

Recommandation n° 2014-02 relative aux contrats proposés par les fournisseurs de services de réseaux sociaux

La Commission des clauses abusives,

Vu le Règlement n° 44/2001 du Conseil du 22 décembre 2000 concernant la compétence judiciaire, la reconnaissance et l'exécution des décisions en matière civile et commerciale, dit Bruxelles I, et, notamment, ses articles 15 §2, 16, 17, 60 ;

Vu le Règlement n° 593/2008 du Parlement européen et du Conseil du 17 juin 2008 sur la loi applicable aux obligations contractuelles, dit Rome I, et, notamment, ses articles 2 et 6 ;

Vu le Règlement UE n°1215/2012 du 12 décembre 2012 du Parlement européen et du Conseil concernant la compétence judiciaire, la reconnaissance et l'exécution des décisions en matière civile et commerciale, et, notamment, son article 18 ;

Vu les dispositions du code civil et, notamment, ses articles 389-3, alinéa 1er, et 1124 ;

Vu les dispositions du code de la consommation et, notamment, ses articles L. 111-1, L. 121-1, 2°, L. 121-16 et suivants, L.121-94, L. 132-1, L.133-2, L. 136-1, L. 141-5, L. 423-25, L. 534-1 et suivants, et R.132-1 à R.132-2-1 ;

Vu les dispositions du code de la propriété intellectuelle et, notamment, ses articles L. 121-1, L. 122-7, L. 131-1, L. 131-3 ;

Vu la loi n° 78-17 du 6 janvier 1978 relative à l'informatique, aux fichiers et aux libertés et, notamment, ses articles 6, 7, 8, 34, 68 ;

Vu la loi n° 2004-575 du 21 juin 2004 pour la confiance dans l'économie numérique et, notamment, son article 6, I, 2 ;

Entendu les représentants des professionnels concernés ;

Considérant que les réseaux sociaux ont connu, ces dernières années, une forte croissance de leur fréquentation et ce, parmi toutes les catégories de la population et, notamment, les mineurs ; que le modèle d'affaires de ces réseaux sociaux repose principalement sur la collecte d'informations utiles au fonctionnement du réseau social, la valorisation des informations recueillies et échangées ; qu'afin de clarifier la distinction entre le réseau lui-même et le service rendu, ce dernier sera dénommé dans la présente recommandation service de réseautage social ;

Considérant que ces services de la société de l'information reposent sur un fonctionnement participatif, par lequel les utilisateurs fournissent du contenu (photographies, chroniques,

commentaires, musiques, vidéo ou encore liens vers d'autres sites) accessible en ligne à d'autres utilisateurs, publiquement ou de manière privée ;

Considérant que la circonstance que l'utilisateur participe au fonctionnement du réseau et assure donc lui-même une prestation de service n'altère en rien sa qualité de consommateur ou non-professionnel ;

Considérant que les réseaux sociaux fonctionnent sur des rapports contractuels avec leurs utilisateurs ; que ces contrats sont conclus pour une durée indéterminée entre un professionnel et un utilisateur qui peut agir tantôt en qualité de professionnel lorsque le réseau social propose un service de mise en relation de professionnels, tantôt en qualité de consommateur ou non-professionnel lorsque l'internaute agit à des fins n'entrant pas dans le cadre de son activité commerciale, industrielle, artisanale ou libérale ; que seuls ces derniers contrats sont inclus dans le champ de cette recommandation ;

Considérant que les contrats d'adhésion qui sont ainsi conclus entre le fournisseur du service de réseautage social et l'utilisateur en sa qualité de consommateur ou de non-professionnel présentent tout ou partie des particularités suivantes :

- une asymétrie informationnelle entre les parties ;
- la mise à disposition d'un service sans contrepartie monétaire ;
- l'instantanéité de l'adhésion de l'utilisateur, laquelle peut s'effectuer soit au terme d'un processus de simple clic pour accepter les conditions générales d'utilisation, soit par la seule navigation, autrement dit, la simple utilisation du réseau ;
- la multiplicité des documents auxquels l'accès ne s'opère que par renvois (liens hypertextes ou renvois internes) ;

Considérant que l'examen des multiples modèles de conventions habituellement proposées par les fournisseurs professionnels de services de réseautage social à leurs cocontractants consommateurs ou non-professionnels a conduit à déceler des clauses dont le caractère abusif au sens de l'article L. 132-1 du code de la consommation peut être relevé ;

I – Lisibilité et rédaction du contrat

A. Présentation des contrats

1 - Considérant que les conditions générales d'utilisation de certains contrats de fourniture de réseautage social sont difficilement lisibles à l'écran comme sur papier après impression desdites conditions générales en raison de la charte graphique de l'interface du réseau social ; que ces clauses ne sont pas conformes au 1^{er} alinéa de l'article L. 133-2 du code de la consommation qui dispose que « Les clauses des contrats proposés par les professionnels aux consommateurs ou aux non-professionnels doivent être présentées et rédigées de façon claire et compréhensible » ; que ce procédé, en ne permettant pas un accès effectif au contenu du

contrat, crée un déséquilibre significatif entre les droits et obligations des parties au contrat au détriment du consommateur ou du non-professionnel ;

B. Langue des contrats

2 - Considérant qu'un certain nombre de contrats de service de réseautage social sont rédigés en langue étrangère sans proposer de version française aux consommateurs ; que les clauses stipulées dans de tels contrats ne sont pas compréhensibles pour l'utilisateur français ; que ces clauses ne sont pas conformes au 1^{er} alinéa de l'article L. 133-2 du code de la consommation qui dispose que « Les clauses des contrats proposés par les professionnels aux consommateurs ou aux non-professionnels doivent être présentées et rédigées de façon claire et compréhensible » ; que ce procédé, en ne permettant pas un accès effectif au contenu du contrat, crée un déséquilibre significatif entre les droits et obligations des parties au contrat au détriment du consommateur ou du non-professionnel ;

