Institutional Repository - Research Portal
Dépôt Institutionnel - Portail de la Recherche
researchportal.unamur.be
University of Namur

RESEARCH OUTPUTS / RÉSULTATS DE RECHERCHE

Droit des contrats - Responsabilité des acteurs d'internet

Philippe, Denis; Henrotte, Jean-François; Cruquenaire, Alexandre

Published in:
Social media : le droit ou l'anarchie ?

Publication date:
2012

Document Version
le PDF de l'éditeur

Link to publication

Citation for pulished version (HARVARD):
Philippe, D, Henrotte, J-F & Cruquenaire, A 2012, Droit des contrats - Responsabilité des acteurs d'internet. Dans *Social media : le droit ou l'anarchie ?.* Le droit des affaires en évolution, Numéro 23, Académia Bruylant, Bruxelles, p. 191-235.

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

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

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

Download date: 20. Apr. 2024

DROIT DES CONTRATS – RESPONSABILITÉ DES ACTEURS D'INTERNET

Denis PHILIPPE
Avocat au Barreau de Bruxelles et Luxembourg (Philippe & Partners)
Professeur extraordinaire à l'Université catholique de Louvain
Professeur invité à l'Université de Paris Ouest

Jean François HENROTTE
Avocat aux barreaux de Liège et de Bruxelles (Philippe & Partners)
Directeur de la Revue du Droit des Technologies de l'Information

Alexandre CRUQUENAIRE
Avocat au barreau de Namur (Philippe & Partners)
Maître de conférences aux FUNDP (CRIDS)

PLAN

1. – Contexte technique : Panorama des intermédiaires d'internet... 192
2. – Le régime d'exonération de responsabilité des intermédiaires de l'internet 195
3. – Les mesures prises à l'encontre des intermédiaires 203
4. – Mise en œuvre pratique de ces principes : quelles dispositions contractuelles prévoir dans le cadre des services fournis par les intermédiaires de l'internet ? 209

1. La première section de notre contribution s'attache à la compréhension pour le juriste voulant traiter de la responsabilité des acteurs d'Internet de ce que sont concrètement les principaux intermédiaires de l'Internet.

Les principes de la responsabilité contractuelle et délictuelle étant connus de tous, notre contribution décrit ensuite directement le régime d'exonération de la responsabilité de quatre intermédiaires d'Internet (section 2) et les mesures qui peuvent encore être prises à

l'encontre de ces intermédiaires (section 3), suite à l'adoption de la directive sur le commerce électronique[1].

Notre synthèse s'achève par quelques recommandations dans la négociation contractuelle de conventions avec ces intermédiaires et l'examen critique de clauses d'intermédiaires de l'internet 2.0 (section 4).

1. – CONTEXTE TECHNIQUE : PANORAMA DES INTERMÉDIAIRES D'INTERNET

2. A la faveur d'une pudeur retrouvée de jeunes mannequins français de la fin des années '90, le législateur européen a été confronté à la question sociétale d'admettre ou non la possibilité d'engager la responsabilité des intermédiaires d'internet, réputés solvables et en tout cas clairement identifiés, en réalité pour le fait de tiers.

La vision, que l'on peut qualifier à présent de classique de l'intermédiaire d'internet pour le législateur européen, recouvre quatre grandes activités : la fourniture d'infrastructure, la fourniture d'accès à l'internet, le caching et l'hébergement.

3. La fourniture d'infrastructure est l'activité la plus ancienne, puisqu'il ne s'agit de rien d'autre que de la fourniture de services de télécommunication, appelée depuis la réforme des télécoms, « communication électronique ».

Après avoir longtemps permis la transmission de la voix, les infrastructures de télécommunication ont peu à peu servi à transmettre des données et, partant, ont servi de base à l'internet.

Les intermédiaires visés sont, ici, des opérateurs comme Belgacom, France Telecom ou British Telecom.

A priori, ces opérateurs n'ont aucune idée de ce qui transite via leurs câbles en cuivre ou leurs fibres optiques.

4. A côté de cette fourniture d'infrastructure, il existe la fourniture d'accès à l'internet, qui permet, au moyen de l'infrastructure, d'accéder à l'internet par un certain nombre de services.

(1) 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 »), *JO*. L. 178, 17 juillet 2000, pp. 1-16. Cette directive a été transposée en droit interne belge par la loi du 11 mars 2003 sur certains aspects juridiques des services de la société de l'information, *MB* 17 mars 2003 (ci-après « la loi sur les services de la société de l'information » ou « LSSI »).

Les services sont prestés par tous les fournisseurs d'infrastructure, mais également par des prestataires qui n'ont aucune infrastructure propre. Ces fournisseurs d'accès à l'internet n'ont a priori aucune idée de ce qui circule par leur entremise, et ce d'autant que les communications sur internet, plus fréquemment qu'en transmission de la voix, peuvent être chiffrées.

5. Le caching vise à stocker à des fins techniques, sur un support rapide, un certain nombre de fichiers qui sont consultés par un grand nombre d'utilisateurs.

Du fait de la démultiplication de cette même information et de sa proximité par rapport à un certain nombre d'utilisateurs, l'accès à cette information est plus rapide.

Les fournisseurs d'accès font donc partie des intermédiaires qui prestent également ce type de services.

On le voit, cette activité n'implique plus seulement la transmission, mais également la copie de l'information.

Dans l'esprit du public, un contrôle est donc déjà plus aisé.

Par ailleurs, cette copie peut donner une réalité à une infraction, comme la contrefaçon. C'est ce qui explique que cette activité ait également été prise en compte dans le cadre de la directive européenne du 22 mai 2001 sur l'harmonisation de certains aspects du droit d'auteur et du droit voisin dans la société de l'information[2].

6. Enfin, la quatrième activité classique intermédiaire sur l'internet est l'activité d'hébergement.

Un certain nombre d'opérateurs permettent en effet de louer un espace disque disponible sur l'internet. Cet espace peut n'être accessible qu'au seul utilisateur ou, au contraire, accessible à tous sous la forme d'un site web.

C'est cette activité qui a le plus fait l'objet de litiges en matière de responsabilité. Un certain nombre d'utilisateurs utilisant ces espaces disque pour violer des droits d'auteur ou pour atteindre à la réputation et à l'honneur des personnes ou à leur image.

(2) Directive 2001/29 du 22 mai 2001 transposée dans l'art. 21, § 3 de la loi du 30 juin 1994 sur le droit d'auteur et les droits voisins.

Cette activité est évidemment plus dommageable, puisqu'il ne s'agit plus seulement de reproduction litigieuse à des fins techniques, mais bien de reproduction à des fins de communication au public.

Le nombre de sites étant nettement plus limité que le nombre de communications électroniques, le public et, en tout cas, les victimes de dommages, ont pensé qu'un contrôle des prestataires d'hébergement était envisageable et que l'absence de contrôle pouvait leur être reprochée.

7. A côté de la vision de l'intermédiaire d'internet du législateur européen de 2000, une vision élargie de l'intermédiaire d'internet s'est fait jour petit à petit.

Lorsque l'hébergement n'est plus seulement la fourniture d'un espace de stockage sur des serveurs distants, mais également la déportation de traitements informatiques, précédemment localisés sur des serveurs locaux, et devient Cloud computing.

L'un des services particulièrement médiatisé de Cloud computing est le média social.

Facebook ou Twitter ont favorisé les échanges, et surtout démocratisé l'internet, qui n'est plus réservé qu'à des technophiles maîtrisant suffisamment la technique que pour lancer un site, avec une forme de bonne facture, sur une plate-forme d'hébergement.

Le pendant de cette démocratisation est que les échanges deviennent instantanés et le public sur le Net augmente. Un certain nombre de propos dénigrants, calomnieux ou injurieux sont lancés sans réflexion.

Des plates-formes comme eBay vont permettre de démocratiser le commerce électronique et, partant, la contrefaçon.

8. Par ailleurs, un autre intermédiaire s'est clairement fait omniprésent sur l'internet : le moteur de recherche, et plus précisément le quasi-monopolistique Google.

Google n'a que 14 ans, et donc n'a pas encore la puissance qu'il a aujourd'hui, lorsque la directive est votée en 2000, ce qui explique peut-être l'absence de prise en compte spécifique des moteurs de recherche à l'époque.

Quoi qu'il en soit, force est de constater que 60 % des internautes accèdent à un site via ce moteur de recherche et que nos enfants confondent la notion d'internet et Google.

Cet opérateur est donc celui qui amène vers le site internet qui peut donc causer le dommage.

Certes, contrairement à l'annuaire, le moteur de recherche n'opère aucune sélection et peut se réfugier derrière l'automatisation de l'indexation de l'internet.

Pourtant, les moteurs de recherche vont petit à petit monnayer des liens commerciaux, qui s'activent au moyen de mots-clés qui peuvent être achetés et les résultats de recherche n'apparaissent donc plus si automatiques.

Les moteurs de recherche vont également faire apparaître des extraits d'un certain nombre de contenus et poser la question de l'extrait, entrant ou non dans le cadre des exceptions aux droits d'auteur par exemple.

Des suggestions vont apparaître à l'encodage dans le champ de recherche et, partant, biaiser des recherches amenant vers certains sites plutôt que sur d'autres ou atteindre l'honneur ou la réputation de certains opérateurs par des associations malheureuses de mots-clés recherchés.

La question qui va se poser est donc de savoir, tant que les exceptions de la directive ne sont pas changées, si cette notion d'hébergement et l'exemption conditionnelle de responsabilité peuvent être étendues à ces nouveaux services.

2. – LE RÉGIME D'EXONÉRATION DE RESPONSABILITÉ DES INTERMÉDIAIRES DE L'INTERNET

9. Lors de l'élaboration de la directive sur le commerce électronique, la question de la responsabilité des intermédiaires suscita de vifs débats, dans la mesure où le rôle de ces intermédiaires apparaissait comme crucial pour le développement de l'internet.

Afin de bien comprendre la portée du régime d'exonération de responsabilité, il convient de prendre en compte le contexte de ce débat.

A la fin des années 1990, l'internet commercial n'en était qu'à ses premiers balbutiements et les juristes étaient appelés à la rescousse,

pour assurer la sécurité juridique, jugée indispensable au décollage commercial du réseau des réseaux[3].

Dans ce relatif désert juridique, la réflexion du législateur européen s'est fort logiquement inspirée des métiers en cours sur le web et de leur rôle dans le bon fonctionnement du réseau.

Ce sont donc les activités au cœur du réseau tel qu'il se déployait à l'époque qui ont fait l'objet de toutes les attentions : l'activité de simple transport, l'activité de fournisseur d'accès à l'internet, l'activité de caching et l'activité d'hébergement.

Comme nous l'avons souligné, l'évolution du web, en particulier depuis l'émergence de ce que l'on a qualifié de « web 2.0 », a toutefois rapidement posé la question du champ d'application de ce régime juridique particulier.

10. Les activités de fourniture d'accès à internet et de simple transport sont visées à l'article 12 de la Directive sur le commerce électronique, qui énonce que « 1. Les Etats membres veillent à ce que, en cas de fourniture d'un service de la société de l'information consistant à transmettre, sur un réseau de communication, des informations fournies par le destinataire du service ou à fournir un accès au réseau de communication, le prestataire de services ne soit pas responsable des informations transmises, à condition que le prestataire :

a. ne soit pas à l'origine de la transmission ;

b. ne sélectionne pas le destinataire de la transmission

et

c. ne sélectionne et ne modifie pas les informations faisant l'objet de la transmission »[4].

(3) Voy. ainsi la Directive 2000/31, qui exprime ce besoin impérieux, dès ses premiers considérants : « Le développement des services de la société de l'information dans la Communauté est limité par un certain nombre d'obstacles juridiques au bon fonctionnement du marché intérieur qui sont de nature à rendre moins attrayant l'exercice de la liberté d'établissement et de la libre prestation des services. Ces obstacles résident dans la divergence des législations ainsi que dans l'insécurité juridique des régimes nationaux applicables à ces services. En l'absence d'une coordination et d'un ajustement des législations dans les domaines concernés, des obstacles peuvent être justifiés au regard de la jurisprudence de la Cour de justice des Communautés européennes. Une insécurité juridique existe sur l'étendue du contrôle que les États membres peuvent opérer sur les services provenant d'un autre État membre. » (considérant 5) ; « Pour garantir la sécurité juridique et la confiance du consommateur, il y a lieu que la présente directive établisse un cadre général clair pour couvrir certains aspects juridiques du commerce électronique dans le marché intérieur » (considérant 7).

(4) Disposition transposée en droit interne belge à l'art. 18 de la loi sur les services de la société de l'information.

Il convient donc de remplir trois conditions cumulatives[5] pour bénéficier de l'exonération de responsabilité : 1) absence d'intervention du prestataire quant à la mise en ligne du contenu litigieux ; absence d'intervention du prestataire dans le choix du destinataire du contenu mis en ligne ; 3) absence d'intervention du prestataire quant à la sélection du contenu (y compris sa modification éventuelle).

Ces conditions expriment nettement une exigence de passivité, comme le confirme le considérant 42 de la Directive sur le commerce électronique, qui énonce que « Les dérogations en matière de responsabilité prévues par la présente directive ne couvrent que les cas où l'activité du prestataire de services dans le cadre de la société de l'information est limitée au processus technique d'exploitation et de fourniture d'un accès à un réseau de communication sur lequel les informations fournies par des tiers sont transmises ou stockées temporairement, dans le seul but d'améliorer l'efficacité de la transmission. Cette activité revêt un caractère **purement technique, automatique et passif,** qui implique que le prestataire de services de la société de l'information n'a **pas la connaissance ni le contrôle** des informations transmises ou stockées »[6].

