

L'opposabilité des conditions générales de contrats conclus sur internet et ses zones d'ombre.

Mémoire réalisé par
Cécile MOTTE

Promoteur(s)
Denis PHILIPPE

Année académique 2013-2014
Master en droit

Plagiat et erreur méthodologique grave

Le plagiat entraîne l'application des articles 87 à 90 du règlement général des études et des examens de l'UCL. Il y a lieu d'entendre par « plagiat », l'utilisation des idées et énonciations d'un tiers, fussent-elles paraphrasées et quelle qu'en soit l'ampleur, sans que leur source ne soit mentionnée explicitement et distinctement à l'endroit exact de l'utilisation.

La reproduction littérale du passage d'une oeuvre, même non soumise à droit d'auteur, requiert que l'extrait soit placé entre guillemets et que la citation soit immédiatement suivie de la référence exacte à la source consultée.*.

En outre, la reproduction littérale de passages d'une oeuvre sans les placer entre guillemets, quand bien même l'auteur et la source de cette oeuvre seraient mentionnés, constitue une erreur méthodologique grave pouvant entraîner l'échec.

* A ce sujet, voy. notamment <http://www.uclouvain.be/plagiat>.

Remerciements

Je tiens à remercier toutes les personnes qui m'ont aidée de près ou de loin à réaliser ce mémoire.

Je remercie plus particulièrement mon promoteur, Maître Denis Philippe, pour ses conseils avisés et sa disponibilité; ma famille et mes amis qui, durant ces années d'études, ont toujours été à mes côtés.

INTRODUCTION	7
CHAPITRE I : L’OPPOSABILITE DES CONDITIONS GENERALES A L’ORIGINE... 8	
Section 1. Les principes de droit commun	8
Section 2. La connaissance des conditions générales.....	9
Section 3. L’acceptation des conditions générales.....	12
<i>A. L’acceptation expresse.....</i>	<i>12</i>
<i>B. L’acceptation tacite.....</i>	<i>13</i>
<i>C. L’acceptation tacite de la facture</i>	<i>13</i>
Section 4. The Battle of forms.....	15
<i>A. L’opposabilité réciproque des conditions générales et la nullité du contrat.....</i>	<i>15</i>
<i>B. Les quatre théories.....</i>	<i>16</i>
1. Les conditions générales de l’acheteur.....	16
2. The first shot rule	17
3. The Knock out rule.....	17
4. The last shot rule	18
CHAPITRE II : L’OPPOSABILITE DES CONDITIONS GENERALES ET L’AVENEMENT DES CONTRATS CONCLUS SUR INTERNET	18
Section 1. Le Code de droit économique : livre XII.	19
Section 2. La théorie des équivalents fonctionnels	20
Section 3. Les différents mécanismes techniques de communication des conditions générales au regard des conditions posées à l’origine de connaissance et d’acceptation.	21
<i>A. Accessibilité, visibilité et emplacement</i>	<i>21</i>
1. Le lien hypertexte renvoyant aux conditions générales	22
2. Le renvoi aux conditions générales à travers une rubrique ou un sous-titre général	23
3. Le contenu des conditions générales éparpillé sur le site.....	23
<i>B. Click-Wrap et Browse-Wrap.....</i>	<i>23</i>
Section 6. Autres spécificités des conditions générales au regard des contrats conclus sur internet.....	26
<i>A. La langue des conditions générales</i>	<i>26</i>
<i>B. Présentation, compréhension et interprétation</i>	<i>28</i>
<i>C. Les versions simplifiées ou vulgarisées des conditions générales</i>	<i>28</i>

D. La modification des conditions générales.....	31
CHAPITRE III. LA VALIDITE DES DIFFERENTS MECANISMES TECHNIQUES DE COMMUNICATION DES CONDITIONS GENERALES : ETUDE COMPAREE.....	31
Section 1. Analyse de l'arrêt de la Cour de Justice de l'Union européenne du 5 juillet 2012	31
Section 2. Le système juridique américain.....	34
A. Click-wrap agreement.....	36
B. Browse-wrap agreement ou webwrap agreement.....	42
C. UCITA.....	47
D. Conclusion.....	48
CHAPITRE IV : L'OPPOSABILITE DES CONDITIONS GENERALES APPLIQUEE AU DOMAINE PARTICULIER DES SITES COMMUNAUTAIRES ET PARTICIPATIFS ...	48
Section 1. Introduction	48
Section 2. Le fonctionnement des réseaux sociaux.....	49
Section 3. La spécificité des conditions générales émises par les réseaux sociaux au regard du système juridique belge et américain	51
Section 4. Le « Blanket assent ».....	55
CHAPITRE V. INVALIDITE DE CERTAINES CLAUSES.....	57
Section 1- Généralités concernant les clauses abusives	57
A. Théorie générale des obligations.....	57
1. Clauses abusives.....	57
2. Sanction du caractère abusif ou illicite d'une clause	58
B. Livre VI du Code de droit économique - Pratiques du marché et protection du consommateur	59
1. Clauses abusives.....	59
2. Différents principes consuméristes	62
3. Sanction du caractère abusif ou illicite d'une clause	64
Section 2- Exemples de clauses abusives.....	65
A. La clause relative à l'acceptation tacite des conditions générales.....	66
B. La clause relative au droit de renonciation	66
C. La clause concernant une modification unilatérale du contrat.....	67
D. La clause relative à la responsabilité du vendeur	67

<i>E. La clause emportant transfert de responsabilité automatique sur le consommateur en cas d'usage de ses contenus par le professionnel.....</i>	<i>68</i>
<i>F. La clause impliquant la cession de droits d'auteur au profit du professionnel</i>	<i>68</i>
<i>G. La clause de juridiction.....</i>	<i>69</i>
CONCLUSION.....	70
BIBLIOGRAPHIE	73
Législation	73
<i>A. Convention</i>	<i>73</i>
<i>B. Européenne</i>	<i>73</i>
<i>C. Belge.....</i>	<i>74</i>
<i>D. Américaine.....</i>	<i>75</i>
Jurisprudence.....	75
<i>A. Européenne</i>	<i>75</i>
<i>B. Belge.....</i>	<i>75</i>
<i>C. Américaine</i>	<i>78</i>
<i>D. Française</i>	<i>80</i>
Doctrine	80
Divers	91
<i>A. Avis.....</i>	<i>91</i>
<i>B. Autres</i>	<i>91</i>

Introduction

Nous vivons à l'heure actuelle dans un monde en profonde mutation. Par certaines avancées scientifiques, nous plongeons progressivement dans un univers dématérialisé. L'informatique bouleverse nos vies. Sans en avoir nécessairement conscience, nous nous promenons chaque jour avec une panoplie d'appareils connectés à Internet : Smartphone, tablette, ordinateur, WebTV, etc. Aujourd'hui, plus d'un tiers de la planète utilise Internet¹ et par cette technologie, nos appareils sont interconnectés. Nous sommes donc, en quelque sorte, à travers nos écrans, ouverts sur le monde. Nous pouvons discuter, commercer, partager et échanger des données, etc. dans un espace sans frontière. *De facto*, une nouvelle dimension est donnée à de nombreux questionnements. Dans cet ensemble d'activités, seule la problématique du processus contractuel *online* retiendra notre attention. Plus précisément, nous nous pencherons sur l'opposabilité des conditions générales.

Dans un premier temps, nous observerons, au regard du système juridique belge, les modalités de l'opposabilité des conditions générales et la question du conflit entre conditions générales contradictoires dans un environnement matérialisé (Chapitre I) pour nous permettre, ensuite, d'observer la manière dont ces modalités ont été envisagées dans l'environnement électronique (Chapitre II).

Ensuite, nous étudierons la validité de certains mécanismes techniques de communication des conditions générales au regard des systèmes juridiques européen et américain (Chapitre III).

Nous analyserons également la question de l'opposabilité des conditions générales au regard du domaine particulier des réseaux sociaux (Chapitre IV). Pour ce faire, nous examinerons le fonctionnement des réseaux sociaux (Section 2) et la spécificité des conditions générales émises par ces réseaux (Section 3) pour ensuite exposer la problématique du « *Blanket assent* » (Section 4).

¹ International Communication Union, « Measuring the Information Society », 2012, p. 3, disponible sur

Nous terminerons par étudier la validité de certaines clauses fréquemment rencontrées dans les conditions générales des sites internet (Chapitre V).

Chapitre I : L'opposabilité des conditions générales à l'origine

Section 1. Les principes de droit commun

En vertu de l'article 1108 du Code civil, le consentement de la partie qui s'oblige est un élément constitutif du contrat. Cet élément constitutif suppose qu'outre une manifestation de leur volonté commune²⁻³ de conclure, les parties se soient réellement mises d'accord sur le contenu du contrat en ce compris les conditions générales⁴. Cet accord se révèle essentiel dans le chef du destinataire des conditions générales qui n'aura, le plus souvent, pas eu la possibilité d'en négocier le contenu sous l'emprise d'un contrat d'adhésion⁵.

Dès lors, la nécessité d'un consentement réel des parties entraîne l'examen, à travers certaines exigences établies par le droit⁶, de l'opposabilité effective des conditions générales imposées par une partie à son cocontractant.⁷ La question de l'opposabilité passe, de ce fait, par l'analyse des exigences qui permettent aux conditions générales d'entrer dans le champ contractuel⁸.

² Précisons qu'en vertu du principe de consensualisme régnant dans le droit des contrats, aucune forme particulière ne conditionne la conclusion du contrat (Voy. dans ce sens, C., DELFORGE, « La formation des contrats sous un angle dynamique, Réflexions comparatives », in *le processus de formation du contrat*, Bruxelles, Brulant, 2002, pp. 152-153). Le contrat, sauf formalisme de validité occasionnel, « se forme par le seul accord de volonté des parties, quelle que soit la manière dont les volontés se sont manifestées » (P., BRASSEUR, « Le formalisme dans la formation des contrats, Approche de droit comparé », in *le processus de formation du contrat*, Bruxelles, Brulant, 2002, p. 610).

³ Les volontés doivent se rencontrer à un moment donné et à un lieu précis sur l'objet du contrat (J., CARBONNIER, *Droit civil. Les obligations*, Paris, P.U.F., 1992, p. 86). En outre, il faut veiller à vérifier si l'« intention juridique » est bien présente dans le chef des parties c'est-à-dire qu'une volonté d'imposer des obligations soit concomitante à la naissance du contrat (Cass., 2 décembre 1875, *Pas.*, 1876, 1, p. 4L ; J.-P., MOINY, *op. cit.*, p. 135.). Aussi, traditionnellement, la volonté réelle prévaut la volonté déclarée (H. DE PAGE, *Traité élémentaire de droit civil belge*, tome I, Bruxelles, Bruylant, 1962, p. 37).

⁴ D., PHILIPPE et M., CHAMMAS, « L'opposabilité des conditions générales », in *Le processus de formation du contrat*, CUP, vol. 72, Bruxelles, Larcier, 2004, p. 197.

⁵ Y., DE CORDT, C., DELFORGE, T., LÉONARD, Y., POULLET, *Manuel de droit commercial*, Limal, Anthemis, 2011, p. 244.

⁶ Q., VAN ENIS, « L'opposabilité des conditions générales off-line et on-line : de la suite dans les idées ? », in *Les conditions générales – Questions particulières*, Bruxelles, Anthemis, 2009, p. 10.

⁷ D., PHILIPPE et M., CHAMMAS, *op. cit.*, p. 197.

⁸ J.F., HENROTTE, et I., COLLARD, « Les conditions générales en ligne : cherchez l'intrus », *R.D.T.I.*, n°36, 2009, p. 12.

En droit belge, le Code civil reste néanmoins muet quant à la question des modalités de l'opposabilité. C'est pourquoi, au regard de cette carence, juges et auteurs ont entrepris l'élaboration de certaines conditions. Aujourd'hui, il est de jurisprudence constante de requérir l'observation de deux conditions cumulatives⁹. La première réside dans la possibilité effective de connaître le contenu et l'existence des conditions générales préalablement à la conclusion du contrat et la seconde concerne l'acceptation certaine de ces conditions¹⁰.

En vertu des articles 1315 du Code civil et 870 du Code judiciaire, il sera cependant du devoir de celui qui désire se prévaloir des conditions de prouver la réalisation de ces deux exigences¹¹.

Section 2. La connaissance des conditions générales

Comme nous l'avons précité, l'exigence d'un consentement réel en tant qu'élément constitutif du contrat implique un accord des parties sur la substance des conditions stipulées. Aussi, en vertu de l'intangibilité des conventions, sauf disposition contraire, un contrat conclu ne saurait être modifié unilatéralement par l'une des parties¹². Il en découle que la partie à qui est opposé un ensemble de conditions générales doit avoir la possibilité de prendre connaissance de celles-ci avant ou pendant la conclusion du contrat¹³. Néanmoins, une ou plusieurs conditions apportées postérieurement à la conclusion du contrat pourraient être, sauf exceptions¹⁴, considérées comme¹⁵ une « *proposition de modification* »¹⁶ devant, en tant que telle, recevoir l'acceptation du cocontractant.

⁹ D., PHILIPPE et M., CHAMMAS, *op. cit.*, p. 198.

¹⁰ Q., VAN ENIS, *op. cit.*, p. 11.

¹¹ Voir notamment dans ce sens, Bruxelles, 31 mars 2006, disponible sur www.juridat.be et Civ. Arlon, 3^e ch., 19 mai 2005, *DAOR*, 2007, p. 251.

¹² Tel que souligné par l'article 1134, alinéas 1 et 2 du Code Civil.

¹³ Q., VAN ENIS, *op. cit.*, p. 12. Pour exemple, Bruxelles, 30 avril 2009, *J.L.M.B.*, 2010, n°20, p. 923 ; Anvers, 13 septembre 2010, *R.H.A.*, 2011, p. 57 ; Namur, 29 septembre 2010, *DCCR*, 2011, p. 74.

¹⁴ Il existe trois tempéraments. Tout d'abord, il peut être d'usage entre les parties, ou dans un secteur d'activités que l'absence de protestation relative aux conditions apportées postérieurement à la formation du contrat les rende opposables. Deuxièmement, dans le cadre de relations suivies entre parties, les conditions générales appliquées systématiquement à l'occasion des contrats antérieurs dont la connaissance et l'acceptation ont pu être prouvées, peuvent s'appliquer aux transactions conventionnelles consécutives de même nature. Troisièmement, au regard de l'article 25, alinéa 2 du Code de commerce (voy. *infra*) concernant la conclusion de contrats entre commerçants, en l'absence de protestation de la facture à sa réception, le commerçant est présumé avoir pris connaissance et avoir accepté les conditions générales mentionnées pour la première fois à l'occasion de celle-ci. *De facto*, en sus de la force probante particulière attribuée à la facture par l'article 25, alinéa 2, la possibilité de mentionner pour la première fois les conditions générales sur celle-ci est laissée aux commerçants (Mons, 20^e ch., 15 janvier 2009, *J.L.M.B.*, 2010, p. 1311) ; Voy. dans ce sens, D., PHILIPPE et M., CHAMMAS, *op. cit.*, pp. 208-209.

¹⁵ R., BISCARI, *Les contrats et la preuve dans l'environnement électronique*, Heule, UGA, 2004, p. 88.

De même, l'article 2 du livre VI intitulé « *pratiques du marché et protection du consommateur* » du Code de droit économique¹⁷ érige une obligation pour l'entreprise, « *avant que le consommateur ne soit lié par un contrat autre qu'un contrat à distance ou hors établissement, ou par un contrat visé à l'article VI. 66* », de fournir « *au consommateur les informations suivantes, d'une manière claire et compréhensible, pour autant qu'elles ne ressortent pas du contexte: [...] 7° le cas échéant, les conditions de vente compte tenu du besoin d'information exprimé par le consommateur et compte tenu de l'usage déclaré par le consommateur ou raisonnablement prévisible* ».

S'il est communément admis qu'« *il faut mais qu'il suffit que* »¹⁸ le cocontractant du stipulant soit à même de prendre connaissance de l'existence et du contenu des conditions générales¹⁹, les juges semblent toutefois considérer que cette possibilité se doit d'être réelle, raisonnable et non hypothétique au nom de la sécurité juridique²⁰.

La jurisprudence a mis au point, à cet effet, un faisceau de critères permettant de déterminer dans quelle mesure les conditions générales ont pu être connues du cocontractant. Ces critères sont, entre autres, l'emplacement²¹ et l'accessibilité du texte des conditions générales, la taille et la lisibilité²² des caractères de celui-ci ainsi que la langue utilisée²³ pour la rédaction et le moment de la communication des conditions générales²⁴.

¹⁶ D., PHILIPPE et M., CHAMMAS, *op. cit.*, p. 205.

¹⁷ Code de droit économique, *M.B.*, 29 mars 2013 (Ci-après, Code de droit économique).

¹⁸ D., PHILIPPE et M., CHAMMAS, *op. cit.*, p. 203.

¹⁹ La jurisprudence réaffirme, en ce sens, l'exigence de transparence résultant du principe de bonne foi dans les relations contractuelles établies dans l'article 1134, aliéna 3 du Code civil.

²⁰ D., PHILIPPE et M., CHAMMAS, *op. cit.*, p. 204.

²¹ *In concreto*, comme l'expose la décision de la Cour d'appel de Bruxelles du 31 mars 2006 précitée, il est au moins nécessaire qu'il soit fait référence sans ambiguïté à de quelconques conditions générales se trouvant au verso par une mention au recto de l'offre. Voy. dans ce sens, Civ. Gand, 10e ch., 4 octobre 2007, *J.J.P.*, 2010, liv. 9-10, pp. 434 et 436 ; Comm. Tongres, 11 janvier 2008, *R.A.B.G.*, 2008, p. 947 ; Bruxelles, 29 mars 2012, *J.L.M.B.*, 2012, p. 1190 et Bruxelles, 13 mai 2013, *J.T.*, 2013, p. 480.

²² Comm. Bruxelles, 18e ch., 11 janvier 2008, *DAOR*, 2008, p. 109 ; J.P. Charleroi, 3e cant., 13 mai 2009, *J.T.*, n° 6363, 2009, p. 557 ; Pau, 1ère Ch., 23 mars 2012, Dossier 11/03921, disponible sur <http://legalis.net>.

²³ Il est usuellement jugé que les conditions générales rédigées dans une langue que le cocontractant ne maîtrise pas ne lui sont pas opposables (Pour exemple, voy. Gand, 9 avril 2008, *R.A.B.G.*, 2008, livr. 15, p. 959 ; Pau, 1ère Ch., 23 mars 2012, *op. cit.*). Ce principe est tempéré lorsque les parties sont depuis longtemps en relations d'affaire (Mons, 2e ch., 25 juin 2013, *J.L.M.B.*, 2014, p. 1094.) Aussi, une présomption de connaissance de la langue existe dans l'hypothèse où les conditions générales sont écrites dans la même langue que celle dans laquelle est rédigé le contrat (Voy., M., BOSMANS, « Les conditions générales en matière contractuelle – Chronique de jurisprudence (1975 à 1979) », *J.T.*, 1981, p. 19 et Q., VAN ENIS, *op. cit.*, p.14.); Voy. aussi, Comm. Hasselt, 14 mai 1969, *R.D.C.*, 1969, p. 556 ; Comm. Liège, 7 septembre 1995, *R.D.C.*, 1996, p. 1005.

²⁴ J.F., HENROTTE, et I., COLLARD, *op. cit.*, p. 12.

Le critère d'accessibilité retiendra, ci-après, plus longuement notre attention afin de présenter l'étude dont il a fait l'objet dans plusieurs avis de la Commission des clauses abusives. Si d'une part, en termes d'accessibilité du contenu des conditions générales, il est classiquement jugé que la compréhension réelle des conditions générales par le cocontractant n'est pas une condition de leur opposabilité²⁵. Il apparaît, d'autre part, qu'en matière d'accessibilité du texte à proprement parler, un simple renvoi à des conditions générales corrélativement non retranscrites ou non disponibles est une cause d'inopposabilité²⁶. Récemment, une nouvelle dimension s'est ajoutée à cette problématique via le renvoi aux conditions disponibles sur le site internet de la partie stipulant. En l'espèce, il ne s'avère pas acquis que l'exigence d'une connaissance effective préalable à la conclusion du contrat puisse être remplie.

À cet effet, la Commission sur les clauses abusives a rendu deux avis²⁷ concernant les conditions générales des exploitants de services de téléphonie fixe et les contrats dans le secteur de la télédistribution qui exposent les difficultés de cette nouvelle problématique. Elle constate que *« quant à la possibilité effective de prendre connaissance des conditions générales, la publication de ces conditions générales sur le site internet de l'opérateur concerné est parfois signalée expressément. Une telle publication est d'ailleurs dorénavant rendue obligatoire par la loi²⁸. Ce n'est toutefois pas suffisant pour constituer une possibilité effective de prendre connaissance des conditions générales. En effet, tous les consommateurs ne disposent pas d'internet. Ce n'est que dans le cas d'un contrat conclu à distance via internet²⁹, que ceci peut être considéré comme un moyen adapté à la technique utilisée pour la communication à distance. La plupart des opérateurs publient leurs conditions générales*

²⁵ Q., VAN ENIS, *op. cit.*, p.13 ; D., PHILIPPE et M., CHAMMAS, *op. cit.*, p. 250.

²⁶ D., PHILIPPE et M., CHAMMAS, *op. cit.*, p. 245., Comm. Courtrai, 10 février 1992, *R.D.C.*, 1992, p. 904. Ce principe est également tempéré lorsque les parties sont habituellement en relations d'affaires (M., BOSMANS, *op. cit.*, pp. 22-23 et Q., VAN ENIS, *op. cit.*, p.14.).

²⁷ Avis C.C.A. n° 19 sur les conditions générales des exploitants de services de téléphonie fixe du 29 mars 2006, disponible sur http://economie.fgov.be/fr/binaries/Cca19_tcm326-74400.pdf, consulté le 10 juillet 2014 et Avis C.C.A n° 24 sur les conditions générales des contrats dans le secteur de la télédistribution du 25 juin 2008, disponible sur http://economie.fgov.be/fr/binaries/Cca24_tcm326-74422.pdf, consulté le 10 juillet 2014.

²⁸ Article 108, §3 de la loi du 13 juin 2005 relative aux communications électroniques, *M.B.*, 20 juin 2005 en ce qui concerne le secteur de la téléphonie ; article 3, 1^{er} *in fine* de la loi du 15 mai 2007 relative à la protection des consommateurs en ce qui concerne les services de radiotransmission et de radiodistribution, *M.B.*, 5 juillet 2007 en ce qui concerne le secteur de la télédistribution.

²⁹ L'avis résultant en général de l'article 30 de la loi du 14 juillet 1991 sur les pratiques du commerce et sur l'information et la protection du consommateur, *M.B.*, 29 août 1991 (actuel article VI.2 du Code de droit économique, *M.B.*, 29 mars 2013).

sur leur site internet. La Commission fait toutefois remarquer qu'il n'est pas toujours évident de trouver les conditions générales [...] »³⁰.

Section 3. L'acceptation des conditions générales

La deuxième modalité de l'opposabilité des conditions générales est l'acceptation de celles-ci. Logiquement, une telle acceptation³¹ ne peut intervenir qu'à la suite d'une prise effective de connaissance des conditions générales³². En ce sens, si comme nous l'avons précité les deux modalités de l'opposabilité sont cumulatives, elles sont de surcroît complémentaires³³. Pour permettre aux conditions générales d'être opposables, l'acceptation doit intervenir au plus tard au moment de la formation du contrat³⁴. L'absence d'acceptation n'a toutefois pas pour effet d'entraver la formation du contrat, sauf à constater que les clauses des conditions sont définies comme substantielles par les parties³⁵. Il est traditionnellement considéré que l'acceptation peut être expresse ou tacite à condition qu'elle soit certaine³⁶.

A. L'acceptation expresse

L'acceptation expresse ne pose pas de réelle question. Elle consiste, par exemple, en une signature au bas du document renfermant les conditions générales ou en une indication de la mention « *lu et approuvé* »³⁷. Aussi, à l'occasion d'un arrêt rendu en 2008, le Tribunal de Commerce de Charleroi a pu mentionner que lorsqu'un renvoi aux conditions générales « *figure sur un document signé pour accord* »³⁸ par la partie cocontractante, il ne peut être soutenu « *que celle-ci ignorait que le contrat serait régi par lesdites conditions* ». ³⁹ « *Aucune disposition n'impose que soit, en outre, signée ou paraphée lesdites conditions générales* ». ⁴⁰

³⁰ Avis C.C.A. n° 19, *op. cit.*, p. 9.

³¹ À savoir, un consentement libre et éclairé, suivant la lettre de l'article 1134. Dans ce sens, D., PHILIPPE et M., CHAMMAS, *op. cit.*, p. 257.

³² I., MOREAU-MARGREVE, « Les conditions générales de vente », in *Renaissance du phénomène contractuel*, séminaire organisé à Liège, La Haye, Martinus Nijhoff, 1971, p. 281 ; J., CARBONNIER, *op. cit.*, p. 82 ; Q., VAN ENIS, *op. cit.*, p.15.

³³ Q., VAN ENIS, *op. cit.*, p.11.

³⁴ Mons, 07 janvier 1992, *J.L.M.B.*, 1992, p. 881 ; Liège, 9 décembre 2002, disponible sur www.juridat.be. Ce principe est nuancé en matière commerciale en vertu de l'article 25 du Code de commerce (*Voy. infra*).

³⁵ R., BISCARI, *op. cit.*, p. 89.

³⁶ D., PHILIPPE et M., CHAMMAS, *op. cit.*, p. 257.

³⁷ M., TAVERNE et M., VAN RUYMBEKE, « Les clauses relatives à l'opposabilité et à la formation du contrat dans les conditions générales », in *La rédaction des conditions générales contractuelles – Aspects juridiques et pratiques, actes du colloque organisé à Louvain-la-Neuve*, Gand, Story-Scientia, 1984, p. 11 et D., PHILIPPE et M., CHAMMAS, *op. cit.*, p. 258.

³⁸ Comm. Charleroi, 1^{re} ch., 2 janvier 2008, *J.T.*, 2008, p. 195.

³⁹ Comm. Charleroi, *op. cit.*, p. 195.

⁴⁰ Ibid.

L'opposabilité nécessite cependant, comme nous l'avons précité, une accessibilité corrélative des conditions.

B. L'acceptation tacite

L'acceptation tacite a fait, quant à elle, couler beaucoup d'encre. La question a dès lors été d'apprécier à quel stade, il pouvait être considéré que le silence engendrait acceptation. Les juges ont reçu, à cet effet, la lourde tâche d'estimer *in concreto* le caractère non équivoque du silence⁴¹. Le silence est alors caractérisé de « *circonstancié* », c'est-à-dire qu'il s'accompagne « *d'autres indices*⁴² *faisant présumer l'acceptation* »^{43 44}.

C. L'acceptation tacite de la facture

Une différence est toutefois à noter au regard de l'acceptation tacite de la facture dans la mesure où il est question de commerçants ou de consommateurs. En effet, l'article 25, alinéa 2 du Code de commerce qui ne s'applique qu'aux ventes commerciales⁴⁵ édicte que « *les achats et les ventes pourront se prouver au moyen d'une facture acceptée, sans préjudice des autres modes de preuve admis par la loi commerciale* ». Selon cet article, la facture acceptée fait preuve de l'existence du contrat et de ses conditions pour autant qu'elles y soient mentionnées⁴⁶.

Partant, la jurisprudence admet généralement que l'absence de contestation de la facture par un commerçant établit la preuve d'une acceptation des conditions générales qui y

⁴¹ J.F., HENROTTE, et I., COLLARD, *op. cit.*, p. 12., Voy. pour exemple, Liège, 12^e ch., 7 mars 2006, *J.L.M.B.*, 2006/19, p. 834; Anvers, 22 septembre 2008, *R.H.A.*, 2011, n°1, p. 41; Comm. Bergen, 6 novembre, 2008, *J.T.*, 2008, p. 727; Comm. Bruxelles, 10 novembre 2008, *R.W.*, 2009-10, n°13, p. 548; Gand, 26 avril 2010, *R.W.*, 2011-12, n°43, p. 1914; Comm. Bruxelles, 13 mai 2013, *J.T.*, 2013, p. 480. Voy. aussi, R., VAN DER BRUGGEN, « Het no-showbeding in algemene vliegvoorwaarden: over de tegenstelbaarheid van algemene voorwaarden en de algemene verplichting tot informatie van de consument », *D.C.C.R.*, n° 99, 2003, p. 61.

⁴² En vertu de l'article 1353 du Code civil, « le juge ne peut admettre que des présomptions graves, précises et concordantes ».

⁴³ R., BISCIARI, *op. cit.*, p. 89.

⁴⁴ Rappelons que, dans le cadre de relations d'affaires suivies entre parties, les conditions générales appliquées systématiquement à l'occasion des contrats antérieurs dont la connaissance et l'acceptation ont pu être prouvées, peuvent s'appliquer aux transactions conventionnelles consécutives de même nature ; Voy. dans ce sens, Cass. 1^{ère} ch., 9 février 1973, *R.C.J.B.*, p. 187 ; Gand, 30 janvier 1997, *J.P.A.*, 1997, p. 389 ; Q., VAN ENIS, *op. cit.*, pp. 16-17.

⁴⁵ R., JAFFERALI, « L'opposabilité des conditions générales dans les contrats internationaux », in *Les conditions générales de vente*, Bruxelles, Bruylant, 2013, p. 83.

⁴⁶ D., MOUGENOT, « L'acceptation de la facture en matière commerciale », *J.T.*, 2010, n° 6377, p. 3 ; Comm. Hasselt, 7 juin 2006, *T.B.H.*, 2007, p. 295.

sont reproduites⁴⁷⁻⁴⁸⁻⁴⁹ et les lui rend opposables. Selon cette tendance jurisprudentielle, parfois critiquée⁵⁰, l'article 25 du Code de commerce n'introduit pas de « *distinction entre les conditions auxquelles s'étend la force probante résultant de l'acceptation* »⁵¹.

Néanmoins, selon cette même tendance, les conditions générales établies dans la facture ne sauraient être présumées acceptées à travers l'acceptation tacite de la facture lorsqu'elles sont contradictoires avec les conditions générales formulées et acceptées dans le contrat⁵². De fait, la facture ne pourrait jouer un rôle probatoire vis-à-vis du contrat initial pour ce qui est de ces conditions étant donné qu'elles le contredisent⁵³.

Aussi, si l'article 25, alinéa 2 précité vise précisément « *les achats et les ventes* », l'interprétation à donner à ces termes a entraîné un débat doctrinal soutenu. Si certains considèrent que ces termes sont exemplatifs et renvoient à l'ensemble des actes commerciaux⁵⁴, d'autres estiment que s'agissant d'un contrat autre qu'une vente, le juge reste libre de recevoir ou de refuser l'acceptation de la facture comme présomption de fait suffisante pour prouver le contrat⁵⁵. Aussi, une dernière théorie consiste à appliquer au type

⁴⁷ Toutefois, comme la Cour d'appel de Liège l'a énoncé, il est majoritairement considéré que « le défaut de protestation d'une facture n'entraîne qu'une présomption d'acceptation que celui à qui on l'oppose peut combattre par toute voie de droit y compris par présomptions » (Liège, 7^{ème} ch., 18 décembre 2001, *J.T.*, 2002, p. 499) ; Voy. dans ce sens, DE CONINCK, B., « La facture acceptée par un non-commerçant », note sous Mons, 2^e ch., 16 septembre 2003, *J.L.M.B.*, 2004, p. 1720.

⁴⁸ Trib. arr. Liège, 28 juin 2012, *Ius & actores*, n°1, 2013, p. 43. ; J.P. Audenarde, 5 novembre 2008, *J.J.P.*, 2010, p. 17. ; Comm. Tongres, 11 janvier 2008, *R.A.B.G.*, 2008, p. 947 ; Comm. Hasselt, 7 juin 2006, *R.D.C.*, 2007, p. 295 ; Bruxelles, 2^{ème} ch., 17 février 2005, *J.T.*, 2006, p. 30. ; Cass., 7 janvier 2005, *DAOR*, 2006, liv. 77, p. 39 ; Cass., 29 avril 2004, *Pas.*, 2004, p. 736 ; Comm. Bruxelles, 16 janvier 2004, *R.W.*, 2005-2006, p. 872 ; Comm. Hasselt, 13 mai 2003, *R.W.*, 2005-2006, p. 270 ; Bruxelles, 25 février 2003, *R.D.C.*, 2004, p. 563 ; Comm. Hasselt, 21 novembre 2000, *R.W.*, 2001-2002, p. 534 ; Anvers, 22 novembre 1999, *R.W.*, 2001-2002, p. 815.

⁴⁹ Selon le tribunal de Commerce d' Hasselt : « la force probante des factures tacitement acceptées conformément à l'article 25 C. comm., s'étend jusqu'aux conditions générales imprimées sur la facture. Surtout si les parties entretiennent une relation commerciale persistante [...] » (Comm. Hasselt, 7 juin 2006, *op. cit.*, p. 295).

⁵⁰ Pour exemple, la Cour d'appel de Mons a énoncé que « pour que des conditions générales de vente puissent entrer dans le champ contractuel, il faut qu'elles aient été connues des parties lors de la formation du contrat. Ce n'est pas ultérieurement, lors de la transmission d'une confirmation de commande ou d'une facture, que le cocontractant doit découvrir l'existence des conditions générales. » (Mons, 25 février 2002, *J.T.*, 2003, p. 342) ; Voy. aussi, Comm. Anvers, 22 juin 2004, *J.P.A.*, 2006, p. 64 ; Bruxelles, 23 novembre 2001, *DAOR*, 2002, p. 44.

⁵¹ D., MOUGENOT, *op. cit.*, p. 4 ; Voy aussi, Q., VAN ENIS, *op. cit.*, p.18.

⁵² D., MOUGENOT, *op. cit.*, p. 4 ; Voy aussi, Q., VAN ENIS, *op. cit.*, p.18 ; D., PHILIPPE et M., CHAMMAS, *op. cit.*, p. 272.

⁵³ D., PHILIPPE et M., CHAMMAS, *op. cit.*, p. 272 ; Q., VAN ENIS, *op. cit.*, p.18 .

⁵⁴ D., PHILIPPE et M., CHAMMAS, *op. cit.*, p. 269.