3 - Considérant que plusieurs contrats de service de réseautage social comportent une clause de traduction prévoyant la primauté de la version étrangère des conditions générales d'utilisation sur la version française en cas de conflit entre ces deux versions linguistiques ; que de telles clauses ayant pour effet de rendre opposable au consommateur ou au non-professionnel un contrat dans une version qui n'est pas celle qu'il a acceptée créent un déséquilibre significatif entre les droits et obligations des parties au contrat au détriment du consommateur ou du non-professionnel ;

C. Clauses déterminant la qualification des documents

4 - Considérant que de nombreux contrats comportent des clauses faisant référence à des documents dénommés : charte, politique de confidentialité, politique d'utilisation, règles de communauté, sans précision de leur nature contractuelle ; que ces dénominations ambiguës ne permettent pas au consommateur ou au non-professionnel de déterminer si ces documents ont une valeur contractuelle ; que ces clauses qui privent le consommateur ou le non-professionnel d'une information claire sur la nature et la portée de ses engagements ne sont pas conformes au 1^{er} alinéa de l'article L. 133-2 du code de la consommation qui dispose que « Les clauses des contrats proposés par les professionnels aux consommateurs ou aux non-professionnels doivent être présentées et rédigées de façon claire et compréhensible » ; que cette ambiguïté relative à la valeur contractuelle des documents crée un déséquilibre significatif entre les droits et obligations des parties au contrat au détriment du consommateur ou du non-professionnel en ce qu'elle le prive d'une information claire quant à l'existence ou à la portée de ses engagements ;

D. Clauses au contenu disparate

5 - Considérant que certains contrats comportent une clause qui traite simultanément et sans ordre logique d'une série d'obligations de nature diverse (quant au contenu du site ou quant à

son accès, aux données personnelles, au partage des contenus ou encore à la responsabilité) ; qu'une telle clause, par l'accumulation désordonnée des stipulations, rend difficile l'accès effectif au contenu du contrat ; que, présentant ainsi un caractère difficilement lisible pour le consommateur ou le non-professionnel, elle est contraire à l'article L. 133-2, alinéa 1er, du code de la consommation et crée un déséquilibre significatif entre les droits et obligations des parties au contrat au détriment du consommateur ou du non professionnel ;

6 - Considérant que certains contrats comportent une clause qui traite simultanément et sans ordre logique d'une série d'obligations de nature diverse à la charge des parties ; qu'une telle clause qui est de nature à susciter des confusions quant au contenu exact des droits et obligations des parties, est contraire à l'article L. 133-2, alinéa 1er, du code de la consommation ; qu'elle crée, donc, un déséquilibre significatif entre les droits et obligations des parties au contrat au détriment du consommateur quant à la compréhension des droits et obligations réciproques ;

E. Clauses de renvois

7 - Considérant que la plupart des contrats de fourniture de service de réseautage social se présentent soit sous la forme de documents gigognes accessibles par différents liens hypertextes soit sous la forme de clauses qui renvoient les unes aux autres ; que ces renvois successifs peuvent, lorsqu'ils sont excessifs, nuire à l'accès effectif de l'utilisateur à ces documents contractuels ; qu'ainsi, ces clauses de renvoi, en ce qu'elles ne permettent pas un accès global au contrat, nuisent à l'appréciation de sa cohérence d'ensemble ; que de telles clauses, qui portent atteinte à la compréhensibilité du contrat, sont contraires à l'article L. 133-2, alinéa 1er, du code de la consommation ; que ce défaut d'appréhension de l'étendue des droits et obligations crée un déséquilibre significatif entre les droits et obligations des parties au contrat au détriment du consommateur ou du non-professionnel ;

II – Formation du contrat

A. Capacité du consommateur mineur

8 - Considérant que la plupart des contrats de fourniture de service de réseautage social destinés aux mineurs comportent des clauses relatives au traitement de ses données personnelles sans exigence du consentement exprès de son représentant légal ; qu'il résulte des articles 389-3 alinéa 1er et 1124 du code civil que le mineur capable de discernement peut valablement accomplir seul uniquement les actes permis par la loi ou l'usage, ces derniers étant considérés comme des actes de la vie courante ; que le mineur ne peut mesurer par lui-même l'ensemble des conséquences préjudiciables qui pourraient naître du traitement de ses données personnelles ; que le mineur ne peut, sans consentement préalable de son représentant légal, consentir au traitement de ses données personnelles, y compris dans un contrat d'usage ; que ces clauses, en ce qu'elles laissent croire au consommateur ou au non-professionnel mineur qu'il peut seul consentir au traitement de ses données à caractère

personnel, créent un déséquilibre significatif entre les droits et obligations des parties au contrat au détriment du consommateur ou du non-professionnel mineur ;

9 - Considérant que la plupart des contrats d'utilisation de fourniture de service de réseautage social destinés aux mineurs prévoient que le fait pour les mineurs de s'inscrire implique qu'ils ont obtenu une autorisation préalable de leurs parents, y compris pour des stipulations qui ne peuvent être souscrites que par l'intermédiaire de leur représentant légal ; qu'en conséquence, ces clauses qui font présumer l'existence du consentement du représentant légal et réputent le contrat valablement formé en l'absence d'un tel consentement exprès, sont abusives en ce qu'elles créent un déséquilibre significatif entre les droits et obligations des parties au contrat au détriment du consommateur ou du non-professionnel mineur ;