Le critère de la connaissance de l'activité illicite réalisée par le destinataire du service n'intervient pas dans le régime d'exonération pour les activités d'accès ou de simple transport[7]. Même lorsqu'il a connaissance d'activités illicites, le prestataire de services de simple transport ou d'accès à l'internet n'a aucune obligation d'intervenir[8].

4. L'activité de caching telle que décrite ci-avant bénéficie également d'un régime d'exonération de responsabilité, en vertu de l'article 13 de la Directive sur le commerce électronique[9], qui énonce que « 1. Les Etats membre veillent à ce que, en cas de fourniture d'un service de la société de l'information consistant à transmettre, sur un réseau

(5) A. STROWEL, N. IDE et F. VERHOESTRAETE, « La directive du 8 juin 2000 sur le commerce électronique : un cadre juridique pour l'internet », *JT* 2001, p. 143, n° 39.

(6) Nous soulignons. Voy. égal. le considérant 43 : « Un prestataire de services peut bénéficier de dérogations pour le 'simple transport' et pour la forme de stockage dite 'caching' lorsqu'il n'est impliqué en aucune manière dans l'information transmise. Cela suppose, entre autres, qu'il ne modifie pas l'information qu'il transmet. Cette exigence ne couvre pas les manipulations à caractère technique qui out lieu au cours de la transmission, car ces dernières n'altèrent pas l'intégrité de l'information contenue dans la transmission ».

(7) E. MONTERO, « Le domaine de l'internet : réflexions autour de quelques affaires emblématiques » in *Droit de la responsabilité – Domaines choisis*, CUP, vol. 119, Liège, Anthemis, 2010, p. 191.

(8) A. STROWEL, N. IDE et F. VERHOESTRAETE, « La directive du 8 juin 2000 sur le commerce électronique : un cadre juridique pour l'internet », *JT* 2001, p. 143, n° 39.

(9) Disposition transposée en droit interne belge à l'art. 19 de la loi sur les services de la société de l'information.

de communication, des informations fournies par un destinataire du service, le prestataire ne soit pas responsable au titre du stockage automatique, intermédiaire et temporaire de cette information fait dans le seul but de rendre plus efficace la transmission ultérieure de l'information à la demande d'autres destinataires du service, à condition que :

a. le prestataire ne modifie pas l'information ;

b. le prestataire se conforme aux conditions d'accès à l'information ;

c. le prestataire se conforme aux règles concernant la mise à jour de l'information, indiquées d'une manière largement reconnue et utilisées par les entreprises ;

d. le prestataire n'entrave pas l'utilisation licite de la technologie, largement reconnue et utilisée par l'industrie, dans le but d'obtenir des données sur l'utilisation de l'information ;

et

e. le prestataire agisse promptement pour retirer l'information qu'il a stockée ou pour en rendre l'accès impossible dès qu'il a effectivement connaissance du fait que l'information à l'origine de la transmission a été retirée du réseau ou du fait que l'accès à l'information a été rendu impossible, ou du fait qu'un tribunal ou une autorité administrative a ordonné de retirer l'information ou d'en rendre l'accès impossible. »

Le rôle du prestataire de caching consiste à faciliter la transmission d'information en réalisant des copies des informations disponibles en ligne en vue d'en accélérer le transfert ultérieur vers des internautes souhaitant les consulter.

Les conditions d'exonération traduisent ici aussi une exigence de passivité par rapport au contenu véhiculé (pas de modification de l'information) ainsi que par rapport aux conditions d'accès posées par le titulaire du site à l'origine du contenu concerné[10].

Le prestataire de caching doit en outre observer les bonnes pratiques concernant, d'une part, l'usage de la technologie pour obtenir des informations sur l'utilisation des contenus mis en ligne[11], et,

(10) Les copies cache ne peuvent en effet permettre aux internautes d'accéder à des contenus soumis à autorisation préalable sans devoir se soumettre aux conditions d'accès posées par le titulaire du site d'origine.

(11) On vise ici notamment le fait de ne pas entraver la collecte d'information sur l'usage des informations mises en ligne (statistiques de consultation, par exemple).

d'autre part, la mise à jour de l'information[12].

Le critère de la connaissance intervient dans le régime d'exonération, mais d'une manière adaptée à la nature de l'activité. En effet, le rôle du prestataire de caching est secondaire (réaliser et stocker des copies destinées à accélérer la transmission).

Le critère de la connaissance est donc appliqué en manière telle que le caractère accessoire de cette activité soit pris en considération : en d'autres termes, une fois que le prestataire acquiert une connaissance effective du fait que l'information litigieuse a été retirée (ou rendue inaccessible) de son emplacement d'origine ou qu'une autorité administrative ou judiciaire a ordonné un tel retrait, il perd le bénéfice de l'exonération de responsabilité s'il n'agit pas « promptement » pour retirer les copies de ces informations ou rendre l'accès à celles-ci impossible.

L'appréciation, souvent délicate dans la pratique, du caractère illicite d'une information mise en ligne n'intervient donc pas dans le cadre du régime d'exonération de responsabilité des prestataires de services de caching[13]. Seule la connaissance de faits objectifs (le retrait ou l'existence d'une décision ordonnant ce retrait) doit donc être vérifiée.

6. C'est principalement le cas des prestataires de services d'hébergement qui retient l'attention depuis l'adoption de la Directive sur le commerce électronique. Un régime spécifique d'exonération de responsabilité a été établi à l'article 14, qui stipule que : « 1. Les Etats membres veillent à ce que, en cas de fourniture d'un service de la société de l'information consistant à stocker des informations fournies par un destinataire du service, le prestataire ne soit pas responsable des informations stockées à la demande d'un destinataire du service à condition que :

a. le prestataire n'ait pas effectivement connaissance de l'activité ou de l'information illicites et, en ce qui concerne une demande en dommages et intérêts, n'ait pas connaissance de faits ou de

(12) L'idée est ici d'éviter que des contenus obsolètes demeurent accessibles en raison d'une fréquence de mise à jour insuffisante chez les prestataires de caching. La question est naturellement liée à la responsabilité, dans la mesure où un défaut de mise à jour peut maintenir en ligne un contenu rendu inaccessible sur le site d'origine. A ce propos, voy. A. STROWEL, N. IDE et F. VERHOESTRAETE, « La directive du 8 juin 2000 sur le commerce électronique : un cadre juridique pour l'internet », *JT* 2001, p. 143, n° 42.

(13) E. MONTERO, « Le domaine de l'internet : réflexions autour de quelques affaires emblématiques », in *Droit de la responsabilité – Domaines choisis*, CUP, vol. 119, Liège, Anthemis, 2010, p. 193.

circonstances selon lesquels l'activité ou l'information illicite est apparente;

ou

b. le prestataire, dès le moment où il a de telles connaissances, agisse promptement pour retirer les informations ou rendre l'accès à celles-ci impossible »[14].

La Directive utilise le critère de connaissance à un double degré, selon le type de procédure en cause[15].

Dans tous les cas, l'exonération ne sera pas applicable lorsque le prestataire a acquis une connaissance « effective » de l'information illicite. La notion de connaissance effective est floue et sujet à interprétations divergentes, comme l'a relevé un document de travail de la Commission européenne sur les services en ligne, qui note trois lectures possibles[16] :

- la connaissance via une décision de justice ;
- la connaissance via une notification (une gradation existe là aussi, la notification pouvant être purement informelle[17] ou formelle[18], selon les interprétations défendues) ;
- la connaissance dérivant de la connaissance générale du prestataire du fait que ses services sont utilisés pour la mise en ligne d'informations illicites.

Dans le cadre d'une procédure civile uniquement[19], le prestataire de services d'hébergement peut en outre perdre le bénéfice de l'exonération de responsabilité lorsqu'il a connaissance d'éléments ou de faits qui rendent l'illicéité des informations ou activités hébergées

(14) Disposition transposée en droit interne belge à l'article 20 de la loi sur les services de la société de l'information.
(15) A ce sujet, voy. R. HARDOUIN, « La connaissance de l'illicéité par les hébergeurs ou quand être notifié ne signifie pas nécessairement devoir retirer », *RDTI* 2012, pp. 7-8.
(16) European Commission, Commission Staff Working Document, *Online services, including e-commerce, in the Single Market*, accompanying the document Communication from the Commission to the European Parliament, the Council, the European Economic and Social Committee and the Committee of the Regions, « A coherent framework to boost confidence in the Digital Single Market of e?commerce and other online services », SEC(2011) 1641 Final, 11 janvier 2012, disponible à l'adresse http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do ?uri=CELEX:52011SC1641:EN:NOT, pp. 33-37.
(17) Un internaute qui met un drapeau rouge sur un contenu, par exemple.
(18) Ainsi, la loi française n° 2004-575 du 21 juin 2004 pour la confiance dans l'économie numérique (*JO* 22 juin 2004), en son art. 6, § 5, fixe des critères minimaux de contenu de la notification adressée au prestataire afin que cette notification puisse être considérée comme conférant une connaissance des faits litigieux lui imposant d'agir pour rendre ledit contenu inaccessible. Contrairement à la Directive, la loi française ne distingue pas les deux degrés d'illicéité quant à l'application de cette procédure de notification (voy. R. HARDOUIN, « La connaissance de l'illicéité par les hébergeurs ou quand être notifié ne signifie pas nécessairement devoir retirer », *RDTI* 2012, p. 13).
(19) L'art. 14 de la Directive sur le commerce électronique vise en effet « une demande en dommages et intérêts ».

apparente. Dans ce second cas de figure, l'on glisse dans le domaine particulièrement délicat de l'apparence de légalité. L'hébergeur est donc tenu d'intervenir – pour préserver le bénéfice du régime d'exonération – dans les seules hypothèses de contenus « manifestement » illicites.

Comment cette connaissance d'un contenu « manifestement » illicite peut-elle être acquise ? Au-delà des hypothèses d'une décision judiciaire ou d'une notification dûment étayée émanant d'un tiers[20], la Cour de Justice a également considéré que cette connaissance peut également être acquise à la suite de démarches de contrôle effectuées par le prestataire de sa propre initiative[21]. Cette précision de la Cour nous semble regrettable, car elle est de nature à dissuader les prestataires de mettre en place des systèmes de prévention des agissements illicites, alors que la Directive sur le commerce électronique encourageait ce type d'initiatives[22]. Il serait donc plus judicieux que la connaissance susceptible de faire perdre le bénéfice de l'exonération de responsabilité ne puisse résulter que d'une démarche extérieure au prestataire (décision d'une autorité ou notification par un tiers)[23].

Enfin, précisons que la connaissance requise doit porter sur un contenu précis, de vagues soupçons ne pouvant suffire[24].

Dans l'hypothèse où le prestataire de services d'hébergement aurait acquis connaissance de contenus illicites dans les conditions précitées, cela n'implique pas automatiquement une perte du bénéfice de l'exonération de responsabilité. Dans ce cas, le prestataire demeure protégé par ce régime particulier s'il agit « promptement » pour rendre inaccessibles les informations illicites. La Directive sur le

(20) La Cour de Justice a opportunément souligné qu'une notification d'activité ou de contenu illicite ne signifie pas automatiquement la fin de l'exonération de responsabilité, « étant donné que des notifications d'activités ou d'informations prétendument illicites peuvent se révéler insuffisamment précises et étayées » (CJUE 12 juillet 2011, C-324/09, aff. *eBay*, point 122).
(21) CJUE 12 juillet 2011, C-324/09, aff. *eBay*, point 122.
(22) Voy. spéc. Le considérant 40, qui énonce que « Les divergences existantes et émergentes entre les législations et les jurisprudences des Etats membres dans le domaine de la responsabilité des prestataires de services agissant en qualité d'intermédiaires empêchent le bon fonctionnement du marché intérieur, en particulier en gênant le développement des services transfrontaliers et en produisant des distorsions de concurrence. Les prestataires des services ont, dans certains cas, le devoir d'agir pour éviter les activités illégales ou pour y mettre fin. La présente directive doit constituer la base adéquate pour l'élaboration de mécanismes rapides et fiables permettant de retirer les informations illicites et de rendre l'accès à celles-ci impossible. Il conviendrait que de tels mécanismes soient élaborés sur la base d'accords volontaires négociés entre toutes les parties concernées et qu'ils soient encouragés par les Etats membres » (nous soulignons).
(23) En ce sens, S. DUSOLLIER et E. MONTERO, « Des enchères et des fleurs, de l'usage des marques à la responsabilité de l'intermédiaire : le bouquet contrasté des arrêts *eBay* et *Interflora* », *RDTI* 2011, p. 185.
(24) *Ibid.*, p. 184.

commerce électronique ne définit volontairement pas ce que l'on doit entendre par « promptement ». Les Etats membres ont donc une alternative à cet égard : soit la reprise de la formule de la Directive, qui offre une certaine marge d'interprétation au juge en cas de litige ; soit, fixer un délai de rigueur, ce que certains Etats membres ont fait dans le cadre de l'établissement de procédures de notification et de retrait de contenus illicites (*notice and take down*)[25]. Pour la clarté, rappelons que cette obligation d'agir pour rendre le contenu inaccessible n'existera que lorsque les éléments portés à la connaissance de l'hébergeur constituent soit une décision judiciaire ordonnant un tel retrait, soit des éléments révélant une illicéité qui ne pourrait échapper à un opérateur normalement diligent[26] (critère du « manifestement » illicite). La simple notification d'un contenu prétendument illicite ne peut suffire, encore faut-il que les éléments portés à la connaissance de l'hébergeur permettent d'asseoir un caractère manifestement illicite de l'information litigieuse[27].