⁵⁵ B., VAN BAEVEGHEM, « De factuur als bewijsmiddel : soms niet meer dan een feitelijk vermoeden », *R.A.B.G.*, 2008, p. 935. ; Cass., 27 janvier 2000, *Pas.*, 2000, n° 72, p. 222 ; Cass., 24 janvier 2008, *R.A.B.G.*, 2008, p. 931.

de facture précité l'alinéa 1 de l'article 25 du Code de commerce qui consacre la liberté de la preuve en droit commercial⁵⁶.

Lorsque le destinataire de la facture n'est pas commerçant, les effets à donner à la facture acceptée tacitement (c'est-à-dire non protestée) sont à rechercher dans le droit civil de la preuve aux articles 1315, 1^o, 1341 et 1353 du Code civil⁵⁷⁻⁵⁸.

Section 4. The Battle of forms

La question du conflit entre conditions générales contradictoires se pose essentiellement dans les relations contractuelles entre commerçants, dans la proportion où ceux-ci se transmettent tour à tour des conditions générales contradictoires⁵⁹.

A. L'opposabilité réciproque des conditions générales et la nullité du contrat

Avant d'aborder l'analyse de la question du conflit de conditions générales, il est nécessaire de s'interroger sur deux questions préalables. Tout d'abord, une première question consiste à savoir si les termes et conditions de chaque partie ont été notifiés à l'autre partie et acceptées par elle⁶⁰. En d'autres mots, il s'agit d'examiner si les conditions générales peuvent être déclarées opposables réciproquement entre les parties⁶¹. En effet, seules les conditions générales pouvant prétendre entrer dans le champ contractuel sont susceptibles de s'affronter⁶². *Secundo*, la question du conflit de conditions générales sera également éludée lorsque la contradiction porte sur des éléments essentiels du contrat en ce qu'un tel conflit remet en cause l'existence du contrat⁶³.

⁵⁶ Q., VAN ENIS, *op. cit.*, pp. 17-18 ; DE CONINCK, B., *op. cit.*, p. 1721.

⁵⁷ D., PHILIPPE et M., CHAMMAS, *op. cit.*, p. 272.

⁵⁸ Si le contrat porte sur moins de 375 euros, la facture acceptée pourra constituer une « présomption de fait de conformité avec les termes » (Q., VAN ENIS, *op. cit.*, p.19.) en vertu des articles 1341 et 1353 du Code civil. Au delà de ce montant, la présomption grave, précise et concordante (Article 1353 du Code civil.) que constituerait la facture acceptée ne servira qu'en cas d'impossibilité de fournir un écrit (Article 1347 du Code civil) ou un commencement de preuve par écrit (Article 1348 du Code civil.). Si en vertu de l'article 1353 du Code civil, le caractère grave, précis et concordant de la présomption n'était pas établi, la facture acceptée et non contestée pourrait encore valoir comme un aveu extrajudiciaire en vertu des articles 1354 et 1355 du Code civil (G.-L., BALLON, et E., DIRIX, *La facture*, Diegem, Kluwer, 1996, p. 138 ; Mons, 2^e ch, 16 septembre 2003, *J.L.M.B.*, 2004, p. 1716).

⁵⁹ Q., VAN ENIS, *op. cit.*, p. 20 ; Y., DE CORDT, C., DELFORGE, T., LÉONARD, Y., POULLET, *op. cit.*, p. 246.

⁶⁰ G.-L., BALLON, , « *The battle of forms* », note sous Comm. Bruxelles, 18^e ch., 11 janvier 2008, *DAOR*, 2008, p. 111.

⁶¹ Q., VAN ENIS, *op. cit.*, p. 20.

⁶² Y., DE CORDT, C., DELFORGE, T., LÉONARD, Y., POULLET, *op. cit.*, p. 247.

⁶³ Y., DE CORDT, C., DELFORGE, T., LÉONARD, Y., POULLET, *op. cit.*, p. 247. ; Q., VAN ENIS, *op. cit.*, p. 20.

Aussi, certaines questions résultant de la contrariété entre types de clauses et entre types de supports doivent être remarquées. Premièrement, les conditions particulières ou écrites à la main priment sur les conditions générales⁶⁴. Deuxièmement, une opposition n'existe qu'entre supports de même valeur⁶⁵.

B. Les quatre théories

Si la loi reste muette face à la question du conflit de conditions générales, la doctrine et la jurisprudence ont dégagé diverses solutions au fil des cas rencontrés⁶⁶. Bien qu'une telle variété de théories puisse engendrer une insécurité juridique, les juges privilégient une réflexion *in concreto* afin d'émettre des solutions qui se rapprochent de la volonté des parties⁶⁷ allant parfois jusqu'à réaliser une application combinée de différentes théories⁶⁸.

1. Les conditions générales de l'acheteur

Selon cette théorie qui tire son fondement de l'article 1602, alinéa 2 du Code civil en vertu duquel « *tout pacte obscur s'interprète contre le vendeur* », les conditions générales de l'acheteur priment sur celles du vendeur⁶⁹. Cette solution est toutefois vivement critiquée en ce que l'article 1602 du Code civil contient « *une règle d'interprétation des conventions valablement formées* »⁷⁰ tandis que la problématique de la contrariété des conditions générales soulève par hypothèse la question de la validité⁷¹. De plus, si dans une relation contractuelle entre un commerçant et un consommateur, cette règle se veut protectrice de la partie faible, dans une relation contractuelle entre commerçants, elle peut perdre son essence⁷².

⁶⁴ D., PHILIPPE et M., CHAMMAS, *op. cit.*, pp. 275-276.

⁶⁵ D., PHILIPPE et M., CHAMMAS, *op. cit.*, p. 276.

⁶⁶ Y., DE CORDT, C., DELFORGE, T., LÉONARD, Y., POULLET, *op. cit.*, p. 247.

⁶⁷ Q., VAN ENIS, *op. cit.*, p. 21, Y., DE CORDT, C., DELFORGE, T., LÉONARD, Y., POULLET, *op. cit.*, p. 248.

⁶⁸ Comm. Mons, 6 novembre 2008, *J.T.*, 2008, p. 727.

⁶⁹ Voy., Comm. Bruxelles, 29 mai 1956, *J.C.B.*, 1956, p. 197; Comm. Liège, 4 octobre 1958, *J.T.*, 1959, p. 211; Comm. Verviers, 9 novembre 1969, *J.L.*, 1969-1970, p. 150.

⁷⁰ Y., DE CORDT, C., DELFORGE, T., LÉONARD, Y., POULLET, *op. cit.*, p. 247.

⁷¹ Q., VAN ENIS, *op. cit.*, p. 21.; DELFORGE, C., « Le conflit né de la confrontation de conditions générales contradictoires et son incidence sur la formation des contrats » in *Le processus de formation du contrat*, Bruxelles, Bruylant, 2002, p. 488.

⁷² Q., VAN ENIS, *op. cit.*, p. 21; D., PHILIPPE et M., CHAMMAS, *op. cit.*, p. 290.

2. The first shot rule

Cette théorie aussi connue sous le nom de « *théorie du premier mot* » consiste à faire primer les conditions générales stipulées en premier lieu, classiquement celles de l'offrant⁷³-⁷⁴. Sauf mention contraire du destinataire⁷⁵, suite à l'acceptation, ces conditions contribuent seules à former le contenu du contrat⁷⁶. Certains auteurs avaient mis en avant que l'offrant pouvait se contenter de « parvenir à un accord quant aux éléments essentiels du contrat pour voir l'entière des termes de son offre - en ce compris les clauses générales accessoires contredites par le cocontractant - s'intégrer au contrat »⁷⁷. La théorie du premier mot se heurtait, dans cette hypothèse, au principe d'autonomie de la volonté énoncé à l'article 1134 du Code civil⁷⁸. D'autres ont cependant mis en avant la possibilité d'une mention expresse de rejet de la part du destinataire⁷⁹. Le problème est alors de savoir si suite à cette mention, le contrat peut être valablement formé en ce que, comme nous l'avons exposé *supra*, le désaccord porterait sur un élément essentiel du contrat⁸⁰.

3. The Knock out rule

La théorie de l'annulation réciproque a pour principe d'entraîner l'annulation des clauses contradictoires et de les traiter, de la sorte, également⁸¹⁻⁸². Le droit commun intervient alors pour résoudre la lacune juridique laissée par l'annulation totale ou partielle des conditions générales⁸³. L'annulation totale correspond à une exclusion globale mutuelle des conditions générales des parties tandis que l'annulation partielle ne vise que l'exclusion ponctuelle de certaines clauses contradictoires⁸⁴. Le point faible de cette théorie concerne sa

⁷³ Q., VAN ENIS, *op. cit.*, pp. 21-22; D., PHILIPPE et M., CHAMMAS, *op. cit.*, p. 291.

⁷⁴ Voy., Comm. Bruxelles, 21 mars 1969, *R.D.C.*, 1971, p. 22; Comm. Gand, 24 avril 1990, *R.D.C.*, 1991, p. 555.

⁷⁵ Y., DE CORDT, C., DELFORGE, T., LÉONARD, Y., POULLET, *op. cit.*, p. 248.

⁷⁶ Q., VAN ENIS, *op. cit.*, p. 21.

⁷⁷ D., PHILIPPE et M., CHAMMAS, *op. cit.*, p. 291.

⁷⁸ Q., VAN ENIS, *op. cit.*, p. 22 ; D., PHILIPPE et M., CHAMMAS, *op. cit.*, p. 291.

⁷⁹ Q., VAN ENIS, *op. cit.*, p. 22.

⁸⁰ Q., VAN ENIS, *op. cit.*, p. 22 ; G.-L., BALLON, *op. cit.*, p. 111.

⁸¹ Y., DE CORDT, C., DELFORGE, T., LÉONARD, Y., POULLET, *op. cit.*, p. 248 ; Q., VAN ENIS, *op. cit.*, p. 22.

⁸² Voy., Bruxelles, 3 novembre 1994, *J.T.*, 1995, p. 263; Comm. Bruxelles, 20 décembre 1991, *R.D.C.*, 1992, p. 919; Comm. Liège, 29 octobre 1975, *J.C.B.*, 1976, p. 646; Trib. Arr. Namur, 30 janvier 1976, *Jur. Liège*, 1975-1976, p. 260.

⁸³ *Ibid.*

⁸⁴ *Ibid.*

légitimité. En effet, face à une acceptation tacite⁸⁵ des conditions, il pourrait sembler plus cohérent de laisser place à la théorie du dernier mot⁸⁶.

4. The last shot rule

Dans cette théorie « *du dernier mot* » la primauté appartient à la partie qui notifie en dernier ses propres conditions générales, lesquelles sont acceptées par le cocontractant⁸⁷⁻⁸⁸. La difficulté générée par cette théorie consiste à devoir repousser sans cesse la formation du contrat, au fil des échanges réciproques de conditions générales, dans la mesure où aucune des parties ne renonce à ses conditions⁸⁹.

Chapitre II : L'opposabilité des conditions générales et l'avènement des contrats conclus sur internet

Dans le cadre du présent chapitre, nous développerons la question de l'opposabilité des conditions générales dans l'environnement électronique. A cette fin, nous commenterons les exigences édictées par l'article XII.7, § 2 du code de droit économique⁹⁰ et nous analyserons les hypothèses de présentation des conditions générales permettant à l'e-commerçant de rencontrer les conditions, exposées *supra*⁹¹, de possibilité de connaissance effective et d'acceptation certaine vis-à-vis de son cocontractant.

Notons une distinction de forme entre, d'une part, les conditions générales d'utilisation établies par le prestataire de la société de l'information qui régissent les modalités d'utilisation du site et, d'autre part, les conditions générales de vente établies par le

⁸⁵ L'acceptation tacite peut résulter, notamment, d'une absence de protestation, d'un défaut de clause de défense (c'est-à-dire que les parties ont notifié qu'elles n'entendaient conclure qu'à leurs propres conditions générales), de l'exécution du contrat, d'une relation d'affaire suivie entre les parties (Comm. Bruxelles, 11 janvier 2008, *DAOR*, 2008, p. 109 ; Liège, 7^{ème} ch., 9 janvier 2003, *J.T.*, 2004, p. 389).

⁸⁶ Q., VAN ENIS, *op. cit.*, p. 22 ; D., PHILIPPE et M., CHAMMAS, *op. cit.*, p. 299.

⁸⁷ Q., VAN ENIS, *op. cit.*, p. 23 ; Y., DE CORDT, C., DELFORGE, T., LÉONARD, Y., POULLET, *op. cit.*, p. 247.

⁸⁸ Voy., Cass., 29 janvier 1996, *Pas.*, I, 1996, p. 59 ; Comm. Hasselt, 14 mai 1969, *J.C.B.*, 1969, I, p. 156 ; Comm. Bruxelles, 19 octobre 1961, *R.W.*, 1961, col. 809 ; Comm. Bruxelles, 14 décembre 1962, *J.C.B.*, 1963, p. 49 ; Comm. Tournai, 2 décembre 1969, *J.C.B.*, 1971, II, p. 243 ; Bruxelles, 12 juin 1964, *Pas.*, 1964, II, p. 178.

⁸⁹ D., PHILIPPE et M., CHAMMAS, *op. cit.*, p. 297 ; Q., VAN ENIS, *op. cit.*, p. 23.

⁹⁰ Code de droit économique, *M.B.*, 29 mars 2013.

⁹¹ Voy. « Chapitre I : L'opposabilité des conditions générales à l'origine », « Section 1. Les principes de droit commun, p. 4. »

e-commerçant⁹² qui régissent les modalités de toute opération de vente effectuée sur le site. Face à ces conditions, même si l'internaute ne s'en rend pas toujours compte, il se retrouve engagé dans le processus de formation d'un contrat qu'il pourrait conclure⁹³.

Section 1. Le Code de droit économique : livre XII.

Selon l'article XII.7, § 2 du code de droit économique : « *Les 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* »⁹⁴. Cet article n'engendre pas d'obligation de communiquer les conditions générales mais exige le respect de certaines exigences suite à la communication. En tant que telle cette problématique de la communication reste régie par le droit commun⁹⁵⁻⁹⁶. Ces exigences de conservation et de reproduction ressemblent à celles résultant de la notion de support durable ou aux qualités fonctionnelles de l'écrit⁹⁷ (voir *infra*, la théorie des équivalents fonctionnels).

Si le champ d'application de cette disposition se restreint aux « contrats électroniques », en ce compris les contrats conclus au moyen d'échange de courriers électroniques tels que les e-mails ou SMS⁹⁸, l'article XII.7, § 2 du code de droit économique en tant que règle impérative générale s'applique indifféremment aux commerçants ou aux consommateurs⁹⁹. Les exigences qu'il contient peuvent être rencontrées si « *le site du commerçant offre au destinataire du service la possibilité d'enregistrer les conditions générales sur le disque dur de son ordinateur ou, mieux encore, de les imprimer sur papier de*

⁹² Q., VAN ENIS, *op. cit.*, p. 25 ; AEC, « Sites internet :Mentions légales, CGU/CGV et clauses particulières » <http://www.aecom.org/Vous-informer/Juridique-TIC/Droit-Internet/Commerce-electronique/Sites-internet-mentions-legales-CGU-CGV-et-clauses-particulieres>, consulté le 16 juillet 2014.

⁹³ Q., VAN ENIS, *op. cit.*, p. 25.

⁹⁴ Code de droit économique, *M.B.*, 29 mars 2013.

⁹⁵ G., RUE, « La vente en ligne et le consommateur », in *Protection du consommateur, pratiques commerciales et T.I.C.*, CUP, vol. 109, Bruxelles, Anthemis, 2009, p.85 ; E., MONTERO, *op. cit.*, p. 162 ; R., BISCARI, *op. cit.*, p. 91 ; Q., VAN ENIS, *op. cit.*, p. 26.

⁹⁶ Comme nous l'avons déjà évoqué *supra*, les conditions générales doivent être connues et acceptées de manière certaine par leur destinataire, préalablement à la conclusion du contrat, pour rentrer dans le champ contractuel.

⁹⁷ R., BISCARI, *op. cit.*, p. 91 ; M. VAN HUFFEL, « Contrats à distance, services financiers à distance et commerce électronique : la dynamique d'une évolution juridique en droit européen et en droit belge », *C.J.*, 2001, p. 37.

⁹⁸ Article XII.10 du Code de droit économique ; D., PHILIPPE et M., CHAMMAS, *op. cit.*, p. 230 ; G., RUE, *op. cit.*, p. 84.

⁹⁹ Article XII.10 du Code de droit économique ; D., PHILIPPE et M., CHAMMAS, *op. cit.*, p. 236 ; E., MONTERO et M., DEMOULIN, « La formation du contrat depuis le Code civil de 1804 : un régime en mouvement sous une lettre figée », in *Le droit des obligations contractuelles et le bicentenaire du Code civil*, Bruxelles, la Charte, 2004, p. 44.

manière à pouvoir s'y référer à tout moment »¹⁰⁰. Le prestataire¹⁰¹ devra donc vérifier que la fenêtre dans laquelle apparaissent les conditions générales possède une icône « Imprimer » ou « enregistrer »¹⁰² et que la page web contenant ces conditions soit formatée de manière à en permettre une impression globale et conforme. Aussi, selon l'article XII.11 du Code de droit économique, « à l'égard des consommateurs, la preuve du respect des exigences prévues aux articles XII.6 à XII.9 incombe au prestataire ».

Section 2. La théorie des équivalents fonctionnels

La question sous-jacente à la théorie des équivalents fonctionnels est celle de savoir comment dans un environnement dématérialisé, les effets juridiques attachés à l'écrit papier et aux formalités qui y sont associées pourraient être adéquatement restitués¹⁰³.

Le législateur a scellé la théorie des équivalents fonctionnels dans l'article Art. XII.15 du Code de droit économique. En son paragraphe 1^{er}, qualifié de clause générale transversale¹⁰⁴, il énonce que « toute exigence légale ou réglementaire de forme relative au processus contractuel est réputée satisfaite à l'égard d'un contrat par voie électronique lorsque les qualités fonctionnelles de cette exigence sont préservées ». En effet, « une approche téléologique des formes requises permet de rechercher les aménagements techniques des contrats conclus sur le net à même de satisfaire les buts poursuivis par le législateur lorsqu'il impose des formes et mentions particulières »¹⁰⁵.

¹⁰⁰ E., MONTERO, « Les contrats de l'informatique et de l'Internet », *Rép. not.*, Tome IX, Bruxelles, Larcier, 2005, p. 220. Dans ce sens, voy. G., RUE, *op. cit.*, p. 85 ; M. DEMOULIN, « Information et transparence sur les réseaux », in *Le commerce électronique sur les rails ? : Analyse et propositions de mise en œuvre de la directive sur le commerce électronique*, Bruxelles, Bruylant, 2001, p. 125 ; D., PHILIPPE et M., CHAMMAS, *op. cit.*, p. 236. ; C., BIQUET-MATHIEU et J., DECHARNEUX, « Aspects de la conclusion du contrat par voie électronique », in *Le commerce électronique : un nouveau mode de contracter ?*, Actes du colloque organisé par la Faculté de Droit de l'Université de Liège (Unité de Droit privé) et la Conférence libre du Jeune Barreau de Liège du 19 avril 2001, Liège, éd. Jeune Barreau, 2001, p. 172 ; H., JACQUEMIN, *Le formalisme contractuel: Mécanisme de protection de la partie faible*, Bruxelles, Larcier, 2010, p. 370.

¹⁰¹ L'article I.18 du Code de droit économique définit le prestataire comme « toute personne physique ou morale qui fournit un service de la société de l'information » et le « service de la société de l'information » comme « tout service presté normalement contre rémunération, à distance, par voie électronique et à la demande individuelle d'un destinataire du service ».

¹⁰² C., BIQUET-MATHIEU et J., DECHARNEUX, *op. cit.*, p. 172.

¹⁰³ E., MONTERO, *op. cit.*, 2005, p. 213.

¹⁰⁴ E., MONTERO, *op. cit.*, 2005, p. 213 ; M., DEMOULIN et E., MONTERO, « Le formalisme contractuel à l'heure du commerce électronique », in *Commerce électronique : de la théorie à la pratique*, Bruxelles, Bruylant, 2003, p. 152.

¹⁰⁵ D., PHILIPPE et M., CHAMMAS, *op. cit.*, p. 233.

Le paragraphe 2 du même article¹⁰⁶ énonce trois clauses transversales particulières¹⁰⁷. En ce sens, ce paragraphe formule que pour l'application du § 1^{er} « *il y a lieu de considérer : que l'exigence d'un écrit est satisfaite par une suite de signes intelligibles et accessibles pour être consultés ultérieurement, quels que soient leur support et leurs modalités de transmission* »¹⁰⁸ ; « *que l'exigence, expresse ou tacite, d'une signature est satisfaite dans les conditions prévues soit à l'article 1322, alinéa 2¹⁰⁹, du Code civil, soit à l'article XII.25, § 4* » et « *que l'exigence d'une mention écrite de la main de celui qui s'oblige peut être satisfaite par tout procédé garantissant que la mention émane de ce dernier.* »

Section 3. Les différents mécanismes techniques de communication des conditions générales au regard des conditions posées à l'origine de connaissance et d'acceptation.

A. Accessibilité, visibilité et emplacement

Il existe différentes présentations des conditions en ligne qui sont à proscrire au regard de la condition de connaissance préalable des conditions générales au risque que ces conditions se voient frappées d'inopposabilité. Mettons en évidence que la majorité des critères permettant de déterminer dans quelle mesure les conditions générales ont pu être connues du cocontractant (clarté, emplacement, lisibilité, etc.) peuvent être transposés dans l'environnement numérique, particulièrement en combinaison avec les règles sur les contrats à distance et le commerce électronique¹¹⁰. C'est au juge que reviendra la tâche d'appliquer ces critères au cas d'espèce du web¹¹¹.

¹⁰⁶ Article XII.15 du Code de droit économique.

¹⁰⁷ M., DEMOULIN et E., MONTERO, « Le formalisme contractuel à l'heure du commerce électronique », in *Commerce électronique : de la théorie à la pratique*, coll. des Cahiers du C.R.I.D., n°23, Bruxelles, Bruylant, 2003, p. 175.

¹⁰⁸ Rappelons que les fonctions que le support durable et l'écrit ont à remplir sont identiques. (Voy. M., DEMOULIN, « la notion de "support durable" dans les contrats à distance : une contrefaçon de l'écrit ? », *R.E.D.C.*, 2000, p. 375.) « Le support durable est donc un équivalent fonctionnel de l'écrit » (H., JACQUEMIN, *op. cit.*, p. 367).

¹⁰⁹ L'article 1322, alinéa 2 du Code civil énonce que « peut satisfaire à l'exigence d'une signature, pour l'application du présent article, un ensemble de données électroniques pouvant être imputé à une personne déterminée et établissant le maintien de l'intégrité du contenu de l'acte. ».

¹¹⁰ G., RUE, *op. cit.*, pp. 85-86 ; VAN ENIS, *op. cit.*, p. 30.

¹¹¹ G., RUE, *op. cit.*, p. 86.

1. Le lien hypertexte renvoyant aux conditions générales

Premièrement, lorsque le lien hypertexte qui renvoie aux conditions générales ne figure que sur la page d'accueil du site¹¹², il apparaît que la condition de connaissance ne pourra pas être rencontrée. En effet, une partie des utilisateurs du web ne rentre pas dans le site par la page d'accueil, mais procède en passant par les hyperliens profonds¹¹³ au départ de moteur de recherches¹¹⁴. Il est donc plus judicieux pour le prestataire de faire figurer les liens hypertextes qui renvoient aux conditions sur toutes les pages du site¹¹⁵. Comme nous l'avons déjà exposé, la Commission des clauses abusives est cependant d'avis que la simple publication des clauses n'est pas suffisante pour constituer une possibilité effective de prendre connaissance des conditions générales¹¹⁶. Elle précise toutefois que « *ce n'est que dans le cas d'un contrat conclu à distance via internet¹¹⁷, que ceci peut être considéré comme un moyen adapté à la technique utilisée pour la communication à distance* »¹¹⁸.

Deuxièmement, dans l'hypothèse où le lien hypertexte qui renvoie aux conditions générales est perdu ou peu visible au sein de l'ensemble d'informations que regroupe le site, le prestataire a tout intérêt à mettre le lien à une place prédominante¹¹⁹ pour prévenir l'inopposabilité de ses conditions générales.

Troisièmement, rappelons que dans la mesure où le cocontractant doit avoir la possibilité de connaître de manière effective et d'accepter les conditions générales préalablement à la conclusion du contrat, le prestataire aura la nécessité de faire apparaître le lien hypertexte avant cette étape définitive. Dans le cas contraire, il se heurterait également à l'inopposabilité de ses conditions générales¹²⁰.

¹¹² D., PHILIPPE et M., CHAMMAS, *op. cit.*, p. 244 ; E., MONTERO, *op. cit.*, 2007, p. 163.

¹¹³ « Le lien profond est un lien hypertexte situé sur une page web extérieure, renvoyant à une page secondaire d'un site, sans passer par la page d'accueil », *Doc. Parl.*, Chambre, sess. ord. 2002-2003, n°50-2100/001, p. 31.

¹¹⁴ J.F., HENROTTE, et I., COLLARD, *op. cit.*, p. 16 ; Q., VAN ENIS, *op. cit.*, p. 29.

¹¹⁵ G., RUE, *op. cit.*, p. 86.

¹¹⁶ Avis C.C.A. n° 19, *op. cit.* et Avis C.C.A n° 24, *op. cit.*

¹¹⁷ L'avis résultant en général de l'article 30 de la loi du 14 juillet 1991 sur les pratiques du commerce et sur l'information et la protection du consommateur, *M.B.*, 29 août 1991 (actuel article VI.2 du Code de droit économique, *M.B.*, 29 mars 2013).

¹¹⁸ Avis C.C.A. n° 19, *op. cit.*, p. 9.

¹¹⁹ J.F., HENROTTE, et I., COLLARD, *op. cit.*, p. 16.

¹²⁰ Q., VAN ENIS, *op. cit.*, p. 29.

2. Le renvoi aux conditions générales à travers une rubrique ou un sous-titre général

L'arrêt du 1^{er} octobre 2008 du Tribunal civil de Liège avait, pour exemple, estimé que « *l'accessibilité des conditions générales est parfaitement théorique* »¹²¹, lorsqu'il faut, « *presque deviner que l'onglet "nos garanties" sur le site comporte les conditions du contrat* »¹²². Cet arrêt met bien en évidence l'importance pour le prestataire de nommer l'hyperlien renvoyant aux conditions générales de manière suffisamment claire pour que le cocontractant puisse savoir que celui-ci désigne les conditions générales¹²³. Les terminologies telles qu' « *Avertissements* », « *Informations diverses* », etc. sont donc à éviter¹²⁴.

3. Le contenu des conditions générales éparpillé sur le site

Si, comme nous l'avons exposé, la visibilité du lien hypertexte est importante, il semble plus conseillé de condenser le contenu des conditions générales auxquelles il renvoie¹²⁵. L'éparpillement pourrait, en effet, *in concreto*, être une cause d'inopposabilité.

B. Click-Wrap et Browse-Wrap

Nous pouvons discerner deux mécanismes techniques fondamentaux de présentation des conditions générales provenant de la typologie réalisée par jurisprudence américaine (Voy *infra* : « *La validité des différents mécanismes de communication des conditions générales : étude comparée* »). Ceux-ci permettent, généralement, de faire entrer les conditions générales dans le champ contractuel.

D'un côté, le *clickwrap agreement* repose sur « *la présentation à l'utilisateur d'un message qui nécessite une manifestation de consentement de sa part, à travers le clic sur une icône, et ce, avant de le laisser accéder au site, au software ou au service proposé* »¹²⁶. Cette technique est très efficiente lorsqu'il s'agit de démontrer l'acceptation de l'utilisateur¹²⁷.

¹²¹ E., MONTERO, « À propos d'un contrat de voyage formé par hybridation (Web + télécopie) », note sous Civ. Liège, 7^e ch., 1^{er} octobre 2008, *DAOR*, 2009, p. 336.

¹²² *Ibid.*

¹²³ E., MONTERO, *op. cit.*, 2009, p. 336; Q., VAN ENIS, *op. cit.*, p. 29.

¹²⁴ *Ibid.*

¹²⁵ F., HENROTTE, et I., COLLARD, *op. cit.*, p. 16.

¹²⁶ Q., VAN ENIS, *op. cit.*, p. 28. Voy. dans ce sens, Y., COOL, « Aspects contractuels des licences de logiciels libres : les obligations de la liberté », in *Les logiciels libres face au droit*, coll. des Cahiers du C.R.I.D., n°25, Bruxelles, Bruylant, 2005, p. 171.

¹²⁷ Q., VAN ENIS, *op. cit.*, p. 28.

Toutefois, additionné au mécanisme du « *scroll* » qui réside dans l'obligation pour l'internaute de dérouler¹²⁸ le menu des conditions générales pour arriver, seulement, en bout de course à l'acceptation de ces dernières¹²⁹, le *clickwrap* devient un atout redoutable pour l'exploitant du site internet. En effet, il apparaît donc que ce « *passage obligé* »¹³⁰ rencontre bien les modalités d'opposabilité des conditions générales et est un procédé très efficace au niveau probatoire en faveur du prestataire¹³¹. Il existe, aussi, un procédé intermédiaire consistant à demander à l'utilisateur du site de manifester son acceptation en cochant une case « *J'accepte* » à côté de laquelle figure le lien hypertexte renvoyant aux conditions générales¹³².

Dans les *clickwrap agreements*, on différencie habituellement deux types de technique d'acceptation : le « *type and click* » qui consiste à demander à l'utilisateur de rédiger lui-même la mention « *J'accepte* » avant de cliquer sur une icône « *Envoyer* » et le simple clic sur la mention « *J'accepte* »¹³³. Si le premier se distingue par son côté participatif, le deuxième a pour avantage sa facilité et sa rapidité. Cette dernière technique possède toutefois comme inconvénient que le cocontractant ne réalisera pas nécessairement être pris dans un processus contractuel¹³⁴. Pour renforcer cette technique, le prestataire peut placer à côté de l'icône « *J'accepte* », une icône « *Je refuse* », dans l'optique d'inciter l'internaute à user de son libre arbitre.¹³⁵

¹²⁸ On appelle cette technique le *Scroll*.

¹²⁹ E., MONTERO, *op. cit.*, 2005, p. 222.

¹³⁰ E., MONTERO, *op. cit.*, 2005, p. 222 ; E., MONTERO, *op. cit.*, 2007, p. 163.

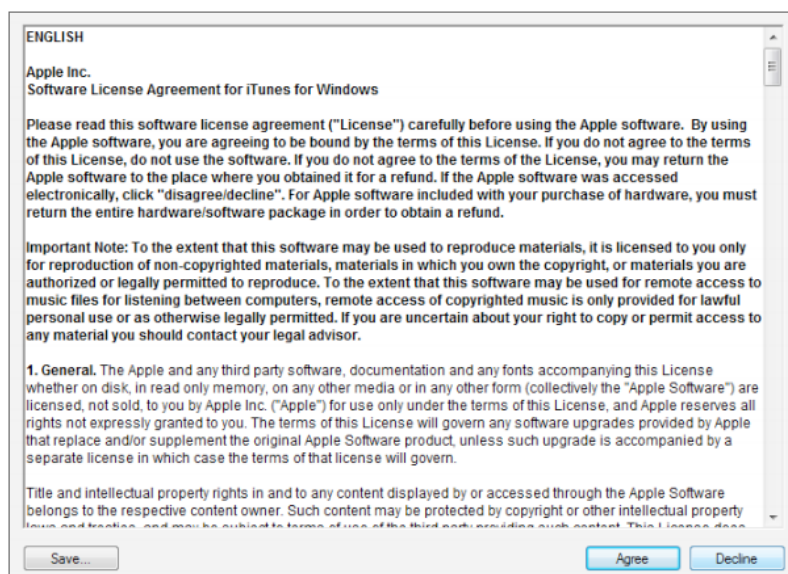
¹³¹ Q., VAN ENIS, *op. cit.*, p. 28.

¹³² F., HENROTTE, et I., COLLARD, *op. cit.*, p. 19 ; E., MONTERO, *op. cit.*, 2009, p. 337.

¹³³ D., PHILIPPE et M., CHAMMAS, *op. cit.*, p. 259 ; F.M., BUONO et J.A. FRIEDMAN, « Maximizing the enforceability of click-wrap agreements », pt. 4, disponible sur <http://jtlp.org/vol4/issue3/friedman.html#ren3>, consulté le 13 juillet 2014.

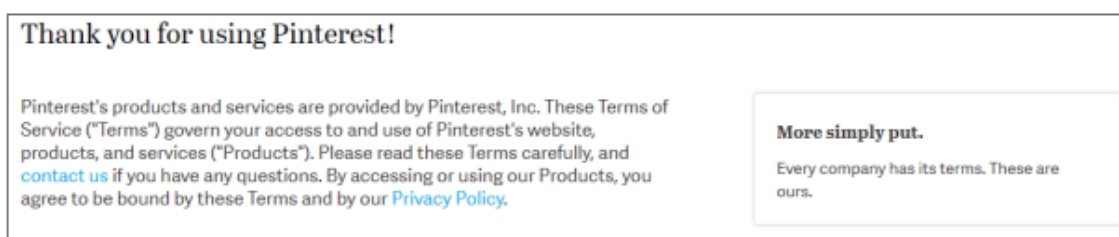
¹³⁴ *Ibid.*

¹³⁵ D., PHILIPPE et M., CHAMMAS, *op. cit.*, p. 260.



Exemple de *Clickwrap agreement*

D'un autre côté, le *Browsewrap agreement* paraît moins efficace en ce qu'il se limite à donner la possibilité à l'internaute de connaître les conditions générales mais ne subordonne pas l'accès au site à un passage obligé par ces conditions et par leurs acceptations expresses¹³⁶. Au sujet de la possibilité de connaissance des conditions générales, le prestataire devra vérifier que les critères d'accessibilité, de visibilité et d'emplacement, que nous avons évoqués *supra*, sont bien rencontrés¹³⁷. Cette technique pourrait néanmoins désavantager le prestataire au moment où il devra démontrer au juge que les conditions de possibilité de connaissance effective et d'acceptation certaine sont remplies¹³⁸.



Exemple de *Browsewrap agreement*

¹³⁶ F., HENROTTE, et I., COLLARD, *op. cit.*, p. 19 ; Q., VAN ENIS, *op. cit.*, p. 28 ; R., BISCARI, *op. cit.*, p. 92.

¹³⁷ Q., VAN ENIS, *op. cit.*, p. 29.