B. Consentement

a) Clauses d'acceptation implicite

10 - Considérant que la plupart des contrats de fourniture de service de réseautage social présument immédiatement le consentement du consommateur ou du non-professionnel du seul fait qu'il utilise le réseau et l'obligent à cliquer ensuite sur un lien hypertexte s'il désire s'informer du contenu des conditions générales d'utilisation auxquelles il a, donc, ainsi implicitement adhéré ; que si le consommateur ou le non-professionnel a, de la sorte, la possibilité formelle d'accéder au contenu des conditions générales d'utilisation, cette accessibilité est postérieure à son adhésion qui résulte de la seule navigation ; que la clause qui stipule que la seule navigation emporte l'adhésion du consommateur aux conditions générales d'utilisation à un moment où il n'a pas pu avoir accès à celles-ci, est, selon l'article R. 132-1, 1° du code de la consommation, de manière irréfragable présumée abusive ;

b) Clauses définissant les étapes de l'offre et de l'acceptation

11 - Considérant qu'une clause d'un contrat de fourniture de service de réseautage social qui propose, en plus de la plateforme d'échanges, la vente de biens, réels ou virtuels, permet au professionnel de transférer la qualité d'auteur de l'offre au consommateur ou au non-professionnel, en contravention avec l'article 1369-4 du code civil, privant ce dernier du bénéfice de la procédure dite du double-clic définie par l'article 1369-5 du code civil ; qu'une telle clause est illicite et, maintenue dans un contrat conclu entre un professionnel et un consommateur ou un non-professionnel, abusive ;

c) Clauses relatives au droit de rétractation

12 - Considérant qu'une clause d'un contrat de fourniture de service de réseautage social proposant, en plus de la plateforme d'échanges, la vente de biens, réels ou virtuels, prévoit un délai d'annulation de l'achat d'une durée de cinq jours ; que cette clause qui contrevient au

délai de rétractation de quatorze jours prévu à l'article L. 121-21 du code de la consommation, est illicite et, maintenue dans un contrat conclu entre un professionnel et un consommateur ou un non-professionnel, abusive ;

13 - Considérant qu'une clause d'un contrat de fourniture de service de réseautage social qui propose, en plus de la plateforme d'échanges, le téléchargement de contenu numérique non fourni sur un support matériel, interdit tout « retour de contenu numérique » ; qu'une telle clause qui laisse croire à l'utilisateur qu'il ne dispose d'aucun droit de rétractation en cas de téléchargement, alors que cette exclusion est subordonnée à son renoncement exprès à ce droit, n'est pas conforme à l'article L. 121-21-8, 13° du code de la consommation ; qu'une telle clause est illicite et, maintenue dans un contrat conclu entre un professionnel et un consommateur ou un non-professionnel, abusive ;

III – Contenu du contrat

A. Clauses de gratuité

14 - Considérant que de nombreux contrats de fourniture de service de réseautage social prévoient des clauses affirmant que les services proposés sont gratuits ; que ces clauses laissent croire à l'utilisateur consommateur ou non-professionnel que le service est dépourvu de toute contrepartie de sa part, alors que, si toute contrepartie monétaire à sa charge est exclue, les données, informations et contenus qu'il dépose, consciemment ou non, à l'occasion de l'utilisation du réseau social, constituent une contrepartie qui s'analyse en une rémunération ou un prix, potentiellement valorisable par le professionnel ; que cette ambiguïté de la clause de rémunération autorise son examen par une interprétation *a contrario* de l'article L. 132-1, alinéa 7, du code de la consommation, selon lequel l'appréciation du caractère abusif des clauses ne porte pas sur l'adéquation de la rémunération au service offert « *pour autant que les clauses soient rédigées de façon claire et compréhensible* » ; que ces clauses sont de nature à créer un déséquilibre significatif entre les droits et obligations des parties au contrat au détriment du consommateur ou du non-professionnel en ce qu'elles lui laissent croire qu'il ne fournit aucune contrepartie, alors que celle-ci réside dans l'ensemble des traitements de ses données à caractère personnel, des informations et des contenus déposés sur le réseau ;

B. Clauses relatives aux données personnelles des clients

a) Clauses de qualification des données à caractère personnel

15 - Considérant que certains contrats de fourniture de service de réseautage social comportent des clauses qui font référence aux nombreuses traces – cookies, données de géolocalisation, adresse IP, notamment – laissées par l'utilisateur consommateur ou non-professionnel au cours de sa navigation, en excluant à son égard toute protection au titre des données à caractère personnel alors même que certaines de ces traces pourraient être

qualifiées de données à caractère personnel et bénéficières comme telles, pour leur traitement, des dispositions de la loi n° 78-17 du 6 janvier 1978 relative à l'informatique, aux fichiers et aux libertés ; que ces clauses sont de nature à créer un déséquilibre significatif entre les droits et obligations des parties au contrat au détriment du consommateur ou du non-professionnel en ce qu'elles lui laissent croire que le professionnel est dispensé de toute obligation lorsqu'il collecte, traite, utilise ou partage ces informations ;

b) Clauses relatives au traitement des données à caractère personnel

1) Clauses relatives à la licéité du traitement

16 - Considérant que de nombreux contrats de fourniture de service de réseautage social prévoient des clauses qui envisagent largement les traitements des données à caractère personnel des utilisateurs consommateurs ou non-professionnels ; que ces clauses qui visent toutes formes d'utilisation des données sans précision des finalités du traitement prévoient un consentement implicite de l'utilisateur consommateur ou non-professionnel audit traitement résultant de la seule navigation sur le site du réseau ; que les articles 6 et 7 de la loi n° 78-17 du 6 janvier 1978 relative à l'informatique, aux fichiers et aux libertés imposent, d'une part, soit de recueillir le consentement de la personne concernée, soit de satisfaire à l'une des cinq autres conditions de licéité et, d'autre part, de réaliser un traitement de manière licite et loyale pour des finalités strictement déterminées ; que ces clauses qui ne respectent pas les conditions de licéité des traitements constituent des violations caractérisées des articles 6 et 7 de la loi informatique et libertés ; qu'ainsi, elles sont illicites et, maintenues dans un contrat conclu entre un professionnel et un consommateur ou un non-professionnel, abusives ;

17 - Considérant que certaines clauses des contrats de fourniture de service de réseautage social prévoient que l'utilisateur consommateur ou non-professionnel peut consentir implicitement, du seul fait de sa navigation sur le site, au traitement par le professionnel de données sensibles le concernant ; que l'article 8 de la loi n° 78-17 du 6 janvier 1978 relative à l'informatique, aux fichiers et aux libertés impose de recueillir un consentement explicite pour les données qui font « *apparaître, directement ou indirectement, les origines raciales ou ethniques, les opinions politiques, philosophiques ou religieuses ou l'appartenance syndicale des personnes ou qui sont relatives à la santé ou à la vie sexuelle de celles-ci* » ; que ces clauses sont donc illicites et, maintenues dans un contrat conclu entre un professionnel et un consommateur ou un non-professionnel, abusives ;