3. Dans le cadre du développement de nouveaux services en ligne (en particulier du web 2.0), il convient de prendre en compte l'affinement progressif de la jurisprudence, orientée par plusieurs arrêts importants de la Cour de Justice.

Les controverses initiales sur le champ d'application des régimes d'exonération au regard des nouveaux services du web 2.0 semblent bel et bien dépassées.

En effet, la Cour de Justice a clairement pris position en faveur d'une approche fondée sur la nature des services offerts – approche parfois qualifiée de « fonctionnelle »[28] - plutôt que sur la qualité que l'on devrait attribuer à tel ou tel prestataire. La Cour a ainsi succes-

(25) European Commission, Commission Staff Working Document, *Online services, including e-commerce, in the Single Market*, accompanying the document Communication from the Commission to the European Parliament, the Council, the European Economic and Social Committee and the Committee of the Regions, « A coherent framework to boost confidence in the Digital Single Market of e?commerce and other online services », SEC(2011) 1641 Final, 11 janvier 2012, disponible à l'adresse http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do ?uri=CELEX:52011SC1641:EN :NOT, pp. 44-45 (12 heures dans la loi hongroise, 72 heures dans la loi espagnole, deux jours en Grande-Bretagne).

(26) Selon la Cour de Justice, il appartient au juge de vérifier « (...) la réalité de la connaissance par [le prestataire de services d'hébergement] de faits ou de circonstances sur la base desquels un opérateur économique diligent aurait dû constater l'illicéité » (CJUE 12 juillet 2011, C-324/09, aff. *eBay*, point 122).

(27) En ce sens, R. HARDOUIN, « La connaissance de l'illicéité par les hébergeurs ou quand être notifié ne signifie pas nécessairement devoir retirer », *RDTI* 2012, pp. 16-19 (critiquant la motivation de l'arrêt du 11 février 2011 de la Cour de cassation de France en ce qu'il semble induire – dans une interprétation *a contrario* - que le respect des exigences de la LCEN en termes de contenu de la notification suffit pour conclure à la connaissance requise par la Directive sur le commerce électronique).

(28) En faveur de cette lecture de la Directive sur le commerce électronique, voy. spéc. E. MONTERO, « Les responsabilités liées au web 2.0 », *RDTI* 2008, pp. 368-369.

sivement jugé que des prestataires de services de référencement payant (*Google*)[29], de plateforme de marché en ligne (*eBay*)[30] ou de services de plateforme d'échanges (*Netlog*)[31] peuvent bénéficier du régime d'exonération de responsabilité pour leur activité consistant à stocker des contenus pour compte de tiers.

Il convient donc de considérer le régime de responsabilité d'une manière éventuellement distributive lorsqu'un prestataire offre des services qui comportent plusieurs aspects dont certains peuvent être assimilés à de l'hébergement[32]. Tout service comportant une dimension de stockage de contenu pour compte de tiers pourrait donc bénéficier potentiellement du régime d'exonération établi pour les services d'hébergement[33]. Cela implique qu'un même prestataire pourrait, d'une part, bénéficier du régime d'exonération pour l'aspect stockage de contenus de son service mais, d'autre part, être soumis au droit commun de la responsabilité pour d'autres aspects du même service qui n'y sont pas assimilables. Dans le cas d'*eBay*, par exemple, il conviendrait d'envisager différemment le service consistant à stocker les annonces de vente de produits contrefaits du service consistant à optimiser la visibilité desdites annonces par l'achat de mots clés correspondant aux marques contrefaites[34].

3. – LES MESURES PRISES À L'ENCONTRE DES INTERMÉDIAIRES

4. Si dans l'intérêt du bon fonctionnement du réseau, il est essentiel de protéger les prestataires intermédiaires de recours motivés par l'usage de leurs services à des fins illicites, cela n'autorise pas pour autant les intermédiaires à ignorer de telles pratiques.

Le législateur européen l'a d'emblée souligné, lorsqu'il énonce au considérant 45 de la Directive sur le commerce électronique que « les limitations de responsabilité des prestataires de services intermédiaires prévues dans la présente directive sont sans préjudice de la possibilité d'actions en cessation de différents types. Ces actions en cessation peuvent notamment revêtir la forme de décisions de tribunaux ou d'autorités administratives exigeant qu'il soit mis un terme à

(29) CJUE 23 mars 2010, C-236/08, aff. *Google*, point 111.

(30) CJUE 12 juillet 2011, C-324/09, aff. eBay, point 110.

(31) CJUE 16 février 2012, C-360/10, aff. *Netlog*, point 27.

(32) En ce sens, voy. not. Com. Bruxelles 31 juillet 2008, *RDTI* 2008, p. 521.

(33) E. MONTERO, « Les responsabilités liées au web 2.0 », *RDTI* 2008, pp. 371-372.

(34) Exemple cité par S. DUSOLLIER et E. MONTERO, « Des enchères et des fleurs, de l'usage des marques à la responsabilité de l'intermédiaire : le bouquet contrasté des arrêts *eBay* et *Interflora* », *RDTI* 2011, p. 185.

toute violation ou que l'on prévienne toute violation, y compris en retirant les informations illicites ou en rendant l'accès à ces dernières impossible ».

Ces réserves figurent également dans le texte même des dispositions de la Directive relatives au régime d'exonération de responsabilité des intermédiaires[35].

Le principe de ces mesures se justifie par la position privilégiée des intermédiaires lorsqu'il convient de mettre un terme à une atteinte portée aux droits d'un tiers.

La question se pose avec une acuité particulière dans le domaine des droits intellectuels. La Directive sur le respect des droits intellectuels[36] prévoit expressément l'obligation pour les Etats membres d'assurer de tels recours contre les intermédiaires en vue d'obtenir à leur encontre des mesures provisoires ou des injonctions permettant de faire cesser et/ou de prévenir des atteintes aux droits intellectuels[37].

Plus spécifiquement, la Directive sur le droit d'auteur dans la société de l'information[38] reprend également cette obligation pour les Etats membres en son article 8, § 3.

5. Si le principe de tels recours n'est plus contesté, la détermination des mesures susceptibles d'être ordonnées à charge des intermédiaires constitue un exercice de haute voltige. Il convient en effet de trouver un équilibre entre divers droits, intérêts légitimes et libertés. A cet égard, certaines clarifications ont été récemment apportées par la jurisprudence de la Cour de Justice. Le brouillard se dissipe donc progressivement, même si la question demeure complexe et sensible.

(35) Les art. 12 (§ 3), 13 (§ 2) et 14 (§ 3) précisent ainsi que les exonérations de responsabilité n'affectent pas la possibilité, pour une juridiction ou une autorité administrative, conformément aux systèmes juridiques des Etats membres, d'exiger du prestataire qu'il mette un terme à une violation ou qu'il prévienne une violation. L'art. 14 réserve en outre la possibilité pour les Etats membres de mettre en place des procédures de notification et retrait.

(36) Directive 2004/48/CE du Parlement européen et du Conseil du 29 avril 2004 relative au respect des droits de propriété intellectuelle, *JO*.L. 195, 2 juin 2004, pp. 16-25.

(37) Le principe est consacré aux articles 9 (mesures provisoires et conservatoires) et 11 (injonctions). Le considérant 23 énonce par ailleurs à propos des injonctions : « Sans préjudice de toute autre mesure, procédure ou réparation existante, les titulaires des droits devraient avoir la possibilité de demander une injonction à l'encontre d'un intermédiaire dont les services sont utilisés par un tiers pour porter atteinte au droit de propriété industrielle du titulaire. Les conditions et procédures relatives à une telle injonction devraient relever du droit national des Etats membres. En ce qui concerne les atteintes au droit d'auteur et aux droits voisins, un niveau élevé d'harmonisation est déjà prévu par la directive 2001/29/CE. Il convient, par conséquent, que la présente directive n'affecte pas l'article 8, paragraphe 3, de la directive 2001/29/CE ».

(38) Directive 2001/29/CE du Parlement européen et du Conseil du 22 mai 2001 sur l'harmonisation de certains aspects du droit d'auteur et des droits voisins dans la société de l'information, *JO*.L. 167, 22 juin 2001, pp. 10-19.

6. La première contrainte à intégrer réside dans l'article 15 de la Directive sur le commerce électronique qui interdit aux Etats membres d'imposer une obligation générale de surveillance aux intermédiaires[39].

La Directive précise néanmoins, en son considérant 47, que « L'interdiction pour les Etats membres d'imposer aux prestataires de services une obligation de surveillance ne vaut que pour les obligations à caractère général. Elle ne concerne pas les obligations de surveillance applicables à un cas spécifique et, notamment, elle ne fait pas obstacle aux décisions des autorités nationales prises conformément à la législation nationale ».

7. L'article 15, § 2, de la Directive sur le commerce électronique énonce en outre que « Les Etats membres peuvent instaurer, pour les prestataires de services de la société de l'information, l'obligation d'informer promptement les autorités publiques compétentes d'activités illicites alléguées qu'exerceraient les destinataires de leurs services ou d'informations illicites alléguées que ces derniers fourniraient ou de communiquer aux autorités compétentes, à leur demande, les informations permettant d'identifier les destinataires de leurs services avec lesquels ils ont conclu un accord d'hébergement ». Une obligation de collaboration avec les autorités publiques peut donc être imposée aux prestataires.

Cette disposition a été mise en œuvre en droit belge dans l'article 21, § 2, de la loi sur les services de la société de l'information. Une double obligation de collaboration pèse sur les intermédiaires en vertu de cette disposition : d'une part, le prestataire doit prendre l'initiative d'informer les autorités compétentes sur les activités illicites dont il aurait connaissance (al. 1er), et, d'autre part, le prestataire doit répondre à toute demande d'information émanant des autorités judiciaires ou administratives compétentes concernant la recherche et la constatation d'infractions commises via l'utilisation de ses services (al. 2)[40].

(39) L'art. 15 vise, plus précisément l'interdiction d'imposer aux prestataires intermédiaires « une obligation générale de surveiller les informations qu'ils transmettent ou stockent, ou une obligation générale de rechercher activement des faits ou des circonstances révélant des activités illicites ».

(40) L'art. 21 de la LSSI stipule ainsi que : « Les prestataires visés au § 1er ont l'obligation d'informer sans délai les autorités judiciaires ou administratives compétentes des activités illicites alléguées qu'exerceraient les destinataires de leurs services, ou des informations illicites alléguées que ces derniers fourniraient. Sans préjudice d'autres dispositions légales ou réglementaires, les mêmes prestataires sont tenus de communiquer aux autorités judiciaires ou administratives compétentes, à leur demande, toutes les informations dont ils disposent et utiles à la recherche et à la constatation des infractions commises par leur intermédiaire ».

Selon l'interprétation qu'en fait la Cour de cassation, le second volet de cette obligation de collaboration ne concerne que les relations entre les intermédiaires et les autorités judiciaires en charge des poursuites pénales[41]. L'article 21 de la loi sur les services de la société de l'information n'ouvre donc pas de recours aux parties lésées afin d'obtenir une injonction ordonnant aux prestataires de communiquer les données d'identification des utilisateurs de leurs services[42]. C'est donc pour le seul usage propre desdites autorités que les informations d'identification peuvent être demandées au prestataire intermédiaire.

Cette interprétation de la Cour de cassation nous paraît discutable, car elle implique *de facto* une forme d'impunité pour les délits commis sur l'internet, dans la mesure où le parquet ne va généralement pas poursuivre ce type de faits en dépit des sanctions pénales prévues par la législation. En ne permettant pas à la victime de solliciter d'un tribunal une injonction de communiquer les données d'identification, on neutralise toute possibilité de poursuites au civil.

Le contrôle juridictionnel préalable à la communication des données d'identification permet pourtant de garantir une mise en balance des intérêts en présence (respect de la vie privée du destinataire de services, droits prétendument violés du plaignant). La Cour constitutionnelle le souligne d'ailleurs lorsqu'elle indique qu'il n'y a pas de violation de la Constitution lorsque des mesures intrusives pour la vie privée (visites domiciliaires, en l'espèce) sont rendues possibles par une décision juridictionnelle unilatérale susceptible de faire l'objet d'un recours dans le cadre d'une procédure juridictionnelle contradictoire[43]. Pour la Cour, les mesures intrusives de la vie privée nécessaires pour répondre à des besoins spécifiques (effet de surprise pour la constitution de preuves d'une infraction aux droits intellectuels) peuvent donc être admises pour autant qu'il y ait la possibilité d'un contrôle juridictionnel effectif. La Cour de Justice s'est également prononcée en ce sens lorsqu'elle a écarté toute atteinte à la vie privée par la législation suédoise qui permet au juge, à la demande d'un tiers, d'ordonner à un intermédiaire de l'internet la communication de données d'identification de l'utilisateur de ses services, dans la mesure où le juge a la possibilité de mettre en balance les intérêts

(41) Cass. 1ère ch. 11 juin 2011, *RDTI* 2012, p. 69.
(42) Approuvant cette interprétation, voy. H. JACQUEMIN, « Qui peut obtenir les informations permettant de rechercher et de poursuivre les auteurs d'infractions commises sur les réseaux ? », *RDTI* 2012, p. 77.
(43) C. Const. 9 août 2012, arrêt n° 105/2012.

en présence dans le cadre d'un contrôle de proportionnalité[44]. Une autre interprétation de l'article 21 de la loi sur les services de la société de l'information aurait donc pu s'appuyer sur des motifs similaires.