¹³⁸ Q., VAN ENIS, *op. cit.*, p. 29 ; Y., COOL, *op. cit.*, p. 173 ; Voy. aussi, Civ. Liège, 1^{er} octobre 2008, R.G., n° 06/5646/A et 07/933/A et E., MONTERO, « Avatars des contrats conclus par internet et parades légales », note sous Comm. Tongres, 5 octobre 2004, *DAOR*, 2007, pp. 160-168.

Rappelons que les bénéfices tirés du *clickwrap agreement* ou de la technique « *intermédiaire* » peuvent être compromis si l'utilisateur se retrouve confronté à une mention « *J'accepte* » préalablement sélectionnée et activée¹³⁹. Dans ce sens, la Commission des clauses abusives a émis que ces cases cochées « créent une présomption difficilement réfragable d'information et/ou d'acceptation des conditions contractuelles par le consommateur et sont contraire à l'article 31, §1^{er}, de la L.P.C.C. »¹⁴⁰. D'autres estiment que « *la forme de l'expression du consentement importe peu dès lors qu'on peut démontrer que le consommateur a été averti de manière non équivoque* »¹⁴¹.

En règle générale, la tendance jurisprudentielle est à apprécier de manière plus stricte l'opposabilité des conditions générales lorsqu'il s'agit d'une relation entre commerçant et consommateur¹⁴². Nous analyserons, en ce sens, *infra*, l'arrêt de la Cour de Justice de l'Union européenne du 5 juillet 2012¹⁴³.

Section 6. Autres spécificités des conditions générales au regard des contrats conclus sur internet

A. La langue des conditions générales

Avec l'avènement du Web, les internautes peuvent interagir d'un bout à l'autre du globe terrestre. Sur les plateformes commerciales en ligne, les échanges contractuels peuvent avoir lieu entre personnes ne parlant pas la même langue. Dès lors, la question de savoir dans quelle langue doivent être rédigées les conditions générales revêt toute son importance. Au regard de ce que nous avons déjà développé à l'occasion de cette question en ce qui concerne les contrats de type traditionnel, certains auteurs de doctrine estiment que si le service est dispensé dans une langue, il est du devoir du prestataire d'appliquer cette langue à l'ensemble

¹³⁹ Q., VAN ENIS, *op. cit.*, p. 29.

¹⁴⁰ Avis n° 24 de la C.C.A., *op. cit.*, p. 19.

¹⁴¹ B., DE NAYER, « La publicité et le marketing sur Internet et la protection des consommateurs en droit belge », *Protection du consommateur, pratiques commerciales et T.I.C.*, CUP, vol. 109, Bruxelles, Anthémis, 2009, p. 46.

¹⁴² Q., VAN ENIS, *op. cit.*, p. 29.

¹⁴³ C.J.U.E, 5 juillet 2012, *Content Services Ltd c. Bundesarbeitskammer*, C-49/11.

du site, en ce compris aux conditions générales¹⁴⁴. Dans le cas contraire, les conditions seraient inopposables¹⁴⁵.

En outre, l'article XII.7 du Code de droit économique, en son paragraphe 1^{er}, énonce que « *sans préjudice des autres exigences légales et réglementaires en matière d'information, avant que le destinataire du service ne passe une commande par voie électronique, le prestataire de services communique, au moins, les informations mentionnées ci-après, formulées de manière claire, compréhensible et non équivoque : 1° les langues proposées pour la conclusion du contrat [...]* »¹⁴⁶.

Au sein des conditions générales de nombreux sites se retrouve une clause dans laquelle le prestataire spécifie que seule la version d'origine des conditions générales prévaut lorsqu'existe une divergence entre cette version et la version traduite. Nous illustrons notre propos avec la clause, reproduite ci-après, provenant des conditions d'utilisation du site Facebook¹⁴⁷.

Déclaration des droits et responsabilités

La version d'origine de ce document est l'anglais (États-Unis). En cas de divergence entre une version traduite du présent accord et la version anglaise, celle-ci fait foi. Veuillez noter que certaines modifications ont été apportées aux conditions générales de la section 17 applicables aux personnes vivant hors des États-Unis.

Une certaine doctrine considère qu'en présence d'un conflit entre la version originale et la traduction, il faut considérer que l'internaute a accepté la version énoncée dans la langue qu'il a pu appréhender ; en d'autres termes, la langue utilisée lors de la conclusion du contrat¹⁴⁸.

¹⁴⁴ M. DEMOULIN, *op. cit.*, 2001, p. 125 ; E., MONTERO et M., DEMOULIN, « La conclusion des contrats par voie électronique », in *Le processus de formation du contrat*, Bruxelles, Bruylant, 2002, p. 740 ; M. DEMOULIN, *op. cit.*, 2001, p. 125 ; Q., VAN ENIS, *op. cit.*, p. 31 ; F., HENROTTE, et I., COLLARD, *op. cit.*, p. 18.

¹⁴⁵ G., RUE, *op. cit.*, p. 93.

¹⁴⁶ Rappelons que l'article XII.10 du Code de droit économique précise que « les parties qui ne sont pas des consommateurs peuvent déroger conventionnellement aux dispositions de l'article XII.6, § 1^{er}, 8°, ainsi que des articles XII.7, § 1^{er}, XII.8 et XII.9. » et que « les dispositions de l'article XII.6, § 1^{er}, 8°, de l'article XII.7, § 1^{er}, de l'article XII.8 et de l'article XII.9, 1° et 2°, ne sont pas applicables aux contrats conclus exclusivement au moyen d'un échange de courriers électroniques. »

¹⁴⁷ Disponible sur <https://www.facebook.com/terms.php>.

¹⁴⁸ Q., VAN ENIS, *op. cit.*, p. 32 ; F., HENROTTE, et I., COLLARD, *op. cit.*, p. 18.

B. Présentation, compréhension et interprétation

Comme nous l'avons précité, il est généralement jugé que la compréhension réelle des conditions générales par le cocontractant n'est pas une condition de leur opposabilité¹⁴⁹. Néanmoins, la jurisprudence a parfois tenu à ce que le prestataire apporte une certaine clarté à ses conditions générales¹⁵⁰⁻¹⁵¹. Les conditions générales sont souvent jugées par les internautes comme étant rédigées dans un jargon juridique « *incompréhensible* » du tout un chacun, exagérément longues, écrites en trop petits caractères, etc.¹⁵². Ce sont ces raisons qui poussent l'utilisateur d'un site à ne pas parcourir de manière minutieuse de telles conditions. Dans ce sens, deux chercheurs américains ont pu démontrer qu'il faut à une personne en moyenne 76 jours pour lire la totalité des conditions générales rencontrées au cours d'une année¹⁵³. On peut dès lors se demander si une possibilité de connaissance est réellement laissée à l'internaute. Quoi qu'il en soit, le prestataire se doit de mettre un point d'honneur à soigner la rédaction et la présentation de ses conditions pour éviter toute inopposabilité¹⁵⁴. Pour ce faire, le prestataire peut, par exemple, mettre en place un sommaire renvoyant via des liens hypertextes aux différents titres internes des conditions générales¹⁵⁵ ou modifier la police des caractères pour mettre en évidence certaines clauses particulièrement primordiales, etc.

C. Les versions simplifiées ou vulgarisées des conditions générales

Dans le but de clarifier les conditions générales, les prestataires produisent fréquemment des versions simplifiées ou vulgarisées de leurs conditions générales. L'abrégement des conditions générales crée toutefois une problématique. Que se passe-t-il lorsque la version simplifiée qui coexiste avec la version originale contredit cette dernière ? Le but des conditions générales étant de protéger le prestataire contre tous les éventuels

¹⁴⁹ Q., VAN ENIS, *op. cit.*, p.13.

¹⁵⁰ D., PHILIPPE et M., CHAMMAS, *op. cit.*, p. 250.

¹⁵¹ Cette exigence doit être nuancée en ce qui concerne les contrats conclus à l'occasion de relations entre professionnels. *De facto*, dans cette catégorie de relation, le cocontractant dispose d'une connaissance des usages et des conditions générales types de sa branche.

¹⁵² Pour exemple, Le Forum des droits sur l'internet, « Cyber-Consommation : les nouvelles tendances », Premier rapport de l'Observatoire de la Cyber-Consommation, Mars 2004, disponible sur <http://www.youscribe.com/catalogue/rapports-et-theses/ressources-professionnelles/fiscalite/cyber-consommation-les-nouvelles-tendances-2369452>, consulté le 17 juillet 2014.

¹⁵³ A. C., MADRIGAL, « Reading the Privacy Policies You Encounter in a Year Would Take 76 Work Days », *The Atlantic*, 1^{er} mars 2012, disponible sur <http://www.theatlantic.com/technology/archive/2012/03/reading-the-privacy-policies-you-encounter-in-a-year-would-take-76-work-days/253851/>, consulté le 16 juillet 2014.

¹⁵⁴ D., PHILIPPE et M., CHAMMAS, *op. cit.*, p. 251.

¹⁵⁵ F., HENROTTE, et I., COLLARD, *op. cit.*, p. 17.

problèmes juridiques qui pourraient survenir suite à la conclusion du contrat, celles-ci doivent être écrites avec précision. Le passage d'un langage juridique à un langage vulgarisé ou à une version synthétique aura souvent pour conséquence d'altérer les nuances du texte¹⁵⁶.

Face à une contradiction, le juge pourrait privilégier la version simplifiée ou vulgarisée des conditions générales¹⁵⁷. Tel est le cas, *a fortiori*, lorsque le juge considère que l'acceptation de l'internaute n'a porté que sur cette version ou que la version intégrale des conditions n'a pas été communiquée¹⁵⁸.

Pour ne pas que cette pratique porte préjudice au prestataire, il apparaît vivement conseillé que celui-ci informe l'utilisateur du caractère imparfait et complémentaire des conditions ainsi simplifiées ou vulgarisées relativement à la version originale, en insistant sur le fait que ces versions ne suffisent pas à prendre connaissance des conditions¹⁵⁹. De plus, au regard du critère d'accessibilité, il semble tout aussi important de faire figurer un lien hypertexte renvoyant au texte intégral des conditions générales^{160 161}.

Le site *Tumblr* a pris ce risque et a lancé, récemment, une initiative originale¹⁶² en proposant une version vulgarisée et légèrement humoristique de ces conditions générales¹⁶³, en sus de la version en langage juridique, dans l'optique de les rendre attrayantes. Cette clause concernant l'admission à l'utilisation des services en témoigne :

¹⁵⁶ Q., VAN ENIS, *op. cit.*, p. 32.

¹⁵⁷ E., MONTERO, *op. cit.*, 2005, p. 222; E., MONTERO et M., DEMOULIN, *op. cit.*, 2002, p. 739 ; G., RUE, *op. cit.*, p. 87;

¹⁵⁸ E., MONTERO, *op. cit.*, 2005, p. 222 ; E., MONTERO et M., DEMOULIN, *op. cit.*, 2002, p. 739 ; W. D., KABRE, *La conclusion des contrats électroniques : Étude de droits africains et européens*, Paris, L'Harmattan, 2013, p. 198.

¹⁵⁹ G., RUE, *op. cit.*, p. 87 ; C., BIQUET-MATHIEU et J., DECHARNEUX, *op. cit.*, 2001, p. 170.

¹⁶⁰ F., HENROTTE, et I., COLLARD, *op. cit.*, p. 17 ; Q., VAN ENIS, *op. cit.*, p. 33.

¹⁶¹ Comme dans la plupart des problématiques, cette exigence doit être nuancée en ce qui concerne les contrats conclus à l'occasion de relations entre professionnels. Le cocontractant étant plus à même de comprendre la version originale des conditions générales. Voy. dans ce sens, F., HENROTTE, et I., COLLARD, *op. cit.*, p. 17.

¹⁶² M., MASNIC, « Will Tumblr's New Terms Of Service Finally Lead To The De-Stupidifying Of Terms Of Service? », disponible sur <https://www.techdirt.com/articles/20120326/01301418236/will-tumblrs-new-terms-service-finally-lead-to-de-stupidifying-terms-service.shtml>, consulté le 7 juillet 2014.

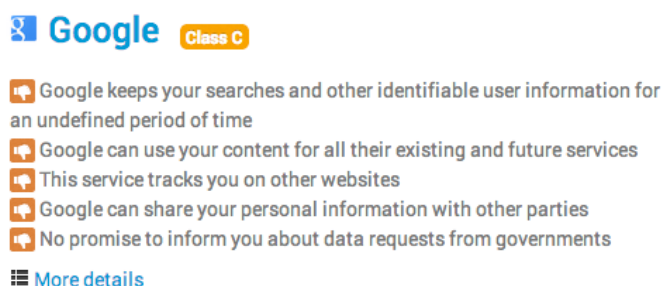
¹⁶³ Disponible sur <http://www.tumblr.com/policy/en/terms-of-service>, consulté le 20 juillet 2014.

No individual under the age of thirteen (13) may use the Services, provide any personal information to Tumblr, or otherwise submit personal information through the Services (including, for example, a name, address, telephone number, or email address). You may only use the Services if you can form a binding contract with Tumblr and are not legally prohibited from using the Services.

You have to be at least 13 years old to use Tumblr. We're serious: it's a hard rule, based on U.S. federal and state legislation. "But I'm, like, 12.9 years old!" you plead. Nope, sorry. If you're younger than 13, don't use Tumblr. Ask your parents for a Playstation 4, or try books.

En dehors des versions simplifiées réalisées par le prestataire lui-même, un projet collaboratif « *ToS;DR* »¹⁶⁴ (*Terms of Service ; Didn't Read*) a vu le jour. Celui-ci a pour objectif de permettre aux internautes de visualiser avec simplicité et rapidité le contenu des conditions auxquelles ils vont adhérer. Un classement des sites est ainsi effectué selon que les conditions respectent plus ou moins les droits de leurs utilisateurs. Techniquement, des critères d'analyse tels que le respect des droits d'auteurs, la protection des données personnelles, etc. sont assortis de signets de couleur permettant d'entrevoir le degré de respect assuré. Outre un résumé efficace, ce site offre donc un regard objectif sur les conditions.

Ci-après, l'exemple du site Google, qui comme nous pouvons le remarquer n'est pas un élève modèle en la matière :



Si ce projet peut apporter une aide aux internautes, il est évident que le prestataire n'est absolument pas tenu par son contenu. Cette nouvelle pratique pose question et semble être une arme à double tranchant pour l'utilisateur. En cas de contradictions entre version originale des conditions et celle émise par le site « *Terms of Service ; Didn't Read* », le juge ne pourrait, à notre sens, ne tenir compte que de la version émise par le prestataire. Ce site pourra néanmoins être signalé, *infra*, comme apportant une grille de lecture efficace en ce qui concerne l'invalidité des clauses.

¹⁶⁴ Voy. <http://tosdr.org/#>, consulté le 20 juillet 2014.

D. La modification des conditions générales

Comme beaucoup d'utilisateurs ont pu le remarquer, les conditions générales des sites sont très souvent modifiées. Le prestataire qui souhaite opposer à l'utilisateur ses conditions générales doit alors être en mesure de prouver que la version des conditions qu'il invoque correspond à la version acceptée par le cocontractant¹⁶⁵. La technique du *time-stamp*¹⁶⁶ permet aujourd'hui de mettre fin à ce type de difficulté¹⁶⁷. De même, le prestataire devra veiller à préciser la date dans chacune des versions de ses conditions générales et de conserver la preuve de celles-ci¹⁶⁸.

Chapitre III. La validité des différents mécanismes techniques de communication des conditions générales : étude comparée

Section 1. Analyse de l'arrêt de la Cour de Justice de l'Union européenne du 5 juillet 2012¹⁶⁹

Dans cette affaire, la Cour de Justice précise la réglementation concernant les conditions générales. De manière ordinaire, en naviguant sur les sites de e-commerce, les consommateurs se retrouvent face un lien hypertexte sur lequel ils doivent cliquer pour atteindre les conditions générales¹⁷⁰. Dans le cas qui intéresse la Cour, un consommateur, en remplissant le formulaire d'inscription d'un site proposant des services en ligne, avait été invité à cliquer sur une case en vertu de laquelle il affirmait avoir accepté les termes et les conditions générales et avoir renoncé à son droit de rétractation¹⁷¹. La conclusion d'un contrat

¹⁶⁵ Q., VAN ENIS, *op. cit.*, p. 33 ; L., CORNELIS et P., GOETHALS, « Contractuele aspecten van E-commerce », in *Tendensen in het bedrijfrecht – De elektronische handel*, Bruylant, Kluwer, 1999, p. 24.

¹⁶⁶ Appelée horodatage en français, ce mécanisme consiste en un ensemble de techniques permettant de donner de manière certaine un jour et une heure de référence à des données.

¹⁶⁷ Q., VAN ENIS, *op. cit.*, p. 34 ; K., DE VULDER et D. ROMBOUTS, « De elektronische algemene voorwaarden en hun tegenstelbaarheid », in *Algemene voorwaarden*, Malines, Kluwer, 2006, pp. 61-62.

¹⁶⁸ F., HENROTTE, et I., COLLARD, *op. cit.*, p. 17 ; G., RUE, *op. cit.*, p. 87.

¹⁶⁹ C.J.U.E, 5 juillet 2012, *Content Services Ltd c. Bundesarbeitskammer*, C-49/11.

¹⁷⁰ A., BENARAH, « La CJUE remet en cause l'opposabilité des CGV par un lien hypertexte », *cvgExpert*, 2012, disponible sur http://www.cgv-expert.fr/article/remet-cause-opposabilite-hypertexte_61.htm, consulté le 9 juillet 2014.

¹⁷¹ C.J.U.E, 5 juillet 2012, *op.cit.*, point 18.

avec le prestataire étant impossible si ladite case n'était pas cochée¹⁷². Pour accéder à la page contenant le texte des termes et conditions, le consommateur devait toutefois cliquer sur un lien hypertexte se trouvant sur la page d'inscription¹⁷³. Suite à cette opération, un courriel comportant son nom d'utilisateur et son mot de passe lui était transmis avec, en sus, un lien hypertexte vers plus d'informations¹⁷⁴. Cependant, aucune information concernant les conditions ou le droit de rétractation ne figurait en tant que tel dans le message¹⁷⁵.

Sur base de ces faits, la question qui était posée à la Cour était de savoir si le simple fait de communiquer les conditions générales au consommateur à travers un lien hypertexte renvoyant à la page du site contenant cesdites conditions était suffisant pour rencontrer les exigences de l'article 5, paragraphe 1 de la directive 97/7¹⁷⁶.

L'article 5, paragraphe 1, de la directive 97/7 concernant la protection des consommateurs en matière de contrats à distance¹⁷⁷ dispose que : « *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* »

Selon la Cour, les termes « *fournir* » et « *recevoir* » présents dans cet article présupposent que le consommateur puisse disposer de l'essentiel des informations tout en adoptant un comportement passif¹⁷⁸. Dans cette optique, l'exploitant du site doit mettre les

¹⁷² C.J.U.E, 5 juillet 2012, *op.cit.*, point 18.

¹⁷³ C.J.U.E, 5 juillet 2012, *op.cit.*, point 18.

¹⁷⁴ C.J.U.E, 5 juillet 2012, *op.cit.*, point 19 ; E., WAUTERS, E., LIEVENS, P., VALCKE, « A legal analysis of Terms of Use of Social Networking Sites, including a practical legal guide for users : 'Right & obligations in a social media environment', *User Empowerment in a Social Culture*, 2013, disponible sur http://emsoc.be/wp-content/uploads/2013/12/D-1.2.4-A-legal-analysis-of-Terms-of-Use-of-Social-Networking-Sites-including-a-practical-legal-guide-for-users_Rights-obligations-in-a-social-media-environment6.pdf, consulté le 13 juillet 2014.

¹⁷⁵ C.J.U.E, 5 juillet 2012, *op.cit.*, point 20.

¹⁷⁶ C.J.U.E, 5 juillet 2012, *op.cit.*, point 26.

¹⁷⁷ Directive (CE) n° 97/7 du Parlement européen et du Conseil du 20 mai 1997 concernant la protection des consommateurs en matière de contrats à distance, *J.O.C.E.*, L 144, 04 juin 1997, pp. 0019 – 0027 (ci-après, Directive n° 97/7)

¹⁷⁸ C.J.U.E, 5 juillet 2012, *op.cit.*, point 35 ; A., BENARAH, *op. cit.* ; A., CRUQUENAIRE, J.-F., HENROTTE, D., PHILIPPE, « Droit des contrats - Responsabilité des acteurs d'internet », in *Social media : le droit ou l'anarchie*

conditions générales à disposition du consommateur et celui-ci ne doit aucunement avoir à les rechercher¹⁷⁹. La Cour de Justice de l'Union européenne a, de ce fait, jugé que l'obligation d'information établie à l'article 5 (1) la directive 97/7 « *doit être interprété en ce sens qu'une pratique commerciale qui consiste à ne rendre accessibles les informations prévues à cette disposition que par un hyperlien sur un site Internet de l'entreprise concernée ne satisfait pas aux exigences de ladite disposition, dès lors que ces informations ne sont ni « fournies » par cette entreprise ni « reçues » par le consommateur, au sens de cette même disposition* »¹⁸⁰. Cette conclusion se veut réaliste en ce sens que, dans la pratique, la plupart des consommateurs ne prêtent pas beaucoup d'attention aux conditions et les acceptent machinalement¹⁸¹. Il s'avère donc primordial de mettre tout en œuvre pour les inciter à connaître et à protéger leurs propres droits¹⁸².

À l'occasion de cet arrêt, la Cour s'est aussi exprimée sur la possibilité donnée au consommateur de conserver les conditions générales. Dans ce sens, la Cour a d'abord tenu à préciser la notion de support durable en énonçant que « *dans la mesure où un support permet au consommateur de stocker lesdites informations qui lui ont été adressées personnellement, garantit l'absence d'altération de leur contenu ainsi que leur accessibilité pendant une durée appropriée, et offre aux consommateurs la possibilité de les reproduire telles quelles, ce support doit être considéré comme « durable » au sens de ladite disposition* »¹⁸³ et a ensuite étudié les faits de l'affaire pour en arriver au constat que « *le site Internet du vendeur auquel renvoie le lien indiqué au consommateur [ne] permet [pas] à ce dernier de stocker des informations qui lui sont personnellement adressées de manière telle qu'il puisse y accéder et les reproduire telles quelles pendant une durée appropriée en dehors de toute possibilité de modification unilatérale de leur contenu par le vendeur* »¹⁸⁴. La Cour conclut, dès lors, qu'« *un site Internet tel que celui en cause au principal ne peut être considéré comme un « support durable » au sens dudit article 5, paragraphe 1* »¹⁸⁵.

?, *Actes de la journée d'étude de l'Institut des juristes d'entreprise (IJE)*, 15 novembre 2012, Coll. Le droit des affaires en évolution, n°23, Bruxelles, Bruylant, 2012, p. 215.

¹⁷⁹ A., BENARAH, *op. cit.*, A., CRUQUENAIRE, J.-F., HENROTTE, D., PHILIPPE, *op. cit.*, p. 215.

¹⁸⁰ C.J.U.E, 5 juillet 2012, *op.cit.*, motifs.

¹⁸¹ A., CRUQUENAIRE, J.-F., HENROTTE, D., PHILIPPE, *op. cit.*, p. 215.

¹⁸² C.J.U.E, 5 juillet 2012, *op.cit.*, concl. Av. gén. MENGOZZI, point. 33.

¹⁸³ C.J.U.E, 5 juillet 2012, *op.cit.*, point 43.

¹⁸⁴ C.J.U.E, 5 juillet 2012, *op.cit.*, point 46.

¹⁸⁵ C.J.U.E, 5 juillet 2012, *op.cit.*, motifs.

Certains auteurs pensent que, dans le futur, les exploitants de sites devront user de mécanismes techniques en vertu desquelles le consommateur devra être obligé de visualiser les conditions générales qui s'afficheraient automatiquement devant lui pour pouvoir accéder aux services du site et être obligé de marquer une action positive d'acceptation de leur application¹⁸⁶. Au regard de ces conditions, la technique du *clickwrap*, exposée *supra*, semble être la solution prônée. En outre, une autre proposition développée par la doctrine consiste à « faire signer le consommateur sous la forme électronique au sens de l'article 1322, alinéa 2 du Code civil »¹⁸⁷.

Aussi, le considérant 23 de la directive du 25 octobre 2011 relative aux droits des consommateurs¹⁸⁸ est venu préciser que le « support durable devrait permettre au consommateur de stocker les informations aussi longtemps que cela lui est nécessaire pour protéger ses intérêts découlant de sa relation avec le professionnel. Au nombre des supports durables devraient figurer, en particulier, le papier, les clés USB, les CD-Rom, les DVD, les cartes à mémoire ou les disques durs d'ordinateur ainsi que les courriels ». Avec ce considérant, l'exploitant du site est aujourd'hui à même de s'assurer qu'il utilise un mécanisme technique rencontrant effectivement la notion de support durable.

Section 2. Le système juridique américain

Selon, le Restatement Second of Contract (R.S.C.)¹⁸⁹⁻¹⁹⁰, « the formation of a contract requires a bargain in which there is a manifestation of mutual assent to the exchange and a consideration »¹⁹¹. Deux remarques s'imposent, d'une part, la condition de négociation n'est toutefois pas requise dans les « standard form contracts »¹⁹² et d'autre part, l'exigence d'une « consideration » est elle aussi à tempérer au regard d'une certaine jurisprudence souple à cet

¹⁸⁶ A., CRUQUENAIRE, J.-F., HENROTTE, D., PHILIPPE, *op. cit.*, p. 216.

¹⁸⁷ *Ibid.*

¹⁸⁸ Considérant n°23 de la Directive (CE) n° 2011/83 relative aux droits des consommateurs, modifiant la directive 93/13/CEE du Conseil et la directive 1999/44/CE du Parlement européen et du Conseil et abrogeant la directive 85/577/CEE du Conseil et la directive 97/7/CE du Parlement européen et du Conseil, *J.O.U.E.*, L 304, 22 novembre 2011, pp. 64-88.

¹⁸⁹ R.S.C., disponible sur [http://www.lexinter.net/LOTWVers4/restatement_\(second\)_of_contracts.htm](http://www.lexinter.net/LOTWVers4/restatement_(second)_of_contracts.htm).

¹⁹⁰ Le R.S.C., réalisé par l'*American Law Institute*, ne s'intègre pas réellement à la législation américaine mais constitue cependant un support rassemblant la jurisprudence et les tendances du common law (J.-P., MOINY, *op. cit.*, p. 146).

¹⁹¹ R.S.C., §17 (1).

¹⁹² R.A., HILLMAN et J.J., RACHLINSKI, « Standard-form Contracting in the Electronic Age », 2001, p. 26, disponible sur http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=287819; Voy., *Carnival Cruise Lines v. Shute*, 499 U.S. 585 (1991), disponible sur <http://supreme.justia.com/cases/federal/us/499/585/case.html>, consulté le 24 mai 2014.

égard et de certaines exceptions¹⁹³. Le principe du consensualisme que nous avons évoqué pour le droit belge apparaît aussi en droit américain, en l'occurrence, dans le R.S.C.¹⁹⁴, dans le *Uniform Commercial Code* (U.C.C.)¹⁹⁵ et dans *L'Uniform Computer Information Transaction Act* (U.C.I.T.A.)¹⁹⁶. Le U.C.C. énonce, par exemple, qu'un « *contract for sale of goods may be made in any manner sufficient to show agreement, including conduct by both parties which recognizes the existence of such a contract* »¹⁹⁷. Aussi, en ce qui concerne « *la formation du contrat par l'acceptation d'une offre* »¹⁹⁸, l'U.C.C. énonce qu'« *an offer to make a contract shall be construed as inviting acceptance in any manner and by any medium reasonable in the circumstances* »¹⁹⁹. L'U.C.I.T.A.²⁰⁰ quant à lui formule qu'un contrat « *may be formed in any manner sufficient to show agreement, including offer and acceptance or conduct of both parties or operations of electronic agents which recognize the existence of a contract* »²⁰¹ et qu'une offre « *to make a contract invites acceptance in any manner and by any medium reasonable under the circumstances* »²⁰². Pour terminer, en vertu de la section 112, (a) (2) du U.C.I.T.A., « *a person manifests assent to a record or term if the person, acting with knowledge of, or after having an opportunity to review the record or term or a copy of it: [...] (2) intentionally engages in conduct or makes statements with reason to know*

¹⁹³ J.-P., MOINY, *op. cit.*, p. 146. ; De plus, en ce qui concerne les contrats standardisés, le R.S.C. énonce que « *where a party to an agreement signs or otherwise manifests assent to a writing and has reason to believe that like writings are regularly used to embody terms of agreements of the same type, he adopts the writing as an integrated agreement with respect to the terms included in the writing* ». (R.S.C., §211 (1)) Contrairement à ce que nous avons exposé en droit belge, c'est la volonté déclarée qui semble ici prévaloir.

¹⁹⁴ R.S.C., § 30 (2).

¹⁹⁵ U.C.C. a été adopté par 50 Etats (J.M., GOODSON, « *Uniform Commercial Code* », *Law Library*, p. 1, disponible sur <https://law.duke.edu/sites/default/files/lib/ucc.pdf>, consulté le 16 juillet 2014. L'objectif de ce code, réalisé par l'American Law Institute et la National Conference of Commissioners on Uniform State Laws, est de créer des réglementations uniformes pour les législations des Etats sur certains points sensibles (J.-P., MOINY, *op. cit.*, p. 148). Les propositions de réglementation doivent ensuite être adoptées par les assemblées législatives des Etats pour avoir force contraignante (J.M., GOODSON, *op. cit.*, p. 1).

¹⁹⁶ L'U.C.I.T.A. concerne l'uniformisation des lois étatiques au sujet des « *Computer information transactions* » (U.C.I.T.A., s. 103). L'U.C.I.T.A. a été proposée par la National Conference of Commissioners on Uniform State Laws et a été adoptée par seulement deux Etats, Maryland and Virginia (J. K., WINN et B. H., BIX, « *Diverging Perspectives on Electronic Contracting in the U.S. and EU* », *Clev. St. L. Rev.*, 2006, p. 180, disponible sur <http://engagedscholarship.csuohio.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1208&context=clevstlrev>, consulté le 12 juillet 2014.

¹⁹⁷ U.C.C., §2-204 (1) disponible sur <http://www.law.cornell.edu/ucc/ucc.table.html>; Aussi, U.C.C., §1-201 (b) (3) énonce que « *"Agreement", as distinguished from "contract", means the bargain of the parties in fact, as found in their language or inferred from other circumstances, including course of performance, course of dealing, or usage of trade as provided in Section 1-303.* »

¹⁹⁸ Voy. J.-P., MOINY, *op. cit.*, p. 149.

¹⁹⁹ U.C.C., §2-206 (1) (a)

²⁰⁰ U.C.I.T.A., disponible sur

http://www.uniformlaws.org/shared/docs/computer_information_transactions/ucita_final_02.pdf.

²⁰¹ U.C.I.T.A., s. 202 (a).

²⁰² U.C.I.T.A., s. 203 (1)

that the other party or its electronic agent may infer from the conduct or statement that the person assents to the record or term ».

Nous verrons, ci-après, que la jurisprudence américaine admet le clic comme la manifestation de l'acceptation à une offre. Aussi, à l'instar de ce que nous avons développé concernant la possibilité de prendre connaissance des conditions générales en droit belge, le droit américain sollicite une « *reasonable notice* »²⁰³ sans laquelle l'utilisateur ne pourrait manifester son consentement sans équivoque. En effet, si elle n'exige pas que les utilisateurs aient lu les termes avant de signer²⁰⁴, elle examine *in abstracto*²⁰⁵ que l'utilisateur ait été raisonnablement avisé de ceux-ci. Nous analyserons, *infra*, les différentes jurisprudences ainsi que les réponses légales définissant la force obligatoire des *clickwrap* et des *browsewrap agreements*.

A. Click-wrap agreement

L'analyse des *click-wrap agreements* a suivi celle des licences *shrink-wrap* par lesquels les acheteurs de logiciels peuvent lire la licence à travers l'emballage transparent du produit. Ceux-ci sont alors réputés accepter les conditions de licence en ouvrant celui-ci ou en utilisant le logiciel²⁰⁶. Toutefois, dans l'hypothèse où l'acheteur ne consent pas aux termes du

²⁰³ Voy. dans ce sens, *Specht v Netscape*, 306 F.3d 17 (2d Cir. 2002), disponible sur http://cyber.law.harvard.edu/stjohns/Specht_v_Netscape.pdf, consulté le 20 mai 2014: « It is true that “[a] party cannot avoid the terms of a contract on the ground that he or she failed to read it before signing.” *Marin Storage & 21 Trucking*, 107 Cal. Rptr. 2d at 651. But courts are quick to add: “An exception to this general rule exists when the writing does not appear to be a contract and the terms are not called to the attention of the recipient »; *Feldman v. Google, Inc.*, 513 F. Supp. 2d 229 - Dist. Court, ED Pennsylvania 2007, disponible sur http://scholar.google.ca/scholar_case?case=12924449127890724535&hl=en&as_sdt=2&as_vis=1&oi=scholar: « to determine whether a clickwrap agreement is enforceable, courts presented with the issue apply traditional principles of contract law and focus on whether the plaintiffs had reasonable notice of and manifested assent to the clickwrap agreement. See, e.g., *Specht*, 306 F.3d at 28-30; *Forrest v. Verizon Communications, Inc.*, 805 A.2d 1007, 1010 (D.C.2002); *Barnett v. Network Solutions, Inc.*, 38 S.W.3d 200 (Tex.App.2001); *Caspi v. Microsoft Network, L.L.C.*, 323 N.J.Super. 118, 125-26, 732 A.2d 528 (App.Div.1999) »; U.C.I.T.A., s. 112 (a) (2).

²⁰⁴ Voy. dans ce sens *Feldman v. Google, Inc.*, *op. cit.* : « Absent a showing of fraud, failure to read an enforceable clickwrap agreement, as with any binding contract, will not excuse compliance with its terms. See, e.g., *Specht*, 306 F.3d at 30; *Lazovick v. Sun Life Ins. Co. of Am.*, 586 F.Supp. 918, 922 (E.D.Pa.1984); *Barnett*, 38 S.W.3d at 204. ».

²⁰⁵ Voy. dans ce sens, notamment, *Feldman v. Google, Inc.*, *op. cit.* : « A reasonably prudent internet user would have known of the existence of terms in the AdWords Agreement » ; *Specht v Netscape*, 306 F.3d 17 (2d Cir. 2002): « a reasonably prudent Internet user in circumstances such as these would not have known or learned of the existence of the license terms before responding to defendants ».