2) Clauses autorisant le partage des données

18 - Considérant que de nombreuses clauses des contrats de fourniture de service de réseautage social prévoient la faculté pour le professionnel de communiquer les données à caractère personnel des utilisateurs consommateurs ou non-professionnels à des tiers non désignés ou des catégories de tiers non désignées, pour des utilisations non précisées et dont

les finalités ne sont pas spécifiquement envisagées ; que, conformément aux articles 6 et 7 de la loi n° 78-17 du 6 janvier 1978 relative à l'informatique, aux fichiers et aux libertés, le traitement licitement réalisé doit respecter des finalités déterminées, explicites et légitimes et les données ne doivent pas être traitées ultérieurement de manière incompatible avec ces finalités ; qu'en outre, l'article 38 de la loi précitée confère à toute personne le droit de s'opposer à ce que des données à caractère personnel la concernant fassent l'objet d'un traitement ; que de telles clauses sont de nature à créer un déséquilibre significatif entre les droits et obligations des parties au contrat au détriment du consommateur ou du non-professionnel en ce qu'elles lui laissent croire, d'une part, que les traitements réalisés par ces actes de communication de données à caractère personnel à des tiers ne sont nullement soumis aux conditions de licéité des traitements légalement prévues et, d'autre part, qu'il ne dispose pas du droit d'opposition et de rectification lorsque ces traitements ont été mis en œuvre ;

3) Clauses relatives à la conservation des données

19 - Considérant que certaines clauses des contrats de fourniture de service de réseautage social prévoient une conservation des données à caractère personnel de l'utilisateur consommateur ou non-professionnel pour une durée indéterminée, ou sans lien avec la durée nécessaire aux finalités du traitement ; que l'article 6, 5° de la loi n° 78-17 du 6 janvier 1978 relative à l'informatique, aux fichiers et aux libertés dispose que les données à caractère personnel « *sont conservées sous une forme permettant l'identification des personnes concernées pendant une durée qui n'excède pas la durée nécessaire aux finalités pour lesquelles elles sont collectées et traitées* » ; que ces clauses constituent des violations caractérisées des dispositions précitées ; qu'ainsi, elles sont illicites et, maintenues dans un contrat conclu entre un professionnel et un consommateur ou un non-professionnel, abusives ;

4) Clauses relatives au transfert des données hors UE

20 - Considérant que certaines clauses contenues dans les contrats de fourniture de service de réseautage social réservent au professionnel la faculté de transférer les données à caractère personnel de l'utilisateur consommateur ou non-professionnel vers des Etats, parfois indéterminés, n'appartenant pas nécessairement à l'Union européenne, et ce, sans recueillir un consentement spécifique à ces transferts de la part du consommateur ou du non-professionnel ; que les articles 68 et 69 de la loi n° 78-17 du 6 janvier 1978 relative à l'informatique, aux fichiers et aux libertés interdisent de tels transferts à moins que le professionnel ait recueilli le consentement exprès du consommateur ou du non-professionnel ou que les Etats concernés garantissent un niveau de protection suffisant de la vie privée et des droits fondamentaux à l'égard du traitement des données à caractère personnel ; que ces clauses qui ne respectent pas ces dispositions en ce qu'elles n'exigent pas un consentement exprès à ces transferts ou en ce qu'elles présument ce consentement, sont illicites et, maintenues dans un contrat conclu entre un professionnel et un consommateur ou un non-professionnel, abusives ;

c) Clauses relatives à la sécurité des données

21 - Considérant que certaines clauses contenues dans les contrats de fourniture de service de réseautage social transfèrent à l'utilisateur non-professionnel ou consommateur la charge de l'obligation du responsable de traitement de veiller à la sécurité des données à caractère personnel qui sont traitées sur le réseau social ; que l'article 34 de la loi n° 78-17 du 6 janvier 1978 relative à l'informatique, aux fichiers et aux libertés prévoit que « *le responsable du traitement est tenu de prendre toutes les précautions utiles, au regard de la nature des données et des risques présentés par le traitement, pour préserver la sécurité des données et notamment empêcher qu'elles soient déformées, endommagées ou que des tiers non autorisés y aient accès* » ; que ces clauses sont de nature à créer un déséquilibre significatif entre les droits et obligations des parties au contrat au détriment du consommateur ou du non-professionnel en ce qu'elles lui laissent croire, au mépris des dispositions précitées de la loi informatique et libertés, qu'il est seul tenu de veiller à la sécurité de ses données ;

d) Clauses relatives à la modification de la politique de confidentialité

22 - Considérant que certaines clauses des contrats de fourniture de service de réseautage social réservent au professionnel le droit de modifier unilatéralement la politique de confidentialité et, en conséquence, les dispositions applicables aux traitements des données à caractère personnel, sans information préalable dans un délai raisonnable ouvrant au consommateur ou au non-professionnel le droit de résilier le contrat ; que de telles modifications portent sur la contrepartie fournie par le consommateur ou le non-professionnel ; que ces clauses sont de manière irréfragable présumées abusives en vertu de l'article R. 132-1, 3° du code de la consommation ;

23- Considérant que certaines clauses des contrats de fourniture de service de réseautage social prévoient que les conditions relatives aux traitements des données à caractère personnel sont modifiables à tout moment, sans préciser que les nouvelles conditions ne seront applicables qu'à la période postérieure à leur entrée en vigueur ; qu'elles sont ainsi de nature à créer un déséquilibre significatif entre les droits et obligations des parties au contrat au détriment du consommateur ou du non-professionnel en ce qu'elles lui laissent croire qu'il est lié de manière rétroactive par les nouvelles conditions relatives aux traitements des données ;