La solution retenue par la Cour de cassation est en outre critiquable car elle induit une discrimination qui nous paraît contraire à la Constitution. En effet, afin de se conformer à la Directive sur le respect des droits intellectuels, le législateur belge a introduit dans les législations de protection des droits intellectuels des dispositions permettant précisément aux titulaires de droits de solliciter d'un intermédiaire (dont les services sont exploités à des fins d'activités illicites) la communication de données d'identification nécessaires aux poursuites civiles[45]. Dans le contexte de cette protection des droits intellectuels, le juge doit vérifier le caractère justifié et proportionné de la mesure sollicitée, ce qui, conformément à la jurisprudence de la Cour de Justice et de notre Cour constitutionnelle, nous semble rencontrer les préoccupations légitimes en termes de respect de la vie privée du destinataire des services de l'intermédiaire.

L'interprétation particulièrement stricte que fait la Cour de cassation de l'article 21, § 2, de la loi sur les services de la société de l'information n'est-elle pas de nature à créer une discrimination entre la victime d'une atteinte à sa réputation et la victime d'une atteinte à ses droits intellectuels ?

Comment peut-on raisonnablement justifier que la seconde puisse demander au juge qu'il ordonne de l'intermédiaire la communication des données d'identification de l'utilisateur de ses services alors que la première serait contrainte de déposer plainte au pénal pour ne pas renoncer à la protection de ses droits ?

(44) CJUE 19 avril 2012, C-461/10, aff. *Bonnier*, point 60 (soulignant que par la possibilité pour le juge de pondérer les intérêts en présence, la législation concernée assure un juste équilibre entre la protection des droits intellectuels et la protection de la vie privée de l'abonné des services de l'intermédiaire).
(45) A ce propos, voy. B. MICHAUX, « Les nouvelles dispositions procédurales relatives aux injonctions à l'encontre des intermédiaires (art. 8, 9 et 11 de la directive 2004/48) » in *Sanctions et procédures en droits intellectuels*, Bruxelles, Larcier, 2008, pp. 277-280. A titre d'exemple, l'art. 53 de la loi du 28 mars 1984 sur les brevets d'invention stipule que « Lorsque dans le cadre d'une procédure, le juge constate une atteinte, il peut ordonner, à la demande de la partie habilitée à agir en contrefaçon, à l'auteur de l'atteinte de fournir à la partie qui introduit cette action toutes les informations dont il dispose concernant l'origine et les réseaux de distribution des biens ou services contrefaisants et de lui communiquer toutes les données s'y rapportant, pour autant qu'il s'agisse d'une mesure justifiée et proportionnée. Une même injonction peut être faite à la personne qui a été trouvée en possession des biens contrefaisants à l'échelle commerciale, qui a été trouvée en train d'utiliser des services contrefaisants à l'échelle commerciale *ou qui a été trouvée en train de fournir, à l'échelle commerciale, des services utilisés dans des activités contrefaisantes* » (nous soulignons). Des dispositions similaires ont été introduites dans les législations spécifiques aux autres droits intellectuels. Voy. not. : art. 2.22.4 et 5 de la Convention Benelux en matière de propriété intellectuelle (droit des marques) ; art. 86*ter* de la loi sur le droit d'auteur et les droits voisins ; article 12quinquies de la loi sur les bases de données.

Comme l'a souligné la Cour de Justice à propos de la défense des droits intellectuels, la possibilité d'une injonction ordonnant vis-à-vis d'un intermédiaire des mesures facilitant l'identification des utilisateurs des services de cet intermédiaire constitue une mesure nécessaire pour « garantir le droit à un recours effectif contre ceux ayant utilisé un service en ligne pour porter atteinte à des droits de propriété intellectuelle »[46]. Le même raisonnement devrait prévaloir par rapport aux autres droits tels que les droits de la personnalité.

On peut dès lors se demander si, interprétée en ce sens qu'elle exclut la possibilité pour un tiers qui s'estime lésé de solliciter d'un intermédiaire la communication de données d'identification de l'utilisateur de ses services, la disposition de l'article 21 de la loi sur les services de la société de l'information est bien conforme au principe d'égalité consacré aux articles 10 et 11 de la Constitution[47] ainsi qu'aux exigences inhérentes au droit à un procès équitable consacré à l'article 6 de la CEDH.

8. Les mesures susceptibles d'être ordonnées à l'encontre d'un intermédiaire doivent par ailleurs être efficaces, c'est-à-dire de nature à contribuer à mettre fin à l'atteinte dénoncée mais aussi à prévenir toute nouvelle atteinte[48].

Le juge doit donc examiner si la mesure est susceptible de faire cesser l'atteinte, sans être excessive par rapport à la nature de l'atteinte constatée.

9. Il convient ensuite que les mesures sollicitées permettent de réaliser un équilibre entre les intérêts légitimes en présence[49]. La protection des droits fondamentaux, dont celui au respect de la vie privée, doit particulièrement être prise en compte dans le choix des mesures susceptibles d'être ordonnées[50].

L'équilibre entre les intérêts en présence peut varier selon les circonstances. La Cour de Justice précise ainsi que « s'il est certes nécessaire de respecter la protection des données à caractère personnel, il

(46) CJUE 12 juillet 2011, C-324/09, aff. *eBay*, point 142.
(47) On observera que la notion d'intermédiaire telle qu'elle est envisagée par la Directive sur le respect des droits intellectuels est plus large que celle d'intermédiaire au sens de la Directive sur le commerce électronique et de la loi sur les services de la société de l'information. Cela ne suffit toutefois pas à justifier la différence de traitement décrite ci-avant.
(48) S. DUSOLLIER et E. MONTERO, « Des enchères et des fleurs, de l'usage des marques à la responsabilité de l'intermédiaire : le bouquet contrasté des arrêts *eBay* et *Interflora* », *RDTI* 2011, p. 186.
(49) CJUE 24 novembre 2011, C-70/10, aff. *Tiscali*, point 45 ; CJUE 16 février 2012, C-360/10, aff. *Netlog*, point 43 ; CJUE 12 juillet 2011, C-324/09, aff. *eBay*, point 143.
(50) CJUE 16 février 2012, C-360/10, aff. *Netlog*, points 39 et sv.

n'en demeure pas moins que, lorsque l'auteur de l'atteinte opère dans la vie des affaires et non dans la vie privée, il doit être clairement identifiable »[51].

Les mesures ordonnées ne peuvent créer d'obstacle au commerce légitime[52]. Les prestataires de services intermédiaires doivent pouvoir exercer leur liberté d'entreprise sans entrave disproportionnée[53].

Les mesures ordonnées ne peuvent pas davantage compromettre la liberté d'expression ou la liberté d'information. Tel serait le cas de systèmes de filtrage qui n'offrent pas d'assurance satisfaisante quant à la discrimination opérée entre contenus illicites (bloqués) et contenus licites (laissés libres)[54].

Ces balises ne sont pas nettes, mais elles indiquent en tout cas une double exigence impérieuse pour le juge saisi d'une demande de mesure à l'encontre d'un intermédiaire : d'une part, la prise en compte, dans le choix des mesures ordonnées, de toutes les particularités du cas d'espèce et en particulier de l'efficacité des mesures postulées au regard des atteintes alléguées, et, d'autre part, la nécessité de vérifier soigneusement la proportionnalité des mesures ordonnées par rapport à tous les intérêts en présence, y compris ceux de tiers non parties à la cause[55].

4. – MISE EN ŒUVRE PRATIQUE DE CES PRINCIPES : QUELLES DISPOSITIONS CONTRACTUELLES PRÉVOIR DANS LE CADRE DES SERVICES FOURNIS PAR LES INTERMÉDIAIRES DE L'INTERNET ?

4.1. – *Recommandations générales dans le cadre de la négociation*

10. Comme nous l'avons exposé ci-avant, le rôle des intermédiaires mérite une attention particulière à un double égard : concernant la question de leur éventuelle responsabilité, tout d'abord, et concernant les mesures que l'on pourrait postuler à leur encontre, ensuite[56].

Nous envisagerons cette problématique sous le double point de vue du prestataire et du client de celui-ci.

(51) CJUE 12 juillet 2011, C-324/09, aff. *eBay*, point 142.
(52) CJUE 12 juillet 2011, C-324/09, aff. *eBay*, point 140.
(53) CJUE 16 février 2012, C-360/10, aff. *Netlog*, points 44 et sv.
(54) CJUE 24 novembre 2011, C-70/10, aff. *Tiscali*, point 52.
(55) A propos de cette double exigence, voy., par exemple, à propos du choix de la technique de blocage d'un site web au contenu illicite : Anvers 26 septembre. 2011, *AM* 2012, p. 216 (*Pirate Bay*).
(56) Nous examinerons d'autres questions également dans le cadre de l'analyse de quelques clauses (§ 2).

11. En ce qui concerne la **responsabilité du prestataire**, le contrat ne présente aucune utilité vis-à-vis des tiers, compte tenu du principe de la relativité des conventions (art. 1165 du Code civil).

Par contre, des clauses contractuelles *ad hoc* sont opportunes afin de répartir entre les contractants la charge de la responsabilité éventuelle de l'intermédiaire vis-à-vis des tiers.

Ainsi, **du point de vue du prestataire**, il est essentiel de stipuler une clause de garantie d'éviction en des termes larges afin de protéger le prestataire dont la responsabilité serait mise en cause par un tiers en raison de contenus illicites hébergés pour le compte du client. Cette garantie d'éviction devrait couvrir tant les dédommagements (en principal, intérêts, frais et dépens) dus au tiers revendiquant que les dommages propres subis par le prestataire (atteinte à l'image, par exemple).

Il est en outre intéressant pour le prestataire de prévoir des clauses de sanction spécifiques permettant de suspendre les services à destination du client fautif ou prévoyant des pénalités spécifiques en cas d'atteinte à la réputation du prestataire, par exemple.

Le prestataire peut se réserver la faculté d'effectuer des contrôles préventifs sur le contenu. Une clause précisant les modalités et la portée de tels contrôles (ciblés sur certains contenus spécifiques, par exemple) est nécessaire pour sécuriser ce mécanisme et également en vue d'éviter qu'il se retourne contre le prestataire dans ses relations avec les tiers[57]. La clause concernée devrait en outre envisager les sanctions à charge du client en cas de détection de contenus illicites, ainsi que les indices éventuellement utilisés pour déclencher un contrôle (utilisation excessive de la bande passante, etc.).

Du point de vue du client, il convient d'être attentif à ce que la responsabilité contractuelle[58] éventuelle du prestataire ne puisse pas être écartée en cas d'injonction d'un tribunal ou d'une autorité, afin d'éviter que le client se trouve sans recours (hormis un recours extracontractuel contre l'autre client – celui à l'origine du contenu illicite) en cas d'interruption de service suite à une telle mesure.

A cet égard, le client doit être attentif au libellé des clauses de force majeure qui constituent un moyen commode d'écarter toute responsabilité pour le prestataire en cas d'injonction prononcée par un tribunal.

(57) Ceux-ci pourraient en effet tenter d'invoquer ces contrôles pour justifier de la connaissance du prestataire de contenus manifestement illicites.
(58) On envisage ici l'inexécution par le prestataire de ses obligations contractuelles.

En théorie, le client pourrait tenter d'obtenir l'insertion de clauses pénales en cas d'interruption de services. En pratique, sauf position commerciale particulière du client, cela sera toutefois très difficile à obtenir.

12. Il est sans doute plus important encore pour les parties contractantes d'envisager l'hypothèse d'injonctions susceptibles d'être prononcées à l'encontre du prestataire intermédiaire à la requête d'un tiers.

Du point de vue du prestataire, il est tout d'abord important de régler la question du coût des mesures, et notamment de la responsabilité du client à l'origine du contenu illicite pour les préjudices subis par le prestataire du fait de l'exécution des mesures ordonnées par un tribunal. A ce propos, il conviendrait que la clause de garantie d'éviction évoquée ci-avant impose au client concerné de supporter tous les frais inhérents au rétablissement des services du prestataire lorsque les mesures ordonnées sont de nature à perturber lesdits services (remplacement de matériel saisi, par exemple).

Cette clause de garantie d'éviction devrait également protéger le prestataire dans l'hypothèse d'injonctions ordonnées par un tribunal et dont l'exécution susciterait un litige avec d'autres clients du prestataire. On songe, par exemple, à l'hypothèse d'un blocage de site par adresse IP qui rendrait les sites d'autres clients indisponibles. La clause de garantie doit également reporter sur le client à l'origine du contenu litigieux les dédommagements éventuellement dus aux autres clients ayant subi un préjudice suite aux mesures ordonnées par un tribunal à l'encontre du prestataire intermédiaire.

Il est aussi courant de prévoir à charge du client fautif l'obligation, avant toute procédure judiciaire, de négocier avec le tiers revendiquant un accord en vue de permettre au prestataire de fournir ses services d'une manière paisible. A défaut d'accord, l'obligation pour le client de supporter tous les frais de défense du prestataire. Une obligation d'intervenir dans la procédure (ou à tout le moins une obligation de collaboration dans le cadre du procès) est également classique.

Il est en outre intéressant, surtout compte tenu de la jurisprudence récente de la cour de cassation à cet égard, d'envisager les demandes de tiers en vue de la communication de données d'identification des clients du prestataire intermédiaire.