²⁰⁶ X., « The Origin of Click-Wrap: Software Shrink-Wrap Agreements », *Wilmerhale*, 2000, disponible sur <http://www.wilmerhale.com/pages/publicationsandNewsDetail.aspx?NewsPubId=95543>, consulté le 17 juillet 2014.

contrat, il peut retourner le logiciel emballé²⁰⁷. Les *clickwrap agreements* ont d'abord reçu une reconnaissance judiciaire dans la décision *ProCD, Inc. v. Zeidenberg*²⁰⁸⁻²⁰⁹. Le terme « *clickwrap* » n'a, cependant, été utilisé que plus tard. Cette décision *ProCD* est souvent citée pour avoir défini la force obligatoire des *shrink-wrap agreements*. Dans les faits, l'accord de licence en question avait été imprimé dans le manuel d'utilisateur, crypté sur le disque CD-ROM et s'affichait à chaque fois que le programme démarrait²¹⁰. À cette occasion, la Cour avait noté dans son analyse de l'acceptation que Zeidenberg "*had no choice, because the software splashed the license on the screen and would not let him proceed without indicating acceptance*"²¹¹. Outre cette référence, la décision n'avait pas réellement abordé le *clickwrap* agreement puisque le tribunal avait jugé que Zeidenberg avait accepté les termes lorsqu'il avait utilisé le logiciel.²¹²

Dans l'arrêt *ProCD*²¹³ de 1996, trois conditions à l'opposabilité des conditions générales contenues dans des *shrink-wrap agreements* ont été émises. Il est nécessaire de signaler au client potentiel que l'achat est soumis à des conditions générales ; l'acheteur doit aussi avoir eu la possibilité de lire ces conditions et avoir eu la possibilité de s'y opposer²¹⁴.

Parallèlement, avec l'avènement du Web, ont éclos de nombreux sites web qui sont alors entrés en contact avec un nombre considérable d'utilisateurs finaux²¹⁵. Les exploitants des sites internet ont, dès lors, commencé à utiliser des *click-wrap agreements* pour exposer leurs conditions générales d'utilisation lors d'achats en ligne, tout comme les sociétés de

²⁰⁷ S., DUSOLLIER, « Incidences et réalités d'un droit de contrôler l'accès aux œuvres en droit européen », in *Le droit d'auteur : un contrôle de l'accès aux œuvres ? - Copyright : a right to control access to works ?*, coll. des Cahiers du C.R.I.D., n°18, Bruxelles, Bruylant, 2001, pp. 3-4; Voy aussi, B., TROMPENAARS, "Legal support for online contracts", in *Copyright and electronic commerce*, Kluwer Law International, Information Law Series 8, 2000, p. 165-227.

²⁰⁸ N. J., DAVIS, « Presumed Assent : The Judicial Acceptance of Clickwrap », Vol. 22, *BERKELEY TECH. L.J.*, 2007, p. 580, disponible sur <http://scholarship.law.berkeley.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1694&context=btjlj>, consulté le 16 juillet 2014.

²⁰⁹ Voy. aussi, *Hill v. Gateway*, 105 F.3d, Ct of Appels (7th Cir. 1996), disponible sur <http://cyber.law.harvard.edu/ilaw/Contract/hill.htm>, consulté le 19 mai 2014.

²¹⁰ N. J., DAVIS, *op. cit.*, p. 580.

²¹¹ *ProCD, Inc. v. Zeidenberg*, 86 F.3d, Ct of Appeals (7th Cir. 1996), disponible sur http://www.law.cornell.edu/copyright/cases/86_F3d_1447.htm, consulté le 17 juillet 2014.

²¹² N. J., DAVIS, *op. cit.*, p. 580.

²¹³ *ProCD, Inc. v. Zeidenberg*, *op. cit.*

²¹⁴ D., PHILIPPE et M., CHAMMAS, *op. cit.*, pp. 260-261 ; BUONO et J.A. FRIEDMAN, *op. cit.*, pt. 7.

²¹⁵ X., « The Origin of Click-Wrap: Software Shrink-Wrap Agreements », *Wilmerhale*, 2000, disponible sur <http://www.wilmerhale.com/pages/publicationsandNewsDetail.aspx?NewsPubId=95543>.

²¹⁵ X., « The Origin of Click-Wrap: Software Shrink-Wrap Agreements », *Wilmerhale*, 2000, disponible sur <http://www.wilmerhale.com/pages/publicationsandNewsDetail.aspx?NewsPubId=95543>.

logiciels ont recours à des *shrink-wrap agreements*²¹⁶. « L'accès et l'utilisation du programme sont ici conditionnés par l'acceptation du contrat de licence réalisée en 'cliquant' sur une icône avec sa souris informatique »²¹⁷. La jurisprudence en ce qui concerne les *click-wrap agreements*²¹⁸ a souvent suivi la logique de la décision *ProCD*²¹⁹.

L'une des premières décisions sur la question des *clickwrap agreements* fut la décision *CompuServe, Inc. v. Richard S. Patterson* en 1996. Dans les faits, le défendeur, Monsieur Patterson, avait souscrit aux services d'informatique et d'information fournis en ligne par CompuServe. Celui-ci contestait une clause d'élection de for contenue dans les conditions générales qui avaient été stipulées par le demandeur, CompuServe²²⁰. Néanmoins, le *Shareware Registration Agreement* standardisé et produit par CompuServe obligeait Patterson à taper « I Agree » à différents moments dans le processus contractuel « *in recognition of [his] your online agreement to all the above terms and conditions* »²²¹.

En 1998, dans la décision *Hotmail Corporation v. Van Money Pie, Inc.*²²², le tribunal a reconnu que l'« *Hotmail's clickwrap agreement was an enforceable agreement* »²²³. Dans les faits, les conditions générales d'utilisations d'Hotmail interdisaient l'utilisation des comptes de messagerie pour faciliter la transmission de masse de courriels non sollicités, appelés "spams"²²⁴. Pour utiliser le service Hotmail, les défendeurs étaient tenus de cliquer sur une case indiquant leur consentement aux conditions générales d'utilisation d'Hotmail²²⁵. En

²¹⁶ *Ibid.*

²¹⁷ S., DUSOLLIER, *op. cit.*, pp. 3-4; Voy aussi, B., TROMPENAARS, *op. cit.*, p. 165-227.

²¹⁸ Rappelons que les *clickwrap agreements* empêchent l'utilisateur d'atteindre le site, le *software* ou le service proposé à défaut d'avoir cliqué sur une boîte contenant les mots « J'accepte » ou d'une expression analogue.

²¹⁹ D., BLOCK, « CAVEAT SURFER : Recent Developments in the Law Surrounding Browse-Wrap Agreements, and the Future of Consumer Interaction with Websites », Vol. 14, *Loy. Consumer L. Rev.*, 2002, p. 234, disponible sur <http://lawcommons.luc.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1319&context=lcrlr>, consulté le 5 juillet 2014.

²²⁰ N. S., KIM, « Clicking and Cringing », *Oregon Law Review*, vol. 86, 797, 2007, pp. 843-844, disponible sur <http://law.uoregon.edu/org/olrold/archives/86/kim.pdf>, consulté le 12 juillet 2014.

²²¹ *CompuServe, Inc. v. Richard S. Patterson and Flashpoint Development*, 89 F.3d 1257 (6th Cir. 1996), at 1260-61, , disponible sur <http://caselaw.lp.findlaw.com/scripts/getcase.pl?navby=search&case=/uscir/6th/960228p.html>, consulté le 23 juillet 2014.

²²² *Hotmail Corp. V. Van Money Pie Inc., et alii*, C98-20064, 1998 WL 388389 (N.D. Ca., April 20, 1998), disponible sur <http://cyber.law.harvard.edu/property00/alternatives/hotmail.html>, consulté le 20 mai 2014.

²²³ F.M. BUONO et J.A. FRIEDMAN, *op. cit.*, pt. 6.

²²⁴ « "Spam" is unsolicited commercial bulk e-mail akin to "junk mail" sent through the postal mail. The transmission of spam is a practice widely condemned in the Internet Community and is of significant concern to Hotmail », voy. *Hotmail Corp. V. Van Money Pie Inc., et alii*, *op. cit.*

²²⁵ X., « The Origin of Click-Wrap: Software Shrink-Wrap Agreements », *Wilmerhale*, 2000, disponible sur <http://www.wilmerhale.com/pages/publicationsandNewsDetail.aspx?NewsPubId=95543>; J., FEMMINELLA, « Online Terms and Conditions Agreements : Bound by the Web », Vol. 17, *Journal of Civil Rights and*

l'occurrence, ceux-ci avaient créé plusieurs comptes conçus pour l'envoi massif de "spams"²²⁶. La Cour a dès lors « *qualifié ces actes de violation des conditions contractuelles* »²²⁷ et a considéré que cette clause leur était opposable dans la mesure où en cliquant sur cette case ils savaient que ces conditions leur seraient applicables²²⁸.

Dans l'affaire *Caspi v The Microsoft Network*²²⁹, en 1999, La Cour a déclaré valide et opposable aux demandeurs, une clause d'élection de for contenue dans les contrats en ligne conclus entre Microsoft Network (MSN) et ses utilisateurs²³⁰. La Cour a décidé que les parties avaient conclu un contrat contraignant dans la mesure où l'utilisateur final ne pouvait utiliser les réseaux Microsoft s'il n'avait pas cliqué sur le bouton « *J'accepte* » ou « *Je refuse* » à côté duquel se trouvait une fenêtre déroulante contenant les conditions générales d'utilisation²³¹. Chaque demandeur en cliquant sur le bouton « *J'accepte* » avait, dès lors, indiqué son consentement à être lié²³².

En outre, la Cour a rendu applicable ce *clickwrap agreement* en ne se fondant pas sur les affaires de *shrink-wrap agreement*, mais en confrontant plutôt ce *clickwrap agreement* à d'autres types de contrats qui avaient été considérés comme exécutoires sans preuve de la connaissance réelle des termes particuliers par l'acheteur²³³. *In concreto*, *Caspi* n'était pas tenu de lire les conditions d'utilisation (par exemple, en étant forcé de les faire défiler), mais

Economic Development, 2003, p. 96, disponible sur <http://scholarship.law.stjohns.edu/jcred/vol17/iss1/6>, consulté le 22 juillet 2014; R.C., ANDERSON, « Enforcement of Contractual Terms in Clickwrap Agreements : Courts Refusing to Enforce Forum Selection and Binding Arbitration Clauses », 3 *Shidler J. L. Com. & Tech.* 11, 2007, pt. 4, https://digital.law.washington.edu/dspace-law/bitstream/handle/1773.1/395/vol3_no3_art11.pdf?sequence=1, consulté le 13 juillet 2014.

²²⁶ A., SINGSANGOB, « A Validity of Shrinkwrap and Clickwrap License Agreements in the USA : Should we follow UCITA ? », p. 22, disponible sur http://legallaid.bu.ac.th/pdfFiles/A_VALID_OF_SWL.pdf, consulté le 12 juillet 2014 ; D., PHILIPPE et M., CHAMMAS, *op. cit.*, p. 262 ; N. J., DAVIS, *op. cit.*, p. 581.

²²⁷ D., PHILIPPE et M., CHAMMAS, *op. cit.*, p. 262.

²²⁸ *Ibid.*

²²⁹ *Steven J. Caspi, et alii v. Microsoft Network, L.L.C., and Microsoft Corporation*, 1999 WL 462175, 323 N.J. Super. 118, 732 A.2d 528 (N.J. App. Div., July 2, 1999), disponible sur <http://www.internetlibrary.com/pdf/Caspi-Microsoft.pdf>, consulté le 17 juillet.

²³⁰ D., PHILIPPE et M., CHAMMAS, *op. cit.*, p. 262 ; J., FEMMINELLA, *op. cit.*, p. 10.

²³¹ X., « The Origin of Click-Wrap: Software Shrink-Wrap Agreements », *Wilmerhale*, 2000, disponible sur <http://www.wilmerhale.com/pages/publicationsandNewsDetail.aspx?NewsPubId=95543>.

²³² « MSN's membership agreement appears on the computer screen in a scrollable window next to blocks providing the choices "I Agree" and "I Don't Agree." Prospective members assent to the terms of the agreement by clicking on "I Agree" using a computer mouse. Prospective members have the option to click "I Agree" or "I Don't Agree" at any point while scrolling through the agreement. Registration may proceed only after the potential subscriber has had the opportunity to view and has assented to the membership agreement, including MSN's forum selection clause ». Voy. *Steven J. Caspi, et alii v. Microsoft Network, L.L.C., and Microsoft Corporation*, *op. cit.*

²³³ D., BLOCK, *op. cit.*, p. 235.

ne pouvait accéder au service sans cliquer sur l'icône²³⁴. La Cour a suivi la logique de l'affaire *Carnival Cruise Lines v. Shute*²³⁵ dans laquelle il avait été déclaré que la clause d'élection de for avait été raisonnablement communiquée au consommateur suite à sa présentation en petits caractères, dans trois pages de conditions, et reliée à un billet de croisière²³⁶. La Cour, dans *Caspi v. Microsoft Network*, n'a pas discerné de grande différence entre l'impression et les supports électroniques, et a par analogie jugé que la clause d'élection de for était opposable²³⁷.

Au cours des deux mois suivant l'affaire *Hotmail Corporation v. Van Money Pie*, la Cour a confirmé la validité d'un *clickwrap agreement* conclu par *America Online* et l'un de ses clients. Dans l'affaire *Groff v. America Online, Inc.*²³⁸, *America Online* avait demandé le rejet de la poursuite au motif que la clause d'élection de for présente dans le contrat entre les parties était opposable au cocontractant²³⁹. La Cour a accepté, et a rejeté l'action. Pour obtenir une telle solution, celle-ci a jugé le contrat exécutoire en vertu de la nécessité de cliquer sur l'icône « *J'accepte* » pour entrer dans le service, indiquant de ce fait son consentement à être lié aux conditions d'utilisation d'*America Online*²⁴⁰. Dans les faits, l'icône apparaissait en premier sur un écran dans lequel l'utilisateur était invité à lire les conditions d'utilisation et à cliquer soit sur une icône "Je suis d'accord" ou sur une icône "je suis en désaccord", par laquelle il accepte ou refuse les conditions d'utilisation²⁴¹. Dans ce sens, la Cour « *stated the general rule that a party who signs an instrument manifests his assent to it and cannot later complain that he did not read the instrument or that he did not understand its contents. Here, plaintiff effectively "signed" the agreement by clicking "I agree" not once but twice. Under these circumstances, he should not be heard to complain that he did not see, read, etc. and is bound to the terms of his agreement* »²⁴².

²³⁴ J. E., WITTMANN, *Electronic contracts*, Vancouver, Negotiation and Drafting Major Business Agreements Conference Federated Press, Octobre 2007, p. 6, disponible sur http://www.wdwlaw.ca/ELECTRONIC_CONTRACTS_111007_280312.pdf, consulté le 10 juillet 2014.

²³⁵ *Carnival Cruise Lines v. Shute*, 499 U.S. 585 (1991).

²³⁶ D., BLOCK, *op. cit.*, p. 235.

²³⁷ *Ibid.*

²³⁸ *Groff v. America Online, Inc.*, 1998 WL 307001 (R.I. Sup.Ct., 1998).

²³⁹ A. M., ALGHAMDI, *The Law of E-Commerce: E-Contracts, E-Business*, Bloomington, Authorhouse, 2011, p. 178.

²⁴⁰ M., SAMSON, « Click-Wrap Agreement », *Internet Library of Law and Court Decisions*, 2008, disponible sur http://www.internetlibrary.com/internetlib_subject.cfm?TopicID=11, consulté le 16 juillet 2014.

²⁴¹ *Ibid.*

²⁴² Voy. *Groff v. America Online, Inc.*, 1998 WL 307001 (R.I. Sup.Ct., 1998).

Dans les cas de *Hotmail* et *Groff*, les tribunaux ont utilisé les doctrines traditionnelles concernant le contrat pour déterminer les questions d'opposabilité sans exprimer beaucoup d'intérêt sur les particularités des contrats conclus en ligne²⁴³. À la suite de ces décisions, les tribunaux ont souvent usé du même processus d'analyse et ont donné force obligatoire à une grande partie des *clickwrap agreements*. Selon ce processus, les tribunaux déterminent si l'utilisateur a dû cliquer sur l'icône ou s'il a opéré d'une manière qui aurait été irréalisable sans cliquer sur l'icône et si le prestataire a opéré une présentation automatique des conditions²⁴⁴. Dans ce cas, on présume que l'utilisateur a consenti aux termes de l'accord²⁴⁵. Si l'une des deux caractéristiques est absente, la jurisprudence admettra possiblement l'opposabilité des conditions générales²⁴⁶ comme tel est le cas lorsque, par exemple, un lien hypertexte particulièrement visible est placé à côté de l'icône « *J'accepte* » ou lorsque les conditions sont présentées bien en vue sur la page principale du site, mais qu'aucun « *clic* » n'est requis²⁴⁷. L'absence de ces caractéristiques indique généralement la présence d'un *browse-wrap agreement*²⁴⁸. Dans son processus, la Cour n'a toutefois jamais remis en cause la question de savoir si un « *clic* » suffisait à manifester le consentement²⁴⁹.

En 2002, la Cour a affirmé dans l'affaire *Comb v. PayPal*²⁵⁰ que le simple fait de cliquer sur une case indiquant « *You have read and agree to the User Agreement and PayPal's Privacy policy* », alors que seul un lien hypertexte disposé en fin de page renvoyait aux conditions, constituait un consentement valable²⁵¹.

Plus récemment, parmi d'autres, l'affaire *Recursion Software, Inc. v. Interactive Intelligence, Inc.*²⁵² reprend ce processus. Recursion Software avait poursuivi Interactive

²⁴³ N. J., DAVIS, *op. cit.*, pp. 582-583.

²⁴⁴ R. J., CASAMIQUELA, « Contractual Assent and Enforceability : Cyberspace », Vol. 17, *BERKELEY TECH. L.J.*, 2002, p. 486, disponible sur <http://scholarship.law.berkeley.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1363&context=btlj> consulté le 20 juillet 2014 ; Voy. dans ce sens, *Specht v Netscape Communications Corp.*, 150 F. Supp. 2d 585 (S.D.N.Y., July 5, 2001) disponible sur https://www.law.upenn.edu/law619/f2001/week05/specht_v_netscape.pdf, consulté le 8 juillet 2014.

²⁴⁵ N. J., DAVIS, *op. cit.*, p. 582.

²⁴⁶ R. J., CASAMIQUELA, *op. cit.*, 2002, p. 486.

²⁴⁷ *Ibid.*

²⁴⁸ R. J., CASAMIQUELA, *op. cit.*, 2002, p. 483.

²⁴⁹ N. J., DAVIS, *op. cit.*, p. 582.

²⁵⁰ *Comb v. PayPal, Inc.*, 218 F.Supp.2d 1165 (N.D. Cal. 2002), disponible sur <http://euro.ecom.cmu.edu/program/law/08-732/Transactions/CombVPaypal.pdf>, consulté le 7 juillet 2014.

²⁵¹ J.-P., MOINY, *op. cit.*, p. 208.

²⁵² *Software, Inc. v. Interactive Intelligence, Inc.*, 425 F. Supp. 2d 756 (N.D. Tex. 2006), reh'g denied, Mar. 13, 2006, disponible sur http://www.leagle.com/decision/20061181425FSupp2d756_11119, consulté le 14 juillet 2014.

Intelligence, une autre société de logiciels, pour violation d'une licence de logiciel²⁵³. Interactive soutenait cependant qu'il n'y avait aucune preuve du consentement aux termes de la licence²⁵⁴. Toutefois, l'un des développeurs de logiciels d'Interactive avait affirmé avoir téléchargé le logiciel de Recursion via un site web et enregistré celui-ci sur son ordinateur²⁵⁵. L'utilisateur doit tout d'abord fournir certaines informations pour arriver à la page de téléchargement. Dans la décision de la Cour, on peut lire : « *that page provided the terms of the license agreement in a window. Because the entire agreement could not be viewed at once, the page allowed the user to scroll down the window to see the rest of the agreement. At the bottom of the page was a question asking whether the user accepts all of the terms of the license agreement. The user could only download the software by answering in the affirmative. A "no" answer would lead the user to a screen informing the user that the terms of the license agreement must be accepted to download the software* »²⁵⁶. En conséquence, le tribunal a jugé que, parce qu'il était impossible de télécharger et installer le logiciel sans accepter le *clickwrap agreement*, la preuve était « *sufficient to support the conclusion that Interactive could not have incorporated [the licensed software] in [its] software without clicking 'Yes' to the terms of the license agreement* »²⁵⁷.

B. Browse-wrap agreement ou webwrap agreement

En règle générale, la jurisprudence admet l'opposabilité des *browsewrap agreements* dans la mesure où l'utilisateur a pu prendre de manière adéquate connaissance de leurs termes²⁵⁸. À cet effet, l'opposabilité des conditions et des termes résultera de la portée de leur visibilité et de leur accessibilité²⁵⁹. Les *browsewrap agreements*, comme nous l'avons déjà exposé, permettent à l'utilisateur de consulter les conditions générales, mais ne requiert aucune action positive d'acceptation de sa part avant la fin du processus contractuel²⁶⁰. En

²⁵³ Voy. *Recursion Software, Inc. v. Interactive Intelligence, Inc.*, *op. cit.* ; N. J., DAVIS, *op. cit.*, p. 584.

²⁵⁴ *Ibid.*

²⁵⁵ J.M., MORINGIELLO et W.L., REYNOLDS, « Survey of the Law of Cyberspace : Electronic Contracting Cases 2005-2006 », p. 23, disponible sur http://digitalcommons.law.umaryland.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1245&context=fac_pubs, consulté le 5 juillet 2014.

²⁵⁶ Voy. *Recursion Software, Inc. v. Interactive Intelligence, Inc.*, *op. cit.*

²⁵⁷ *Ibid.*

²⁵⁸ N. S., KIM, *op. cit.*, p. 847.

²⁵⁹ *Ibid.*

²⁶⁰ P., BAYER CUNNINGHAM et E.-C., WITKOW, « Click-Wrap and Browse-Wrap Agreements – Click with Caution : Liability for Breach of Click-Wrap and Browse-Wrap Agreements », *The Computer & Internet lawyer*, Vol. 23, n°6, juin 2006, p.1.

cela, on constate une différence notable avec l'affaire *Caspi v. Microsoft Network*. Dans celle-ci, l'utilisateur était amené à cliquer sur l'icône « *J'accepte* » et avait, dans ce sens, une occasion de lire les termes et conditions²⁶¹. Nous évoquerons, ci-après, parmi d'autres, certaines jurisprudences emblématiques.

La décision *Pollstar v. Gigmania*²⁶² a marqué l'introduction officielle du terme « *browsewrap agreement* »²⁶³. Dans cette affaire, la Cour a refusé d'appliquer les termes d'un accord de licence *online* estimant que le lien hypertexte renvoyant aux conditions était difficile à lire²⁶⁴⁻²⁶⁵. *In concreto*, Pollstar avait créé un site Web qui contenait des informations concernant des concerts²⁶⁶. Pollstar prétendait que Gigmania avait téléchargé, en violation de l'accord de licence, des informations à partir de son site pour ensuite les utiliser sur son propre site²⁶⁷. Gigmania invoquait, à son tour, l'absence de consentement mutuel quant à l'*agreement*²⁶⁸. La Cour a caractérisé l'accord de *Browse-wrap agreement* en ce que seul un lien hypertexte établi sur la page d'accueil du site permettait à l'utilisateur de prendre connaissance des termes de l'accord²⁶⁹. Finalement, nonobstant la nouvelle distinction qu'elle vient d'opérer, « *the court hesitates to declare the invalidity and unenforceability of the browse wrap license agreement at this time* »²⁷⁰.

Dans l'affaire *Register.com v. Verio, Inc.*²⁷¹, la Cour a estimé que l'utilisation continue par Verio du service de recherche fourni par Register.com permettait d'établir le consentement implicite aux termes de la licence²⁷². Annihilant, de la sorte, l'argumentation de

²⁶¹ D., BLOCK, *op. cit.*, p. 235.

²⁶² *Pollstar v. Gigmania*, 170 F.Supp.2d 974 (E.D. Cal. 2000), disponible sur <http://www.internetlibrary.com/pdf/Pollstar-Gigmania-ED-Ca.pdf>, consulté le 20 mai 2014.

²⁶³ I., GUPTA, « Are weabsites adequately communicating terms & conditions link in a browse-wrap agreement ? » *European Journal for Law and Technology*, Vol. 3, N°2, 2012, pt. 4, disponible sur <http://ejlt.org/article/view/47/239>, consulté le 17 juillet 2014.

²⁶⁴ N. S., KIM, *op. cit.*, p. 847.

²⁶⁵ Voy. *Pollstar v. Gigmania*, *op. cit.* : « Viewing the web site, the court agrees with the defendant that many visitors to the site may not be aware of the license agreement. Notice of the license agreement is provided by small gray text on a gray background. »

²⁶⁶ Voy. *Pollstar v. Gigmania*, *op. cit.* ; D., BLOCK, *op. cit.*, p. 239.

²⁶⁷ Voy. *Pollstar v. Gigmania*, *op. cit.* ; I., GUPTA, *op. cit.*, pt. 4 ; M.A., LEMELEY, « Terms of Use », *Minnesota Law Review*, 2006, disponible sur http://www.minnesotalawreview.org/wp-content/uploads/2011/11/Lemley_Final.pdf, consulté le 13 juillet 2014.

²⁶⁸ Voy. *Pollstar v. Gigmania*, *op. cit.* ; D., BLOCK, *op. cit.*, p. 240.

²⁶⁹ J., FEMMINELLA, *op. cit.*, p. 98.

²⁷⁰ Voy. *Pollstar v. Gigmania*, *op. cit.*.

²⁷¹ *Register.com, Inc. v. Verio, Inc.*, 356 F.3d 393 (2d Cir. 2004), disponible sur <http://caselaw.findlaw.com/us-2nd-circuit/1420249.html>, consulté le 21 juillet 2014.

²⁷² N. S., KIM, *op. cit.*, p. 847.

Verio consistant à prétendre les termes de l'*agreement* inopposable²⁷³. Verio invoquait, d'une part que l'utilisateur n'avait pas dû cliquer sur l'icône « *J'accepte* » et que d'autre part les termes du contrat n'apparaissaient qu'une fois la recherche effectuée²⁷⁴. Dans son analyse, la Cour a noté que, contrairement à ce que nous exposerons dans l'affaire *Specht v. Netscape, Register.com* s'était assuré de la clarté des termes et conditions affichés sur son site en les présentant automatiquement et en les rendant visibles²⁷⁵. De plus, en début et en fin de ses termes, Register.com avait mentionné « *by submitting this query, you agree to abide by these terms* »²⁷⁶. Dans ce sens et compte tenu de ces observations, la Cour énonce que « *Although the first (or first few) query submissions are clearly insufficient to create a contract for the reasons discussed above, repeated exposure to the terms and conditions (via repeated submissions) would have put Verio on notice of both the general terms and the specific term stating that "By submitting this query, you agree to abide by these terms"* »²⁷⁷. La Cour a, *de facto*, admis que cliquer sur l'icône « J'accepte » n'était pas une condition essentielle au regard d'autres attributs permettant la communication des conditions²⁷⁸. Cette décision a, en définitive, laissé une porte à ce qu'un contrat online soit opposable nonobstant la divulgation ultérieure des termes si l'utilisateur connaît ou aurait dû connaître ces termes suite à une utilisation répétée du service²⁷⁹.

En ce qui concerne la décision *Ticketmaster Corp v Tickets.com, Inc.*²⁸⁰, la « *federal district court in California* » a jugé que les termes et conditions présents sur le site de Ticketmaster n'étaient pas opposables à Tickets.com²⁸¹. Dans les faits, Tickets.com renvoyait les utilisateurs de son site directement à l'intérieur du site de Ticketmaster, via un hyperlien, sans passer par la page d'accueil²⁸². Cette pratique est interdite par les termes et conditions de

²⁷³ *Ibid.*

²⁷⁴ N. S., KIM, *op. cit.*, p. 847 ; Voy. *Register.com, Inc. v. Verio, Inc, op. cit.*

²⁷⁵ Voy. *Register.com, Inc. v. Verio, Inc, op. cit.* ; R. J., CASAMIQUELA, *op. cit.*, 2002, p. 484 ; J. E., WITTMANN, *op. cit.*, p. 10.

²⁷⁶ Voy. *Register.com, Inc. v. Verio, Inc, op. cit.*

²⁷⁷ *Ibid.*

²⁷⁸ R. J., CASAMIQUELA, *op. cit.*, 2002, p. 485.

²⁷⁹ J.J, TRACY, « Browsewrap Agreements : Register.com, Inc. V. Verio, Inc. », *B.U. J. SCI. & TECH. L.*, Vol. 11, n°1, 2005, disponible sur

<https://www.bu.edu/law/central/jd/organizations/journals/scitech/volume111/tracyupdate.pdf>, consulté le 6 juillet 2014.

²⁸⁰ *Ticketmaster Corp. v. Tickets.Com, Inc.*, N°. CV 99-7654, 2000 U.S. Dist. LEXIS 4553 (C.D. Cal. Mar. 27, 2000), disponible sur <http://docs.law.gwu.edu/facweb/claw/tickemaster.pdf>, consulté le 13 juillet 2014.

²⁸¹ Voy. *Ticketmaster Corp. v. Tickets.Com, Inc.*, *op. cit.*

²⁸² D., BLOCK, *op. cit.*, p. 238.

Ticketmaster²⁸³. Cependant, la Cour a noté que Ticketmaster ne pouvait considérer le contrat comme formé par la seule utilisation de son site web alors que les termes et conditions sont placés au bas de la page d'accueil de son site en petits caractères²⁸⁴. Et ce, nonobstant le fait que dans ses termes et conditions d'utilisation, Ticketmaster stipulait que l'utilisation du site Web constituait le consentement de l'utilisateur à être lié par les termes et conditions du site²⁸⁵. Cet emplacement n'étant pas en mesure de garantir la prise de connaissance de l'utilisateur moyen²⁸⁶. De plus, la Cour a remarqué qu'un utilisateur pouvait ne jamais voir apparaître les termes et conditions de Ticketmaster dans l'hypothèse où il ne passerait pas par la page d'accueil²⁸⁷. La Cour a, dès lors, rejeté la demande de rupture de contrat formulée par Ticketmaster²⁸⁸.

Dans l'affaire *Specht v Netscape Communications Corp.*²⁸⁹, les membres d'une *class action* prétendaient que le programme proposé par Netscape Communications Corp. (Netscape) qu'ils avaient téléchargé transmettait des informations privées à propos des usagers en violation de l'*Electronic Communication Privacy Act* et du *Computer Fraud and Abuse Act*²⁹⁰. En application de ses conditions générales, Netscape voulait faire jouer, à l'encontre des membres de cette *class action*, sa clause d'arbitrage issue du *end-user licence agreement*²⁹¹. Netscape arguait que « *the mere act of downloading indicates assent* »²⁹². La Cour a qualifié cet *agreement* de *browsewrap* en ce que l'utilisateur ne pouvait voir les termes qu'en faisant défiler entièrement la page d'accueil et en ce qu'aucune action positive d'acceptation n'était nécessaire pour télécharger le service²⁹³. La seule action de l'utilisateur consistait à appuyer sur un bouton « *Download* »²⁹⁴. En conséquence, la Cour a considéré que les termes et conditions n'étaient pas opposables aux membres de la *class action* et a refusé de

²⁸³ R. L., DICKENS, « Finding Common Ground in the World of Electronic contracts : The Consistency of Legal Reasoning in clickwrap Cases », Vol. 11, *Intellectual Property L. Rev.*, 2007, p. 388, disponible sur <http://euro.ecom.cmu.edu/program/law/08-732/Transactions/FindingCommonGround.pdf>, consulté le 29 juillet 2014; D., BLOCK, *op. cit.*, p. 238.

²⁸⁴ P. G.J., KOORNHOF, « The Enforceability of Incorporated Terms in Electronic Agreements », p. 49, disponible sur http://www.speculumjuris.co.za/files/pdf/P_Koornhof_SJ_20122_1.pdf, consulté le 21 juillet 2014 ; X., « The Origin of Click-Wrap: Software Shrink-Wrap Agreements », *op. cit.*; D., BLOCK, *op. cit.*, p. 237.

²⁸⁵ X., « The Origin of Click-Wrap: Software Shrink-Wrap Agreements », *op. cit.*

²⁸⁶ P. G.J., KOORNHOF, *op. cit.*, p. 49.

²⁸⁷ R. L., DICKENS, *op. cit.*, p. 388.

²⁸⁸ X., « The Origin of Click-Wrap: Software Shrink-Wrap Agreements », *op. cit.*

²⁸⁹ *Specht v Netscape Communications Corp.*, 150 F. Supp. 2d 585 (S.D.N.Y., July 5, 2001), disponible sur https://www.law.upenn.edu/law619/f2001/week05/specht_v_netscape.pdf.

²⁹⁰ N. J., DAVIS, *op. cit.*, p. 585 ; D., BLOCK, *op. cit.*, p. 242.

²⁹¹ GUPTA, *op. cit.*, pt. 4 ; N. J., DAVIS, *op. cit.*, p. 585 ; D., BLOCK, *op. cit.*, p. 242.

²⁹² Voy. *Specht v Netscape Communications Corp.*, *op. cit.*

²⁹³ J., FEMMINELLA, *op. cit.*, p. 14.

²⁹⁴ N. J., DAVIS, *op. cit.*, pp. 585-586.

faire droit à l'application de la clause d'arbitrage²⁹⁵. « *The Second Circuit Court of Appeals* »²⁹⁶ a, peu après, confirmé cette décision.

Cependant, au regard de la similarité du *browsewrap agreement* dans les jurisprudences *Register.com* et la jurisprudence *Specht*, certains auteurs de doctrine ont défendu le point de vue suivant : si les *browsewrap agreements* pouvaient être déclarés opposables aux commerçants, cela ne semblait pas être le cas face à un consommateur²⁹⁷. Cette thèse a quelque peu été battue en brèche par de nouvelles jurisprudences²⁹⁸ qui ont déclaré applicable un *browsewrap agreement* contre un consommateur. S'il semble que l'opposabilité du *browsewrap agreement* envers le consommateur dépende de l'« *adequate notice* » qu'il a reçue²⁹⁹, aucun critère de ce que constitue une « *adequate notice* » n'a réellement été fixé³⁰⁰. Il est possible que la Cour réclame une plus grande information en faveur du consommateur à l'avenir³⁰¹.