C. Clauses relatives aux contenus numériques

a) Clauses relatives aux licences de propriété intellectuelle

24- Considérant que la plupart des contrats de fourniture de services de réseautage social comprennent une clause prévoyant que, dans l'hypothèse de la publication d'un contenu dans le cadre des prestations mises à disposition par le fournisseur de service, l'utilisateur accorde à ce dernier un droit d'utilisation sur ce contenu ; que ces clauses peuvent porter sur un

contenu protégé par la législation régissant le droit d'auteur au sens du livre I du code de la propriété intellectuelle ; que certaines de ces clauses sont formulées de manière trop large et qu'elles sont, alors, contraires aux prescriptions des articles L. 131-1 et L. 131-3 dudit code qui imposent de préciser le contenu visé, les droits conférés ainsi que les exploitations autorisées par l'auteur du contenu protégé ; que cette généralité est de nature à créer un déséquilibre significatif entre les droits et obligations des parties au contrat au détriment du consommateur ou du non-professionnel ;

25 - Considérant que la plupart des contrats de fourniture de services de réseautage social comportent des clauses qui confèrent une totale liberté au fournisseur de service lors de l'utilisation du contenu ; qu'elles sont contraires à l'article L. 121-1 du code de la propriété intellectuelle en ce qu'elles portent atteinte au principe d'ordre public d'inaliénabilité du droit moral de l'auteur ; que ces clauses sont illicites et, maintenues dans un contrat conclu entre un professionnel et un consommateur ou un non-professionnel, abusives ;

26 - Considérant que la plupart des clauses prévoient que le droit d'utilisation conféré au fournisseur du service l'est à titre gratuit ; que certaines de ces clauses sont noyées dans les conditions générales d'utilisation du service de réseautage social sans que l'attention de l'utilisateur soit suffisamment attirée sur la portée de son engagement ; que ces clauses qui privent le non-professionnel ou le consommateur d'une information claire sur la portée de son engagement sont contraires à l'article L. 133-2, alinéa 1er, du code de la consommation ; que ce défaut de lisibilité est de nature à créer un déséquilibre entre les droits et les obligations des parties au contrat au détriment du consommateur ou du non-professionnel ;

b) Clauses de conformité à la loi n° 2004-575 du 21 juin 2004 pour la confiance dans l'économie numérique

27 - Considérant que plusieurs contrats contiennent une clause stipulant que le fournisseur du service ne saurait être tenu responsable au titre des contenus circulant sur son réseau social ; que, lorsque le fournisseur peut être qualifié d'hébergeur, cette clause est contraire aux articles 6, I, 2 et suivants de la loi n° 2004-575 du 21 juin 2004 pour la confiance dans l'économie numérique, selon lesquels cet intermédiaire technique peut engager sa responsabilité dès lors qu'il a connaissance d'un contenu manifestement illicite et qu'il n'a pas agi promptement pour supprimer le contenu ou en bloquer l'accès sous conditions ; que, dans l'hypothèse où le fournisseur n'est qu'un simple prestataire de stockage, sa responsabilité peut être engagée sur le fondement du droit commun ; que ces clauses privent les utilisateurs cocontractants de toute action en responsabilité à l'encontre du fournisseur du service ; que de telles clauses exclusives de responsabilité sont de manière irréfragable présumées abusives au sens de l'article R. 132-1, 6° du code de la consommation ;

28 - Considérant que certains contrats comportent des clauses qui prévoient, en cas de circulation de contenu illicite sur le réseau social, que le retrait de ce contenu n'a qu'un caractère facultatif pour le fournisseur de service ; que certaines clauses nient l'exigence de promptitude qui encadre ce retrait ou le soumettent à davantage de conditions que les

prévisions légales ne l'exigent ; que ces clauses sont illicites en ce qu'elles sont contraires aux dispositions des articles 6, 1, 2 et suivants de la loi n° 2004-575 du 21 juin 2004 pour la confiance dans l'économie numérique ; que, maintenues dans un contrat conclu entre un professionnel et un consommateur ou un non-professionnel, elles sont abusives ;

c) Clauses relatives à la perte des contenus

29 - Considérant que certains contrats contiennent des clauses excluant la responsabilité du fournisseur de service en cas de dommage subi du fait de la perte de contenu sur son site même lorsqu'il est tenu d'une obligation de stockage ; que ces clauses sont de manière irréfugable présumées abusives au sens de l'article R. 132-1, 6° du code de la consommation ;

d) Clauses relatives au rejet ou à la suppression des contenus

30 - Considérant que plusieurs contrats comportent des clauses conférant au fournisseur du service un pouvoir discrétionnaire pour accepter ou supprimer, pour une raison quelconque, un contenu généré par le consommateur ou le non-professionnel utilisateur du réseau social, en dehors de l'hypothèse de la modération contractuellement prévue ; que ces clauses ont pour effet d'accorder au seul professionnel le droit de déterminer si le contenu est conforme aux stipulations du contrat, alors même que ce professionnel s'est engagé à fournir une prestation de stockage et de mise à disposition de tous contenus ; que de telles clauses sont de manière irréfugable présumées abusives au sens de l'article R. 132-1, 4° du code de la consommation ;

e) Clauses relatives à la conservation des contenus après la suppression du compte

31 – Considérant que certains contrats contiennent des clauses prévoyant, en cas de résiliation du contrat, que le fournisseur du service se réserve le droit de conserver les contenus mis en ligne par l'utilisateur, hors les hypothèses de cession licite ou de motif légitime, au-delà de la durée nécessaire aux opérations techniques de suppression des contenus ; que ces clauses reconnaissent au professionnel un pouvoir de décision unilatérale quant à la durée de conservation de ces contenus sans que ce droit ne soit assorti d'une information relative aux modalités de cette conservation en faveur de l'utilisateur consommateur ou non-professionnel ; que ces clauses sont de nature à créer un déséquilibre significatif entre les droits et obligations des parties au contrat au détriment du consommateur ou du non-professionnel ;

IV – Clauses relatives à l'exécution du contrat

A. Clauses relatives aux modifications unilatérales du site, des services ou des conditions générales d'utilisation

a) Clauses de modifications unilatérales du site ou des conditions générales d'utilisation