Le prestataire pourrait prévoir dans le contrat une clause par laquelle le prestataire est autorisé à communiquer à tout tiers les don-

nées d'identification du client en cas de plainte qui ne semble pas manifestement infondée. Cette autorisation est à répercuter dans la police vie privée et la déclaration à effectuer auprès de la Commission de protection de la vie privée, afin que ce traitement particulier des données à caractère personnel ne puisse pas être contesté par la suite par le client mécontent de la transmission de ses données à un plaignant. A ce sujet, il convient d'être attentif au libellé des clauses définissant les finalités du traitement afin que le principe de proportionnalité du traitement soit observé.

Une alternative pourrait consister à prévoir une procédure de notification de la plainte du tiers au client avec demande d'accord pour la transmission des données et, en cas de refus, l'obligation pour le client de supporter tous les frais de justice liés à la défense du prestataire face à la demande du tiers. L'avantage de cette solution est double. Du point de vue commercial, cela ne place le client sous cette menace de communication de ses données à un tiers revendiquant. Ensuite, cela nous paraît plus conforme aux principes de la législation sur la protection de la vie privée à l'égard du traitement de données à caractère personnel (l'éventuel problème lié au respect du principe de proportionnalité étant ainsi contourné).

La question mérite également une attention particulière du **point de vue du client**. Le client doit tout d'abord être attentif par rapport aux traitements relatifs à ses données à caractère personnel. Il devrait s'opposer à la transmission de ses données à des tiers, sauf en cas d'injonction d'un tribunal.

Sur le plan des effets d'injonctions éventuelles, nous renvoyons le lecteur à ce qui a été dit ci-avant sur les clauses de limitation de responsabilité. Le client doit donc être attentif à ce que le prestataire demeure responsable à son égard. Le fait que le prestataire se retourne contre son client fautif ne devrait pas permettre, du point de vue du client, au prestataire de s'exonérer de ses manquements contractuels. Il est important que ces éléments soient explicitement écartés, car, en droit commun, la notion de force majeure couvre le fait d'un tiers dont le débiteur de responsabilité ne doit pas répondre[59]. A défaut de clause prévoyant la responsabilité en cas d'interruption de service consécutive à la faute d'un autre client, le presta-

(59) P. WÉRY, *Droit des obligations – théorie générale du contrat*, Bruxelles, Larcier, 2010, pp. 497-498, n° 562.

taire devrait pouvoir invoquer le bénéfice de la force majeure pour écarter sa responsabilité contractuelle[60].

13. La question de mesures volontaires de retrait de contenus mérite également d'être posée lors de la négociation d'un contrat d'hébergement.

Le prestataire devrait se réserver la possibilité, en cas de plainte étayée et précise d'un tiers[61], de retirer les contenus sans que cela puisse engager sa responsabilité, même dans l'hypothèse où le contenu litigieux serait jugé licite par un tribunal. La Directive sur le commerce électronique lui impose en effet d'agir « promptement » pour rendre indisponibles des contenus manifestement illicites dès que ces contenus sont portés à sa connaissance.

Dans cette même perspective, le **client** devrait quant à lui être attentif à ce que les conditions d'une telle faculté de retrait ne soient pas trop larges. Il devrait en outre pouvoir obtenir une copie des données concernées[62]. Idéalement, le client devrait pouvoir refuser une telle faculté pour le prestataire et n'admettre un tel retrait que sur injonction d'un tribunal compétent. La portée des dispositions relatives à la responsabilité des prestataires intermédiaires rend cependant un tel refus abusif, à tout le moins concernant les contenus « manifestement » illicites. Les modalités pratiques de retrait (délai en particulier) devraient être détaillées, en gardant à l'esprit que les dispositions convenues entre les parties pourraient être exploitées par les tiers dans le cadre du débat judiciaire éventuel sur le caractère « prompt » de la réaction du prestataire.

4.2. – *Examen critique de quelques clauses contractuelles*

14. Dans le cadre des présentes, nous nous concentrerons sur l'analyse de quelques clauses typiques des conditions générales de services internet, principalement dans le cadre des réseaux sociaux.

La caractéristique de ces clauses résulte de leur application à tous les utilisateurs dans le monde. Or, le droit reste national et le principe de l'autonomie de la volonté a subi pas mal de tempéraments en droit

(60) On pourrait cependant discuter sur le caractère imprévisible de l'événement afin de contester l'application de la force majeure. Pour ce motif, le prestataire a un intérêt évident à prévoir expressément l'assimilation de ce type d'incidents à un cas de force majeure l'exonérant de toute responsabilité contractuelle.

(61) Afin de prévenir tout problème d'interprétation de la clause, il serait utile de préciser dans celle-ci les mentions et informations exigées du tiers pour que le retrait soit admis.

(62) Dans le cas de services fournis en *cloud*, il arrive en effet que le client ne dispose plus d'aucune copie « locale » de l'information hébergée dans les nuages du réseau.

de la consommation notamment. Ces clauses sont ainsi propulsées unilatéralement dans le monde entier sans qu'une négociation ou un retour de la part des utilisateurs ne se produise, ce qui n'est pas sans effet sur leur efficacité.

Outre le caractère impersonnel, les réseaux sociaux se caractérisent par leur caractère éphémère ; les conditions d'utilisation peuvent changer sans que le consommateur ne s'en rende compte.

Le réseau social peut être défini comme un *« website whose main purpose is to act as a connector among users. »*(63) Les médias sociaux sont à cheval entre l'économie marchande classique et une économie de la contribution puisque le contenu est fourni et développé par les utilisateurs. C'est un phénomène hybride qui explique la nécessite de conditions d'utilisation adaptées à celui-ci

Nous étudierons successivement l'opposabilité des conditions générales (4.2.1.) les clauses de garantie contractuelle mises à charge des utilisateurs (4.2.2.), les clauses d'exonération de responsabilité (4.2.3.), les clauses hold harmless (4.2.4.) les sanctions contractuelles (4.2.5.), les clauses de juridictions (4.2.6.)

Nous avons analysé, sans prétention d'exhaustivité, les conditions générales de eBay, Facebook Twitter et LinkedIn.

4.2.1. – *Opposabilité et modification des conditions générales*

Nous étudierons successivement l'opposabilité des conditions générales (4.2.1.1.) et leur modification par l'exploitant du réseau social (4.2.1.2.).

4.2.1.1. – Opposabilité des conditions générales

15. Les conditions doivent non seulement être portées à la connaissance des utilisateurs et acceptées par eux(64). Généralement, le fait de cocher une case mentionnant l'acceptation des conditions suffit à rendre celle-ci opposables(65).

(63) A. LEVIN & P. SANCHEZ ABRIL, « Two notions of Privacy online », *Vanderbilt J. of Ent. And Tech. Law*, 2009, p. 1017, cité par J.P. MOINY, « Contracter dans les réseaux sociaux : un geste inadéquat pour contracter sa vie privée, Quelques réflexions en droits belge et américain », *RFDL* 2010, p. 135.
(64) D. PHILIPPE, M. CHAMMAS, « L'opposabilité des conditions générales » in X., *Le processus de formation du contrat*, Série 'Commission Université-Palais (CUP)', n° 72, Larcier, Bruxelles, 2004, pp. 189-328.
(65) Voir aussi CA Paris du 25 novembre 2010, *SAS Karavel v. epx Challet*. Dans cette affaire, les utilisateurs contestaient, entre autre, l'opposabilité des CGV de l'exploitant du site. La Cour a estimé que le fait d'avoir coché une case mentionnant leur acceptation des CGV, celles-ci étant accessibles via un lien hypertexte, les engageait contractuellement. Ils ne pouvaient donc prétendre ne pas connaître les conditions contractuelles du site.

16. La Cour de Justice des Communautés européennes a rendu récemment un arrêt portant sur une l'opposabilité des conditions générales d'une agence de voyages(66).

Le fait pour l'exploitant d'un site de e-commerce, de communiquer au consommateur un lien hypertexte qui renvoie vers les pages du site relatives aux CGV est-il, devait trancher la Cour, suffisant et conforme aux exigences d'information de la directive 97/7 concernant la protection des consommateurs en matière de contrats à distance ? Le fait de cocher la case suffisait-il à rendre les conditions générales opposables ?

La Cour répondit à cette question par la négative aux motifs suivants.

L'article 5 de la Directive 97/7 concernant la protection des consommateurs en matière de contrats à distance relative à la vente à distance précise :

> « 1. Le consommateur doit recevoir, par écrit ou sur un autre support durable à sa disposition et auquel il a accès, confirmation des informations mentionnées à l'article 4 paragraphe 1 points a) à f), en temps utile lors de l'exécution du contrat et au plus tard au moment de la livraison en ce qui concerne les biens non destinés à la livraison à des tiers, à moins que ces informations n'aient déjà été fournies au consommateur préalablement à la conclusion du contrat par écrit ou sur un autre support durable à sa disposition et auquel il a accès. »

Les juges estiment que le consommateur ne doit pas avoir à faire d'efforts pour avoir accès à ces informations, par exemple, en devant cliquer sur un lien pour rechercher et accéder aux conditions contractuelles sur le site web, a fortiori dans la mesure où la grande majorité des utilisateurs acceptent les CGU/CGV des sites marchands quasiment automatiquement avant leur achat et ne les lisent jamais. Selon la Cour, un comportement passif des consommateurs doit suffire pour prendre effectivement connaissance des informations, sans même avoir à cliquer sur un lien pour se rendre sur une page web.

S'agissant de la possibilité de conservation des données, la Cour considère :

> « Le seul fait de renvoyer vers une page web, à partir d'un lien communiqué au consommateur, ne permet pas à celui-ci de stocker les informations dans les conditions rappelées ci-dessus. En outre, le

(66) Arrêt CJUE 3e ch. 5 juillet 2012, *Content Services Ltd v. Bundesarbeitskammer*, aff. C-49/11.

contenu des pages web peut être modifié à tout moment par le e-commerçant. »[67]

Rappelons à cet égard que l'article 8, § 2 de la loi du 11 mars 2003 sur les services de la société de l'information dispose, « [l]es clauses contractuelles et les conditions générales communiquées au destinataire doivent l'être d'une manière qui lui permette de les conserver et de les reproduire », sans que soit imposée leur communication.

17. Cette jurisprudence ne sera pas sans retombée pratique pour les exploitants de sites internet.

A notre avis, il faudrait soit faire signer le consommateur sous la forme d'une signature électronique au sens de l'article 1322, alinéa deux du Code civil, soit utiliser des techniques où les consommateurs doivent :

- être obligés de devoir visualiser les conditions générales qui s'afficheraient provisoirement devant eux avant de pouvoir faire quelque opération sur le site ;
- confirmer par après les avoir lues attentivement et marquer leur accord sur leur application ;
- en outre, ces conditions devraient correspondre à des règles normales ; toute règle surprenante ou inusitée pour le consommateur devrait être omise ; c'est en quelque sorte le rôle des dispositions en matière de clauses abusives.

18. Citons également un arrêt de la cour d'appel de Pau qui considère les clauses de Facebook comme inopposables parce qu'elles sont écrites en petits caractères, sont produites en langue anglaise et difficilement lisibles[68].

4.2.1.2. – Modifications

19. De nombreux sites prévoient dans leurs conditions d'utilisation la possibilité de modifier les conditions générales unilatéralement et sans avertissement.

L'on peut reprendre la clause trouvée sur le site de Twitter :

(67) Voy. aussi pour une non opposabilité des clauses auxquelles le consommateur peut avoir accès par un hyperlien, Rechtbank Dordrecht 16 octobre 2006 (*BER BV tegen [gedaagde]*), zaaknummer 181142 CV EXPL 06-552, LJN nummer AZ1675, disponible sur http://internetrecht.mrjurre.nl/.
(68) 1ère Chambre 23 mars 2012, Dossier : 11/03921, disponible sur http://www.legalis.net.

« Nous nous réservons le droit de modifier les présentes Conditions d'utilisation à tout moment en mettant en ligne les conditions modifiées sur ce site. Sauf mention contraire à un autre endroit, toutes les conditions modifiées seront effectives 30 jours après avoir été mises en ligne. Par ailleurs, nous vous notifierons par le biais de la Messagerie eBay. Les présentes Conditions d'utilisation ne peuvent être modifiées d'aucune autre façon, sauf en cas d'accord écrit signé par vous et nous. Les présentes Conditions d'utilisation constituent l'intégralité de l'accord conclu entre nous concernant leur objet. Les dispositions visées dans les articles intitulés Commissions et services (en ce qui concerne les montants dus pour nos services), Limitation de la responsabilité, Licence d'utilisation, Responsabilité, Indemnités et Résolution des litiges restent d'application après la résiliation ou l'échéance des présentes Conditions d'utilisation, ainsi que toutes les dispositions qui doivent raisonnablement survivre la terminaison du contrat. »

20. Ces clauses sont-elles valables ? Nous envisagerons successivement l'hypothèse d'un destinataire de services qui a la qualité de consommateur et celle d'un destinataire professionnel.

21. Le droit de la consommation doit être pris en considération dans la mesure où les personnes utilisent souvent le réseau social à des fins privées[69]. L'article 74, 2° de la loi relative aux pratiques de marché et la protection du consommateur interdit les clauses qui autorisent l'entreprise à modifier unilatéralement « les conditions au détriment du consommateur sur la base d'éléments qui dépendent de sa seule volonté même si la possibilité de mettre fin au contrat est offerte au consommateur. »

L'on peut se poser la question de savoir si la loi sur les pratiques du marché s'applique puisqu'elle couvre les opérations à titre onéreux ; mais l'on peut tout d'abord souligner avec M. Moiny que « Renseigner comme gratuit un site dont l'utilisation est rémunérée par de la publicité impliquant le traitement de données à caractère personnel serait trompeur. »[70]

Les exploitants des réseaux sociaux sont des entreprises au sens de la loi sur les pratiques du marché, puisqu'ils poursuivent un but économique, tandis que l'utilisateur utilise le site à des fins souvent pri-

(69) Voy. Cour d'appel de Pau.
(70) MOINY, *o.c.*, p. 153.

vées ; donc nous croyons que la loi s'applique même si l'accès n'est pas payant[71].