En 2007, la Cour a, à nouveau, admis la validité d'un *browsewrap agreement*. Dans la décision *Cohn v. Truebeginnings*³⁰², la Cour a, en effet, jugé que le fait pour l'utilisateur de cliquer sur un bouton « *continuer* », à côté duquel est inscrit qu'il a lu et qu'il accepte les conditions, constitue une acceptation valable.

Finalement, si elle accepte dans certains cas les *browsewrap agreement*, la Cour semble toutefois prôner l'utilisation de la technique du *click-wrap* pour la présentation des

²⁹⁵ Voy. *Specht v. Netscape Communications Corp.*, *op. cit.* ; GUPTA, *op. cit.*, pt. 4.

²⁹⁶ *Specht v. Netscape*, 306 F.3d 17 (2d Cir. 2002), disponible sur http://cyber.law.harvard.edu/stjohns/Specht_v_Netscape.pdf, M., SAMSON, *op. cit.*

²⁹⁷ ZENT LAW GROUP, « Enforceability of "Browse-Wrap" Agreements », p. 2, disponible sur http://www.zentlawgroup.com/news/ZentLaw_White_Paper_-E-Commerce_Issue_2010.pdf, consulté le 14 juillet 2014; S.J., ORGAN et M.C., CORCORAN, « Your Web Site's "Terms of Use" : Are They Enforceable ? », *Privacy & Data Security Law Journal*, 2008, p. 696, disponible sur <http://www.jonesday.com/files/Publication/97a326a1-0077-4fc9-ac81-e82c265d0c82/Presentation/PublicationAttachment/a882327c-e026-49bf-91fb-ee3f9ca21ac0/Terms%20of%20Use.pdf>, consulté le 17 juillet 2014.

²⁹⁸ Voy. dans ce sens, *Deaton v. Overstock.com, Inc.*, 2007 WL 4569874, (S.D. Ill. Dec. 27, 2007), disponible sur http://il.findacase.com/research/wfrmDocViewer.aspx/xq/fac.20071227_0001834.SIL.htm/qx, consulté le 6 juillet 2014; *Hubbert v. Dell Corp.*, 359 Ill. App. 3d 976, 835 N.E.2d 113 (2005), disponible sur <http://www.state.il.us/court/opinions/appellatecourt/2005/5thdistrict/august/html/5030643.htm>, consulté le 20 mai 2014; *Net2Phone, Inc. v. The Superior Court of Los Angeles County*, 109 Cal. App. 4th 583, 588-89 (2003), disponible sur <http://caselaw.findlaw.com/ca-court-of-appeal/1323984.html>, consulté le 17 juillet 2014.

²⁹⁹ S.J., ORGAN et M.C., CORCORAN, *op. cit.*, p. 697.

³⁰⁰ ZENT LAW GROUP, *op. cit.*, p. 2.

³⁰¹ S.J., ORGAN et M.C., CORCORAN, *op. cit.*, p. 697.

³⁰² *Cohn v. Truebeginnings*, 2007 WL 2181897 (Cal. Ct. App. July 31, 2007), disponible sur <http://www.internetlibrary.com/pdf/Cohn-Truebeginnings-Cal-App-Crt.pdf>, consulté le 6 juillet 2014.

conditions générales sur les sites Internet³⁰³. Par ce biais, l'utilisateur est forcé de prendre connaissance des termes et conditions ; et, de ce fait, les risques de contentieux sont limités³⁰⁴. « *Therefore, it seems likely that in the future, Internet users may find themselves faced with a click-wrap agreement every time they enter a new home page. While this may result in breaking up the continuity of the Web experience, the trade-off of knowing that contracts do effect use of Web based information is worth the minor hassle* »³⁰⁵.

C. UCITA

La section 106 énonce que le U.C.I.T.A. « *must be liberally construed and applied to promote its underlying purposes and policies to* » : « *(1) support and facilitate the realization of the full potential of computer information transactions* ». Suivant sa politique, le U.C.I.T.A. admet que les contrats conclus par un click de souris ont force obligatoire³⁰⁶.

Comme nous l'avons déjà cité, la section 112 du U.C.I.T.A. émet des conditions à la validité du consentement émis en ligne. « *An electronic agent manifests assent to a record or term if, after having an opportunity to review it, the electronic agent: (1) authenticates the record or term; or (2) engages in operations that in the circumstances indicate acceptance of the record or term* ». La section 114 du U.C.I.T.A. évoque certaines conditions concernant les clauses standards. Tout d'abord, elle énonce l'obligation de disponibilité des conditions de la licence qui doit être antérieure à la délivrance de l'information ou au paiement obligatoire de cette même licence. Ensuite, les clauses standards doivent être affichées de manière prééminente sur l'écran ou au moins être référencées de manière visible. Finalement, à l'instar de ce que nous avons déjà évoqué concernant l'article XII.7, § 2 du code de droit économique, le concédant ne peut empêcher l'impression ou le stockage des conditions par le licencié. En ce qui concerne le *clickwrap agreement*, celui-ci est admis au regard de la section 202 du U.C.I.T.A. déjà précitée *supra*. Pour terminer, la section 209 du U.C.I.T.A. formule que l'« *Adoption of the terms of a mass-market license under Section 208 is effective only if the party agrees to the license, such as by manifesting assent, before or during the party's initial performance or use of or access to the information* ».

³⁰³ D., BLOCK, *op. cit.*, pp. 239 et 243.

³⁰⁴ D., BLOCK, *op. cit.*, p. 239.

³⁰⁵ D., BLOCK, *op. cit.*, p. 235.

³⁰⁶ D., PHILIPPE et M., CHAMMAS, *op. cit.*, p. 262.

D. Conclusion

Ces nouvelles techniques contractuelles ont été réceptionnées de manière différente en Europe et aux États-Unis. L'Europe a, de son côté, affirmé de manière générale une séparation dans l'application de celles-ci entre d'une part les contrats conclus avec un consommateur et d'autre part les contrats conclus entre commerçants³⁰⁷. Comme nous avons pu le remarquer, les États-Unis n'ont, quant à eux, pas pour habitude d'opérer de distinction en ce qui concerne les règles relatives à la construction et l'opposabilité des contrats³⁰⁸. Nous devons toutefois signaler que sur d'autres aspects du contrat, le système juridique américain possède des règles juridiques particulières applicables expressément soit aux consommateurs soit aux commerçants³⁰⁹. Néanmoins, nous devons mettre en évidence qu'il existe un rapprochement entre les deux continents quant à la manière de considérer ces deux mécanismes. Si la validité des *clickwrap agreement* semble faire l'unanimité³¹⁰, le *browsewrap agreement* ne peut pas prétendre au même succès³¹¹.

Chapitre IV : L'opposabilité des conditions générales appliquée au domaine particulier des sites communautaires et participatifs

Section 1. Introduction

Le phénomène de socialisation qui opère par l'entremise des nouvelles technologies se veut quasiment universel³¹². Partant de ce postulat, nous allons tenter de découvrir les risques auxquels chacun est exposé. La question de la situation au sein des réseaux sociaux apparaît presque comme une évidence. La problématique plus précise sur laquelle nous allons nous pencher concerne la valeur donnée aux conditions générales et les incidences d'un aval automatique auxdites conditions.

Le tout sera de mettre en balance de manière assez subtile deux systèmes qui interviennent concomitamment dans cette thématique. En effet, le système américain a toute

³⁰⁷ J. K., WINN et B. H., BIX, *op. cit.*, p. 181.

³⁰⁸ *Ibid.*

³⁰⁹ *Ibid.*

³¹⁰ W. D., KABRE, *op. cit.*, p. 295.

³¹¹ W. D., KABRE, *op. cit.*, p. 296.

³¹² J.-P., MOINY, « Contracter dans les réseaux sociaux : un geste inadéquat pour contracter sa vie privée - Quelques réflexions en droit belge et américain », *Rev. Dr. ULg*, 2010, p. 134.

son importance dès lors que de nombreux réseaux sociaux y ont leur maison mère. Toutefois, les utilisateurs, eux, peuvent être localisés en Europe³¹³. Il conviendra de trouver un équilibre entre ces différentes localisations. De plus, la question de la formation du lien contractuel doublée d'une préoccupation ayant trait aux prérogatives tenant à la vie privée³¹⁴ devront être analysées avec la plus grande minutie.

L'enjeu d'une inscription à un réseau social est très souvent d'obtenir le consentement de l'internaute à une série de conditions. Un contrat est alors formé et le second intervenant est un « *prestataire de services* »³¹⁵. Ce dernier vise à faire accepter un maximum de choses à son contractant et il faut, à cet égard, définir l'étendue d'un tel consentement en se basant notamment sur les informations dont dispose l'internaute³¹⁶.

Section 2. Le fonctionnement des réseaux sociaux

Les réseaux sociaux visent essentiellement à créer un lien entre les utilisateurs³¹⁷. À cette fin, ces derniers enrichissent leur page personnelle d'informations diverses³¹⁸. Il est à noter que les profils des utilisateurs peuvent varier d'un réseau social à l'autre selon que le site se centre sur un thème particulier (ou non) ou encore s'il s'adresse uniquement à certaines catégories de la population (ou à son ensemble)³¹⁹. *Facebook* peut, par exemple, être qualifié

³¹³ Le droit applicable à un contrat formé entre un réseau social et un utilisateur est celui pour lequel les parties ont opté (Article 3, § 1er du Règlement (CE) n° 593/2008 du Parlement européen et du Conseil du 17 juin 2008 sur la loi applicable aux obligations contractuelles (Rome I), J.O.U.E., L 177/6, 4 juillet 2008, pp. 6 -16. La même règle est contenue dans la Convention de Rome concernant le droit transitoire). Des balises viennent toutefois encadrer ce choix : la protection du consommateur qui est la partie faible (J.-P., MOINY et B., DE GROOTE, « “Cyberconsommation” et droit international privé », *R.D.T.I.*, n° 37, 2009, pp. 5 et suivantes.) ainsi que la faculté du cocontractant à bénéficier de la loi de sa résidence habituelle (Articles 10, § 2 et 3, § 5 du Règlement « Rome I », ainsi que les articles 8, § 2 et 3, § 4 de la Convention de Rome) . Par ailleurs, si le choix du droit applicable n'est pas réalisé dans le contrat, le droit du pays au sein duquel le prestataire a sa résidence habituelle régira la relation contractuelle (Article 4, § 1er, b) du Règlement «Rome I »). Dans les faits, cela ne changera guère de choses puisque le droit subsidiaire sera de tout façon, le plus souvent, le droit américain qui est presque systématiquement choisi dans tout contrat « dans le monde virtuel » (J., FAIRFIELD, « Anti-Social Contracts: The Contractual Governance of Virtual Worlds », *McGill Law Journal*, 2008, p. 431 ; J.-P., MOINY, *op. cit.*, p. 140) . A noter que la résidence habituelle d'une société est déterminée d'après la localisation de son « administration centrale » (Article 9, § 1er, al. 1er, du règlement «Rome I »).

³¹⁴ J.-P., MOINY, *op. cit.*, p. 134.

³¹⁵ J.-P., MOINY, *op. cit.*, p. 135.

³¹⁶ J.-P., MOINY, *op. cit.*, p. 135.

³¹⁷ A., LEVIN et P. SANCHEZ ABRIL, « Two Notions of Privacy Online », *Vanderbilt J. of Ent. And Tech. Law*, 2009, p. 1017 ; A.T., CHIU, « Irrationally Bound : Terms of Use Licences and the Breakdown of Consumer Rationality in the Market for Social Network Sites », *Southern California Interdisciplinary Law Journal*, 2011, p. 184, disponible sur <http://lawweb.usc.edu/why/students/orgs/ilj/assets/docs/21-1%20Chiu.pdf>, consulté le 17 juillet 2014.

³¹⁸ J.-P., MOINY, *op. cit.*, p. 135.

³¹⁹ L., EDWARDS et I., BROWN, « Data Control and Social Networking: Irreconcilable Ideas ? », in *Harboring Data: Information Security, Law, and the Corporation* 202, p. 1, disponible sur

de « *réseau des réseaux sociaux* »³²⁰ ou de « *méta-réseau social* »³²¹ en ce qu'il transcende toute catégorisation, car ce réseau social se veut extrêmement ouvert. Autrement dit, il ratisse large non seulement au niveau des sujets et des thématiques abordés, mais aussi de par le public très diversifié que compte le plus grand réseau social du monde³²².

Les grandes préoccupations ont trait à la naissance d'un contrat et à la protection de la vie privée ainsi qu'aux informations des utilisateurs³²³. Le point névralgique de l'exposé se situe au niveau du consentement et de son ampleur³²⁴.

Les réseaux sociaux captent les renseignements mis à disposition par les utilisateurs via leur profil et mettent en relation les informations en se basant sur les règles qu'eux-mêmes, prestataires de services, ont fixées, mais aussi selon les paramètres de confidentialité émis par les personnes³²⁵. Le système fonctionne sur des principes d'adhésion libre, de conservation des données, de diffusion de celles-ci et de gestion³²⁶.

Une remarque peut également être soulevée : les réseaux sociaux stockent toutes les informations sur des serveurs étrangers qui sont externes à l'ordinateur de l'utilisateur. Ainsi, chaque contractant voit tout ce qu'il communique sur un réseau social calqué, copié dans des « *data centers* »³²⁷.

Le réseau social offre un service qui se doit d'être rémunéré, il suppose une « *activité économique* »³²⁸ dans laquelle la compensation financière peut venir par d'autres voies qu'un

http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1148732, consulté le 10 juillet 2014.

³²⁰ J.-P., MOINY, *op. cit.*, p. 135.

³²¹ J.-P., MOINY, *op. cit.*, p. 135.

³²² L., EDWARDS et I., BROWN, *op. cit.*, p. 1 ; D.M., BOYD & N.B., ELLISON, « Social Network Sites: Definition, History, and Scholarship », *Journal of Computer-Mediated Communication*, 2008, pp. 210-211, disponible sur <http://onlinelibrary.wiley.com/store/10.1111/j.1083-6101.2007.00393.x/asset/j.1083-6101.2007.00393.x.pdf?v=1&t=hylx4xv9&s=6e0d32305b6b78d64c323c8adda681f5d125c245&systemMessage=Wiley+Online+Library+will+be+disrupted+9th+Aug+from+10-2+BST+for+essential+maintenance.+Pay+Per+View+will+be+unavailable+from+10-6+BST>, consulté le 6 juillet 2014.

³²³ J.-P., MOINY, *op. cit.*, pp. 134 et 135. Voy. dans ce sens, A.T., CHIU, *op. cit.*, pp. 184-196.

³²⁴ J.-P., MOINY, *op. cit.*, p. 135.

³²⁵ J.-P., MOINY, *op. cit.*, pp. 135-136.

³²⁶ J.-P., MOINY, *op. cit.*, p. 136 ; L., EDWARDS et I., BROWN, *op. cit.*, pp. 1-2 ; Voy. aussi, Z., TUFEKCI, « Can You See Me Now? Audience and Disclosure Regulation in Online Social Network Sites », *28 Bull. Sci. Tech. & Soc'Y* 20, 2008, pp. 20-35, disponible sur <https://www2.bc.edu/~peck/canyousee.pdf>, consulté le 15 juillet 2014.

³²⁷ J.-P., MOINY, *op. cit.*, p. 136.

³²⁸ J.-P., MOINY, *op. cit.*, p. 136.

paiement de l'utilisateur³²⁹. Les ressources d'un « *online social network* »³³⁰ proviennent principalement de la publicité, mais aussi des licences concédées par tout utilisateur en vue d'un usage commercial de tout contenu intégré au site par l'utilisateur et qui serait couvert par la propriété intellectuelle³³¹.

Section 3. La spécificité des conditions générales émises par les réseaux sociaux au regard du système juridique belge et américain

Le point central de l'adhésion à un réseau social concerne l'acceptation du futur utilisateur aux conditions générales du prestataire de services. Les conditions d'utilisation ou *terms of use* sont le nerf de la guerre. L'utilisateur y concède notamment une licence en vue d'une utilisation commerciale de tout ce que le contractant insère sur le réseau social et qui peut être protégé par la propriété intellectuelle. Il s'agit là de l'objet de la convention même si cela peut *a priori* paraître dissimulé au vu de ce qu'un utilisateur lambda peut attendre desdites conditions d'utilisation en n'allant point fouiner dans les moindres détails de ces dernières. Cette « *licence d'utilisation* »³³² se veut extrêmement large, couvre généralement le monde entier et est concédée à titre gratuit c'est-à-dire sans la moindre contrepartie³³³.

Le prestataire impose également un droit applicable dans ses conditions générales et peut y inclure « *des clauses limitatives ou exonératoires de responsabilité* »³³⁴ de même que des clauses de révision unilatérale du contrat et d'élection du juge compétent en cas de différends^{335 336}.

³²⁹ Considérant n° 18 de la Directive (CE) n°2000/31 du Parlement européen et du Conseil du 8 juin 2000 relative à certains aspects juridiques des services de la société de l'information, et notamment du commerce électronique, dans le marché intérieur (« directive sur le commerce électronique »), *J.O.U.E.*, 17 juillet 2000, pp. 0001- 0016 ; C., BIQUET-MATHIEU et J. DECHARNEUX, « Contrats par voie électronique et protection des consommateurs : Articulation des articles 7 à 12 de la loi de transposition de la directive sur le commerce électronique avec la réglementation des contrats à distance inscrite dans la loi sur les pratiques du commerce », in *Contrats à distance et protection des consommateurs*, CUP, vol. 64, septembre 2003, pp. 20-22.

³³⁰ J.-P., MOINY, *op. cit.*, p. 137.

³³¹ J.-P., MOINY, *op. cit.*, p. 137 ; J., BARRIGAR, « La vie privée sur les sites de réseau social, Analyse comparative de six sites », 2009, pp. 8, 20 et 31, disponible sur https://www.priv.gc.ca/information/research-recherche/2009/sub_comp_200901_f.pdf, consulté le 10 juillet 2014.

³³² J.-P., MOINY, *op. cit.*, p. 186.

³³³ *Ibid.*

³³⁴ J.-P., MOINY, *op. cit.*, p. 189.

³³⁵ J.-P., MOINY, *op. cit.*, p. 190 ; A.T., CHIU, *op. cit.*, 193.

³³⁶ Voy. *infra* (« Chapitre VI. Invalidité de certaines clauses »).

Une autre caractéristique de la relation entre le prestataire et l'internaute tient en la détermination de paramètres de confidentialité qui ont trait aux données à caractère personnel. Aux États-Unis, ces dispositions contractuelles peuvent être salvatrices afin de tracer les bornes de l'utilisation desdites données³³⁷. En effet, ces limitations peuvent même être consacrées de manière judiciaire le cas échéant³³⁸. De plus, elles sont vivement recommandées étant donné qu'en outre-Atlantique, une certaine tendance au sein des auteurs tend à dénier tout droit subjectif à voir ses données personnelles protégées³³⁹. En droit belge, ces précisions contractuelles ne viennent que compléter le concept de vie privée³⁴⁰.

Au surplus, ce contrat entre le prestataire et l'internaute s'apparente à un véritable contrat d'adhésion au sens juridique du terme selon le droit des contrats. La partie faible, l'internaute, n'a d'autre choix que d'accepter les conditions qui lui sont soumises sous peine de ne pouvoir s'inscrire au réseau social³⁴¹. Pour ce qui concerne la manière dont l'utilisateur du réseau social peut adhérer à celui-ci, tant en droit belge qu'en droit américain, nous renvoyons à l'ensemble de ce que nous avons exposé *supra*.

Rappelons brièvement, comme nous l'avons précisé *supra*, que le consentement ne peut intervenir qu'à la suite d'une prise effective de connaissance des conditions établies dans le contrat. Dans ce sens, le devoir d'information du fournisseur de réseau social vis-à-vis de l'internaute doit être étudié. En droit belge, un devoir d'information vise tout fournisseur de réseau social. Ce dernier doit notamment exposer ses spécificités et l'usage des données collectées. Le tout devant être communiqué dans un langage à la portée de tous³⁴². Quatre bases viennent consacrer et étayer cette obligation. Il s'agit du livre XII « *Droit de l'économie électronique* » et du livre VI « *Pratiques du marché et protection du consommateur* » du

³³⁷ J.-P., MOINY, *op. cit.*, p. 190.

³³⁸ S., KILLINGSWORTH, « Minding Your Own Business: Privacy Policies in Principle and in Practice », *Journal of Intellectual Property Law*, 1999, p. 72; Il existe, toutefois, une certaine jurisprudence contraire tel que *Edwin Dyer, et al. v. Northwest Airlines Corp., et al.*, U.S. Dist. Lexis 18010 (D. North Dakota, September 8, 2004), disponible sur http://www.leagle.com/decision/20041530334FSupp2d1196_11429.xml/DYER%20v.%20NORTHWEST%20AIRLINES%20CORPORATIONS, consulté le 20 mai 2014.

³³⁹ V. E., VOLOKH, « Freedom of Speech, Information Privacy, and the Troubling Implications of a Right to Stop People From Speaking About You », *Stanford L. Rev.*, pp. 7-11.

³⁴⁰ J.-P., MOINY, *op. cit.*, p. 190. ; Notamment reconnu par la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, signée à Rome le 4 novembre 1950, approuvée par la loi du 13 mai 1955, *M.B.*, 19 août 1955, en son article 8.

³⁴¹ J.-P., MOINY, *op. cit.*, p. 193, D., PHILIPPE et M., CHAMMAS, *op. cit.*, p. 193.

³⁴² J.-P., MOINY, *op. cit.*, p. 150.

code de droit économique³⁴³, de la Loi du 8 décembre 1992 relative à la protection de la vie privée à l'égard des traitements de données à caractère personnel³⁴⁴ et du droit commun³⁴⁵. Nous ne développerons pas plus longuement ces différents devoirs qui ont pour l'essentiel été envisagés dans différentes parties de notre exposé.

En ce qui concerne le devoir d'information en droit américain, à la différence du droit belge, il n'existe pas d'articles de loi définissant précisément certains devoirs du prestataire envers « *l'internaute, le consommateur ou le destinataire d'un service de la société de l'information* »³⁴⁶. Ce sont principalement et respectivement, la doctrine de l'« *unconscionability* », la doctrine du R.S.C. § 211 et celle des « *reasonable expectations* » qui expriment ce devoir d'information. La doctrine « *unconscionability* » est fondée sur le § 2 (302) du U.C.C. et sur le § 208 du R.S.C.. Cette doctrine de l'« *unconscionability* » prévoit que le contrat est inapplicable lorsqu'il est formé en l'absence de choix réel et contient des termes qui sont excessivement favorables à une partie³⁴⁷. Pour qu'une clause soit « *unconscionable* », il est nécessaire qu'il existe une « *unconscionability* » de procédure et de fond³⁴⁸. La « *substantive unconscionability* » examine si le contrat est à sens unique³⁴⁹, s'il est trop sévère³⁵⁰ ou « *commerciallement raisonnable* »³⁵¹ ou encore examine le caractère choquant des clauses³⁵². L'existence d'une « *procedural unconscionability* » est rapportée

³⁴³ Code de droit économique, *M.B.*, 30 décembre 2013.

³⁴⁴ Loi du 8 décembre 1992 relative à la protection de la vie privée à l'égard des traitements de données à caractère personnel, *M.B.*, 18 mars 1993.

³⁴⁵ J.-P., MOINY, *op. cit.*, p. 170.

³⁴⁶ J.-P., MOINY, *op. cit.*, p. 172.

³⁴⁷ U.C.C. §2-302 ; Voy., *Stirlen v. Supercuts, Inc.*, 51 Cal. App. 4th 1519 (Cal. Ct. App. 1997), disponible sur <http://caselaw.findlaw.com/ca-court-of-appeal/1288926.html>, consulté le 19 mai 2014 : « Under the U.C.C. provision, "[u]nconscionability has generally been recognized to include an absence of meaningful choice on the part of one of the parties together with contract terms which are unreasonably favorable to the other party." [Citations.] »

³⁴⁸ A.T., CHIU, *op. cit.*, p. 171 ; J.-P., MOINY, *op. cit.*, p. 173. Voy. par exemple, *Bragg v. Liden Research, Inc.*, 487 F.Supp.2d 593 (E.D. Pa. 2007), disponible sur http://itlaw.wikia.com/wiki/Bragg_v._Linden_Research et *Stirlen v. Supercuts, Inc.*, précité : « Phrased another way, unconscionability has both a 'procedural' and a 'substantive' element." [Citations.] »

³⁴⁹ J.-P., MOINY, *op. cit.*, p. 174 ; Voy., *Bragg v. Liden Research, Inc.*, *op. cit.* et *Comb v. PayPal, Inc.*, *op. cit.*

³⁵⁰ J.-P., MOINY, *op. cit.*, p. 174 ; Voy. *M.A. Mortenson Co. v. Timberline Software Corp.*, 93 Wash. App. 819, 970 P.2d 803 (1999), disponible sur <http://caselaw.findlaw.com/wa-court-of-appeals/1409244.html>, consulté le 14 juillet 2014.

et *Gatton v. T-Mobile USA, Inc.*, 61 Cal. Rptr. 3d 344 (Cal. Ct. App. 2007), disponible sur <http://caselaw.findlaw.com/summary/opinion/ca-court-of-appeal/2007/06/24/150608.html>, consulté le 5 juillet 2014.

³⁵¹ J.-P., MOINY, *op. cit.*, p. 174 ; Voy. *Doe v. SexSearch.com*, 502 F. Supp. 2d 719 (N.D. Ohio 2007), disponible sur http://itlaw.wikia.com/wiki/Doe_v._SexSearch.com, consulté le 12 juillet 2014 : « "Substantive unconscionability involves those factors which relate to the contract terms themselves and whether they are commercially reasonable." Collins, 736*736 86 Ohio App.3d at 834, 621 N.E.2d 1294. »

³⁵² Voy. *Mortenson Co. v. Timberline Software Corp.*, *op. cit.* et *Fedman v. Google, Inc.*, 513 F.Supp.2d 229 (2007), disponible sur

lorsque le consentement a été influencé par l'oppression ou la surprise. L'oppression se caractérise par l'existence d'un pouvoir de négociation inégal et par l'absence d'un véritable choix de la partie considérée comme « *faible* »³⁵³. À ce propos, certains États considèrent systématiquement le contrat d'adhésion comme étant « *procedural unconscionability* »³⁵⁴. La surprise, quant à elle, consiste à définir la mesure dans laquelle les clauses équivoques sont cachées dans le projet de contrat par la partie qui cherche à les opposer³⁵⁵.

Dans le cadre de l'information à donner au cocontractant, le paragraphe 211 (3) de la R.S.C. qui concerne les *standardized agreements* est libellé comme suit : « *where the other party has reason to believe that the party manifesting such assent would not do so if he knew that the writing contained a particular term, the term is not part of the agreement* »³⁵⁶. Fondée sur cet article, une théorie appelée l'« *unfair surprise* »³⁵⁷ a pour objectif de « *deter merchants from exploiting the reality that consumers do not read standard form contracts* »³⁵⁸. Cependant, cette théorie requiert une faute du cocontractant qui stipule le terme particulier³⁵⁹. Une autre théorie est celle des « *reasonable expectations* ». Limitée essentiellement au contrat d'assurance³⁶⁰, cette théorie implique que le consommateur soit informé raisonnablement sur les termes raisonnablement inattendus³⁶¹. La doctrine y voit une

http://www.leagle.com/decision/2007742513FSupp2d229_1723.xml/FELDMAN%20v.%20GOOGLE,%20INC, consulté le 22 mai 2014.

³⁵³ A.T., CHIU, *op. cit.*, p. 171 ; Voy., *Stirlen v. Supercuts, Inc.*, *op. cit.*

³⁵⁴ J.-P., MOINY, *op. cit.*, p. 174 ; P., VISCOUNTY, J., ARCHIE, F., ALEMI et J. ALLEN, « Social Networking and the Law – Virtual Social Communities Are Creating Real Legal Issues », *Business Law Today*, Vol. 18, n° 4, 2009, disponible sur <http://apps.americanbar.org/buslaw/blt/2009-03-04/viscounty.shtml>, consulté le 27 juillet 2014 ; Voy. *Bragg v. Liden Research, Inc.*, *op. cit.* : « When the weaker party is presented the clause and told to 'take it or leave it' without the opportunity for meaningful negotiation, oppression, and therefore procedural unconscionability, are present." Id. (internal quotation and citation omitted) »

³⁵⁵ A.T., CHIU, *op. cit.*, p. 172, J.-P., MOINY, *op. cit.*, p. 174 ; Voy. *Stirlen v. Supercuts, Inc.*, *op. cit.* et *Bragg v. Liden Research, Inc.*, *op. cit.* : « In determining whether surprise exists, California courts focus not on the plaintiff's subjective reading of the contract, but rather, more objectively, on "the extent to which the supposedly agreed-upon terms of the bargain are hidden in the prolix printed form drafted by the party seeking to enforce the disputed terms ».

³⁵⁶ En somme, celui qui stipule un terme particulier qu'il pense suffisamment important pour bouleverser l'intention du cocontractant, doit veiller à le porter à la connaissance de celui-ci au risque de le voir sortir du champ contractuel (J.-P., MOINY, *op. cit.*, p. 175).

³⁵⁷ Voy. M.V., EISENBERG, « The limits of Cognition and the Limits of Contracts », *Stanford L. Rev.*, 1995, pp. 246 et svt., disponible sur <http://scholarship.law.berkeley.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=3016&context=facpubs>, consulté le 17 juillet 2014.

³⁵⁸ W.R., BARNES, « Toward a Fairer Model of Consumer Assent to Standard Form Contracts : in Defense of Restatement Subsection 211(3) », *Washington L. Rev.*, 2010, p. 249, <http://digital.law.washington.edu/dspace-law/bitstream/handle/1773.1/194/82washrev227.pdf?sequence=1>, consulté le 17 juillet 2014.

³⁵⁹ J.-P., MOINY, *op. cit.*, p. 175 ; M.V., EISENBERG, *op. cit.*, p. 247.

³⁶⁰ Voy., J.E., THOMAS, « An Interdisciplinary Critique of the Reasonable Expectations Doctrine », *5 Conn. Ins. L.J.* 295, 1998, pp. 296-333.

³⁶¹ R.A., HILLMAN et J.J., RACHLINSKI, *op. cit.*, p. 32.

obligation positive pour les entreprises envers le consommateur³⁶². Malheureusement, ces deux théories, qui semblent pourtant intéressantes dans le cadre des réseaux sociaux, ne sont que très peu appliquées. En effet, le plus souvent, c'est par le biais de la doctrine de « *l'unconscionability* » que les juges américains utilisent leur pouvoir discrétionnaire pour annuler ce qui n'est pas raisonnable³⁶³.

Section 4. Le « Blanket assent »

Au regard de l'ensemble des caractéristiques particulières dont sont pourvues les conditions générales des réseaux sociaux et au regard des mécanismes de techniques de communication des conditions générales que nous avons analysés *supra*, une remarque sur la potentielle inadéquation desdits mécanismes s'impose.

Dans le cadre des réseaux sociaux, le concept de « *blanket assent* », consentement global présumé en français, exprime adéquatement la manière dont les utilisateurs contractent³⁶⁴. Il n'est pas requis que l'utilisateur accepte chaque terme indépendamment, il faut cependant qu'il ait été averti de l'existence de ces termes et qu'il ait accepté ceux-ci globalement³⁶⁵.

Mais qu'en est-il alors du consentement réel³⁶⁶ de l'utilisateur vis-à-vis de chaque terme ? Un auteur de doctrine prône pour une séparation du consentement de l'utilisateur dans le cadre des licences d'utilisation de logiciel. N.S. KIM « *propose that the doctrinal concept of "assent" should be bifurcated into two parts, actual assent and presumed assent. Actual assent would mean express manifested agreement, not simply to the transaction, but to each of the individual material Terms* »³⁶⁷. Selon elle, il faudrait requérir un « *actual assent* » pour toutes les clauses qui ne sont pas relatives à la licence et à l'utilisation du logiciel³⁶⁸. Enfin, la nature de l'engagement auquel l'utilisateur souscrit permettrait de déterminer dans quels cas

³⁶² *Ibid.*

³⁶³ R.L., OAKLEY, « Fairness in Electronic Contracting : Minimum Standards for Non-Negotiated Contracts », *Houston L. Rev.*, 2005-2006, p. 1062, disponible sur http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1348815, consulté le 15 juillet 2014.

³⁶⁴ J.-P., MOINY, *op. cit.*, p. 175.

³⁶⁵ R.L., OAKLEY, *op. cit.*, p. 1047 ; J.-P., MOINY, *op. cit.*, p. 214.

³⁶⁶ Si nous avons mentionné *supra* qu'en droit belge la volonté réelle prévaut sur la volonté déclarée, en droit américain, nous avons également relevé qu'en vertu du R.S.C. §211(2) la volonté déclarée semble prévaloir en ce qui concerne les *standardized agreements*.

³⁶⁷ N.S., KIM, *op. cit.*, p. 803.

³⁶⁸ N.S., KIM, *op. cit.*, p. 804.

l'utilisateur pourrait être tenu par un « *presumed assent* »³⁶⁹. Dans ce sens, il faut analyser si l'utilisateur aurait pu raisonnablement s'attendre à une telle clause dans l'environnement contractuel en cause³⁷⁰.

Dans le cadre des *clickwrap contracts* et *browsewrap contracts*, les clauses de juridiction, de droit applicable, de responsabilité ou de traitement de données personnelles devraient, pour certains auteurs, requérir un consentement exprès³⁷¹. Alors que d'autres clauses, telles que celles envisageant des règles comportementales, pourraient se satisfaire d'un « *presumed assent* »³⁷². Dans les deux cas, les auteurs semblent se rejoindre sur le fait que lorsqu'un « *legal right* »³⁷³ ou un droit fondamental³⁷⁴ est en jeu, les modes de formation de contrat évoqué ci-dessus seraient inadéquats de telle manière qu'un consentement exprès serait requis³⁷⁵. De la sorte, elles sont mises en exergue et séparées des conditions générales du réseau social. En effet, cela semble nécessaire à l'heure où l'inscription à un réseau social est devenue action trop basique pour pouvoir y lier des effets de droit trop important³⁷⁶.