32 - Considérant que quelques contrats de fourniture de service de réseautage social comportent une clause qui confère au professionnel le droit de modifier le site ou les conditions générales d'utilisation sans informer préalablement le consommateur ou non-professionnel ; que, par sa généralité, cette clause autorise une modification unilatérale en dehors des seuls cas prévus par l'article R. 132-2-1, IV et V du code de la consommation ; que, dès lors, cette clause est abusive en vertu soit de l'article R. 132-1, 3°, soit de l'article R. 132-2, 6° du code de la consommation ;

b) Clauses de présomption du consentement du consommateur ou du non-professionnel aux modifications unilatérales des conditions générales d'utilisation

33 - Considérant que la plupart des contrats de fourniture de service de réseautage social comportent des clauses présumant le consentement du consommateur aux modifications des conditions générales d'utilisation apportées unilatéralement par le fournisseur du service, hors des seuls cas prévus par l'article R. 132-2-1, IV et V du code de la consommation ; que ces clauses qui ont pour effet de permettre une modification unilatérale par le professionnel des conditions générales d'utilisation, sont abusives en vertu soit de l'article R. 132-1, 3°, soit de l'article R. 132-2, 6° du code de la consommation ;

c) Clauses de transfert de l'obligation d'information

34 - Considérant que la plupart des contrats de fourniture de service de réseautage social indiquent qu'il appartient à l'utilisateur de consulter régulièrement les conditions générales d'utilisation aux fins de prendre connaissance de leurs modifications et de s'y conformer ; que ces clauses qui transfèrent l'exécution de l'obligation d'information sur l'utilisateur conduisent à renverser la charge de l'obligation légale d'information qui pèse sur le professionnel ; qu'elles créent donc un déséquilibre significatif entre les droits et obligations des parties au contrat au détriment de l'utilisateur non-professionnel ou consommateur ;

d) Clauses de modifications unilatérales de la contrepartie monétaire

35 - Considérant que les contrats de fourniture de service de réseautage social qui proposent des services spécifiques moyennant une contrepartie monétaire comportent des clauses réservant au professionnel le droit de modifier unilatéralement le prix de ces services, sans avertir l'utilisateur dans un délai raisonnable pour qu'il soit en mesure, s'il n'a agréé pas la modification, de résilier le contrat ; que d'autres contrats prévoient une information préalable du consommateur ou du non-professionnel, sans l'avertir qu'il dispose de la faculté de résilier le contrat dans l'hypothèse où il n'agréerait pas la modification ; que ces clauses sont

présumées abusives en vertu des articles R. 132-1, 3° et R. 132-2-1, IV du code de la consommation ;

B - Clauses relatives à la résiliation

36 - Considérant que la plupart des contrats de fourniture de service de réseautage social comportent des clauses reconnaissant au professionnel le droit de résilier discrétionnairement le contrat ; que ces clauses stipulées dans des contrats à durée indéterminée ne sont généralement pas assorties d'un délai de préavis d'une durée raisonnable ; qu'ainsi, elles créent un déséquilibre significatif entre les droits et obligations des parties au contrat au détriment du consommateur ou du non-professionnel ;

C - Clauses relatives à la responsabilité

a) Clauses relatives à la responsabilité de l'utilisateur

1) Clauses de responsabilité pour l'usage du mot de passe

37 - Considérant que de nombreux contrats de fourniture de service de réseautage social comportent une clause prévoyant la confidentialité du mot de passe confié à l'utilisateur ou choisi par ce dernier et la responsabilité de son utilisateur en cas de perte ou transmission de celui-ci ; qu'en revanche certaines de ces stipulations prévoient la responsabilité de l'utilisateur en cas de piratage du mot de passe, sans qu'il soit prouvé une négligence de l'utilisateur ; qu'une telle clause est de nature à créer un déséquilibre significatif entre les droits et obligations des parties au contrat au détriment du consommateur ou du non-professionnel ;

2) Clauses faisant peser sur l'utilisateur une indemnisation

38 - Considérant que de nombreux contrats de fourniture de service de réseautage social, y compris ceux destinés spécifiquement aux mineurs, prévoient que l'utilisateur prendra en charge tous dommages et intérêts auxquels pourrait être condamné le fournisseur de services de réseaux sociaux à l'égard de tiers en raison de l'utilisation du service, ainsi que les frais engagés pour sa défense ; que, du fait de leur caractère général, elles ne sont pas limitées au seul cas d'une faute de l'utilisateur et de la réparation de ses conséquences ; que, ce faisant, elles créent un déséquilibre significatif entre les droits et obligations des parties au contrat au détriment du consommateur ou du non-professionnel ;

b) Clauses exonératoires de responsabilité du fournisseur de services de réseautage social au titre du fonctionnement et de l'utilisation du site

39 - Considérant que la plupart des contrats de fourniture de service de réseautage social prévoient une renonciation de l'utilisateur à rechercher la responsabilité du fournisseur de service de réseautage social au titre du fonctionnement du site ou de son exploitation ; que ces clauses ont pour effet d'exonérer de toute responsabilité contractuelle le fournisseur de services de réseautage social qui manque à ses obligations ; qu'en privant le consommateur ou le non-professionnel de la faculté d'obtenir réparation de son préjudice, par application du droit commun de la responsabilité contractuelle, ces clauses sont présumées abusives de manière irréfragable au sens de l'article R. 132-1, 6° du code de la consommation ;

40 - Considérant que certains contrats de fourniture de service de réseautage social exonèrent le fournisseur du service de réseautage social de toute responsabilité, y compris en cas de blessures corporelles ou de décès résultant de l'utilisation de son site ; que ces clauses sont présumées abusives de manière irréfragable au sens de l'article R. 132-1, 6° du code de la consommation ;

V – Litiges

A. Clauses régissant la nullité des conditions générales d'utilisation

41 - Considérant qu'un contrat de fourniture de service de réseautage social comporte une clause aux termes de laquelle, en cas de nullité de l'une quelconque des stipulations des conditions générales d'utilisation, l'utilisateur restera tenu par les autres stipulations ; qu'une telle clause qui ne réserve pas l'hypothèse de la nullité d'une clause essentielle du contrat ou de l'interdépendance des stipulations contractuelles, qui est de nature à entraîner l'annulation de tout ou partie du contrat, crée un déséquilibre significatif entre les droits et obligations des parties au contrat au détriment du consommateur ou du non-professionnel ;