22. Même lorsque le destinataire des conditions est un commerçant, nous pensons que la modification unilatérale des conditions générales par l'exploitant du réseau social ne liera pas toujours le cocontractant[72].

Même si la détermination de conditions du contrat par l'une des parties est souvent admise, elle est soumise à des conditions strictes, notamment le respect de la bonne foi dans l'exécution du contrat, conformément à l'article 1134, alinéa trois, du Code civil. En outre, ceci ne peut avoir pour effet de modifier l'objet du contrat.

4.2.2. – *Les clauses de garantie contractuelle mises à charge des utilisateurs*

4.2.2.1. – Clauses de garanties générales

23. Dans un forum de discussion, l'on peut lire que « Tout message publié demeure sous l'entière responsabilité de son auteur »[73].

L'on peut lire sur Twitter : « Vous êtes responsable de l'utilisation que vous faites des Services, des Contenus que vous communiquez, et de toutes leurs conséquences, y compris de l'utilisation de vos Contenus par d'autres utilisateurs et par nos partenaires tiers. Vous comprenez que vos Contenus peuvent faire l'objet d'une agrégation, d'une diffusion, d'une distribution ou d'une publication par nos partenaires. Si vous ne disposez pas des droits nécessaires à la communication de ces Contenus pour une telle utilisation, vous engagez votre responsabilité. »

Sur un outil de développement de site web apparaît la clause suivante :

> « Si vous êtes développeur ou exploitant d'un site web ou d'une application utilisant notre Plate-forme, les conditions supplémentaires suivantes s'appliquent à votre cas :
>
> 1. Vous êtes responsable de votre application et de son contenu, et de la façon dont vous utilisez la Plate-forme. Vous devez notamment vous assurer que votre application ou utilisation de notre Plate-forme respecte nos principes et règlements applicables aux développeurs et notre règlement publicitaire. »

(71) Voy. dans le même sens, l'analyse de J.P. MOINY, *o.c.*, p. 157.
(72) Voy pour plus de détails, D. PHILIPPE, « Dates de valeur et taux d'intérêt variable », *JJP* 1995, pp. 108-121.
(73) Forum français, ldlc.

Twitter prévoit :

> « Vous comprenez que vos Contenus peuvent faire l'objet d'une agrégation, d'une diffusion, d'une distribution ou d'une publication par nos partenaires. Si vous ne disposez pas des droits nécessaires à la communication de ces Contenus pour une telle utilisation, vous engagez votre responsabilité. »

4.2.2.2. – Respect des normes légales.

24. Certaines clauses mettent à charge de l'utilisateur le respect de règles de droit relatives à la bonne tenue du site.

Ainsi, la clause suivante vise au respect du caractère clean du réseau et de son contenu :

> « Vous n'enverrez pas et ne publierez pas de communications commerciales sans autorisation (comme des messages indésirables) sur Facebook. »

4.2.2.3. – Comportement

25. D'autres clauses visent le comportent de l'utilisateur, par exemple l'interdiction de harcèlement.

Outre une obligation de ne pas faire, ces clauses ont-elles une portée à l'égard des tiers dans la mesure où elles visent la protection des droits d'autrui ?

4.2.2.4. – Nature juridique

26. Y a-t-il *stipulation pour autrui* ? En d'autres termes, la clause donne-t-elle aux tiers un droit (contractuel) direct contre l'auteur de la violation contractuelle qui leur a causé un dommage ?

Celle-ci est définie comme suit par le professeur Wery : « La stipulation pour autrui est une opération triangulaire dans laquelle les parties à un contrat- le stipulant et le promettant- s'accordent pour faire naître, à charge de ce dernier, un droit de créance au profit d'une tierce personne – le tiers bénéficiaire- qui n'a pas pris part à la conclusion du contrat. »[74]

(74) P. WÉRY, *Droit des obligations – théorie générale du contrat*, Bruxelles, Larcier, 2010, p. 731, n° 860.

Fort souvent, il s'agira de protéger un tiers, notamment le titulaire de droits intellectuels dont l'utilisateur du réseau social abuserait des droits.

L'on pourrait répondre par la négative dans la mesure où ce type de clause ne donne pas un droit contractuel dans le chef de tiers qui n'est pas déterminé. En toute hypothèse, ce droit conféré à un tiers pourra faire l'objet d'une révocation jusqu'à ce que celui-ci accepte de se prévaloir de ce droit. En d'autres termes, si le tiers cite en justice l'utilisateur du réseau social (dont il faut encore déterminer l'identité), ce tiers, clairement identifié par la citation, manifeste sa volonté de ses prévaloir de ce droit et l'utilisateur ne pourra plus révoquer son engagement.

Ceci étant, il est loin d'être sûr que l'on puisse invoquer la stipulation pour autrui, car l'engagement en faveur du tiers n'est pas toujours clairement déterminé et, en outre, la volonté dans le chef de l'utilisateur de créer un droit direct en faveur de tiers n'est pas non plus clairement exprimée.

Ceci étant, la question n'est, dans la pratique, pas fondamentale dans la mesure où, d'une part, certains droits, notamment les droits intellectuels, font l'objet d'une protection indépendamment d'une obligation contractuelle, et où, d'autre part, la responsabilité aquilienne de l'utilisateur du réseau social pourrait être mise en cause par le tiers préjudicié.

27. L'on pourrait considérer que par ces clauses, le cocontractant du titulaire du réseau social se *porte fort* d'obtenir le consentement d'un tiers à l'acte juridique[75].

Cette figure n'est adéquate que dans l'hypothèse où l'exploitant du réseau social demande à son cocontractant d'obliger un tiers à marquer son consentement sur une obligation bien déterminée, ce qui n'est généralement pas le cas.

4.2.3. – *Clause d'exonération de responsabilité*

4.2.3.1. – Exemples de clauses

Les exemples de clauses de limitation de responsabilité ne manquent pas.

(75) P. WÉRY, *Droit des obligations – théorie générale du contrat*, Bruxelles, Larcier, 2010, n° 915, p. 771.

28. Ainsi, LinkedIn prévoit :

« 1. EXCLUSION DE RESPONSABILITÉ

CERTAINS PAYS ET JURIDICTIONS N'AUTORISENT PAS L'EXCLUSION DE CERTAINES GARANTIES IMPLICITES DANS LES CONTRATS CONCLUS AVEC DES CONSOMMATEURS ET PAR CONSÉQUENT, IL EST POSSIBLE QUE CETTE SECTION NE VOUS SOIT PAS OPPOSABLE.

NE VOUS APPUYEZ PAS SUR LINKEDIN, TOUTE INFORMATION SUR SON SITE OU LA PÉRENNITÉ DE SON EXISTENCE. NOUS FOURNISSONS LA PLATEFORME POUR LINKEDIN ET TOUTES LES INFORMATIONS ET LES SERVICES « EN L'ÉTAT » ET « SELON LA DISPONIBILITÉ ». LINKEDIN NE CONTRÔLE NI NE VÉRIFIE L'EXACTITUDE DU CONTENU GÉNÉRÉ PAR LES UTILISATEURS. NOUS NE DONNONS AUCUNE GARANTIE OU DÉCLARATION EXPRESSE.

DANS TOUTE LA MESURE PERMISE PAR LA LOI EN VIGUEUR, NOUS EXCLUONS TOUTE DÉCLARATION OU GARANTIE IMPLICITE, Y COMPRIS, DE MANIÈRE NON LIMITATIVE, TOUTE GARANTIE DE QUALITÉ MARCHANDE, D'ADAPTABILITÉ À UN USAGE PARTICULIER, DE PROPRIÉTÉ, D'EXACTITUDE DES DONNÉES ET DE NON-VIOLATION DES DROITS D'AUTRUI. SI VOUS N'ÊTES PAS SATISFAIT OU SI VOUS CONSIDÉREZ QUE VOUS AVEZ SUBI UN PRÉJUDICE DE LA PART DE LINKEDIN OU TOUT ÉLÉMENT EN RELATION AVEC LINKEDIN, VOUS POUVEZ FERMER VOTRE COMPTE LINKEDIN ET RÉSILIER LE CONTRAT CONFORMÉMENT A L'ARTICLE 7 (« RÉSILIATION »), ET CETTE RÉSILIATION SERA VOTRE SEUL ET EXCLUSIF RECOURS.

LINKEDIN N'EST PAS RESPONSABLE, ET N'OFFRE AUCUNE DÉCLARATION NI GARANTIE RELATIVE A LA DIFFUSION DE MESSAGES (TELS QUE EMAILS, PUBLICATION DE RÉPONSES OU TRANSMISSION DE TOUT AUTRE CONTENU GÉNÉRÉ PAR UN UTILISATEUR) ENVOYÉ PAR L'INTERMÉDIAIRE DE LINKEDIN À QUICONQUE. NOUS NE GARANTISSONS NI NE DÉCLARONS NON PLUS QUE VOTRE UTILISATION DU SERVICE N'ENFREINDRA PAS LES DROITS DE TIERS. TOUT MATÉRIEL, SERVICE, OU TECHNOLOGIE DÉCRITS OU UTILISÉS SUR LE SITE INTERNET PEUT FAIRE L'OBJET DE DROITS DE PROPRIÉTÉ INTELLECTUELLE DÉTENUS PAR DES TIERS QUI NOUS ONT CONCÉDÉ UNE LICENCE SUR CE MATÉRIEL, CE SERVICE OU CETTE TECHNOLOGIE.

LINKEDIN N'A PAS L'OBLIGATION DE VÉRIFIER L'IDENTITÉ DES PERSONNES S'INSCRIVANT À SES SERVICES, NI L'OBLIGATION DE SUPERVISER L'UTILISATION DE SES SERVICES PAR D'AUTRES UTILISATEURS DE LA COMMUNAUTÉ ; PAR CONSÉQUENT, LINKEDIN EST EXONÉRÉ DE TOUTE RESPONSABILITÉ POUR USURPATION D'IDENTITÉ OU TOUTE AUTRE MAUVAISE UTILISATION DE VOTRE IDENTITÉ OU DE VOS DONNÉES.

LINKEDIN NE GARANTIT PAS QUE LES SERVICES QU'IL FOURNIT FONCTIONNERONT SANS INTERRUPTION OU SANS ERREUR DE FONCTIONNEMENT. EN PARTICULIER, LE FONCTIONNEMENT DES SERVICES POURRA ÊTRE INTERROMPU DU FAIT D'OPÉRATIONS DE MAINTENANCE, DE MISES A JOUR, OU DE DÉFAILLANCES DU SYSTÈME OU DU RÉSEAU. LINKEDIN EXCLUT TOUTE RESPONSABILITÉ POUR LE PRÉJUDICE RÉSULTANT D'UNE TELLE INTERRUPTION OU ERREUR DE FONCTIONNEMENT. DE PLUS, LINKEDIN EST EXONÉRÉ DE TOUTE RESPONSABILITÉ EN CAS DE MAUVAIS FONCTIONNEMENT, D'IMPOSSIBILITÉ D'ACCÈS OU DE MAUVAISES CONDITIONS D'UTILISATION DU SITE LINKEDIN DU FAIT D'UN ÉQUIPEMENT INAPPROPRIÉ, DE PERTURBATIONS DUES AUX FOURNISSEURS D'ACCÈS INTERNET, DE SATURATION DU RÉSEAU INTERNET, ET POUR TOUTE AUTRE RAISON. »

En ce qui concerne les échanges dans les forums de discussion :

« LINKEDIN N'EST PAS RESPONSABLE DE L'UTILISATION ABUSIVE OU DU DÉTOURNEMENT DU CONTENU OU DES INFORMATIONS QUE VOUS PUBLIEZ SUR LES FORUMS, TELS QUE LE BLOG LINKEDIN, LES GROUPES OU LES RÉPONSES. »

Cette clause appelle quelques réflexions. »

Ainsi, la clause exclut TOUTE GARANTIE DE QUALITÉ MARCHANDE, D'ADAPTABILITÉ À UN USAGE PARTICULIER, DE PROPRIÉTÉ.

Cette clause est tout à fait classique en matière de contrat de vente aux Etats Unis ; on peut se poser la question de savoir si la clause est bien valable en matière de réseaux sociaux, - à quel niveau intervient alors la qualité marchande en Belgique ?

La clause se veut très large puisque LinkedIn ne garantit pas que l'utilisation de ses services par un destinataire des conditions d'utilisation n'enfreindra pas les droits de tiers.

Relevons aussi l'exonération de responsabilité qui porte sur les incidents techniques et dont a priori, la validité ne peut être contestée.

L'observation la plus importante porte sur la volonté de marier cette clause avec l'ensemble des régimes juridiques de la planète. Ceci est résolu de manière simple, puisque la clause sera inopposable là où le régime juridique la considère comme non valable. C'est une bonne solution mais qui laisse la place à beaucoup d'incertitudes dans l'application effective des conditions générales. En effet, si la clause est totalement inopposable, la responsabilité du réseau social sera fortement aggravée dans un pays par rapport à un autre.