En outre, dans le cadre du traitement des données à caractère personnel, selon l'article 2, h) de la directive 95/46³⁷⁷, le consentement doit être « *spécifique* ». Dans cette optique, un avis rendu sur base de cet article dans un autre domaine, mais sur le même sujet, explique que « *le consentement au traitement de données devait être distinct du consentement aux conditions générales d'un service* »³⁷⁸. Une telle conclusion, si elle venait à être appliquée, remettrait en cause tous les consentements effectués sur les réseaux sociaux concernant le traitement des données personnelles³⁷⁹.

³⁶⁹ N.S., KIM, *op. cit.*, p. 806.

³⁷⁰ J.-P., MOINY, *op. cit.*, p. 215.

³⁷¹ M., ZHANG, « Contractual Choice of Law in Contracts of Adhesion and Party Autonomy », *Akron L. Rev.*, 2008, p. 5, disponible sur http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1017841, consulté le 12 juillet 2014; J.-P., MOINY, *op. cit.*, p. 215.

³⁷² J.-P., MOINY, *op. cit.*, p. 216.

³⁷³ N.S., KIM, *op. cit.*, p. 828.

³⁷⁴ J.-P., MOINY, *op. cit.*, p. 217.

³⁷⁵ *Ibid.*

³⁷⁶ J.-P., MOINY, *op. cit.*, p. 217 ; H.H., PERRITT JR, *Law and the Information Superhighway*, Wiley Law Publications, 1996, p. 382.

³⁷⁷ Directive (CE) n° 95/46 du Parlement européen et du Conseil, du 24 octobre 1995, relative à la protection des personnes physiques à l'égard du traitement des données à caractère personnel et à la libre circulation de ces données, *J.O.C.E.*, L 281, 23 novembre 1995, p. 0031-0050.

³⁷⁸ Groupe 29, avis n°5/2005 sur l'utilisation de données de localisation aux fins de fourniture de services à valeur ajoutée, 25 novembre 2005, p.6, disponible sur http://ec.europa.eu/justice/policies/privacy/docs/wpdocs/2005/wp115_fr.pdf, consulté le 25 juillet 2014.

³⁷⁹ J.-P., MOINY, *op. cit.*, pp. 216-217.

Dans l'état actuel des choses, le juge américain pourrait se fonder sur le paragraphe 211 (3) R.S.C. ou sur l'exigence *reasonable notice* et le juge belge sur les exigences de connaissance et d'acceptation (Voy., *supra*) pour invalider le *blanket assent*³⁸⁰ dans le cadre d'adhésion à des réseaux sociaux.

Notons aussi que l'environnement des réseaux sociaux est un environnement particulier en ce que son utilisation résulte d'une mode. En cela, il apparaît que l'individu soumis à la pression populaire perd sa capacité à poser un acte rationnel quand il donne son acceptation aux termes du site³⁸¹. Il convient donc d'essayer d'attirer son attention de manière plus marquée sur les clauses particulièrement sensibles.

Chapitre V. Invalidité de certaines clauses

Si l'opposabilité des conditions générales, comme nous venons de l'aborder, comprend la question de savoir dans quelle mesure les exigences imposées par le droit pour faire rentrer ces conditions dans le champ contractuel sont respectées³⁸², la question de la validité des clauses reste sous-jacente. À défaut, le cocontractant ne pourrait s'en prévaloir.

Section 1- Généralités concernant les clauses abusives

L'interdiction des clauses illicites découle, d'une part, de la théorie générale des obligations, et d'autre part, de la réglementation concernant les clauses abusives, découlant essentiellement des législations protectrices du consommateur³⁸³.

A. Théorie générale des obligations

1. Clauses abusives

En dehors du régime particulier qui protège les consommateurs ou en addition de celui-ci, une clause peut-être considérée comme illicite au regard des critères issus de la théorie générale des contrats ou de certaines législations particulières.

³⁸⁰ W.R., BARNES, *op. cit.*, p. 227 ; J.-P., MOINY, *op. cit.*, p. 217.

³⁸¹ A.T., CHIU, *op. cit.*, p. 171

³⁸² Q., VAN ENIS, *op. cit.*, p. 10.

³⁸³ H., JACQUEMIN, « Les clauses illicites dans les contrats conclus avec les titulaires de profession libérale », in *Les clauses abusives et illicites dans les contrats usuels*, Limal, Anthémis, 2013, p. 158.

À titre d'exemple, une clause peut, tout d'abord, être considérée comme illicite lorsqu'elle est contraire à l'ordre public, aux bonnes mœurs ou aux dispositions légales impératives. Il convient donc d'analyser et d'identifier les règles impératives applicables à la clause concernée³⁸⁴. En vertu de l'article 6 du titre préliminaire du Code civil « *on ne peut déroger, par des conventions particulières, aux lois qui intéressent l'ordre public et les bonnes mœurs* »³⁸⁵. La Cour de cassation a précisé que « *n'est d'ordre public proprement dit que la loi qui touche aux intérêts essentiels de l'État ou de la collectivité, ou qui fixe, dans le droit privé, les bases juridiques sur lesquelles repose l'ordre économique ou moral de la société* »³⁸⁶.

Ensuite, une clause est également réputée illicite en cas de non-respect de règles particulières applicables à certaines clauses, notamment les clauses pénales ou les clauses limitatives ou exonératoires de responsabilité. Ainsi, en vertu de l'article 1226 du Code civil, « *la clause pénale est celle par laquelle une personne s'engage à payer, en cas d'inexécution de la convention, une compensation forfaitaire pour le dommage éventuellement subi par la suite de ladite inexécution* ». Une clause pénale est considérée comme illicite lorsqu'elle ne poursuit plus un objectif indemnitaire. Quant aux clauses limitatives ou exonératoires de responsabilité, il existe des limites empêchant au bénéficiaire de s'exonérer totalement ou partiellement de sa responsabilité comme le dol ou la faute lourde³⁸⁷.

2. Sanction du caractère abusif ou illicite d'une clause

Dans un premier temps, une clause peut être considérée comme inopposable faute de remplir les conditions de connaissance et d'acceptation. Ensuite, une clause sera jugée nulle si elle a pour effet de vider le contrat de sa substance³⁸⁸.

Il est, en outre, communément admis que la sanction d'une clause qui contrevient à l'ordre public et aux bonnes mœurs consiste en la nullité absolue de la clause ou du contrat dans son ensemble. Quant à la violation d'une disposition légale impérative, elle sera sanctionnée par la nullité relative de la clause du contrat³⁸⁹. Le critère de distinction entre les

³⁸⁴ H., JACQUEMIN, *op. cit.*, p. 159 et 190.

³⁸⁵ Voyez également les articles 1108, 1131 et 1133 du Code civil.

³⁸⁶ Cass., 9 décembre 1948, Pas., 1948, I, p. 699.

³⁸⁷ H., JACQUEMIN, *op. cit.*, p. 159 et 193.

³⁸⁸ D., PHILIPPE, M., CHAMMAS, *op. cit.*, p. 217.

³⁸⁹ H., JACQUEMIN, *op. cit.*, p. 198. Voy. également D., PHILIPPE, M., CHAMMAS, *op. cit.*, p. 21.

deux nullités relève de l'intérêt protégé par la règle violée, et permet d'établir le régime juridique applicable. Dans le cas d'une nullité relative, la règle de droit entend protéger des intérêts particuliers. C'est pourquoi seul celui que la loi protège est le titulaire de l'action en nullité. Alors que pour les nullités absolues, la violation d'une règle de droit protégeant l'intérêt général peut être soulevée par toute personne afin de faire constater la nullité d'une telle clause. En outre, le juge est tenu de la soulever d'office³⁹⁰.

Concernant les clauses pénales, l'article 1231, § 1^{er} du Code civil permet au juge de réduire le montant de ce genre de clause au préjudice prévisible lorsque celle-ci est exorbitante³⁹¹. Enfin, lorsque les clauses sont peu claires et obscures, l'article 1162 du Code civil contient une règle d'interprétation intéressante. En effet, l'interprétation *contra proferentem* permet, dans le doute, d'interpréter la convention contre celui qui a stipulé (le professionnel), et au profit de celui qui a contracté l'obligation (le consommateur)³⁹².

B. Livre VI du Code de droit économique - Pratiques du marché et protection du consommateur

1. Clauses abusives

i) Origine et ratio legis

Dans un contrat lorsqu'une partie est en position de faiblesse, elle a rarement l'opportunité de pouvoir négocier les différentes clauses y afférentes. *A contrario*, elle doit souvent les approuver en l'absence de pouvoir de négociation. C'est particulièrement le cas dans les contrats conclus avec les consommateurs. L'autonomie de la volonté est restreinte à cet égard au seul fait de contracter ou non. C'est pourquoi différentes réglementations en faveur des consommateurs ont vu le jour, dans le but de protéger activement ceux-ci³⁹³.

³⁹⁰ M., DUPONT, « Nullité absolue et nullité relative », in *La nullité des contrats*, CUP, vol. 88, Bruxelles, Larcier, 2006, p. 59, 60 et 63.

³⁹¹ P., WÉRY, « L'essor du droit impératif et ses rapports avec l'ordre public en matière contractuelle », *R.G.D.C.*, 2011, liv. 4 p. 156.

³⁹² D., PHILIPPE, M., CHAMMAS, *op. cit.*, p. 251. Voy. également : A., CRUQUENAIRE, « 3. Les clauses abusives et pratique : quelques réflexions sur l'interprétation des dispositions contractuelles et son incidence sur leur possible qualification en clauses abusives », in *Actualités de droit commercial*, vol. 2, Collection Recyclage en droit, Louvain-la-Neuve, Anthémis, 2010, pp. 152 et 153.

³⁹³ F., VANBOSSELE, « La législation sur les clauses abusives : dérogation au principe de l'autonomie de la volonté ? », in *Autonomie de la volonté, liberté contractuelle et contrats d'entreprise : quel avenir ?*, Antwerpen, Intersentia, 2011, pp. 171 et 172.

ii) *Les différentes législations existantes établissant le cadre général*

La loi du 6 avril 2010 relative aux pratiques du marché et à la protection des consommateurs³⁹⁴ (ci-après L.M.P.C.), abroge et se substitue à la loi du 14 juillet 1991 sur les pratiques du commerce, l'information et la protection du consommateur. Cette loi a permis de rassembler les différentes dispositions dispersées dans l'ancienne loi de 1991 sous un chapitre 3 nommé « *des contrats avec les consommateurs* » incluant des dispositions générales concernant la rédaction et l'interprétation des clauses dans un contrat conclu avec un consommateur³⁹⁵.

Ensuite, la loi du 2 août 2002 relative à la publicité trompeuse et à la publicité comparative, aux clauses abusives et aux contrats à distance en ce qui concerne les professions libérales³⁹⁶ (ci-après L.P.L.) reproduit au secteur des professions libérales un grand nombre de dispositions issues de la L.P.M.C. En effet, la loi du 6 avril 2010 exclut expressément de son champ d'application les titulaires de professions libérales³⁹⁷.

Enfin, il convient de mentionner la loi du 11 mars 2003 sur les services de la société de l'information³⁹⁸. Cette directive est issue de la transposition d'une directive européenne, à savoir la directive 2000/3/CE (dite directive « *commerce électronique* »). La loi a pour vocation de réglementer le processus de formation du contrat par la voie électronique. Les dispositions de cette loi se cumulent aux dispositions découlant de la L.P.M.C., tant en ce qui concerne les règles de transparence et d'interprétation que des dispositions concernant les contrats à distance³⁹⁹.

³⁹⁴ M.B., 12 avril 2010.

³⁹⁵ F., VANBOSSELE, *op. cit.*, p. 174.

³⁹⁶ M.B., 20 novembre 2002.

³⁹⁷ L., DE BROUWER, « L'obligation de transparence dans la rédaction des conditions générales et leur interprétation en droit de la consommation », in *Les conditions générales de vente*, Bruxelles, Bruylant, 2013, pp. 9 à 11, ancien article 3, §2 L.P.M.C.

³⁹⁸ M.B., 17 mars 2003.

³⁹⁹ L., DE BROUWER, *op.cit.*, p. 10. Pour de plus amples informations, consultez également : E., CRUYSMANS, C. DELFORGE, G., DE PIERPONT, C., DONNET, Y., NINANE, M.-P., NOËL, Ph., STROOBANT, J. VAN ZUYLEN, « La directive 2011/83/UE du 25 octobre 2011 relative aux droits des consommateurs », *R.G.D.C.*, n° 4, 2013, pp. 174 à 207.

iii) *Le livre VI : « Pratiques du marché et protection du consommateur » du Code de droit économique*

À l'heure actuelle, la loi du 21 décembre 2013 a introduit le livre VI « *Pratiques du marché et protection du consommateur* » dans le code de droit économique⁴⁰⁰. Cette loi découle de la transposition de la directive 2011/83/UE relative aux droits des consommateurs⁴⁰¹. La date d'entrée en vigueur de la loi de transposition devra être spécifiée par le biais d'un arrêté royal. Il a été proposé, en outre, d'introduire un livre XIV s'intitulant « *Pratiques du marché et protection du consommateur relatif aux professions libérales* ». Ce projet n'a toujours pas abouti à ce jour. Concrètement, les règles contenues dans le livre VI du Code de droit économique proviennent tant de la L.P.M.C que de la transposition en droit national de la directive 2011/ 83/UE⁴⁰². L'exposé des motifs est clair : le livre VI est, de la même manière que la L.P.M.C., une législation générale d'application horizontale. C'est-à-dire qu'elle s'applique sans préjudice des autres législations sectorielles en vigueur dans des secteurs comme l'énergie, les télécommunications, le secteur bancaire...⁴⁰³

Une des modifications les plus importantes concerne les titulaires de professions libérales. Au regard de la L.P.M.C., ils avaient pour caractéristiques d'être des entreprises n'étant pas commerçantes au sens de l'article 1^{er} du Code de commerce et étant subordonnées à un organe disciplinaire créé par la loi. Cette exclusion avait été condamnée par la Cour constitutionnelle dans son arrêt 99/2013⁴⁰⁴. À la place d'une application générale du livre VI, des dispositions spécifiques seront introduites dans le livre XIV. Celles-ci s'appliqueront aux activités exercées par les titulaires de professions libérales pour leurs prestations caractéristiques. Plus clairement, lorsque la prestation n'est pas caractéristique aux titulaires

⁴⁰⁰ Loi du 21 décembre portant insertion du Livre VI « Pratiques du marché et protection du consommateur » dans le Code de droit économique et portant insertion des définitions propres au Livre VI, et des dispositions d'application de la loi propre au Livre VI, dans les livres Ier et XV du Code de droit économique, *M.B.*, 30 décembre 2013.

⁴⁰¹ Directive (CE) n° 2011/83 relative aux droits des consommateurs, modifiant la directive 93/13/CEE du Conseil et la directive 1999/44/CE du Parlement européen et du Conseil et abrogeant la directive 85/577/CEE du Conseil et la directive 97/7/CE du Parlement européen et du Conseil, *J.O.U.E.*, L 304, 22 novembre 2011, pp. 64-88.

⁴⁰² E., TERRY, « La transposition de la directive droits des consommateurs en Belgique- champ d'application personnel et exclusion », *R.E.D.C.*, liv. 3-4, 2013, p. 370 ; E., PIETERS, K., BYTTEBIER et R., FELTKAMP, « Le Code de droit économique- Survol du contenu et des principales nouveautés », *R.D.C.*, liv. 4, 2014, p. 332 et 345.

⁴⁰³ Voyez l'exposé des motifs, projet de loi portant insertion du Livre VI « Pratiques du marché et protection du consommateur » dans le Code de droit économique et portant insertion des définitions propres au Livre VI, et des dispositions d'application des lois propres au Livre VI, dans les livres Ier et XV du Code de droit économique du 24 septembre 2013, *Doc. Parl.*, Chambre, 2012-2013, n° 3018/001, p. 19.

⁴⁰⁴ C.C., 9 juillet 2013, n° 99/2013, rôle 5475, p. 10.

de professions libérales, ils seront soumis aux dispositions du Livre VI. Enfin, la définition de « *contrat à distance* »⁴⁰⁵ a été remaniée afin qu'elle soit adaptée à la directive relative aux droits des consommateurs⁴⁰⁶.

2. Différents principes consuméristes

À titre préliminaire, il convient de se tourner vers le champ d'application personnel de chaque loi. Le nouveau Code de droit économique reprend les définitions issues de la LPMC⁴⁰⁷. En ce qui concerne les titulaires de professions libérales, nous nous rapporterons à la loi du 2 août 2002 étant donné que le livre XIV qui concernera les « *Pratiques du marché et protection du consommateur relatif aux professions libérales* » est toujours au stade d'avant-projet⁴⁰⁸. Enfin, la loi du 11 mars 2003 donne une définition des notions de prestataire de service et de destinataire de service⁴⁰⁹.

Dans le Code de droit économique, les clauses contractuelles peuvent être considérées comme abusives dans deux situations. Tout d'abord, elles sont réputées abusives lorsqu'elles correspondent à une des clauses qui figure sur la liste noire de l'article VI. 83 du Code droit économique. Dans cette hypothèse, le juge n'a aucun pouvoir d'appréciation, en ce sens qu'il

⁴⁰⁵ Voy. Article I.8, 15° du Livre I du Code de droit économique : « Pour l'application du livre VI, les définitions suivantes sont d'application : 15° contrat à distance: tout contrat conclu entre l'entreprise et le consommateur, dans le cadre d'un système organisé de vente ou de prestation de service à distance, sans la présence physique simultanée de l'entreprise et du consommateur, par le recours exclusif à une ou plusieurs techniques de communication à distance, jusqu'au moment, et y compris au moment, où le contrat est conclu ».

⁴⁰⁶ E., PIETERS, K., BYTTEBIER et R., FELTKAMP, *op. cit.*, pp. 345 et 346.

⁴⁰⁷ Ainsi, la notion d'entreprise est définie à l'article I.1, 1° du Livre I du Code de droit économique comme « toute personne physique ou personne morale poursuivant de manière durable un but économique, y compris ses associations ». Est consommateur selon l'article I.1, 2° du Code de droit économique « toute personne physique qui agit à des fins qui n'entrent pas dans le cadre de son activité commerciale, industrielle, artisanale ou libérale ».

⁴⁰⁸ L'article 2, alinéa 2 définit le client comme étant « toute personne physique ou morale qui, dans les contrats visés par la présente loi, agit à des fins qui n'entrent pas dans le cadre de son activité professionnelle ». La profession libérale est définie par l'article 2, 1° de la L.P.L. comme « toute activité professionnelle indépendante de prestation de services ou de fourniture de biens, qui ne constitue pas un acte de commerce ou une activité artisanale visée par la loi du 18 mars 1965 sur le registre de l'artisanat et qui n'est pas visée par la loi du 14 juillet 1991 sur les pratiques du commerce et sur l'information et la protection du consommateur, à l'exclusion des activités agricoles et d'élevage ». Le législateur a défini cette notion de manière négative car il n'est pas parvenu à donner une définition orientée sur les spécificités de la profession libérale par rapport à d'autres professions. Pour plus détails, voy. F., GLANSDORFF, A., DE CALUWÉ, « Les clauses abusives dans les contrats avec les professions libérales », in *Les professions libérales : publicité, clauses abusives et contrats à distance*, Collection Concurrence et pratiques du marché, Bruxelles, Larcier, 2012, pp. 51 à 76

⁴⁰⁹ Ainsi, est considéré comme un prestataire « toute personne physique ou morale qui fournit un service de la société de l'information » (article 2, 3°). Tandis que le destinataire de service est « toute personne physique ou morale qui, à des fins professionnelles ou non, utilise un service de la société de l'information, notamment pour rechercher une information ou la rendre accessible » (article 2, 5°).

ne peut qu'observer que la clause est illicite et la considérer comme nulle⁴¹⁰. En vertu de l'article I.8, 22° du Code de droit économique, une clause est considérée comme abusive lorsqu'à elle seule ou combinée avec une ou plusieurs clauses ou conditions, elle crée un déséquilibre manifeste entre les droits et obligations des parties. Comme le déséquilibre contrôlé doit être « *manifeste, cela implique un contrôle du juge marginal* »⁴¹¹.

Il est important de rappeler que la norme générale de l'article I.8, 22° du Code de droit économique présente un caractère subsidiaire par rapport à liste noire de clauses énumérées par l'article VI.83 du même code. C'est pourquoi le juge doit, dans un premier temps, examiner si la clause problématique correspond à une hypothèse envisagée par l'article VI.83 du Code de droit économique et subsidiairement, si la clause n'y figure pas, d'apprécier l'existence éventuelle d'un déséquilibre manifeste au sens de l'article I.8, 22° du Code de droit économique⁴¹².

Dans la L.P.L., la clause abusive est définie comme « *toute clause ou condition n'ayant pas fait l'objet d'une négociation individuelle et qui crée au détriment du client un déséquilibre significatif entre les droits et obligations des parties (...)* ». On remarque une différence avec les dispositions du Code de droit économique : les clauses qui ont fait l'objet d'une négociation avec le client ne permettent pas un contrôle judiciaire⁴¹³. Cependant, il convient de souligner que dans le cadre des conditions en ligne, la première condition de l'article sera souvent satisfaite, car il n'existe généralement pas de négociation individuelle des conditions générales en pareille hypothèse. Il existe également une liste noire des clauses abusives en annexe de la L.P.L. Toute clause figurant dans cette liste doit être jugée comme interdite et nulle, malgré le fait qu'elle ait été négociée⁴¹⁴.

Enfin, une obligation générale d'information pèse sur toute personne contractant avec un consommateur. Il n'est pas inutile de rappeler qu'une clause, pour lier le consommateur,

⁴¹⁰ A., CRUQUENAIRE, *op. cit.*, p. 141.

⁴¹¹ R., STEENNOT, *Onrechtmatige bedingen in de wet van 6 april 2010 betreffende marktpraktijken en consumentenbescherming : artikelsgewijze bespreking*, Coll. Artikel & Commentaar, Mechelen, Kluwer, 2012, p. 24.

⁴¹² C., DELFORGE, « Les clauses abusives dans les contrats de téléphonie et de fourniture d'énergie conclus avec des consommateurs », in *Les clauses abusives et illicites dans les contrats usuels*, Limal, Anthémis, 2013, p. 11.

⁴¹³ P., WÉRY, « Les clauses abusives relatives à l'inexécution des obligations contractuelles dans les lois de protection des consommateurs du 14 juillet 1991 et du 2 août 2002 », J.T., 2003, p. 809.

⁴¹⁴ J.-F., HENROTTE, et I., COLLARD, *op. cit.*, p. 21.

doit avoir été portée à sa connaissance, et donc avoir été acceptée. De ce point de vue, l'article VI.2 du Code de droit économique, renforce cette obligation d'information⁴¹⁵

Une obligation plus spécifique existe également pour les contrats à distance. Le législateur européen ne voulait pas que l'utilisation d'une technique de communication à distance ait pour effet de diminuer les informations à fournir au consommateur⁴¹⁶. C'est pourquoi différents articles des lois consuméristes⁴¹⁷ énumèrent un ensemble d'informations que tout prestataire ou entreprise est tenu de fournir. Toutes ces informations devant nécessairement être accessibles, elles permettent à l'internaute d'obtenir divers renseignements comme les coordonnées précises, l'identité, l'adresse géographique, le numéro d'entreprise du prestataire ou vendeur. Il est particulièrement important pour le client/consommateur en ligne d'obtenir ces informations avant la conclusion du contrat pour qu'après il puisse de manière aisée contacter l'entreprise ou prestataire⁴¹⁸.

3. Sanction du caractère abusif ou illicite d'une clause

Souvent, le législateur a clairement choisi la sanction de la nullité de la clause, c'est-à-dire de son *annulabilité*. À nouveau, la titularité du droit de critique est liée au caractère d'ordre public ou seulement impératif. Dans la première hypothèse, la nullité sera absolue ; dans la deuxième, elle sera relative. Généralement, dans le deuxième cas, seule la partie faible que le législateur désire défendre peut demander la nullité en justice : c'est la finalité d'une loi impérative.⁴¹⁹

⁴¹⁵ C., DELFORGE, *op. cit.*, pp. 11 et 12. L'article VI.2 stipule qu'un certain nombre d'informations doivent être fournies avant la conclusion du contrat. Cela concerne notamment, les caractéristiques du produit, l'identité de l'entreprise, les modalités de paiement, de livraison et d'exécution, le rappel de l'exigence d'une garantie légale... L'article VI.46 expose quant à lui « L'entreprise [doit fournir] au consommateur les informations prévues à l'article VI.45, § 1er, ou met ces informations à sa disposition sous une forme adaptée à la technique de communication à distance utilisée dans un langage clair et compréhensible. Dans la mesure où ces informations sont fournies sur un support durable, elles doivent être lisibles(...) ».

⁴¹⁶ G., SAINT-REMY, « Les contrats à distance conclus avec des titulaires de professions libérales », in *Contrats à distance et protection des consommateurs*, Coll. Formation permanente CUP, vol. 64, Liège, CUP, 2003, p. 158.

⁴¹⁷ Article 7, § 1^{er} de la loi du 11 mars 2003, article 12 de la loi du 2 août 2002 et article VI.45, § 1^{er} du Code de droit économique.

⁴¹⁸ C., BIQUET-MATHIEU et J., DECHARNEUX, « Contrats par voie électronique et protection des consommateurs : Articulation des articles 7 à 12 de la loi de transposition de la directive sur le commerce électronique avec la réglementation des contrats à distance inscrite dans la loi sur les pratiques du commerce », in *Contrats à distance et protection des consommateurs*, Coll. Formation permanente CUP, vol. 64, Liège, CUP, 2003, pp. 32 à 34.

⁴¹⁹ P., WÉRY, « Nullité, inexistence et réputé non écrit », in *La nullité des contrats*, Coll. Formation permanente CUP, vol. 88, Bruxelles, Larcier, 2006, pp. 19 et 20.

Dans certaines lois nouvelles, le législateur permet néanmoins au juge de pouvoir soulever d'office la nullité. La Cour de justice de l'Union européenne a fait de la protection effective du consommateur un leitmotiv. C'est sous son impulsion que cette solution a émergé, dans le cas où le consommateur est face à une clause abusive émanant d'un vendeur ou d'un titulaire de profession libérale⁴²⁰. Le plus souvent, seule la clause litigieuse est annulée. Néanmoins, le livre VI du Code de droit économique et la loi du 2 août 2002 dérogent à ce principe. À l'initiative du législateur européen, ces lois prévoient les différentes hypothèses dans lesquelles le contrat ne peut demeurer en vigueur sans la clause abusive. Dans ce cas, le contrat n'est plus considéré comme étant contraignant.⁴²¹

En définitive, une clause doit être rédigée de manière claire et compréhensible. Le non-respect de l'exigence de clarté et compréhension sera condamné par l'interprétation la plus favorable au consommateur des clauses litigieuses. Si plusieurs interprétations sont possibles, il convient de retenir *la plus favorable*, et pas seulement une interprétation favorable. L'exigence de clarté vise à la fois le contenu et la forme de la clause⁴²².

Section 2- Exemples de clauses abusives

Les mécanismes légaux de protection contre l'abus peuvent être appliqués aux contrats dématérialisés et à l'e-commerce, car il est habituel de découvrir des clauses abusives dans ce domaine. En ce sens, les contrats d'adhésion sont légion dans les échanges sur internet⁴²³.

D'emblée, nous mentionnerons le rôle important de la Commission des clauses abusives (ci-après C.C.A.) qui « (...) connaît des clauses et conditions utilisées dans les offres en vente et ventes de produits entre entreprises et consommateurs. La Commission peut être saisie par le ministre, par les organisations de consommateurs, et par les groupements professionnels et interprofessionnels intéressés »⁴²⁴. En outre, elle propose des modifications législatives et réglementaires qui lui semblent utiles. Chaque année, la C.C.A. rédige un rapport de son activité⁴²⁵.

⁴²⁰ *Ibidem*.

⁴²¹ P., WÉRY, « L'essor du droit impératif et ses rapports avec l'ordre public en matière contractuelle », *R.G.D.C.*, 2011, liv. 4 p. 152 ; voy. également article VI.84 du Code de droit économique et l'article 7, §1, al. 2 de la L.P.L.

⁴²² F., VANBOSSELE, *op. cit.*, p. 179 ; Article VI.37 du Code de droit économique.

⁴²³ J.-F., HENROTTE, et I., COLLARD, *op. cit.*, p. 21.

⁴²⁴ Article VI.86 du Code de droit économique.

⁴²⁵ Article VI.87 du Code de droit économique.

A. La clause relative à l'acceptation tacite des conditions générales

Ci-dessous, les conditions générales de vente du site 3Suisse⁴²⁶:

L'Utilisateur accepte que la saisie de ces deux identifiants vaut preuve de son identité et manifeste son **consentement aux présentes conditions générales de vente**.

En voulant simplifier et accélérer au maximum la conclusion des contrats, les entreprises partent du postulat que le consommateur a pris connaissance des conditions générales de vente. Or, elles prennent souvent le risque de tomber sous une clause de la liste noire, et sont donc interdites⁴²⁷. En effet, pour que la clause puisse être opposable, il est nécessaire de remplir les conditions de connaissance et d'acceptation⁴²⁸.

B. La clause relative au droit de renonciation

Cette clause figurait dans les conditions générales de vente d'une entreprise française de vente en ligne de CD⁴²⁹:

L'article 9.1 est relatif à la procédure et aux conditions générales de retour et prévoit :

"Dans un objectif d'identification et donc d'un traitement optimal des retours, tout produit nécessitant d'être retourné doit faire l'objet d'une demande de retour auprès de nos services sous peine d'être refusé. Le délai qui vous est imparti pour prendre contact avec votre service client dépend du motif de retour ; merci de vous reporter au point 9-2 et suivants des CGV. La demande de retour doit être faite auprès de notre service client qui vous délivrera un numéro d'accord de retour avec un code barre à apposer sur votre colis ".

En présence d'un contrat à distance, le consommateur jouit d'un droit de rétractation qui a été porté, depuis l'adoption du Code de droit économique⁴³⁰, à 14 jours. Le délai de rétraction est fixé à 12 mois en cas d'absence d'information sur le droit de rétractation.⁴³¹ À cet égard, le vendeur n'est pas autorisé à joindre une condition à l'existence de ce droit de

⁴²⁶ Voy. les conditions générales de vente du site 3Suisse: <http://www.3suisses.be/fr/services/CGV.htm>, consulté le 24 juillet 2014.

⁴²⁷ L., DE BROUWER, *op. cit.*, p. 19. Article VI.83, 26°: «Dans les contrats conclus entre une entreprise et un consommateur, sont en tout cas abusives, les clauses et conditions ou les combinaisons de clauses et conditions qui ont pour objet de : (...)26° constater de manière irréfutable l'adhésion du consommateur à des clauses dont il n'a pas eu, effectivement, l'occasion de prendre connaissance avant la conclusion du contrat ». Voy. également 7, §2 L.P.L.

⁴²⁸ Q., VAN ENIS, *op. cit.*, p. 19.

⁴²⁹ Cette clause a été considérée comme abusive par le tribunal de grande instance de Bordeaux, T.G.I. Bordeaux (1^{re} ch.), 11 mars 2008, *UFC Que choisir c. Cdiscount*, disponible sur le site web http://www.legalis.net/jurisprudence-decision.php?id_article=2262, consulté le 1^{er} août 2014.

⁴³⁰ Dû à la transposition de la directive 2011/83/UE.

⁴³¹ Article VI.47, § 2 et VI.48 du Code de droit économique. L'article 14, §1^{er} de la L.P.L. prévoit une disposition similaire.

renonciation (dans le cas présent, cela concerne la demande de retour préliminaire). En ce sens, la renonciation est de droit, et cet ajout rend la clause illégale⁴³².

C. La clause concernant une modification unilatérale du contrat

Les conditions d'utilisation d'Instagram sont libellées comme suit⁴³³:

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

Les sites internet usent et abusent dans leurs conditions d'utilisation de la possibilité de modifier les conditions générales. Or, l'article VI.83, 2° du Code de droit économique prohibe les clauses permettant à l'entreprise de « (...) *modifier les conditions au détriment du consommateur sur la base d'éléments qui dépendent de sa seule volonté (...)* »⁴³⁴. Enfin, ce genre de clause est également contraire au prescrit de l'article VI.83, 10° et 11° selon lequel est abusive la clause qui a pour objet « *sans préjudice de l'article 1184 du Code civil, d'autoriser l'entreprise à mettre fin unilatéralement au contrat à durée déterminée ou indéterminée, sans dédommagement pour le consommateur, hormis le cas de force majeure* »⁴³⁵.

D. La clause relative à la responsabilité du vendeur

Ici, une clause présente sur le site airjamcompany.com⁴³⁶:

ART.5 – RESPONSABILITE DE LA SOCIETE AIR JAM COMPANY

La société Air Jam Company est tenue à une obligation de moyens dans le cadre des présentes Conditions Générales d'Utilisation et ne saurait en aucun cas être responsable de toute perte, préjudice ou dommage indirect de quelque nature que ce soit résultant d'une interruption ou d'un dysfonctionnement du site.

En terme de responsabilité, il est interdit à l'entreprise d'exclure ou limiter les droits du consommateur en cas de non-exécution de ses propres obligations⁴³⁷. À notre avis, cette

⁴³² J.-F., HENROTTE, et I., COLLARD, *op. cit.*, p. 22. En effet, cette clause serait contraire à l'article VI.47 du Code de droit économique.

⁴³³ Voy. les conditions d'utilisation d'Instagram: <http://instagram.com/legal/terms>, consulté le 26 juillet 2013.

⁴³⁴ A., CRUQUENAIRE, J.-F., HENROTTE, D., PHILIPPE, *op. cit.*, pp. 216 et 217. Les auteurs soulignent, à juste titre, que les exploitants de réseaux sociaux sont des entreprises dans le sens où ils poursuivent un but économique. Quant à l'utilisateur, il utilise dans la majorité des cas, le site à des fins privées. Aussi, selon eux, la loi s'applique malgré la gratuité de l'accès. Voy. également l'article m de l'annexe de la L.P.L.

⁴³⁵ Voy. également l'article j de l'annexe de la L.P.L. Pour plus de détails concernant la L.P.L., consultez F., GLANSDORFF, A., DE CALUWE, *op.cit.*, pp. 59 à 69.

