives[79].

Pannon GSM, C-243/08, *Jurispr.,*2009, I-04713 ; HvJ 9 novembre 2010, *Pénzügyi Lizing,*C-137/08, *Jurispr.*,2010,I-10847

[76] CCA 31, 22 juin 2011, Avis sur la proposition de loi n° 53/0831 portant réglementation de la compétence territoriale dans les litiges concernant les contrats avec des consommateurs, en particulier p.9-10, à consulter via le lien suivant :
http://economie.fgov.be/fr/binaries/CCA31_tcm326-140657.pdf

[77] voir H.v.J, Pénzügyi Lizing, n° 54

[78] JO,18 juin 2013, n° L 165/63
Ce principe est transposé en droit belge dans l'article 5 de l'AR du 16 février 2015 précisant les conditions auxquelles doit répondre l'entité qualifiée visée au livre XVI du Code de droit économique, *MB*, 25 février 2015.

[79] Voir article 1.q) de l'annexe explicative de la directive 1993/13/CEE du Conseil du 5 avril 1993 concernant les clauses abusives dans les contrats conclus avec les consommateurs.

Selon la Commission des clauses abusives, la clause reproduite qui présume que le consommateur est d'accord avec l'arbitrage sauf s'il y renonce expressément est contraire à la norme générale relative aux clauses abusives (art. I.8.22° CDE).

C. Clause de renonciation à la participation à une action collective

Exemple:

"*You waive your right to participate in a class action lawsuit or class-wide arbitration."*

p. 9: "You may bring claims only on your own behalf. Neither you nor [X] will participate in a class action or class-wide arbitration for any claims covered by this agreement. You also agree not to participate in claims brought in a private attorney general or representative capacity, or consolidated claims involving another person's account, if [X] is a party to the proceeding."

Analyse par la Commission des clauses abusives

Le droit d'accès à la justice de chacun et donc le droit de chaque citoyen de participer à une action collective relève en droit belge et selon l'ordre juridique européen (entre autres C.E.D.H.) de l'ordre public. Les clauses qui interdisent au consommateur de participer à une procédure judiciaire (déterminée) sont contraires à l'article VI.83, 22° CDE.

§ 6. Droit applicable

Exemple*:*

- *Exemple 1 :*

« 15.1. in fine d'une part: Le droit de l'État de Californie régit cette Déclaration, de même que toute action entre vous et nous, sans égard aux dispositions en matière de conflits de lois.

Et 18.1. d'autre part:

Si vous résidez aux États-Unis ou au Canada (ou si votre lieu principal d'activité s'y trouve), cette Déclaration est un accord entre vous et Facebook, Inc. Si ce n'est pas le cas, cette Déclaration est un accord entre vous et Facebook Ireland Limited. Toute référence aux termes « nous » et « notre » signifie soit Facebook, Inc., soit Facebook Ireland Limited, selon le cas applicable. »

- *Exemple 2 :*

« Ces Conditions et toute action judiciaire engagée en relation avec ces Conditions sont régies par les lois de l'État de Californie des États-Unis d'Amérique sans considération et sans faire application des dispositions légales de votre État ou de votre pays de résidence relatives aux conflits de lois. »

Analyse par la Commission des clauses abusives

La Commission des clauses abusives renvoie à sa discussion au Chapitre I, point 2.

Dans la sous-section 2 (Article 6 Règlement Rome I), il est prévu que le choix de la loi dans le contrat ne peut pas porter préjudice aux dispositions impératives énoncées dans la loi du pays où le consommateur a sa résidence habituelle à condition que l'entreprise (ici donc le site de réseau social) exerce son activité professionnelle dans le pays dans lequel le consommateur a sa résidence habituelle ou, par tout moyen, dirige cette activité vers le pays du consommateur.

La Commission des clauses abusives souhaite encore faire remarquer à ce point de vue que la directive Clauses abusives est une directive d'harmonisation minimale, qui permet donc aux Etats membres "d'adopter ou de maintenir, dans le domaine régi par la présente directive, des dispositions plus strictes, compatibles avec le traité, pour assurer un niveau de protection plus élevé au consommateur ". Les règles belges en matière de clauses abusives vont plus loin que les règles minimales de la directive concernant les clauses abusives, notamment parce qu'il y a une « liste noire » avec une description de clauses en tout cas abusives.

Comme les clauses analysées permettent au site de réseau social de déroger à la protection impérative dont bénéficie le consommateur belge, elles sont en tout cas abusives au sens de la norme générale (article I.8.22° CDE).