29. Dans les conditions d'eBay, on peut lire ceci : « ***En cas de litige avec un ou plusieurs utilisateurs,** vous nous dégagez de toute responsabilité (ainsi que nos administrateurs, directeurs, agents, sociétés liées et associées, joint ventures et employés) pour toute réclamation et tout dommage (présent ou futur) de tout type ou nature, connu ou non, résultant de manière directe ou indirecte de ces litiges ».

Cette clause vise à étendre ses effets à des tiers ; elle est très large puisqu'elle vise tout type de responsabilité ; à notre avis, elle doit rester valable car elle vise une hypothèse où eBay est étranger à l'opération contractuelle.

30. On peut lire dans les conditions de Facebook la clause suivante :

« 3. NOUS ESSAYONS DE FOURNIR FACEBOOK 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 LES GARANTIES IMPLICITES DE QUALITÉ MARCHANDE, D'ADÉQUATION À UN USAGE PARTICULIER OU DE NON-VIOLATION. NOUS NE GARANTISSONS PAS QUE FACEBOOK SOIT SÛR ET SÉCURISÉ. FACEBOOK N'ASSUME AUCUNE RESPONSABILITÉ QUANT AUX ACTIONS, CONTENUS, INFORMATIONS OU DONNÉES DE TIERS, ET VOUS DÉGAGEZ FACEBOOK, LES MEMBRES DE SA DIRECTION, LES MEMBRES DE SON CONSEIL D'ADMINISTRATION, SES EMPLOYÉS ET SES AGENTS DE TOUTE RESPONSABILITÉ EN CAS DE PLAINTES OU DOMMAGES, CONNUS ET INCONNUS, ÉMANANT DE OU AFFÉRENTS AUX PLAINTES OU DOMMAGES À L'ENCONTRE DE CES TIERS. 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 : « A GENERAL RELEASE DOES NOT EXTEND TO CLAIMS WHICH THE CREDITOR DOES NOT KNOW OR SUSPECT TO EXIST IN HIS FAVOR AT THE TIME OF EXECUTING THE RELEASE, WHICH IF KNOWN BY HIM MUST HAVE MATERIALLY AFFECTED HIS SETTLEMENT WITH THE DEBTOR. » 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 FACEBOOK, QUAND BIEN MÊME FACEBOOK AURAIT ÉTÉ INFORMÉ DE LA POSSIBILITÉ D'UN TEL DOMMAGE. L'AGRÉGAT TOTAL DE NOTRE RESPONSABILITÉ ENVERS VOUS DANS LE CADRE DE CETTE DÉCLARATION OU FACEBOOK NE POURRA DÉPASSER LE MONTANT PAYÉ PAR VOUS AU COURS DES 12 MOIS PRÉCÉDENTS OU $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 EXCLUSION CI-DESSUS PEUT NE PAS S'APPLIQUER À VOTRE CAS. DANS DE TELS CAS, LA RESPONSABILITÉ DE FACEBOOK SERA LIMITÉE AU MAXIMUM PERMIS PAR LE DROIT APPLICABLE. »

On peut tout d'abord s'interroger sur l'usage de caractères majuscules.

L'explication est à trouver dans l'Uniform Commercial Code § 2-302, qui prévoit que les clauses d'exonération ou de limitation de responsabilité doivent être indiquées de manière claire. Donc, les clauses d'exonération de responsabilité se retrouvent souvent soit en lettres capitales, soit en caractères gras dans les contrats aux Etats Unis.

La clause exclut les dommages indirects, ce qui est assez usuel ainsi qu'une limite en montant.

L'on épinglera aussi la clause suivante : « 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 : « A GENERAL RELEASE DOES NOT EXTEND TO CLAIMS WHICH THE CREDITOR DOES NOT KNOW OR SUSPECT TO EXIST IN HIS FAVOR AT THE TIME OF EXECUTING THE RELEASE, WHICH IF KNOWN BY HIM MUST HAVE MATERIALLY AFFECTED HIS SETTLEMENT WITH THE DEBTOR. ».

La référence explicite au droit californien est assez intéressante lorsque l'on sait que les utilisateurs de Facebook couvrent l'ensemble du globe et que la proportion de francophones résidant en Californie est assez faible...

Elle s'étend non seulement à la société elle-même, mais vise aussi : *Les membres de sa direction, les membres de son conseil d'administration, ses employés et ses agents*, ce qui est plus sûr.

La clause cherche à sortir ses effets quel que soit le droit applicable ; puisque la responsabilité est limitée au maximum permis par le droit applicable ; cette solution est avisée mais ne rencontre pas l'hypothèse où la clause est nulle selon le droit applicable.

31. Dans les conditions d'eBay, il est stipulé que :

> « eBay ne peut pas être tenu pour responsable ni du contenu ou des actions (ou absence d'action) d'autres utilisateurs, ni des objets qu'ils mettent en vente. Vous reconnaissez que nous ne sommes pas une société de ventes aux enchères traditionnelle. Au contraire, nos sites ne sont qu'un lieu d'échange dont l'objet est de permettre à n'importe qui, n'importe où et n'importe quand, d'offrir, de vendre ou d'acheter pratiquement tout ce qu'il ou elle souhaite, dans une diversité de formats tarifaires et de lieux d'échange, tels que, entre autres, les boutiques, les mises en vente à prix fixe et celles de type enchères. Nous n'intervenons pas dans la transaction entre acheteurs et vendeurs. En conséquence, nous n'exerçons aucun contrôle sur la qualité, la sûreté ou la licéité des objets répertoriés, la véracité ou l'exactitude dans le contenu ou les annonces des utilisateurs, la capacité des vendeurs à vendre lesdits objets ni la capacité des acheteurs à payer lesdits objets. Nous ne pouvons pas non plus assurer que le vendeur ou l'acheteur concluront la transaction ».

Ces clauses visent à éviter toute responsabilité de l'intermédiaire dans les opérations d'achat et vente.

4.2.3.2. – Licéité de ces clauses limitatives de responsabilité

32. Les clauses limitatives ou exonératoires de responsabilité (*limitation or exclusion of liability, Haftungsbegrenzung oder Haftungsfreizeichnung*) sont **en principe valides** dans les différents droits analysés.

L'on retrouve cependant de manière assez similaire **deux types de tempéraments** à ce principe :

- d'une part, ces clauses ne peuvent pas être contraires à l'ordre public, ni aux **dispositions impératives** (il en sera ainsi chaque fois que la loi interdit expressément toute limitation de responsabilité) ; et
- d'autre part, elles ne peuvent pas avoir pour conséquence de priver l'obligation principale de tout effet ou alors de toucher à une **obligation essentielle** (*main object of the contract, kardinalpflichten*).

Il est également généralement admis que pareilles clauses doivent être **interprétées de manière stricte** et contre celui qui a stipulé.

33. Il est intéressant de voir ce que prévoit le droit anglo-saxon sur ces questions.

Le droit anglais occupe de manière générale un place à part dans la mesure où il comporte, outre les principes généraux dont question ci-dessus, deux autres corps de règles qui s'appliquent aux clauses limitatives de responsabilité.

D'une part, la clause sera invalidée en cas de *misrepresentation*, c'est-à-dire si le contrat a été conclu sur la base de fausses représentations, ce qui sera le cas notamment si celui qui entend s'exonérer

n'a pas correctement informé son cocontractant avant la conclusion du contrat[76].

D'autre part, le Unfair Contract Terms Act de 1977 réglemente de manière spécifique certaines clauses et en tout premier lieu les clauses limitatives de responsabilité. Il s'applique principalement à toutes les obligations découlant d'une activité professionnelle (pour les relations avec les consommateurs, il faut aussi se référer à la Unfair Terms in Consumer Contracts Regulation 1999). Par contre il ne s'applique pas aux contrats relatifs à un *international supply of goods*.

En vertu de cette loi, certaines clauses sont toujours inefficaces (décès ou dommage aux personnes ; garanties données par le producteur en rapport à des biens dont l'usage se fait par un consommateur ; garantie relative à la propriété ; responsabilité des produits défectueux vis-à-vis des consommateurs), alors que toutes les autres doivent être appréciées au regard du critère de ***reasonableness*** (« *the term shall be a reasonable one to be included* »).

Pour apprécier le caractère raisonnable, il faut avoir égard à différents critères :

- dans une relation B to B, la liberté contractuelle reste importante et le juge doit tenir compte de ce que les parties ont souhaité au niveau des aménagements de leur responsabilité ;
- il faut se placer au moment de la conclusion du contrat ;
- 2 critères essentiels : la capacité financière de celui qui entend limiter sa responsabilité et sa possibilité de faire couvrir son risque par une assurance ;
- autres critères (énumération non exhaustive) : position des parties dans la négociation (p.ex. l'acheteur d'un immeuble très cher a été jugé en position de force par rapport à un agent immobilier dont la clause limitative a donc été reconnue valable), l'existence d'une contrepartie à la limitation de responsabilité (p.ex. une réduction de prix), la possibilité ou non de contracter avec un tiers sans pareille clause, la connaissance éclairée de l'existence et l'étendue de la clause,...)

Une clause qui ne répond pas à ces critères est nulle (et non pas réduite à ce qui serait raisonnable), sauf si la clause est divisible (auquel cas seule la partie déraisonnable sera annulée) ou encore si la clause, de par sa généralité, est susceptible de s'appliquer à des cas

(76) TREITEL, *The law of contract*, 12th edition, Sweet & Maxwell, 2007, p. 262.

différents (où elle sera alors, en fonction des cas, soit nulle d'office, soit à vérifier au regard du critère du raisonnable, soit seulement soumise aux règles générales de la common law).

34. En **droit néerlandais**, le critère général en vertu duquel une telle clause doit être appréciée est la **bonne foi** : het overeengekomene is niet van toepassing, voorzover dit in de gegeven omstandigheden naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar zou zijn.

35. De même dans les **Principes du Droit Européen** des Contrats, il est prévu que les moyens dont dispose le créancier confronté à une inexécution peuvent être exclus ou limités conventionnellement, à moins que ce ne soit contraire aux exigences de la *bonne foi*.

36. Dans le cadre des **principes Unidroit**, une clause limitative ou exonératoire ne peut pas être invoquée si ce serait *grossly unfair* eu égard au but/à l'objet (*purpose*) du contrat.

37. Qu'en déduire par rapport aux clauses préétudiées ?

Tout d'abord, il convient de souligner que ces clauses s'inscrivent dans la logique de l'exonération de responsabilité accordée aux hébergeurs décrite ci-avant (Section 2).

Par conséquent, elles ne devraient pas, a priori, être considérées comme déraisonnables ou privant l'obligation de son objet.

Quid si l'exploitant du site a une activité plus large ou si l'exploitant est conscient des activités illicites développées sur le réseau social ?

A notre avis, les clauses ne s'appliqueraient pas car elles sont d'interprétation stricte.

Pour le reste, ne grande incertitude puisque c'est au juge à apprécier souvent selon des normes ouvertes la validité ou la mise en œuvre des clauses.

Enfin, pour autant que de besoin, rappelons que ces clauses d'exonération ne sont pas opposables aux tiers qui s'estimeraient lésés par les agissements d'un utilisateur de services d'un réseau social, compte tenu du principe de la relativité des conventions.

Le caractère lisible ou non, la langue des clauses et leur caractère plus ou moins inusité auront une influence. Les clauses précitées dans

la mesure où elles viennent à ne pas reconnaître la responsabilité des réseaux sociaux pour le contenu des messages, par exemple, ne nous semblent pas devoir être mises en cause, sauf si les exploitants ont consciemment et délibérément tolérés pareils comportements ; mais ce sera alors dans la mise en œuvre et non dans le contenu de la clause elle-même que portera l'appréciation du juge.

Les exclusions de dommages indirects ou l'absence de responsabilité pour les problèmes d'ordre technique sont, en principe, licites.

4.2.4. – *Clause de « Hold harmless »*

38. Il s'agit des « engagements de « garantie » ou de « hold harmless », par lesquels les parties conviennent entre elles de la manière dont les conséquences d'une responsabilité à l'égard de tiers seront supportées par elles, en prévoyant que chacune des parties tiendra l'autre indemne des recours qui seraient exercés par des tiers contre l'une des parties pour des faits dommageables dont la charge incombe, suivant le contrat, à l'autre partie. »[77]

Ces clauses sont souvent accompagnées d'une clause d'exonération de responsabilité, étudiée *supra*.

39. L'on peut prendre l'exemple suivant tiré de *eBay*

« Vous acceptez d'indemniser et de défendre eBay (y compris pour les frais raisonnables d'avocats) ainsi que nos administrateurs, directeurs, agents, sociétés liées et associées et employés, contre toute demande ou réclamation faite par un tiers, causée ou résultant d'une violation de votre part des présentes Conditions d'utilisation ou de tout document qui y est incorporé par référence, ou d'une violation de votre part de toute loi ou de tout droit de ces tiers ».

40. L'on peut lire sur LinkedIn :

« *Indemnisation*

Vous nous indemnisez et vous nous garantissez contre tout préjudice, perte ou frais (y compris, mais sans limitation, les honoraires raisonnables d'avocat) liés aux demandes, frais ou enquêtes de tiers résultant de (1) votre non-respect des dispositions de ce Contrat, y compris, sans limitation, la mise en ligne de contenu en violation des droits d'un tiers ou des dispositions légales en vigueur, (2) tout

(77) M. GOUDEN, « Les clauses d'abandon de recours ou de hold harmless » in *La rédaction des contrats internationaux*, Philippe & Partners, Larcier, 2012.

contenu fourni à LinkedIn, et (3) toute activité dans laquelle vous vous engagez par le biais du site de LinkedIn. »

Ces clauses sont en principe, elles aussi, licites.