⁴³⁶ Voy. les conditions générales d'utilisation d'airjamcompany.com: <http://www.airjamcompany.com/conditions-generales-dutilisation/>, consulté le 28 juillet 2014.

clause devrait être jugée abusive et illicite. Dans le même ordre d'idée, l'entreprise ne peut s'exonérer de son dol, de sa faute lourde, de celle de ses préposés et mandataires ou du fait de l'inexécution d'une prestation principale du contrat⁴³⁸.

E. La clause emportant transfert de responsabilité automatique sur le consommateur en cas d'usage de ses contenus par le professionnel

Les conditions générales de vente d'un site de voyance en ligne énoncent⁴³⁹ :

Vous déclarez et nous garantisiez être propriétaire ou avoir les droits nécessaires sur le contenu que vous nous transmettez ; que, à la date de transmission du contenu : (i) le contenu est exact et véridique, (ii) l'utilisation du contenu ne contrevient pas à l'une de nos politiques et ne portera pas atteinte à un tiers (notamment que le contenu ne sera pas diffamatoire). Vous acceptez de nous indemniser en cas d'action d'un tiers contre nous dès lors que cette action aurait pour cause, fondement ou origine le contenu que vous nous avez communiqué.

Selon nous, le site besoindesavoir.com a la qualité d'hébergeur. Il est de sa responsabilité d'assumer les contenus illégaux qui sont diffusés sur son site web lorsqu'il a une connaissance effective du caractère illicite ou de l'information (à défaut, il est exonéré) en vertu de l'article 20 de la L.S.S.I.

Il est intéressant de mentionner une décision du tribunal de grande instance de Paris qui, face à une clause similaire, a estimé qu'elle était illicite, car « *une responsabilité et une indemnisation à la seule charge du consommateur, de manière automatique, et ce alors que cette responsabilité peut être partagée avec l'hébergeur ou même lui en être entièrement imputable* »⁴⁴⁰. Des auteurs doutent cependant, de l'application de cette solution jurisprudentielle française en droit belge, au regard de l'article 20 de L.S.S.I.⁴⁴¹.

F. La clause impliquant la cession de droits d'auteur au profit du professionnel

Les conditions générales de vente du site actioncamera.fr se lisent comme suit⁴⁴².

⁴³⁷ Article VI.83, 30° du Code de droit économique et article b annexe L.P.L.

⁴³⁸ Article VI.83, 13° du Code de droit économique.

⁴³⁹ Voy. les conditions générales de vente du site de voyance besoindesavoir.com: <http://www.besoindesavoir.com/CGC>, consulté le 27 juillet 2014.

⁴⁴⁰ T.G.I Paris (1^{re} ch.), section sociale, 28 octobre 2008, *UFC Que choisir c. Amazon.com et autres*, http://www.legalis.net/spip.php?page=jurisprudence-decision&id_article=2473, consulté le 1^{er} août 2014.

⁴⁴¹ Voy. J.-F., HENROTTE, et I., COLLARD, *op. cit.*, p. 25.

⁴⁴² Voy. les conditions générales de vente du site actioncameras.fr: www.actioncameras.fr/conditions-generales-vente/, consulté le 29 juillet 2014.

Si vous soumettez un examen, vous nous accordez une licence non exclusive, libre de redevance, perpétuelle, irrévocable, et entièrement sous-licenciable pour utiliser, reproduire, modifier, adapter, publier, traduire, créer des œuvres dérivées, de distribuer et d'afficher ce contenu dans le monde entier dans tous les médias.

Vous accordez action Cameras Ltd et ses sous-licenciés le droit d'utiliser le nom que vous soumettez en liaison avec un tel contenu, s'ils choisissent.

Vous acceptez de renoncer à votre droit d'être identifié comme l'auteur d'un tel contenu et votre droit de s'opposer à toute atteinte d'un tel contenu.

Vous acceptez d'effectuer tous les autres actes nécessaires pour parfaire un quelconque droit conféré par-dessus vous à action Cameras Ltd, y compris l'exécution des actes et documents, à la demande d'action caméras Ltd

La dernière partie de la clause, imposant au consommateur d'effectuer les actes nécessaires afin de parfaire les droits accordés, est critiquable au regard de l'article I.8, 22° du Code de droit économique. En effet, elle crée un déséquilibre manifeste entre les parties et peut, par conséquent, être constitutive d'un abus. En outre, la formulation de la phrase semble trop étendue et pourrait être condamnée au regard de l'article VI.83, 6° du Code de droit économique⁴⁴³.

En droit belge, l'auteur n'est pas en mesure d'aliéner irrévocablement et à l'avance son droit moral. De plus, toute renonciation doit être expresse. La formulation, selon laquelle le consommateur renonce à son droit d'être identifié comme étant l'auteur du contenu, ne permet pas d'évaluer l'étendue de la renonciation. Enfin, la rédaction de la clause laisse penser que l'auteur renonce pour l'avenir à l'exercice de son droit de paternité ; il n'existe pourtant pas d'obstacles à la reprise de celui-ci. Pour toutes ces raisons, la clause peut être jugée illicite⁴⁴⁴.

G. La clause de juridiction

Les conditions de Facebook stipulent ceci ⁴⁴⁵:

1. Vous porterez toute plainte (« plainte ») afférente à cette Déclaration ou à Facebook exclusivement devant un tribunal régional américain du Northern District de Californie ou devant un tribunal national du comté de San Mateo, et vous acceptez de respecter la juridiction de ces tribunaux dans le cadre de telles actions. Le droit de l'État de Californie est le droit appliqué à cette Déclaration, de même que toute action entre vous et nous, sans égard aux principes de conflit de lois.

Des auteurs estiment, à juste titre, que cette clause est nulle et abusive⁴⁴⁶. D'une part au regard de l'article VI.84, §2 du Code de droit économique, « *une clause déclarant*

⁴⁴³ J.-F., HENROTTE, et I., COLLARD, *op. cit.*, p. 23. L'article VI.83, 6° du Code de droit économique stipule qu'une clause est abusive lorsqu'elle a pour objet d'« accorder à l'entreprise le droit de déterminer unilatéralement si le produit livré est conforme au contrat, ou lui conférer le droit exclusif d'interpréter une quelconque clause du contrat ». Voy. également l'article m de l'annexe à la L.P.L.

⁴⁴⁴ J.-F., HENROTTE, et I., COLLARD, *op. cit.*, p. 23. Les auteurs mentionnent l'article 1^{er}, §2, de la loi du 30 juin relative au droit d'auteur et aux droits voisins.

⁴⁴⁵ Voy. les conditions d'utilisation de Facebook: https://www.facebook.com/legal/terms?locale=fr_FR, consulté le 25 juillet 2014.

applicable au contrat la loi d'un État tiers à l'Union européenne est réputée non écrite en ce qui concerne les matières régies par la présente section lorsqu'en l'absence de cette clause, la loi d'un État membre de l'Union européenne serait applicable et que cette loi procurerait une protection plus élevée au consommateur dans lesdites matières ».

D'autre part, le droit californien est obscur et méconnu du consommateur moyen européen. Le règlement n°593/2008 sur la loi applicable en matière contractuelle (Rome I)⁴⁴⁷, énonce en son article 6, §2, qu'un choix de loi différent de celui du lieu de résidence du consommateur, ne peut l'empêcher de profiter des règles consuméristes de son lieu de résidence. Il semble donc que les dispositions sur les clauses abusives puissent être alléguées à la condition qu'un tribunal d'un État membre de l'Union européenne soit compétent. En ce qui concerne la compétence juridictionnelle, il faut se référer au Règlement Bruxelles Ibis⁴⁴⁸. En vertu de l'article 6 du Règlement, si l'exploitant du réseau social est établi en dehors de l'Union, il ne peut être soumis à ce règlement, sauf s'il existe une succursale sur le territoire de l'Union européenne et que le litige la concerne⁴⁴⁹.

Conclusion

Nous avons parcouru au sein de notre analyse les différentes exigences relatives à l'opposabilité des conditions générales dans l'environnement contractuel électronique tant en droit belge qu'en droit américain.

Concernant les conditions de possibilité effective de connaissance et d'acceptation, certaines développées par la jurisprudence belge à l'ère du contrat papier, nous avons pu nous apercevoir qu'elles sont aujourd'hui revisitées lorsqu'il s'agit d'admettre de nouveaux mécanismes techniques de communication des conditions générales.

Aussi, à l'occasion des jurisprudences américaines que nous avons étudiées, nous avons pu remarquer que la Cour prend soin de vérifier que les utilisateurs de site internet ont

⁴⁴⁶ A., CRUQUENAIRE, J.-F., HENROTTE, D., PHILIPPE, *op. cit.*, p. 233. Voy. Également à ce sujet: B., DE GROOTE, «Droit international privé – Compétence internationale et droit applicable», *R.D.T.I.*, n° 39, 2010, pp. 43 à 51.

⁴⁴⁷ Règlement (CE) n° 593/2008 du Parlement européen et du Conseil du 17 juin 2008 sur la loi applicable aux obligations contractuelles, *J.O.*, L 177/6, 4 juillet 2008.

⁴⁴⁸ Règlement (UE) n° 1215/2012 du Parlement européen et du Conseil du 12 décembre 2012 concernant la compétence judiciaire, la reconnaissance et l'exécution des décisions en matière commerciale (refonte), *J.O.U.E.*, L 351/1, 20 décembre 2012, pp. 1 à 32.

⁴⁴⁹ Article 17, §2 du règlement Bruxelles Ibis. Voy. également l'article 97 du Code de droit international privé belge.

reçu une « *reasonable notice* » et qu'un consentement a été manifesté. En ce qui concerne les différents mécanismes techniques de communication des conditions générales, les tribunaux américains semblent admettre la technique du *clickwrap* mais selon les circonstances être moins cléments à l'égard de la technique du *browsewrap*.

À l'échelle européenne, nous avons constaté que la Cour de Justice de l'Union européenne se veut particulièrement protectrice envers les consommateurs-internautes. À l'occasion d'une question préjudicielle en interprétation de l'article 5 de la directive 97/7⁴⁵⁰, elle a, en effet, jugé que le consommateur ne doit pas avoir à faire d'effort pour accéder aux conditions contractuelles et en prendre effectivement connaissance.

Nous avons également analysé le fonctionnement des réseaux sociaux et nous avons observé que certaines conditions générales sont à caractère sensible. Sur cette constatation, nous avons remarqué que certains auteurs s'interrogent sur la nécessité d'un consentement particulier concernant cesdites clauses et remettent, en ce sens, en cause l'adéquation des mécanismes techniques de *clickwrap* et de *browsewrap*.

Finalement, nous avons pu constater que les différentes législations consuméristes sont des instruments fondamentaux de protection du consommateur dans le cadre des clauses abusives. Elles sont d'autant plus importantes pour le consommateur en ligne que l'insécurité juridique qui règne sur l'internet est grande, notamment due au support dématérialisé, à la distance, à la négligence de l'aspect formel, etc. Le consommateur est souvent peu conscient de ses droits et les pratiques douteuses sont légion.

Nous aimerions à l'occasion de cette phase conclusive émettre plusieurs réflexions quant à savoir jusqu'où doit aller la protection de l'internaute, du consommateur ? Jusqu'où doit-on le prémunir contre son imprudence ? Est-il nécessaire de renforcer encore l'opportunité donnée à l'utilisateur de lire les conditions générales ? Est-il judicieux de vouloir prévoir un consentement particulier à l'égard de certaines clauses pour en faciliter la prise de connaissance et recueillir la volonté réelle de l'utilisateur ?

⁴⁵⁰ Directive (CE) n° 97/7 du Parlement européen et du Conseil du 20 mai 1997 concernant la protection des consommateurs en matière de contrats à distance, *J.O.C.E.*, L 144, 04 juin 1997, pp. 0019 – 0027.

Une étude⁴⁵¹ a montré que très peu de consommateurs décident de s'informer sur les contrats d'adhésion standards en ligne⁴⁵². De plus, sur la minorité de consommateurs ayant fait ce choix, seuls quelques-uns y consacrent suffisamment de temps pour avoir assimilé l'ensemble des informations⁴⁵³. Cette étude met également en lumière que la difficulté d'accéder aux termes du contrat n'est pas de nature à décourager l'utilisateur⁴⁵⁴. Le facteur dissuasif est le « coût » engendré par la lecture et la compréhension des termes⁴⁵⁵. Cela remet en question l'approche réglementaire et jurisprudentielle actuelle qui tend à accorder de l'importance à la facilitation de l'accès aux termes par l'utilisateur. Pour accroître la part des utilisateurs faisant le choix de s'informer sur les conditions générales, il semblerait davantage efficace d'insister sur la synthétisation, la simplification et la normalisation desdites conditions⁴⁵⁶. Il faut toutefois garder à l'esprit que le jargon juridique qui peut sembler laborieux à lire pour l'utilisateur est utilisé pour prémunir le prestataire contre tout problème juridique et se doit d'être en ce sens relativement précis.

Ajoutons qu'en voulant accorder une protection au consommateur ou à l'utilisateur en lui donnant une plus forte opportunité de lire, on engendre l'élimination de tout vice de procédure au niveau du consentement et on retire l'opportunité aux tribunaux de faire un constat de « *procedural unconscionability* »⁴⁵⁷. L'utilisateur du site, qui partant de l'hypothèse que nous avons développée ci-dessus ne lira pas les conditions, ne pourra plus échapper à un « *oppressive term* »⁴⁵⁸.

En conclusion, la question de l'opposabilité des conditions générales de contrats conclus sur internet renvoie en grande partie à l'analyse de la nature psychologique de l'être humain.

⁴⁵¹ Y., BAKOS, F., MAROTTE-WUGLER et D.R., TROSSEN, « Does Anyone Read the Fine Print ? Consumer Attention to Standard Form Contracts », *New York University Law and Economics Working Papers*, 2009, pp. 33-35, disponible sur http://lsr.nellco.org/cgi/viewcontent.cgi?article=1199&context=nyu_lewp, consulté le 4 juillet 2014.

⁴⁵² Y., BAKOS, F., MAROTTE-WUGLER et D.R., TROSSEN, *op. cit.*, p.35

⁴⁵³ *Ibid.*

⁴⁵⁴ *Ibid.*

⁴⁵⁵ *Ibid.*

⁴⁵⁶ Y., BAKOS, F., MAROTTE-WUGLER et D.R., TROSSEN, *op. cit.*, p. 34.

⁴⁵⁷ O., BEN-SHAHAR, « The Myth of the 'Opportunity to Read' in Contract Law », *E.R.C.L.*, 2009, p. 21, disponible sur http://home.uchicago.edu/omri/pdf/articles/The_Myth_Of_Opportunity_To_Read.pdf, consulté le 18 juillet 2014.

⁴⁵⁸ *Ibid.*

Bibliographie

Législation

A. Convention

Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, signée à Rome le 4 novembre 1950, approuvée par la loi du 13 mai 1955, *M.B.*, 19 août 1955.

B. Européenne

Articles 6 et 17 du règlement (UE) n° 1215/2012 du Parlement européen et du Conseil du 12 décembre 2012 concernant la compétence judiciaire, la reconnaissance et l'exécution des décisions en matière commerciale (refonte), *J.O.U.E.*, L 351/1, 20 décembre 2012, pp. 1 à 32.

Articles 3, § 1^{er}, §5 ; 4, § 1er, b) ; 6 ; 10, § 2 du Règlement (CE) n° 593/2008 du Parlement européen et du Conseil du 17 juin 2008 sur la loi applicable aux obligations contractuelles (Rome I), *J.O.U.E.*, L 177/6, 4 juillet 2008, pp. 6 -16.

Considérant n°23 de la Directive (CE) n° 2011/83 relative aux droits des consommateurs, modifiant la directive 93/13/CEE du Conseil et la directive 1999/44/CE du Parlement européen et du Conseil et abrogeant la directive 85/577/CEE du Conseil et la directive 97/7/CE du Parlement européen et du Conseil, *J.O.U.E.*, L 304, 22 novembre 2011, pp. 64-88.

Considérant n° 18 de la Directive (CE) n°2000/31 du Parlement européen et du Conseil du 8 juin 2000 relative à certains aspects juridiques des services de la société de l'information, et notamment du commerce électronique, dans le marché intérieur («directive sur le commerce électronique»), *J.O.U.E.*, 17 juillet 2000, pp. 0001- 0016.

Directive (CE) n° 97/7 du Parlement européen et du Conseil du 20 mai 1997 concernant la protection des consommateurs en matière de contrats à distance, *J.O.C.E.*, L 144, 04 juin 1997, pp. 0019 – 0027.

Directive (CE) n° 95/46 du Parlement européen et du Conseil, du 24 octobre 1995, relative à la protection des personnes physiques à l'égard du traitement des données à caractère personnel et à la libre circulation de ces données, *J.O.C.E.*, L 281, 23 novembre 1995, p. 0031-0050.

C. Belge

Articles 6 ; 1101 ; 1108 ; 1134 ; 1162 ; 1184 ; 1226 ; 1231 ; 1315, 1^o ; 1322, alinéa 2 ; 1341 ; 1353 ; 1602, alinéa 2 du Code civil

Article 25 du Code de commerce, *M.B.*, 10 septembre 1807.

Articles I.1 ; I.2 ; I.8 ; VI. 2 ; VI.37 ; VI.45 à VI.48 ; VI.83 ; VI.84 ; VI.86 ; VI.87 ; XII.7., § 2 ; XII.11 ; XII.15 du Code de droit économique, *M.B.*, 29 mars 2013.

Loi du 21 décembre 2013 portant insertion du Livre VI « Pratiques du marché et protection du consommateur » dans le Code de droit économique et portant insertion des définitions propres au Livre VI, et des dispositions d'application de la loi propre au Livre VI, dans les livres Ier et XV du Code de droit économique, *M.B.*, 30 décembre 2013.

Article 3, §2 de la loi du 6 avril 2010 relative aux pratiques du marché et à la protection du consommateur, *M.B.*, 12 avril 2010.

Articles 2 ; 7 ; et 20 de la loi du 11 mars 2003 sur les services de la société de l'information, *M.B.*, 17 mars 2013.

Articles 2 ; 7 ; 12 ; 14 et Annexe de la loi du 2 août 2002 relative à la publicité trompeuse et à la publicité comparative, aux clauses abusives et aux contrats à distance en ce qui concerne les professions libérales, *M.B.*, 20 novembre 2002.

Loi du 14 juillet 1991 sur les pratiques du commerce et sur l'information et la protection du consommateur, *M.B.*, 29 août 2001.

Loi du 8 décembre 1992 relative à la protection de la vie privée à l'égard des traitements de données à caractère personnel, *M.B.*, 18 mars 1993.

Projet de loi portant insertion du Livre VI « Pratiques du marché et protection du consommateur » dans le Code de droit économique et portant insertion des définitions propres au Livre VI, et des dispositions d'application des lois propres au Livre VI, dans les livres Ier et XV du Code de droit économique du 24 septembre 2013, *Doc. Parl.*, Chambre, 2012-2013, n° 3018/001, p. 19.

Doc. Parl., Chambre, sess. ord. 2002-2003, n°50-2100/001, p. 31.

D. Américaine

§ 1-201(3), § 2-204 (1), §2-206 (1) (a) du Uniform Commercial Code, disponible sur <http://www.law.cornell.edu/ucc/ucc.table.html>, consulté le 13 juillet 2014.

s. 106, s. 112, s. 114, s. 202, s. 209, s. 203 (1) du U.C.I.T.A., disponible sur http://www.uniformlaws.org/shared/docs/computer_information_transactions/ucita_final_02.pdf, consulté le 15 juillet 2104.

§17 (1), §211(1) du R.S.C., disponible sur [http://www.lexinter.net/LOTWVers4/restatement_\(second\)_of_contracts.htm](http://www.lexinter.net/LOTWVers4/restatement_(second)_of_contracts.htm), consulté le 13 juillet 2014.

Jurisprudence

A. Européenne

C.J.U.E, 5 juillet 2012, *Content Services Ltd c. Bundesarbeitskammer*, C-49/11.

C.J.U.E, 5 juillet 2012, *Content Services Ltd c. Bundesarbeitskammer*, C-49/11, concl. Av. gén. MENGOZZI.

B. Belge

Cass., 24 janvier 2008, *R.A.B.G.*, 2008, p. 931.

Cass., 7 janvier 2005, *DAOR*, 2006, liv. 77, p. 39.

Cass., 29 avril 2004, *Pas.*, 2004, p. 736.

Cass., 27 janvier 2000, *Pas.*, 2000, n° 72, p. 222.

Cass., 29 janvier 1996, *Pas.*, I, 1996, p. 59.

Cass., 2 décembre 1875, *Pas.*, 1876, 1, p. 4L.

Cass. 1^{re} ch., 9 février 1973, *R.C.J.B.*, p. 187.

Cass. 11 déc. 1970, *J.C.B.*, 1972, p. 608.

Cass., 9 décembre 1948, *Pas.*, 1948, I, p. 699.

C.C., 9 juillet 2013, n° 99/2013, rôle 5475, p. 10.

Mons, 2^e ch., 25 juin 2013, *J.L.M.B.*, 2014, p. 1094.

Bruxelles, 13 mai 2013, *J.T.*, 2013, p. 480.

Bruxelles, 29 mars 2012, *J.L.M.B.*, 2012, p. 1190.

Namur, 29 septembre 2010, *DCCR*, 2011, p. 74.

Anvers, 13 septembre 2010, *R.H.A.*, 2011, p. 57.

Gand, 26 avril 2010, *R.W.*, 2011-12, n°43, p. 1914.

Bruxelles, 30 avril 2009, *J.L.M.B.*, 2010, n°20, p. 923.

Mons, 20^e ch., 15 janvier 2009, *J.L.M.B.*, 2010, p. 1311.

Anvers, 22 septembre 2008, *R.H.A.*, 2011, n°1, p. 41.

Gand, 9 avril 2008, *R.A.B.G.*, 2008, p. 959.

Bruxelles, 31 mars 2006, disponible sur www.juridat.be.

Liège, 12^e ch., 7 mars 2006, *J.L.M.B.*, 2006/19, p. 834.

Bruxelles, 2^e ch., 17 février 2005, *J.T.*, 2006, p. 30.

Mons, 2^e ch., 16 septembre 2003, *J.L.M.B.*, 2004, p. 1716.

Bruxelles, 25 février 2003, *R.D.C.*, 2004, p. 563.

Liège, 7^e ch., 9 janvier 2003, *J.T.*, 2004, p. 389.

Liège, 9 décembre 2002, disponible sur www.juridat.be.

Mons, 25 février 2002, *J.T.*, 2003, p. 342.

Liège, 7^e ch., 18 décembre 2001, *J.T.*, 2002, p. 499.

Bruxelles, 23 novembre 2001, *DAOR*, 2002, p. 44.

Anvers, 22 novembre 1999, *R.W.*, 2001-2002, p. 815.

Gand, 30 janvier 1997, *J.P.A.*, 1997, p. 389.

Bruxelles, 3 novembre 1994, *J.T.*, 1995, p. 263.

Mons, 07 janvier 1992, *J.L.M.B.*, 1992, p. 881.

Bruxelles, 12 juin 1964, *Pas.*, 1964, II, p. 178.

Comm. Bruxelles, 13 mai 2013, *J.T.*, 2013, p. 480.

Trib. arr. Liège, 28 juin 2012, *Ius & actores*, n°1, 2013, p. 43.

J.P. Charleroi, 3^e cant., 13 mai 2009, *J.T.*, n° 6363, 2009, p. 557.

J.P. Charleroi, 3^e cant., 14 octobre 2009, *J.T.*, 2010, p. 524.

Comm. Bruxelles, 10 novembre 2008, *R.W.*, 2009-10, n°13, p. 548.

Comm. Bergen, 6 novembre 2008, *J.T.*, 2008, p. 727.

J.P. Audenarde, 5 novembre 2008, *J.J.P.*, 2010, p. 17.

Civ. Liège, 1^{er} octobre 2008, *R.G.*, n° 06/5646/A et 07/933/A.

Comm. Tongres, 11 janvier 2008, *R.A.B.G.*, 2008, p. 947.

Comm. Bruxelles, 18^e ch., 11 janvier 2008, *DAOR*, 2008, p. 109.

Comm. Charleroi, 1^{re} ch., 2 janvier 2008, *J.T.*, 2008, p. 195.

Civ. Gand, 10^e ch., 4 octobre 2007, *J.J.P.*, 2010, liv. 9-10, pp. 434 et 436.

Comm. Hasselt, 7 juin 2006, *T.B.H.*, 2007, p. 295.

Civ. Arlon, 3^e ch., 19 mai 2005, *DAOR*, 2007, p. 251.

Comm. Anvers, 22 juin 2004, *J.P.A.*, 2006, p. 64.

Comm. Bruxelles, 16 janvier 2004, *R.W.*, 2005-2006, p. 872.

Comm. Hasselt, 13 mai 2003, *R.W.*, 2005-2006, p. 270.

Comm. Hasselt, 21 novembre 2000, *R.W.*, 2001-2002, p. 534.

Comm. Liège, 7 septembre 1995, *R.D.C.*, 1996, p. 1005.

Comm. Courtrai, 20 avril 1995, *A.J.T.*, 1994-1995, p. 575.

Comm. Courtrai, 10 février 1992, *R.D.C.*, 1992, p. 904.

Comm. Bruxelles, 20 décembre 1991, *R.D.C.*, 1992, p. 919.

Comm. Gand, 24 avril 1990, *R.D.C.*, 1991, p. 555.

Trib. Arr. Namur, 30 janvier 1976, *Jur. Liège*, 1975-1976, p. 260.

Comm. Liège, 29 octobre 1975, *J.C.B.*, 1976, p. 646.

Comm. Verviers, 9 novembre 1969, *J.L.*, 1969-1970, p. 150.

Comm. Hasselt, 14 mai 1969, *R.D.C.*, 1969, p. 156.

Comm. Bruxelles, 21 mars 1969, *R.D.C.*, 1971, p. 22.

Comm. Tournai, 2 décembre 1969, *J.C.B.*, 1971, II, p. 243.

Comm. Bruxelles, 14 décembre 1962, *J.C.B.*, 1963, p. 49.

Comm. Bruxelles, 19 octobre 1961, *R.W.*, 1961, col. 809.

Comm. Liège, 4 octobre 1958, *J.T.*, 1959, p. 211.

Comm. Bruxelles, 29 mai 1956, *J.C.B.*, 1956, p. 197.

C. Américaine

Fedman v. Google, Inc., 513 F.Supp.2d 229 (2007), disponible sur http://www.leagle.com/decision/2007742513FSupp2d229_1723.xml/FELDMAN%20v.%20GOOGLE,%20INC, consulté le 22 mai 2014.

Doe v. SexSearch.com, 502 F. Supp. 2d 719 (N.D. Ohio 2007), disponible sur http://itlaw.wikia.com/wiki/Doe_v._SexSearch.com, consulté le 12 juillet 2014.

Gatton v. T-Mobile USA, Inc., 61 Cal. Rptr. 3d 344 (Cal. Ct. App. 2007), disponible sur <http://caselaw.findlaw.com/summary/opinion/ca-court-of-appeal/2007/06/24/150608.html>, consulté le 5 juillet 2014.

Cohn v. TrueBeginnings, 2007 WL 2181897 (Cal. Ct. App. July 31, 2007), disponible sur <http://www.internetlibrary.com/pdf/Cohn-Truebeginnings-Cal-App-Crt.pdf>, consulté le 6 juillet 2014.

Deaton v. Overstock.com, Inc., 2007 WL 4569874, (S.D. Ill. Dec. 27, 2007), disponible sur http://il.findacase.com/research/wfrmDocViewer.aspx/xq/fac.20071227_0001834.SIL.htm/qx, consulté le 6 juillet 2014.

Recursion Software, Inc. v. Interactive Intelligence, Inc., 425 F. Supp. 2d 756 (N.D. Tex. 2006), reh'g denied, Mar. 13, 2006, disponible sur http://www.leagle.com/decision/20061181425FSupp2d756_11119, consulté le 14 juillet 2014.

Hubbert v. Dell Corp., 359 Ill. App. 3d 976, 835 N.E.2d 113 (2005), disponible sur <http://www.state.il.us/court/opinions/appellatecourt/2005/5thdistrict/august/html/5030643.htm>, consulté le 20 mai 2014.

Davidson & Associates v. Jun, 422 F.3d 630 (8th Cir. 2005), disponible <http://cyber.law.harvard.edu/people/tfisher/2005%20Blizzard%20Abridged.pdf>, consulté le 17 juillet 2014.

Register.com, Inc. v. Verio, Inc., 356 F.3d 393 (2d Cir. 2004), disponible sur <http://caselaw.findlaw.com/us-2nd-circuit/1420249.html>, consulté le 21 juillet 2014.

Edwin Dyer, et al. v. Northwest Airlines Corp., et al., U.S. Dist. Lexis 18010 (D. North Dakota, September 8, 2004), disponible sur http://www.leagle.com/decision/20041530334FSupp2d1196_11429.xml/DYER%20v.%20NORTHWEST%20AIRLINES%20CORPORATIONS, consulté le 20 mai 2014.

Net2Phone, Inc. v. The Superior Court of Los Angeles County, 109 Cal. App. 4th 583, 588-89 (2003), disponible sur <http://caselaw.findlaw.com/ca-court-of-appeal/1323984.html>, consulté le 17 juillet 2014.

Comb v. PayPal, Inc., 218 F.Supp.2d 1165 (N.D. Cal. 2002), disponible sur <http://euro.ecom.cmu.edu/program/law/08-732/Transactions/CombVPaypal.pdf>, consulté le 7 juillet 2014.

Specht v. Netscape, 306 F.3d 17 (2d Cir. 2002), disponible sur http://cyber.law.harvard.edu/stjohns/Specht_v_Netscape.pdf, consulté le 20 mai 2014.

Specht v. Netscape Communications Corp., 150 F. Supp. 2d 585 (S.D.N.Y., July 5, 2001) disponible sur https://www.law.upenn.edu/law619/f2001/week05/specht_v_netscape.pdf, consulté le 8 juillet 2014.

Ticketmaster Corp. v. Tickets.Com, Inc., N°. CV 99-7654, 2000 U.S. Dist. LEXIS 4553 (C.D. Cal. Mar. 27, 2000), disponible sur <http://docs.law.gwu.edu/facweb/claw/tickemaster.pdf>, consulté le 13 juillet 2014.

Pollstar v. Gigmania, 170 F.Supp.2d 974 (E.D. Cal. 2000), disponible sur <http://www.internetlibrary.com/pdf/Pollstar-Gigmania-ED-Ca.pdf>, consulté le 20 mai 2014.

M.A. Mortenson Co. v. Timberline Software Corp., 93 Wash. App. 819, 970 P.2d 803 (1999), disponible sur <http://caselaw.findlaw.com/wa-court-of-appeals/1409244.html>, consulté le 14 juillet 2014.

Steven J. Caspi, et alii v. Microsoft Network, L.L.C., and Microsoft Corporation, 1999 WL 462175, 323 N.J. Super. 118, 732 A.2d 528 (N.J. App. Div., July 2, 1999), disponible sur <http://www.internetlibrary.com/pdf/Caspi-Microsoft.pdf>, consulté le 17 juillet.

Groff v. America Online, Inc., 1998 WL 307001 (R.I. Sup.Ct., 1998).

Hotmail Corp. V. Van Money Pie Inc., et alii, C98-20064, 1998 WL 388389 (N.D. Ca., April 20, 1998), disponible sur <http://cyber.law.harvard.edu/property00/alternatives/hotmail.html>, consulté le 20 mai 2014.

Stirlen v. Supercuts, Inc., 51 Cal. App. 4th 1519 (Cal. Ct. App. 1997), disponible sur <http://caselaw.findlaw.com/ca-court-of-appeal/1288926.html>, consulté le 19 mai 2014.

CompuServe, Inc. v. Richard S. Patterson and Flashpoint Development, 89 F.3d 1257 (6th Cir. 1996), at 1260-61, disponible sur

<http://caselaw.lp.findlaw.com/scripts/getcase.pl?navby=search&case=/uscircs/6th/960228p.html>, consulté le 23 juillet 2014.

ProCD, Inc. v. Zeidenberg, 86 F.3d 1447, 1449-50, Ct of Appeals (7th Cir. 1996), disponible sur http://www.law.cornell.edu/copyright/cases/86_F3d_1447.htm, consulté le 17 juillet 2014.

Hill v. Gateway, 105 F. 3d, Ct of Appels (7th Cir. 1996), disponible sur <http://cyber.law.harvard.edu/ilaw/Contract/hill.htm>, consulté le 19 mai 2014.

Carnival Cruise Lines v. Shute, 499 U.S. 585 (1991), disponible sur <http://supreme.justia.com/cases/federal/us/499/585/case.html>, consulté le 24 mai 2014.

D. Française

Pau, 1^{ère} Ch., 23 mars 2012, Dossier 11/03921, dispoible sur <http://legalis.net>.

T.G.I. Bordeaux (1^{re} ch.), 11 mars 2008, *UFC Que choisir c. Cdiscount*, disponible sur le site web http://www.legalis.net/jurisprudence-décision.php?id_article=2262, consulté le 1^{er} août 2014.

T.G.I Paris (1^{re} ch.), section sociale, 28 octobre 2008, *UFC Que choisir c. Amazon.com et autres*, disponible sur le site web http://www.legalis.net/spip.php?page=jurisprudence-decision&id_article=2473, consulté le 1^{er} août 2014.

Doctrine

ALGHAMDI, A. M., *The Law of E-Commerce: E-Contracts, E-Business*, Bloomington, Authorhouse, 2011, pp. 1-237.

ANDERSON, R.C., « Enforcement of Contractual Terms in Clickwrap Agreements : Courts Refusing to Enforce Forum Selection and Binding Arbitration Clauses », *3 Shidler J. L. Com. & Tech.* 11, 2007, pp. 1-13, https://digital.law.washington.edu/dspace-law/bitstream/handle/1773.1/395/vol3_no3_art11.pdf?sequence=1, consulté le 13 juillet 2014.

AYEWOUADAN, A., *Les droits du contrat à travers l'internet*, Bruxelles, Larcier, 2012, pp. 1-394.

BAKOS, Y., MAROTTE-WUGLER, F. et TROSSEN, D.R., « Does Anyone Read the Fine Print ? Consumer Attention to Standard Form Contracts », *New York University Law and Economics Working Papers*, 2009, pp. 1-45, disponible sur http://lsr.nellco.org/cgi/viewcontent.cgi?article=1199&context=nyu_lewp, consulté le 4 juillet 2014.

BALLON, G.-L. et DIRIX, E., *La facture*, Diegem, Kluwer, 1996, pp. 1-339.