La Commission des clauses abusives rappelle l'exigence de transparence (à l'art. VI.37, § 1er CDE), qui implique également que le consommateur puisse avoir une vue claire de ses droits et obligations contractuels, sur la base d'une rédaction claire et compréhensible des clauses. Les clauses qui font croire au consommateur qu'il ne peut pas bénéficier de certains droits légaux, a fortiori lorsqu'il s'agit d'une législation impérative, sont contraires à l'exigence de transparence et constituent en soi une forme particulièrement grave de clauses abusives[80].

[80] Voir CCA 32, Avis relatif aux clauses visant, dans des contrats d'achat d'un terrain à bâtir, la construction par une entreprise déterminée (15 février 2012), p. 15, à consulter via le site internet du SPF Economie : http://economie.fgov.be/nl/binaries/COB%2032-Def_tcm325-172598.pdf.

Recommandations concernant les conditions générales des réseaux sociaux

1. Consentement, clarté et compréhensibilité des conditions d'utilisation

Si un site de réseau social veut obtenir du consommateur un consentement valable et informé et s'il veut en outre lier le consommateur aux conditions d'utilisation du site de réseau social, c'est à celui-ci qu'il revient d'informer le consommateur, de manière claire et compréhensible, sur les caractéristiques du contrat et sur ses conditions d'utilisation avant que le consommateur n'accède au site de réseau social.

1.1 Cela doit se faire dans la langue du consommateur moyen vu le groupe cible de la région linguistique concernée. Les clauses qui accordent la priorité à une version étrangère en cas de divergences entre différentes versions linguistiques, sont abusives (contraires à l'article VI.83,26° et I.8.22° CDE).

1.2 Concernant la communication de l'objet de la prestation du service, à savoir l'utilisation du site de réseau social, il est recommandé de la décrire de façon claire. Il faut aussi qu'il apparaisse de manière claire que la contreprestation dans le chef du consommateur consiste dans l'utilisation de ses données à caractère personnel à des fins de marketing. Son attention doit être clairement attirée sur ce point ; une communication passive, uniquement dans un document distinct auquel il est renvoyé par un hyperlien par exemple, n'est pas permise.

1.3 Concernant la communication des conditions du contrat, le consommateur doit pouvoir apprécier précisément quels sont ses droits et obligations avant son adhésion. Sont entre autres contraires à cette exigence de transparence :

(1) les conditions juridiques contraignantes qui se retrouvent dans un document auquel on se réfère (via des clics vers des liens) ;
(2) les formulations trop vagues et qui donnent une fausse impression, particulièrement en ce qui concerne l'utilisation des données à caractère personnel, et
(3) l'utilisation de clauses trop vagues et générales par lesquelles le site de réseau social s'octroie le droit de juger unilatéralement si ses prestations sont conformes au contrat ou d'interpréter unilatéralement une clause.

1.4. Les clauses qui déterminent que le consommateur est censé avoir pris connaissance de ces conditions et/ou se déclare d'accord en utilisant le site de réseau social, constituent un manquement à cette information et à son obligation de transparence et sont donc abusives.

1.5. Le consentement des mineurs d'âge requiert une attention particulière. Si l'accès au site de réseau social est interdit aux enfants âgés de moins de 13 ans, cela doit être clairement signifié avant leur accès. Les clauses figurant dans les conditions d'utilisation qui stipulent et fixent tout simplement une telle interdiction ne suffisent pas et sont abusives.

2. Clauses en rapport avec le consentement de l'utilisation des données à caractère personnel et des données protégées par le droit d'auteur

2.1. Les clauses qui suppriment ou diminuent la protection que des personnes ont en vertu de dispositions de droit impératif sont également abusives au sens de la norme générale (article I.8.22° CDE). Dans le cas de contrats de consommateurs avec des sites de réseaux sociaux, il s'agit ici en particulier de dispositions se rapportant à l'utilisation par ces sites de données à caractère personnel et de données protégées par le droit d'auteur.

A la question de savoir si et dans quelle mesure un site de réseau social peut utiliser des données à caractère personnel, la Commission des clauses abusives renvoie plus particulièrement à (aux recommandations de) la Commission belge Vie Privée.

2.2 Etant donné que les sites de réseaux sociaux veulent utiliser eux-mêmes les données personnelles et les données protégées par le droit d'auteur des consommateurs, pour obtenir un consentement valable, il doit être indiqué de manière claire et précise quelles données sont utilisées et à quelles fins.
Les clauses qui ne donnent pas cette information de manière claire et précise et qui donnent une délégation générale et extrême de compétence au site de réseau social pour l'utilisation de données personnelles et/ou de données protégées par le droit d'auteur, sont abusives (exigence de transparence, article VI.37, §1,CDE et la norme générale, art.I.8.22° CDE).