4.2.5. – *Sanction contractuelle*

41. L'on peut lire comme mesure **préventive**, sur un forum de discussion :

« Le modérateur refusera en particulier la publication de messages :

• de nature publicitaire ou promotionnelle ;

• à caractère raciste ou diffamatoire, grossier ou injurieux, agressif ou violent ;

• contraires aux droits d'auteurs ou droits voisins, au droit applicable aux bases de données, au droit à l'image ou au droit au respect de la vie privée, qui enfreindraient toute autre disposition législative ou réglementaire en vigueur. »[78]

42. L'on distingue les sanctions suivantes.

Retrait de textes :

• En cas d'atteinte aux lois en vigueur, aux bonnes mœurs, aux conditions présentes d'utilisation ou pour toute autre raison librement interprétée, le site se réserve le droit de fermer ses espaces d'expression pour une durée limitée ou définitive et d'en supprimer les informations et les renvois à ces informations[79].

• Les membres de LinkedIn peuvent créer des Groupes LinkedIn et des Pages d'entreprise gratuitement. Toutefois, LinkedIn peut fermer ou transférer des Groupes LinkedIn ou des Pages d'entreprise, ou supprimer des contenus en violation avec le présent Contrat ou des droits de propriété intellectuelle.

Adaptation du contenu

« Nous pouvons modifier ou adapter vos Contenus afin de les transmettre, afficher ou distribuer sur des réseaux informatiques et sur différents médias et/ou apporter des changements nécessaires à vos Contenus afin de les rendre conformes aux exigences ou limitations de tous réseaux, équipements, services ou médias. »[80]

(78) *Ibid.*
(79) Site www.enseignementsup-recherche.gouv.fr.
(80) Site Twitter.

L'on mentionnera aussi les clauses autorisant la suppression de comptes en cas de violation répétée des conditions d'utilisation. Par ailleurs, les exploitants mettent parfois certains outils techniques à la disposition des animateurs de forums pour faire respecter leurs droits par les personnes fréquentant le forum et pour faire respecter la législation.

Toutes ces clauses sont a priori licites.

4.2.6. – *Théorie de l'apparence*

43. Même si l'exploitant du réseau social se décharge de toute responsabilité, peut-il encore être tenu envers les tiers ?

L'apparence est principalement connue dans notre droit dans la théorie du mandat apparent :

> « en vertu de la théorie du mandat apparent, le pseudo-mandant peut être tenu par les actes du pseudo mandataire en cas d'excès de pouvoir lorsque le tiers pouvait raisonnablement croire que le pseudo-mandataire agissait au nom et pour le compte du pseudo-mandant »[81]

La Cour de cassation a énoncé : « Que le mandant peut être engagé sur le fondement d'un mandat apparent non seulement lorsque le mandant a commis une faute créant l'apparence mais également, en l'absence d'une faute susceptible de lui être reprochée, si la croyance du tiers à l'existence et à l'étendue des pouvoirs du mandataire est légitime »[82].

Par deux arrêts ultérieurs, la Cour de cassation a précisé sa jurisprudence en ajoutant la condition d'imputabilité de l'apparence au pseudo-mandant.

En effet, elle a dit pour droit que : « Une personne peut-être engagée sur le fondement d'un mandat apparent si l'apparence lui est imputable, c'est-à-dire, si elle a, librement, par son comportement, même non fautif, contribué à créer ou à laisser subsister cette apparence »[83].

Dans l'hypothèse où le mandant n'a commis aucune faute, la doctrine considère que le mandat apparent requiert la réunion de quatre éléments constitutifs :

(81) F. GEORGES, « La condition d'imputabilité dans la théorie du mandat apparent », *RGDC* 2011, p. 304.
(82) Cass. 20 juin 1988, disponible sur www.juridat.be.
(83) Cass. 20 janvier 2000, disponible sur www. juridat.be ; Cass. 25 juin 2004. *RGDC* 2004, p. 457.

- l'existence d'une situation apparente différente de la réalité ;
- l'ignorance légitime du tiers contractant quant à l'existence réelle ou quant à l'exacte étendue des pouvoirs du mandataire ; Cette condition implique en réalité que : « Il ne peut (le tiers) davantage bénéficier de la théorie du mandat apparent s'il ne pouvait, compte tenu des circonstances, raisonnablement ignorer cette situation réelle 'condition de la bonne foi objective [...]. La jurisprudence met ainsi à charge du tiers contractant un devoir raisonnable de s'informer »[84] ;
- l'existence d'un préjudice pour les tiers ;
- l'apparence dont est victime le tiers contractant doit être imputable au comportement du mandant[85].

44. Que conclure de ceci ?

La théorie de l'apparence pourrait s'appliquer pour autant que les actes posés par un utilisateur d'un site web ou réseau social, dans le cadre de la conclusion d'un acte juridique, donnent l'impression (fausse) que l'utilisateur concerné agit au nom et pour le compte de l'exploitant du site web ou réseau social, en vue de la conclusion d'un acte juridique[86]. Il faut également que cette apparence de mandat soit imputable à l'exploitant du réseau social ou site web. L'hypothèse devrait donc demeurer exceptionnelle, les exploitants de sites web, en particulier de réseaux sociaux, prenant soin de rappeler leur absence d'intervention sur les contenus véhiculés pour compte des utilisateurs. Il est donc peu probable que la théorie de l'apparence permette à un tiers d'invoquer une obligation contractuelle à charge de l'exploitant d'un site de réseau social.

La théorie de l'apparence pourrait également être invoquée afin de tenter de faire supporter par l'exploitant du réseau social les conséquences d'actes ou de propos formulés par un utilisateur du site (situation hors mandat dans ce cas puisqu'il ne s'agirait pas de conclure un acte juridique). Ici encore, l'hypothèse devrait demeurer rare, car cela supposerait que l'utilisateur puisse faire raisonnablement croire à un tiers qu'il engage l'exploitant du réseau social par ses actes ou propos. Les conditions d'utilisation des sites de réseaux sociaux sont généralement claires à cet égard et l'on ajoutera qu'un

(84) P. WERY, *Le mandat*, Bruxelles, Larcier, 2000, p. 249.
(85) F. GEORGES, « La condition d'imputabilité dans la théorie du mandat apparent », *RGDC* 2011, p. 305 et 306 ; P. WERY, *Le mandat*, Bruxelles, Larcier, 2000, p. 248 et 249. Cass. 20 janvier 2000, disponible sur www.juridat.be.
(86) On peut imaginer la conclusion d'une vente suite à une annonce parue sur un site web.

utilisateur normalement prudent de ce type d'outils ne peut ignorer que leur exploitant n'intervient pas sur le contenu diffusé et ne peut être considéré comme le cautionnant d'une manière ou d'une autre.

4.2.7. – *Compétence des juridictions et droit applicable*

45. L'on peut lire sur le site de Facebook :

« 15. Litiges et droit applicable

1. Vous porterez toute plainte (« plainte ») afférente à cette Déclaration ou à Facebook exclusivement devant les tribunaux d'Etat et fédéraux sis dans le comté de Santa Clara, en Californie. Le droit de l'Etat de Californie est le droit appliqué à cette Déclaration, de même que toute action entre vous et nous, sans égard aux principes de conflit de lois. Vous acceptez de respecter la juridiction des tribunaux du comté de Santa Clara, en Californie, dans le cadre de telles actions.

2. En cas de plainte à notre encontre suite à vos actions, à votre contenu ou à vos informations sur Facebook, vous indemniserez Facebook pour toute perte, responsabilité, réclamation, demande, dépenses et frais, y compris les honoraires raisonnables d'avocat, afférents à cette plainte. »

4.2.7.1. – Compétence

46. La compétence des juridictions du Delaware a été rejetée par la cour d'appel de Pau sur la base des dispositions protégeant le consommateur

« Il apparaît à la lecture des conditions générales d'utilisation du site, que les dispositions spécifiques relatives à la clause attributive de compétence à une juridiction des Etats Unis est noyée dans de très nombreuses dispositions dont aucune n'est numérotée.

Elle est en petits caractères et ne se distingue pas des autres stipulations.

Elle arrive au terme d'une lecture complexe de douze pages format A4 pour la version papier remise à la Cour et la prise de connaissance de ces conditions peut être encore plus difficile sur un écran d'ordinateur ou de téléphone portable, pour un internaute français de compétence moyenne.

En outre, il suffit d'une simple et unique manipulation lors de l'accès au site (clic) et non d'une signature électronique pour que le consentement de l'utilisateur soit considéré comme acquis ce qui suppose que l'attention de celui-ci soit particulièrement attirée sur la clause dont se prévaut fa société Facebook ce qui n'est pas le cas en l'espèce puisque lors de cette manipulation la clause n'est pas facilement identifiable et lisible ;

Il apparaît à la lecture des conditions générales d'utilisation du site, que les dispositions spécifiques relatives à la clause attributive de compétence à une juridiction des Etats Unis est noyée dans de très nombreuses dispositions dont aucune n'est numérotée.

Elle est en petits caractères et ne se distingue pas des autres stipulations.

Elle arrive au terme d'une lecture complexe de douze pages format A4 pour la version papier remise à la Cour et la prise de connaissance de ces conditions peut être encore plus difficile sur un écran d'ordinateur ou de téléphone portable, pour un internaute français de compétence moyenne. »

Nous ne pouvons qu'approuver cet arrêt. Nous croyons aussi qu'il s'agit d'une clause abusive en droit de la consommation dans la mesure où elle rend l'accès à la justice beaucoup plus difficile[87].

4.2.7.2. – Droit applicable

47. Nous croyons que la clause prévoyant l'application du droit de la Californie à tous les utilisateurs de Facebook est abusive et nulle[88]. En effet, le droit californien est totalement inconnu du consommateur moyen[89].

(87) Voy. art. 74, 23° LPMC.

(88) Voy. art. 75, § 2 LPMC, qui déclare nulle la clause renvoyant vers le droit d'un Etat tiers à l'Uniou européenne lorsque, sans cette clause, le droit d'un Etat membre aurait été applicable.

(89) Le Règlement n° 593/2008 sur la loi applicable en matière contractuelle prévoit en effet en son art. 6, § 2, que le choix d'une loi autre que celle du lieu de résidence du consommateur ne peut priver celui-ci des règles protectrices du droit de son lieu de résidence. Les dispositions sur les clauses abusives devraient donc pouvoir être invoquées pour autant qu'un tribunal d'un Etat membre de l'Union européenne soit compétent. Dans ce cadre, on notera que le Règlement 44/2001 sur la compétence internationale ne devrait pas s'appliquer lorsque l'exploitant du réseau social est établi hors de l'Union (art. 4), à moins qu'il y ait nne succursale et que le litige concerne celle-ci (art. 15, § 2). Dans l'hypothèse d'une saisine d'un juge belge, c'est donc le Code de droit international privé qui devra être utilisé pour fonder la compétence des juridictions belges. A cet égard, on soulignera que l'art. 97 du Code de droit international privé prévoit une compétence spéciale des juridictions belges pour les contrats de consommation lorsque le consommateur a conclu le contrat de fourniture de services à partir de la Belgique et y résidait à ce moment ou lorsque le consommateur résidant habituellement en Belgique a conclu le contrat de services suite à une publicité reçue du prestataire.

4.3. – *Conclusions*

48. Comme nous avons tenté de le montrer, le panorama des intermédiaires de l'internet est contrasté.

49. Il est tout d'abord quelque peu fugitif, en ce que les acteurs et les services offerts évoluent sans cesse, au point d'être parfois difficiles à cerner et en tout cas à enfermer dans des qualifications juridiques figées.

A cet égard, on doit souligner l'intérêt pratique de définir le champ d'application matériel des régimes d'exonération par référence à la nature des services offerts.

50. Ensuite, l'œil attentif percevra la subtilité des nuances, qui n'est pas étrangère au recours à des concepts flous(90) permettant au juge d'appréhender les particularités des cas d'espèce.

51. La position centrale des intermédiaires dans le champ large de l'internet les place invariablement au cœur des enjeux et des arbitrages à réaliser entre intérêts et droits concurrents. La problématique est d'autant plus délicate à gérer qu'elle est caractérisée par une approche jurisprudentielle logiquement très casuistique.

52. D'un point de vue contractuel, l'image est peut-être plus nette.

La négociation de contrats portant sur des services d'intermédiaires requiert quelques précautions (pour autant qu'il y ait négociation, naturellement).

L'examen de quelques clauses classiques dans ce type de convention montre des interrogations parfois essentielles.

Sans remettre en cause leur raison d'être, ce qui est frappant dans les clauses examinées, c'est l'insécurité juridique dont elles sont la source, puisque le rédacteur sait pertinemment bien qu'en les propulsant dans le monde entier, elles ne trouveront application qu'au gré des normes légales et de la jurisprudence en vigueur dans le pays d'accueil. Il conviendrait en tout cas que les exploitants de réseaux sociaux prévoient non seulement que la clause ne sera pas valable si le droit applicable n'en reconnaît pas aussi la validité mais aussi que l'on pourra lui substituer une clause valable ayant une portée la plus proche que celle qui a été considérée comme invalide.

(90) Agir « promptement », connaissance « effective », illicéité « apparente ».

L'on peut réfléchir soit à une intervention du législateur, peut-être à l'initiative de la Commission des Nations Unies pour le Droit du commerce international (CNUDCI), soit par voie d'accords entre représentants du monde de l'entreprise, des associations de consommateur, et les responsables des réseaux sociaux.