BALLON, G.-L., « L'acceptation de la facture », note sous Luxembourg, 7^e ch., 10 mars 2004, *DAOR*, 2005, pp. 20-21.

BALLON, G.-L., « *The battle of forms* », note sous Comm. Bruxelles, 18^e ch., 11 janvier 2008, *DAOR*, 2008, pp. 111-113.

BARNES, W.R., « Toward a Fairer Model of Consumer Assent to Standard Form Contracts : in Defense of Restatement Subsection 211(3) », *Washington L. Rev.*, 2010, pp. 243-248, <http://digital.law.washington.edu/dspace-law/bitstream/handle/1773.1/194/82washlrev227.pdf?sequen>, consulté le 17 juillet 2014.

BARRIGAR, J., « La vie privée sur les sites de réseau social, Analyse comparative de six sites », 2009, pp. 1-59, disponible sur https://www.priv.gc.ca/information/research-recherche/2009/sub_comp_200901_f.pdf, consulté le 10 juillet 2014.

BAYER CUNNINGHAM, P. et WITKOW, E.-C., « Click-Wrap and Browse-Wrap Agreements – Click with Caution : Liability for Breach of Click-Wrap and Browse-Wrap Agreements », *The Computer & Internet lawyer*, Vol. 23, n°6, juin 2006, pp. 1-6.

BEN-SHAHAR, O., « The Myth of the ‘Opportunity to Read’ in Contract Law », *E.R.C.L.*, 2009, pp. 2-28, disponible sur http://home.uchicago.edu/omri/pdf/articles/The_Myth_Of_Opportunity_To_Read.pdf, consulté le 18 juillet 2014.

BENARAH, A., « La CJUE remet en cause l’opposabilité des CGV par un lien hypertexte », *cvgExpert*, 2012, disponible sur http://www.cvg-expert.fr/article/remet-cause-opposabilite-hypertexte_61.htm, consulté le 9 juillet 2014.

BIQUET-MATHIEU, C et DECHARNEUX, J., « Contrats par voie électronique et protection des consommateurs : Articulation des articles 7 à 12 de la loi de transposition de la directive sur le commerce électronique avec la réglementation des contrats à distance inscrite dans la loi sur les pratiques du commerce », in *Contrats à distance et protection des consommateurs*, CUP, vol. 64, septembre 2003, pp. 5-135.

BIQUET-MATHIEU, C. et DECHARNEUX, J., « Aspects de la conclusion du contrat par voie électronique », in *Le commerce électronique : un nouveau mode de contracter ?*, Actes du colloque organisé par la Faculté de Droit de l’Université de Liège (Unité de Droit privé) et la Conférence libre du Jeune Barreau de Liège du 19 avril 2001, Liège, éd. Jeune Barreau, 2001, pp. 135-221.

BISCIARI, R., *Les contrats et la preuve dans l’environnement électronique*, Heule, UGA, 2004, pp. 87-99.

BLOCK, D., « CAVEAT SURFER : Recent Developments in the Law Surrounding Browse-Wrap Agreements, and the Future of Consumer Interaction with Websites », Vol. 14, *Loy. Consumer L. Rev.*, 2002, pp. 227-244, disponible sur <http://lawecommons.luc.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1319&context=lclr>, consulté le 5 juillet 2014.

BOSMANS, M., « Les conditions générales en matière contractuelle – Chronique de jurisprudence (1975 à 1979) », *J.T.*, 1981, pp. 17-24, 33-43, 53-58.

BOYD, D.M. & ELLISON, N.B., « Social Network Sites: Definition, History, and Scholarship », *Journal of Computer-Mediated Communication*, 2008, pp. 210-230, disponible sur <http://onlinelibrary.wiley.com/store/10.1111/j.1083-6101.2007.00393.x/asset/j.1083-6101.2007.00393.x.pdf?v=1&t=hylx4xv9&s=6e0d32305b6b78d64c323c8adda681f5d125c245&systemMessage=Wiley+Online+Library+will+be+disrupted+9th+Aug+from+10-2+BST+for+essential+maintenance.+Pay+Per+View+will+be+unavailable+from+10-6+BST>, consulté le 6 juillet 2014.

BRASSEUR, P., « Le formalisme dans la formation des contrats, Approche de droit comparé », in *le processus de formation du contrat*, Bruxelles, Bruylant, 2002, p. 605 et s.

BUONO, F.M. et FRIEDMAN, J.A., « Maximizing the enforceability of click-wrap agreements », disponible sur <http://jtlp.org/vol4/issue3/friedman.html#ren3>, consulté le 13 juillet 2014.

CARBONNIER, J., *Droit civil. Les obligations*, Paris, P.U.F., 1992, pp. 82-86.

CASAMIQUELA, R. J., « Contractual Assent and Enforceability : Cyberspace », Vol. 17, *BERKELEY TECH. L.J.*, 2002, pp. 475-495, disponible sur <http://scholarship.law.berkeley.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1363&context=btlj>, consulté le 20 juillet 2014.

CHIU, A.T., « Irrationally Bound : Terms of Use Licences and the Breakdown of Consumer Rationality in the Market for Social Network Sites », *Southern California Interdisciplinary Law Journal*, 2011, pp. 165-197, disponible sur <http://lawweb.usc.edu/why/students/orgs/ilj/assets/docs/21-1%20Chiu.pdf>, consulté le 17 juillet 2014.

CONGO, P., « Le droit du commerce électronique à l'épreuve du commerce mobile », *R.D.T.I.*, n° 40, 2010, pp. 115- 138.

COOL, Y., « Aspects contractuels des licences de logiciels libres : les obligations de la liberté », in *Les logiciels libres face au droit*, coll. des Cahiers du C.R.I.D., n°25, Bruxelles, Bruylant, 2005, pp. 167-173.

CORNELIS, L. et GOETHALS, P., « Contractuele aspecten van E-commerce », in *Tendensen in het bedrijfsrecht – De elektronische handel*, Bruylant, Kluwer, 1999, p. 24-41.

CRUQUENAIRE, A., « 3. Les clauses abusives et pratique : quelques réflexions sur l'interprétation des dispositions contractuelles et son incidence sur leur possible qualification en clauses abusives », in *Actualités de droit commercial*, vol. 2, Collection Recyclage en droit, Louvain-la-Neuve, Anthémis, 2010, pp. 131 à 166.

CRUQUENAIRE, A. et LAZARO, C., « La loi applicable aux contrats conclus via Internet. Entre les eaux troubles de la convention de Rome et les eaux agitées de la directive sur le commerce électronique », in *Le commerce électronique : un nouveau mode de contracter ?*, actes du colloque du 19 avril 2001, Liège, éd. Jeune Barreau, 2001, p. 259 et s.

CRUQUENAIRE, A., HENROTTE, J.-F., PHILIPPE, D., « Droit des contrats - Responsabilité des acteurs d'internet », in *Social media : le droit ou l'anarchie ?*, Actes de la journée d'étude de l'Institut des juristes d'entreprise (IJE), 15 novembre 2012, Coll. Le droit des affaires en évolution, n°23, Bruxelles, Bruylant, 2012, pp. 191-235.

CRUYSMANS, E., DELFORGE, C., DE PIERPONT, G., DONNET, C., NINANE, Y., NOËL, M.-P., STROOBANT, Ph., VAN ZUYLEN, J., « La directive 2011/83/UE du 25 octobre 2011 relative aux droits des consommateurs », *R.G.D.C.*, n° 4, 2013, pp. 174 à 207.

DAS, M., « Forum-Selection Clauses in Consumer Clickwrap and Browsewrap Agreements and the " Reasonably Communicated " Test », *washington Law Review*, avril 2002, pp. 481-510.

DAVIS, N. J., « Presumed Assent : The Judicial Acceptance of Clickwrap », Vol. 22, *BERKELEY TECH. L.J.*, 2007, pp. 577-598, disponible sur <http://scholarship.law.berkeley.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1694&context=btlj>, consulté le 16 juillet 2014.

DE BROUWER, L., « L'obligation de transparence dans la rédaction des conditions générales et leur interprétation en droit de la consommation », in *Les conditions générales de vente*, Bruxelles, Bruylant, 2013, pp. 7 à 47.

DE CONINCK, B., « La facture acceptée par un non-commerçant », note sous Mons, 2^e ch., 16 septembre 2003, *J.L.M.B.*, 2004, pp. 1720-1725.

DE CORDT, Y., DELFORGE, C., LEONARD, T., POULLET, Y., *Manuel de droit commercial*, Limal, Anthemis, 2011, pp. 243-248.

DE GROOTE, B., «Droit international privé – Compétence internationale et droit applicable», *R.D.T.I.*, n° 39, 2010, pp. 43 à 51.

DE NAYER, B., « La publicité et le marketing sur Internet et la protection des consommateurs en droit belge », in *Protection du consommateur, pratiques commerciales et T.I.C.*, CUP, vol. 109, Bruxelles, Anthemis, 2009, pp. 33-57.

DE VULDER, K. et ROMBOUTS, D., « De elektronische algemene voorwaarden en hun tegenstelbaarheid », in *Algemene voorwaarden*, Malines, Kluwer, 2006, pp. 61-62.

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

DE PATOUL, F., « La responsabilité des intermédiaires sur internet : les plates-formes de mise en relation, les forums et les blogs », *R.D.T.I.*, 2007, pp. 85-106.

DELFORGE, C., « Les clauses abusives dans les contrats de téléphonie et de fourniture d'énergie conclus avec des consommateurs », in *Les clauses abusives et illicites dans les contrats usuels*, Limal, Anthémis, 2013, pp. 7 à 43.

DELFORGE, C., « Le conflit né de la confrontation de conditions générales contradictoires et son incidence sur la formation des contrats » in *Le processus de formation du contrat*, Bruxelles, Bruylant, 2002, pp. 479-553.

DELFORGE, C., « La formation des contrats sous un angle dynamique, Réflexions comparatives », in *le processus de formation du contrat*, Bruxelles, Bruylant, 2002, pp. 152-153.

DEMOULIN, M., « Information et transparence sur les réseaux », in *Le commerce électronique sur les rails ? : Analyse et propositions de mise en œuvre de la directive sur le commerce électronique*, Bruxelles, Bruylant, 2001, pp. 95-130.

DEMOULIN, M., « La notion de “support durable” dans les contrats à distance : une contrefaçon de l’écrit ? », *R.E.D.C.*, 2000, pp. 361-377.

DEMOULIN, M. et MONTERO, E., « Le formalisme contractuel à l’heure du commerce électronique », in *Commerce électronique : de la théorie à la pratique*, coll. des Cahiers du C.R.I.D., n°23, Bruxelles, Bruylant, 2003, pp. 131-194.

DICKENS, R. L., « Finding Common Ground in the World of Electronic contracts : The Consistency of Legal Reasoning in clickwrap Cases », Vol. 11, *Intellectual Property L. Rev.*, 2007, pp. 381-412, disponible sur <http://euro.ecom.cmu.edu/program/law/08-732/Transactions/FindingCommonGround.pdf>, consulté le 29 juillet 2014.

DOCQUIR, B., « Nouveaux équilibres contractuels dans le contexte de l’informatique dématérialisée », in *Le droit des nouvelles technologies et de l’internet*, Bruxelles, Bruylant, 2012, pp. 5-62.

DOCQUIR, P.-F., « Donjons et législations, ou les avatars du droit dans les mondes virtuels », *R.D.T.I.*, n°40, 2010, pp. 91-101.

DUCLOS, J., *L’opposabilité. Essai d’une théorie générale*, Bib. de Dr. Pr., Paris, L.G.D.J., 1984, pp. 1-544.

DUPONT, M., « Nullité absolue et nullité relative », in *La nullité des contrats*, CUP, vol. 88, Bruxelles, Larcier, 2006, pp. 37 à 80.

DUSOLLIER, S., « Incidences et réalités d’un droit de contrôler l’accès aux œuvres en droit européen », in *Le droit d’auteur : un contrôle de l’accès aux oeuvres ? - Copyright : a right to control access to works ?*, coll. des Cahiers du C.R.I.D., n°18, Bruxelles, Bruylant, 2001, pp. 3-4.

EDWARDS, L. et BROWN, I., « Data Control and Social Networking: Irreconcilable Ideas ? », in *Harboring Data: Information Security, Law, and the Corporation 202*, pp. 1-24, disponible sur http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1148732, consulté le 10 juillet 2014.

EISENBERG, M.V., « The limits of Cognition and the Limits of Contracts », *Stanford L. Rev.*, 1995, pp. 246 et svt., disponible sur <http://scholarship.law.berkeley.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=3016&context=facpubs>, consulté le 17 juillet 2014.

FEMMINELLA, J., « Online Terms and Conditions Agreements : Bound by the Web », Vol. 17, *Journal of Civil Rights and Economic Development*, 2003, pp. 1-40, disponible sur <http://scholarship.law.stjohns.edu/jcred/vol17/iss1/6>, consulté le 22 juillet 2014.

GLANSDORFF, F., DE CALUWE, A., « Les clauses abusives dans les contrats avec les professions libérales », in *Les professions libérales : publicité, clauses abusives et contrats à distance*, Collection Concurrence et pratiques du marché, Bruxelles, Larcier, 2012, pp. 51 à 76.

GOBERT, D., « Vers une discrimination de traitement entre la facture papier et la facture électronique ? », *C.J.*, n°4-5, 2001, pp. 45-54.

GOBERT, D. et MONTERO, E., « L'ouverture de la preuve littérale aux écrits sous forme électronique », *J.T.*, 2001, pp. 114-128.

GOODSON, J.M., « Uniform Commercial Code », *Law Library*, pp. 1-6, disponible sur <https://law.duke.edu/sites/default/files/lib/ucc.pdf>, consulté le 16 juillet 2014.

GREGOIRE, P., « Les conditions générales en matière de vente », in *La vente*, Liège, éd. Jeune Barreau, 1987, p. 63 et s.

GUPTA, I., « Are websites adequately communicating terms & conditions link in a browse-wrap agreement ? » *European Journal for Law and Technology*, Vol. 3, N°2, 2012, disponible sur <http://ejlt.org/article/view/47/239>, consulté le 17 juillet 2014.

HENROTTE, J.-F. et COLLARD, I., « Les conditions générales en ligne : cherchez l'intrus », *R.D.T.I.*, n°36, 2009, pp. 11-28.

HILLMAN, R.A. et RACHLINSKI, J.J., « Standard-form Contracting in the Electronic Age », 2001, pp. 1-70, disponible sur http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=287819.

JACQUEMIN, H., « Les clauses illicites dans les contrats conclus avec les titulaires de professions libérales », in *Les clauses abusives et illicites dans les contrats usuels*, Limal, Anthémis, 2013, pp. 157 à 199.

JACQUEMIN, H., *Le formalisme contractuel: Mécanisme de protection de la partie faible*, Bruxelles, Larcier, 2010, pp. 351-374.

JACQUEMIN, H., « Conclusion et preuve du contrat d'assurance dans l'environnement numérique », *For.ass.*, 2010, pp. 249-255.

JACQUEMIN, H., « Le consentement électronique en droit européen », *J.T.D.E.*, 2009, pp. 134-137.

JACQUEMIN, H., « Les formes applicables à certains contrats conclus par voie électronique », in *Les pratiques du commerce électronique*, coll. des Cahiers du C.R.I.D., n°30, Bruxelles, Bruylant, 2007, pp. 150-167.

JAFFERALI, R., « L'opposabilité des conditions générales dans les contrats internationaux », in *Les conditions générales de vente*, Bruxelles, Bruylant, 2013, pp. 79-144.

KABRE, W. D., *La conclusion des contrats électroniques : Étude de droits africains et européens*, Paris, L'Harmattan, 2013, pp. 1-584.

KILLINGSWORTH, S., « Minding Your Own Business: Privacy Policies in Principle and in Practice », *Journal of Intellectual Property Law*, 1999, p. 72.

KIM, N.S., « Clicking and Cringing », *Oregon Law Review*, vol. 86, 797, 2007, pp. 843-844, disponible sur <http://law.uoregon.edu/org/olrold/archives/86/kim.pdf>, consulté le 12 juillet 2014.

KOORNHOF, P. G.J., « The Enforceability of Incorporated Terms in Electronic Agreements », pp. 41-65, disponible sur http://www.speculumjuris.co.za/files/pdf/P_Koornhof_SJ_20122_1.pdf, consulté le 21 juillet 2014.

LAMBRECHT, M., « Première décision Creative Commons : Contrats de licence et modèles économiques du libre accès », *R.D.T.I.*, n°42, 2011, pp. 70-80.

LE TOURNEAU, P., *Contrats informatiques et électroniques*, Toulouse, Dalloz, 2008, pp. 1-490.

LECOCQ, P. et BIQUET-MATHIEU, C., « Le commerce électronique : conclusion et preuve du contrat. Rapport de droit belge », in *Rapports belges au congrès de l'Académie internationale de droit comparé à Brisbane*, Bruxelles, Bruylant, 2002, pp. 1105-1165.

LEMELEY, M.A., « Terms of Use », *Minnesota Law Review*, 2006, pp. 459-483, disponible sur http://www.minnesotalawreview.org/wp-content/uploads/2011/11/Lemley_Final.pdf, consulté le 13 juillet 2014.

LIMBACH, F., *Le consentement contractuel à l'épreuve des conditions générales, de l'utilité du concept de déclaration de volonté*, Paris, L.G.D.J., 2004, pp. 1-384.

LOUVEAUX, S., « Comment concilier le commerce électronique et la protection de la vie privée ? », in *Droit des technologies de l'information : Regards prospectifs*, Bruxelles, Bruylant, 1999, pp. 151-162.

MADRIGAL, A. C., « Reading the Privacy Policies You Encounter in a Year Would Take 76 Work Days », *The Atlantic*, 1^{er} mars 2012, disponible sur <http://www.theatlantic.com/technology/archive/2012/03/reading-the-privacy-policies-you-encounter-in-a-year-would-take-76-work-days/253851/>, consulté le 16 juillet 2014.

MANARA, C., « Site internet : inopposabilité des conditions d'utilisation », note sous CA Paris, 23 mars 2012, *RyanAir c/ Opodo, D.*, n°17, 2012, p. 1060.

MAS, F., *La conclusion des contrats du commerce électronique*, Paris, L.G.D.J., 2005, pp. 1-448.

MASNIC, M., « Will Tumblr's New Terms Of Service Finally Lead To The De-Stupidifying Of Terms Of Service? », disponible sur <https://www.techdirt.com/articles/20120326/01301418236/will-tumblrs-new-terms-service-finally-lead-to-de-stupidifying-terms-service.shtml>, consulté le 7 juillet 2014.

MOINY, J.-P., « Contracter dans les réseaux sociaux : un geste inadéquat pour contracter sa vie privée - Quelques réflexions en droit belge et américain », *Rev. Dr. ULg*, 2010, pp. 133-224.

MOINY, J.-P. et DE GROOTE, B., « “Cyberconsommation” et droit international privé », *R.D.T.I.*, n° 37, 2009, pp. 5-37.

MONTERO, E., « Le régime juridique des sites de vente aux enchères sur Internet », *DCCR*, n° 90, 2011, pp. 56-102.

MONTERO, E., « À propos d'un contrat de voyage formé par hybridation (Web + télécopie) », note sous Civ. Liège, 7^e ch., 1^{er} octobre 2008, *DAOR*, 2009, pp. 332-337.

MONTERO, E., « Avatars des contrats conclus par internet et parades légales », note sous Comm. Tongres, 5 octobre 2004, *DAOR*, 2007, pp. 160-168.

MONTERO, E., « Les contrats de l'informatique et de l'Internet », *Rép. not.*, Tome IX, Bruxelles, Larcier, 2005, pp. 1-271.

MONTERO, E., « La conclusion du contrat par voie électronique après la loi du 11 mars 2003 », in *Le droit des affaires en évolution – Le contrat sans papier*, Bruxelles, Bruylant, 2003, pp. 1-13.

MONTERO, E. et DEMOULIN, M., « La formation du contrat depuis le Code civil de 1804 : un régime en mouvement sous une lettre figée », in *Le droit des obligations contractuelles et le bicentenaire du Code civil*, Bruxelles, la Charte, 2004, pp. 1-50.

MONTERO, E. et DEMOULIN, M., « La conclusion des contrats par voie électronique », in *Le processus de formation du contrat*, Bruxelles, Bruylant, 2002, pp. 693-788.

MONTERO, E. ; DEMOULIN, M. et LAZARO, C., « La loi du 11 mars 2003 sur les services de la société de l'information », *J.T.*, 2004, pp. 81-95.

MOREAU-MARGREVE, I., « Les conditions générales de vente », in *Renaissance du phénomène contractuel*, séminaire organisé à Liège, La Haye, Martinus Nijhoff, 1971, p. 281.

MORINGIELLO, J.M., et REYNOLDS, W.L., « Survey of the Law of Cyberspace : Electronic Contracting Cases 2005-2006 », pp. 1-24, disponible sur http://digitalcommons.law.umaryland.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1245&context=fac_publications, consulté le 5 juillet 2014.

MOUGENOT, D., « L'acceptation de la facture en matière commerciale », *J.T.*, 2010, n° 6377, pp. 2-4.

NOËL, M.-P., « La vente aux consommateurs – Tour d’horizon d’un contrat hors du droit commun », in *La vente, un contrat usuel très réglementé*, CUP, vol. 90, Bruxelles, Larcier, 2006, pp. 115-215.

OAKLEY, R.L., « Fairness in Electronic Contracting : Minimum Standards for Non-Negotiated Contracts », *Houston L. Rev.*, 2005-2006, pp. 1042-1105, disponible sur http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1348815, consulté le 15 juillet 2014.

ORGAN, S.J. et CORCORAN, M.C., « Your Web Site’s "Terms of Use" : Are They Enforceable ? », *Privacy & Data Security Law Journal*, 2008, pp. 692-701, disponible sur <http://www.jonesday.com/files/Publication/97a326a1-0077-4fc9-ac81-e82c265d0c82/Presentation/PublicationAttachment/a882327c-e026-49bf-91fb-ee3f9ca21ac0/Terms%20of%20Use.pdf>, consulté le 17 juillet 2014.

PERRITT JR, H.H., *Law and the Information Superhighway*, Wiley Law Publications, 1996, pp. 1-730.

PHILIPPE, D. et CHAMMAS, M., « L’opposabilité des conditions générales », in *Le processus de formation du contrat*, CUP, vol. 72, Bruxelles, Larcier, 2004, pp. 197-304.

PIETERS, E., BYTTEBIER, K., et FELTKAMP, R., « Le Code de droit économique- Survol du contenu et des principales nouveautés », *R.D.C.*, liv. 4, 2014, pp. 329 à 370.

RAFIEI, M. et ABDUL MANAP, N., *Legal Position of Click Wrap Agreement*, Singapore, IACSIT Press, 2011, pp. 161-165, disponible sur <http://www.ipcsit.com/vol5/29-ICCCM2011-A086.pdf>, consulté le 14 juillet 2014.

RIEFA, C., « La protection des consommateurs sur les plates-formes de courtage en ligne : point de vue d’outre-Manche », *R.E.D.C.*, 2005, pp. 301-346.

RUE, G., « La vente en ligne et le consommateur », in *Protection du consommateur, pratiques commerciales et T.I.C.*, CUP, vol. 109, Bruxelles, Anthemis, 2009, pp. 60-95.

SAINT-REMY, G., « Les contrats à distance conclus avec des titulaires de professions libérales », in *Contrats à distance et protection des consommateurs*, Coll. Formation permanente CUP, vol. 64, Liège, CUP, 2003, pp. 159 à 172.

SAMSON, M., « Click-Wrap Agreement », *Internet Library of Law and Court Decisions*, 2008, disponible sur http://www.internetlibrary.com/internetlib_subject.cfm?TopicID=11, consulté le 16 juillet 2014.

SINGSANGOB, A., « A Validity of Shrinkwrap and Clickwrap License Agreements in the USA : Should we follow UCITA ? », pp. 1-32, disponible sur http://legallaid.bu.ac.th/pdfFiles/A_VALID_OF_SWL.pdf, consulté le 12 juillet 2014.

STEENNOT, R., *Onrechtmatige bedingen in de wet van 6 april 2010 betreffende marktpraktijken en consumentenbescherming : artikelsgewijze bespreking*, Coll. Artikel & Commentaar, Mechelen, Kluwer, 2012, pp. 23 à 49.

STROWEL, A., « Liaisons dangereuses et bonnes relations sur l'internet – À propos des hyperliens », *A&M*, 1998.

TAVERNE, M. et VAN RUYMBEKE, M., « Les clauses relatives à l'opposabilité et à la formation du contrat dans les conditions générales », in *La rédaction des conditions générales contractuelles – Aspects juridiques et pratiques, actes du colloque organisé à Louvain-la-Neuve*, Gand, Story-Scientia, 1984, p. 11.

TERRY, E., « La transposition de la directive droits des consommateurs en Belgique- champ d'application personnel et exclusion », *R.E.D.C.*, liv. 3-4, 2013, pp. 369 à 398.

TRACY, J.J., « Browsewrap Agreements : Register.com, Inc. V. Verio, Inc. », *B.U. J. SCI. & TECH. L.*, Vol. 11, n°1, 2005, disponible sur <https://www.bu.edu/law/central/jd/organizations/journals/scitech/volume111/tracyupdate.pdf>, consulté le 6 juillet 2014.

TRIAILLE, J.-P., « Un nouveau cadre européen pour le commerce électronique », *A&M*, 2000, pp. 270-276.

TROMPENAARS, B., "Legal support for online contracts", in *Copyright and electronic commerce*, Kluwer Law International, Information Law Series 8, 2000, pp. 165-227.

THOMAS, J.E., « An Interdisciplinary Critique of the Reasonable Expectations Doctrine », *5 Conn. Ins. L.J.* 295, 1998, pp. 296-333.

THUNGEN, R., « La formation du contrat conclu par voie électronique », in *Incidence des nouvelles technologies de la communication sur le droit commun des obligations*, Bruxelles, Bruylant, 2011, pp. 41-94.

TUFEKCI, Z., « Can You See Me Now? Audience and Disclosure Regulation in Online Social Network Sites », *28 Bull. Sci. Tech. & Soc 'Y 20*, 2008, pp. 20-35, disponible sur <https://www2.bc.edu/~peck/canyousee.pdf>, consulté le 15 juillet 2014.

TUMMERS, A., « Comment résoudre le conflit entre les conditions générales du vendeur et celles de l'acheteur ? », *Ann. Fac. dr. Liège*, 1972, pp. 585-616.

VAN BAEVEGHEM, B., « De factuur als bewijsmiddel : soms niet meer dan een feitelijk vermoeden », *R.A.B.G.*, 2008, pp. 934 et s.

VAN DER BRUGGEN, R., « Het no-showbeding in algemene vliegvoorwaarden: over de tegenstelbaarheid van algemene voorwaarden en de algemene verplichting tot informatie van de consument », *D.C.C.R.*, n° 99, 2013, pp. 55-67.

VAN ENIS, Q., « L'opposabilité des conditions générales *off-line* et *on-line* : de la suite dans les idées ? », in *Les conditions générales – Questions particulières*, Bruxelles, Anthemis, 2009, pp. 9-35.

VAN HUFFEL, M., « Contrats à distance, services financiers à distance et commerce électronique : la dynamique d'une évolution juridique en droit européen et en droit belge », *C.J.*, 2001, pp. 21-38.

VANBOSSELE F., « La législation sur les clauses abusives : dérogation au principe de l'autonomie de la volonté ? », in *Autonomie de la volonté, liberté contractuelle et contrats d'entreprise : quel avenir ?*, Antwerpen, Intersentia, 2011, pp. 171 à 184.

VANDERCAMMEN, M., « Les ventes aux enchères sur internet », in *Les pratiques du commerce électronique*, coll. des Cahiers du C.R.I.D., n°30, Bruxelles, Bruylant, 2007, pp. 120-127.

VERBIEST, T., *Commerce électronique : le nouveau cadre juridique*, Bruxelles, Larcier, 2004, pp. 1-232.

VERBIEST, T., *Le nouveau droit du commerce électronique*, Bruxelles, Larcier, 2005, pp. 1-240.

VERBIEST, T. et WERY, E., *Le droit de l'internet et de la société de l'information – Droit européen, belge et français*, Bruxelles, Larcier, 2001, pp. 1-648.

VISCOUNTY, P., ARCHIE, J., ALEMI F. et ALLEN, J. « Social Networking and the Law – Virtual Social Communities Are Creating Real Legal Issues », *Business Law Today*, Vol. 18, n° 4, 2009, pp. 1-4, disponible sur <http://apps.americanbar.org/buslaw/blt/2009-03-04/viscounty.shtml>, consulté le 27 juillet 2014.

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

WAUTERS, E., LIEVENS, E., VALCKE, P., « A legal analysis of Terms of Use of Social Networking Sites, including a practical legal guide for users : 'Right & obligations in a social media environnement', *User Empowerment in a Social Culture*, 2013, pp. 3-114, disponible sur http://emsoc.be/wp-content/uploads/2013/12/D-1.2.4-A-legal-analysis-of-Terms-of-Use-of-Social-Networking-Sites-including-a-practical-legal-guide-for-users_Rights-obligations-in-a-social-media-environment6.pdf, consulté le 13 juillet 2014.

WERY, P., « L'essor du droit impératif et ses rapports avec l'ordre public en matière contractuelle », *R.G.D.C.*, liv. 4, 2011, pp. 145 à 156.

WERY, P., « Nullité, inexistance et réputé non écrit », in in *La nullité des contrats*, Coll. Formation permanente CUP, vol. 88, Bruxelles, Larcier, 2006, pp. 19 et 20.

WERY, P., « Les clauses abusives relatives à l'inexécution des obligations contractuelles dans les lois de protection des consommateurs du 14 juillet 1991 et du 2 août 2002 », *J.T.*, 2003, pp. 797 à 809.

WINN, J. K. et BIX, B. H., « Diverging Perspectives on Electronic Contracting in the U.S. and EU », *Clev. St. L. Rev.*, 2006, pp. 176-190, disponible sur <http://engagedscholarship.csuohio.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1208&context=clevstlrev>, consulté le 12 juillet 2014.

WITTMANN, J. E., *Electronic contracts*, Vancouver, Negotiation and Drafting Major Business Agreements Conference Federated Press, Octobre 2007, pp. 3-15, disponible sur

http://www.wdwlaw.ca/ELECTRONIC_CONTRACTS_111007_280312.pdf, consulté le 10 juillet 2014.

X., « The Origin of Click-Wrap: Software Shrink-Wrap Agreements », *Wilmerhale*, 2000, disponible sur

<http://www.wilmerhale.com/pages/publicationsandNewsDetail.aspx?NewsPubId=95543>, consulté le 17 juillet 2014.

ZHANG, M., « Contractual Choice of Law in Contracts of Adhesion and Party Autonomy », *Akron L. Rev.*, 2008, pp. 1-40, disponible sur

http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1017841, consulté le 12 juillet 2014.

Divers

A. Avis

Avis C.C.A. n° 17 sur les conditions générales des contrats de location de véhicules automobiles du 1 juin 2005, disponible sur

http://economie.fgov.be/fr/binaries/Cca17_tcm326-74398.pdf, consulté le 10 juillet 2014.

Avis C.C.A. n° 19 sur les conditions générales des exploitants de services de téléphonie fixe du 29 mars 2006, disponible sur http://economie.fgov.be/fr/binaries/Cca19_tcm326-74400.pdf, consulté le 10 juillet 2014.

Avis C.C.A. n° 23 sur les conditions générales dans les contrats entre vidéothèques et consommateurs du 19 décembre 2007, disponible sur

http://economie.fgov.be/fr/binaries/Cca23_tcm326-74381.pdf, consulté le 10 juillet 2014.

Avis C.C.A. n° 24 sur les conditions générales des contrats dans le secteur de la télédistribution du 25 juin 2008, disponible sur

http://economie.fgov.be/fr/binaries/Cca24_tcm326-74422.pdf, consulté le 10 juillet 2014.

Avis C.C.A. n° 30 sur les conditions générales dans les contrats entre fournisseurs d'énergie et consommateurs du 30 mars 2011, disponible sur

http://economie.fgov.be/fr/binaries/CCA30_tcm326-132236.pdf, consulté le 10 juillet 2014.

B. Autres

Le Forum des droits sur l'internet, « Cyber-Consommation : les nouvelles tendances », Premier rapport de l'Observatoire de la Cyber-Consommation, Mars 2004, disponible sur <http://www.youscribe.com/catalogue/rapports-et-theses/ressources-professionnelles/fiscalite/cyber-consommation-les-nouvelles-tendances-2369452>, consulté le 17 juillet 2014.

Conditions d'utilisation de Tumblr, disponible sur <http://www.tumblr.com/policy/en/terms-of-service>, consulté le 20 juillet 2014.

Site « Terms of Service ; Didn't Read », disponible sur <http://tosdr.org/#>, consulté le 20 juillet 2014.

ZENT LAW GROUP, « Enforceability of “Browse-Wrap” Agreements », pp. 1-3, disponible sur http://www.zentlawgroup.com/news/ZentLaw_White_Paper_-E-Commerce_Issue_2010.pdf, consulté le 14 juillet 2014.

AEC, « Sites internet : Mentions légales, CGU/CGV et clauses particulières » <http://www.aecom.org/Vous-informer/Juridique-TIC/Droit-Internet/Commerce-electronique/Sites-internet-mentions-legales-CGU-CGV-et-clauses-particulieres>, consulté le 16 juillet 2014.

Groupe 29, avis n°5/2005 sur l'utilisation de données de localisation aux fins de fourniture de services à valeur ajoutée, 25 novembre 2005, p.6, disponible sur http://ec.europa.eu/justice/policies/privacy/docs/wpdocs/2005/wp115_fr.pdf, consulté le 25 juillet 2014.

<http://instagram.com/legal/terms>, consulté le 26 juillet 2013

<http://www.3suisses.be/fr/services/CGV.htm>, consulté le 24 juillet 2014.

<http://www.besoindesavoir.com/CGC>, consulté le 27 juillet 2014.

https://www.facebook.com/legal/terms?locale=fr_FR, consulté le 25 juillet 2014.

<http://www.airjamcompany.com/conditions-generales-dutilisation/>, consulté le 28 juillet 2014.

www.actioncameras.fr/conditions-generales-vente/, consulté le 29 juillet 2014.

Place Montesquieu, 2 bte L2.07.01, 1348 Louvain-la-Neuve, Belgique www.uclouvain.be/drt