42 - Considérant qu'un contrat de fourniture de service de réseautage social comporte une clause aux termes de laquelle en cas de nullité de l'une des stipulations des conditions générales d'utilisation, celle-ci serait remplacée par une stipulation dont le contenu serait le plus similaire possible à la disposition annulée ; que cette clause qui tend à autoriser le professionnel à substituer unilatéralement une stipulation à celle annulée, crée un déséquilibre significatif entre les droits et obligations des parties au contrat au détriment du consommateur ou du non-professionnel ;

B. Clauses relatives à la preuve

43 - Considérant que plusieurs contrats de fourniture de service de réseautage social prévoient que les registres informatisés du fournisseur de service de réseau social feront seuls foi des opérations réalisées ; que ces clauses qui limitent les moyens de preuve à la disposition du

consommateur ou du non-professionnel sont présumées abusives au sens de l'article R. 132-2, 9° du code de la consommation ;

C. Clauses entravant le recours en justice

44 - Considérant que quelques contrats de fourniture de service de réseautage social prévoient que :

- l'utilisateur renonce à tout recours en justice contre le fournisseur de service de réseautage social en cas d'atteinte à l'un de ses droits de la personnalité résultant de la diffusion d'informations le concernant ;
- en cas de suppression, par le fournisseur de service de réseau social, du contenu posté par l'utilisateur, le seul moyen d'action accordé à ce dernier pour faire valoir ses droits est celui décidé par le fournisseur de service de réseautage social ;
- l'utilisateur renonce à tout recours en justice pour quelque motif que ce soit ;
- le fournisseur de service de réseautage social s'octroie le droit exclusif d'entreprendre des poursuites d'ordre judiciaire à l'encontre de l'utilisateur ;
- que l'utilisateur est obligé de saisir, en cas de litige, une juridiction d'arbitrage étrangère sauf disposition contraire aux conditions générales d'utilisation ;

Que ces clauses qui entravent l'exercice de l'action en justice du consommateur et du non-professionnel sont, pour le premier, présumées abusives au sens de l'article R. 132-2, 10°, du code de la consommation et pour le second abusives au sens de l'article L. 132-1 du code de la consommation ;

45 - Considérant que quelques contrats de fourniture de service de réseautage social comportent une clause aux termes de laquelle l'utilisateur s'engage à présenter ses réclamations à titre individuel, à l'exclusion de toute demande en qualité de membre d'un groupe ; que de telles clauses qui ont pour effet d'interdire à un utilisateur de participer à une action de groupe sont contraires à l'article L. 423-25 du code de la consommation, sont illicites et, maintenues dans un contrat conclu entre un professionnel et un consommateur ou un non-professionnel, abusives ;

D. Clauses de choix de loi

46 - Considérant que plusieurs clauses de contrats de fourniture de service de réseautage social prévoient l'application impérative d'une loi étrangère ; que de telles clauses qui laissent croire au consommateur ou au non-professionnel qu'il ne bénéficie pas des dispositions impératives de la loi française lorsqu'elles sont plus protectrices que celles de la loi visée dans la clause, créent un déséquilibre significatif entre les droits et obligations des parties au contrat au détriment du consommateur ou du non-professionnel ;

Recommande que :

1°) les contrats de fourniture de réseautage social conclus entre les professionnels et les consommateurs ou les non-professionnels comportent des conditions générales d'utilisation présentées de façon aisément lisible pour le consommateur ou le non-professionnel ;

Recommande que soient éliminées des contrats proposés par les fournisseurs de service de réseautage social les clauses ayant pour objet ou pour effet :

2°) de ne proposer au consommateur ou au non-professionnel qu'un contrat rédigé dans une langue étrangère au public visé ;

3°) de rendre opposable au consommateur ou au non-professionnel la version en langue étrangère du contrat ;

4°) de dénommer de manière imprécise les documents proposés au consommateur ou au non professionnel sans mentionner s'ils font partie du contrat et de rendre ainsi ambiguë leur valeur contractuelle à l'égard du consommateur ou du non-professionnel ;

5°) de présenter cumulativement et de façon désordonnée une série de droits et d'obligations de nature diverse ;

6°) de stipuler cumulativement et de façon désordonnée une série d'obligations difficilement compréhensibles et de nature diverse à la charge de l'une ou l'autre des parties ;

7°) d'opérer des renvois excessifs entre les différents documents contractuels proposés au consommateur ou au non-professionnel ;

8°) de ne pas prévoir le consentement exprès des représentants légaux des mineurs non émancipés pour le traitement des données à caractère personnel ;

9°) de présumer le consentement du représentant légal du mineur non émancipé lorsque celui-ci est légalement requis ;

10°) de présumer le consentement du consommateur ou du non-professionnel aux conditions générales d'utilisation du seul fait qu'il utilise le réseau ;

11°) de transférer, dans les contrats de vente de biens, réels ou virtuels, proposés par le réseau social, la qualité d'auteur de l'offre, au consommateur ou non-professionnel, le privant ainsi de la procédure dite du double-clic ;

12°) de prévoir à l'égard du consommateur ou du non-professionnel un délai de rétractation à la suite de la vente en ligne d'un bien, réel ou virtuel, inférieur à quatorze jours ;

13°) de laisser croire au consommateur ou au non-professionnel qu'il ne dispose d'aucun droit de rétractation en cas de fourniture d'un contenu numérique sur un support non matériel, sans recueillir son renoncement exprès à ce droit ;

14°) d'affirmer que les services de réseautage social sont gratuits ;