3. Les clauses de modification unilatérale du contrat

3.1. Modification unilatérale des caractéristiques de la prestation de service

En principe, les caractéristiques essentielles d'un contrat ne peuvent jamais être modifiées unilatéralement.

Un site de réseau social est continuellement sujet à des évolutions technologiques et peut donc à cet égard être sujet à des modifications. En matière de protection du consommateur, l'essentiel est qu'il soit informé à l'avance de manière claire et précise des changements principaux (arrêt des fonctions standard, mais aussi par exemple, changements dans la politique de la vie privée), et qu'il soit expressément informé de son droit de résiliation s'il n'est pas d'accord.

3.2. Modification unilatérale des conditions d'utilisation

Si un site de réseau social veut modifier unilatéralement certaines conditions, comme cela vaut pour les contrats à durée indéterminée, il est alors essentiel de communiquer de manière claire et précise quelles conditions seront modifiées, et il doit être expressément communiqué que le consommateur peut résilier le contrat sans frais s'il n'est pas d'accord.

3.3 Droit unilatéral de mettre fin à la prestation de service

Les clauses qui accordent le droit aux sites de réseaux sociaux de résilier unilatéralement le contrat en cas d'inexécution, doivent mentionner de manière claire et précise les motifs qui ont donné lieu à la résiliation. Seuls des motifs suffisamment fondés peuvent justifier une résiliation immédiate.

S'il s'agit de motifs qui ne justifient pas une résolution immédiate, une notification doit avoir lieu au préalable et le consommateur doit avoir la possibilité de réagir.

En cas de résiliation unilatérale sans motif de faute, le site de réseau social peut se réserver le droit de mettre un terme unilatéralement à condition qu'un délai de résiliation raisonnable soit laissé au consommateur. 3.4. Fin de la relation contractuelle et suppression des données personnelles

Le terme du contrat avec un consommateur a aussi pour conséquence que le site de réseau social ne peut plus faire valoir plus longtemps les droits qui découlaient du contrat. Après le terme du contrat, le site de réseau social ne peut plus conserver les données personnelles du consommateur plus longtemps que ce qui est techniquement nécessaire.

4. Clauses de limitations de responsabilité et clauses de garantie

4.1. Exigence de transparence des clauses de limitations de responsabilité : formulation claire et énumération spécifique des cas où la responsabilité est limitée

Une première condition pour que les clauses de limitations de responsabilité ne revêtent pas un caractère abusif, est que ces clauses mentionnent d'une manière claire et compréhensible dans quels cas le site de réseau social ne s'estime pas responsable ou veut limiter sa responsabilité.

L'exigence de transparence concerne aussi bien la présentation (par exemple pas de texte continu en majuscules), la structure (distinction claire entre les différentes hypothèses, mentionner clairement toute les hypothèses de manière bien structurée) que la rédaction (pas de formulations vagues, incompréhensibles, équivoques ou générales).

Les limitations de responsabilité auront uniquement un effet si l'entreprise indique clairement et précisément dans quels cas cette limitation de responsabilité (et a fortiori – exclusion) est valable. En outre, de telles clauses ne peuvent pas induire le consommateur en erreur sur ses droits légaux.

4.2. Evaluation du contenu des clauses d'exonération rencontrées

4.2.1. Clauses d'exclusion de responsabilité pour une des prestations principales ou faute lourde

Les principales prestations d'un site de réseau social consistent dans le stockage et la gestion des profils des utilisateurs et dans la mise à disposition de ces informations aux autres membres du site via un accès rapide à la plateforme en ligne. En outre, on peut attendre d'une plateforme en ligne qui met à disposition un site de réseau social en tant que « professionnel », que ce réseau soit suffisamment sécurisé et sans erreur, en particulier en ce qui concerne la protection des données personnelles.

Les clauses qui stipulent que le consommateur utilise le site à ses propres risques, sans aucune garantie à cet égard, ont pour objet de libérer l'entreprise de sa responsabilité du fait de toute inexécution d'une obligation consistant en une des prestations principales du contrat Dans la mesure où les clauses examinées excluent la responsabilité pour des manquements graves en matière de sécurité et de protection des données, (e.a. suite à leur formulation générale), elles sont abusives sur base de l'art.83.13° CDE.

4.2.2. Limitation de l'indemnisation

i) Un site de réseau social ne peut jamais exclure sa responsabilité pour dol, faute lourde ou non-exécution d'un engagement qui constitue une des prestations principales du contrat (art.VI.83.13° CDE et plus largement encore, art.VI.83,30° CDE; pour la description des prestations les plus importantes, voir ci-dessus 4.2.1). Les clauses qui visent à exclure la responsabilité de l'entreprise pour la suppression du contenu placé par le consommateur sont donc abusives dans ce sens.