- 15°) de laisser croire que toutes les informations laissées par le consommateur ou le non-professionnel pourront être utilisées par le professionnel sans que celui-ci soit tenu d'aucune obligation pour leur traitement ;
- 16°) de prévoir, sans respecter les dispositions de la loi n° 78-17 du 6 janvier 1978 relative à l'informatique, aux fichiers et aux libertés, un consentement implicite au traitement par le professionnel des données à caractère personnel des consommateurs ou des non-professionnels ;
- 17°) de prévoir que par sa seule navigation sur le réseau social, le consommateur ou le non-professionnel consent aux traitements de ses données sensibles ;
- 18°) de laisser croire au consommateur ou au non-professionnel que ses données à caractère personnel peuvent être communiquées à des tiers non désignés ou des catégories de tiers non désignées, sans qu'il soit appelé à y consentir préalablement ou qu'il puisse s'y opposer *a posteriori* ;
- 19°) de prévoir la conservation des données à caractère personnel du consommateur ou du non-professionnel sans aucune limitation de durée ou pour une durée qui excède celle nécessaire aux finalités du traitement ;
- 20°) de prévoir le transfert à l'étranger des données à caractère personnel sans préciser vers quels Etats a lieu ce transfert et sans exiger le consentement exprès du consommateur ou du non-professionnel lorsqu'il est légalement requis, ou en déduisant ce consentement de l'acceptation des conditions générales d'utilisation du service ;
- 21°) de laisser croire au consommateur ou au non-professionnel qu'il a la charge des obligations visant à préserver la sécurité des données à caractère personnel qui incombent, légalement, au professionnel responsable du traitement ;
- 22°) de réserver au professionnel le droit de modifier unilatéralement le contrat, sans en informer préalablement le consommateur ou le non-professionnel dans un délai raisonnable conformément à l'article R. 132-2-1, IV, du code de la consommation, afin de lui permettre de résilier, le cas échéant, le contrat ;
- 23°) de laisser croire au consommateur ou au non-professionnel qu'il est lié de manière rétroactive par les nouvelles conditions relatives aux traitements des données ;
- 24°) de conférer au fournisseur du service un droit d'utilisation portant sur les contenus générés par le consommateur ou le non-professionnel, dès lors que ces contenus sont protégés par le droit d'auteur, sans formuler de précision suffisante concernant les contenus visés, les droits conférés et les exploitations autorisées ;
- 25°) de contrevenir au principe d'ordre public d'inaliénabilité du droit moral de l'auteur ;
- 26°) de conférer au professionnel un droit d'utilisation à titre gratuit sur le contenu généré par l'utilisateur consommateur ou non-professionnel, sans le préciser de manière claire et apparente ;
- 27°) de priver le consommateur ou le non-professionnel de toute action en responsabilité contre le professionnel au titre des contenus illicites circulant sur son réseau social ;

28°) de prévoir que le fait de bloquer l'accès ou de retirer promptement tout contenu illicite circulant sur le réseau social n'a pour le professionnel qu'un caractère facultatif, de nier l'exigence légale de promptitude de ce retrait ou de soumettre ce retrait à davantage de conditions que les prévisions légales ne l'exigent ;

29°) d'exclure la responsabilité du professionnel en cas de perte du contenu généré par le consommateur ou le non-professionnel ;

30°) de conférer au professionnel, qui s'est engagé à fournir une prestation de stockage et de mise à disposition de tous contenus, le pouvoir discrétionnaire d'accepter ou de supprimer un contenu généré par le consommateur, hors modération contractuellement prévue ;

31°) de reconnaître au professionnel, postérieurement à la résiliation du contrat, le droit de conserver les contenus mis en ligne par le consommateur ou le non-professionnel hors les hypothèses de cession licite ou de motif légitime, au-delà de la durée nécessaire aux opérations techniques de suppression du contenu ;

32°) de conférer au professionnel le droit de modifier unilatéralement le site ou les conditions générales d'utilisation hors les cas prévus par l'article R. 132-2-1, IV et V du code de la consommation ;

33°) de présumer le consentement du consommateur ou du non-professionnel aux modifications unilatérales des conditions générales d'utilisation ;

34°) de dispenser le professionnel de son obligation d'information relative aux modifications unilatérales des conditions générales d'utilisation, en la transférant sur le consommateur ou le non-professionnel ;

35°) de réserver au professionnel le droit de modifier unilatéralement la contrepartie monétaire des services spécifiques sans en informer préalablement le consommateur ou le non-professionnel, ou l'aviser de sa faculté, le cas échéant, de résilier le contrat ;

36°) de reconnaître au professionnel le droit de résilier discrétionnairement le contrat de fourniture de service de réseautage social à durée indéterminée, sans préavis d'une durée raisonnable ;

37°) d'engager la responsabilité du consommateur ou du non-professionnel en cas de piratage du mot de passe qui lui a été confié ou qu'il a choisi, sans mettre à la charge du professionnel la preuve d'une négligence de l'utilisateur ;

38°) de faire peser sur le consommateur ou sur le non-professionnel, la réparation de tous dommages qui ne lui seraient pas imputables ;

39°) d'exonérer le professionnel de toute responsabilité au titre du fonctionnement ou de l'exploitation du réseau ;

40°) d'exonérer le professionnel de toute responsabilité, y compris en cas de blessures corporelles ou de décès du consommateur ou du non-professionnel résultant de l'utilisation de son site ;

41°) de stipuler qu'en cas de nullité de l'une des stipulations des conditions générales d'utilisation, le consommateur ou le non-professionnel restera tenu par les autres stipulations, sans réserver l'hypothèse de la nullité d'une clause essentielle du contrat ou de l'interdépendance des stipulations contractuelles ;

- 42°) d'autoriser le professionnel à substituer unilatéralement une stipulation à celle annulée ;**
- 43°) de limiter indûment les moyens de preuve à la disposition du consommateur ou du non-professionnel ;**
- 44°) de supprimer ou entraver l'exercice d'actions en justice par le consommateur ou par le non-professionnel ;**
- 45°) d'interdire au consommateur ou au non-professionnel de participer à une action de groupe ;**
- 46°) de laisser croire au consommateur ou au non-professionnel qu'il ne bénéficie pas des dispositions impératives de la loi française.**

Recommandation adoptée le 07 novembre 2014 sur le rapport de Mmes Natacha Sauphanor-Brouillaud, Nathalie Martial-Braz, Célia Zolynski.