De même, la responsabilité légale ne peut jamais être exclue ni limitée en cas de mort du consommateur ou de dommages corporels causés à celui-ci et résultant d'un acte ou d'une omission du site de réseau social (art.VI.83,25° CDE).

ii) Si le montant de l'indemnité que le site de réseau social s'engage à payer le cas échéant en cas de manquement qui lui est imputable est tellement limité que les conséquences sont les mêmes que pour une clause décrite sous i) , la même conclusion que celle reprise sous i) est valable pour de telles clauses. Dans beaucoup de cas examinés, l'indemnité est en effet limitée aux « montants que le consommateur a versés au site de réseau social » ou à un maximum de 100 USD.

iii) Tout dommage prévisible lors de la conclusion du contrat pour un manquement imputable au prestataire de service entre en ligne de compte pour un dédommagement (art.1150 C.C). Donc, aussi un manque à gagner (art.1149 C.C), un dommage indirect, un dommage consécutif ou occasionnel qui est une suite inévitable du manquement.

4.3. Clauses de garantie

Dans les conditions générales examinées, il y a des clauses qui obligent le consommateur à indemniser totalement le site de réseau social pour n'importe quelle réclamation du fait de ce consommateur ou de son utilisation de ce site.

La Commission fait d'abord remarquer que de telles clauses de garantie sont abusives à double égard :

1. Le consommateur est supposé responsable en toute circonstance, même sans aucune faute de sa part. Un acte ou une omission du site de réseau social peut aussi être à la base de la réclamation.

2. Tout dommage est répercuté sur le consommateur, même en cas de responsabilité partagée.
En ce qui concerne la prise en charge des coûts liés à une procédure (judiciaire), y compris les frais d'avocat, ils ne peuvent pas être répercutés intégralement ; des règles impératives de droit belge sont d'application.

Enfin, la Commission des clauses abusives souligne le manque d'équivalence lors de la comparaison avec les clauses d'exonération.

5. Compétence judiciaire et clauses de règlement des litiges

5.1.Clauses relatives au juge compétent

Les clauses de désignation du juge compétent ne peuvent pas porter préjudice, en droit belge, aux dispositions du Règlement n° 1215/2012 concernant la compétence judiciaire.

L'article 18.1 de ce Règlement énonce que l'action *intentée par un consommateur* contre l'autre partie au contrat peut être portée soit devant les juridictions de l'État membre sur le territoire duquel est domiciliée cette partie, soit, quel que soit le domicile de l'autre partie, devant la juridiction du lieu où le consommateur est domicilié.

L'article 18.2. énonce que l'action intentée contre le consommateur par l'autre partie au contrat ne peut être portée que devant les juridictions de l'État membre sur le territoire duquel est domicilié le consommateur.

Les clauses de compétence qui compliquent la tâche du consommateur dans l'exercice de ses droits (distance, enjeu de la procédure) sont en outre sévèrement jugées en vertu de la jurisprudence de la Cour européenne de Justice.

5.2. Arbitrage obligatoire

Les clauses qui obligent le consommateur à régler son litige par un arbitrage contraignant limitent le consommateur dans son droit fondamental d'accès à la justice et sont abusives. Cette liberté dans le chef du consommateur de soumettre le règlement de son litige ou non par arbitrage se trouve aussi de manière centrale dans l'article 10 de la directive 2013/11/UE relative au règlement extrajudiciaire des litiges de consommation.

5.3. Clause de renonciation à une action collective

Les clauses qui interdisent au consommateur de participer à une procédure judiciaire (ou spécifique) sont contraires à l'article VI.83, 22° CDE.

6. Clauses relatives au droit applicable

Dans les cas où les sites de réseaux sociaux déclarent d'application des règles de droit étrangères, par exemple le droit californien (U.S.), les articles VI.84 § 2 CDE et 6 du Règlement Rome I déclarent clairement que le consommateur belge peut recourir au droit de l'Etat américain de Californie *si ce droit offre au consommateur une plus grande protection que le droit belge.*

Etant donné que les sites de réseaux sociaux examinés dirigent leurs activités vers des consommateurs qui ont leur résidence habituelle en Belgique, le consommateur peut toujours recourir aux règles belges en matière de clauses abusives si celles-ci offrent une plus grande protection.

Les clauses qui déclarent d'application de manière exclusive le droit d'un pays étranger sont par conséquent contraires aux articles VI.84 §2 CDE et 6 du Règlement Rome I. Elles induisent en outre le consommateur en erreur sur ses droits légaux, ce qui est notamment contraire à l'exigence de transparence et peut être considéré comme une clause abusive (art.I.8.22° CDE).