

Contrats

Les conditions générales disponibles uniquement sur demande : qu'en est-il du consentement ?

Dans un arrêt du 12 septembre 2019^{1*}, la Cour de cassation confirme sa jurisprudence en matière de conditions générales. Elle considère que les juges d'appel ont légalement motivé leur décision de ne pas les déclarer applicables dès lors qu'ils ont constaté « *qu'il ne ressort pas des pièces du dossier que les conditions générales de la demanderesse ont été communiquées à la défenderesse et/ou qu'elle en a pris connaissance d'une quelconque manière ni qu'elle les a acceptées* » et que le bon de commande mentionnait en l'espèce que les conditions générales de vente étaient disponibles uniquement sur demande.

Par cet arrêt, la Cour de cassation rappelle ainsi l'importance du consentement de la partie contractante en soulignant le fait que, « *pour que des conditions générales entrent dans le champ contractuel, il est requis que l'autre partie en ait eu effectivement connaissance ou à tout le moins qu'elle ait eu la possibilité d'en prendre effectivement connaissance et qu'elle les ait acceptées* ». La décision confirme également que l'appréciation de la prise de connaissance dépend des circonstances de l'espèce en ce sens que le consentement doit être vérifié *in concreto* et sans la moindre présomption et ce, d'autant plus lorsque les conditions générales figurent sur un support distinct de celui soumis à la signature du cocontractant². Il n'appartient effectivement pas à ce dernier de prendre des initiatives ni d'effectuer une démarche active pour prendre connaissance des conditions générales³.

L'arrêt s'inscrit donc dans la jurisprudence constante de la Cour de cassation, jurisprudence que reprend l'alinéa 1^{er} de l'article 5.27 du projet de réforme du droit des obligations en ces termes : « *l'inclusion des conditions générales d'une partie dans le contrat requiert leur connaissance effective par l'autre partie ou, à tout le moins, la possibilité pour celle-ci d'en prendre effectivement connaissance, ainsi que leur acceptation* »⁴. La Cour de cassation, qui a toujours fondé cette obligation de prendre effectivement connaissance des conditions générales et de les accepter sur l'article 1108 du Code civil, sera donc amenée à adapter son fondement légal sans pour autant modifier sa jurisprudence constante⁵. Pour plus de facilités et dans un esprit de codification, espérons que cette réforme rentre rapidement en vigueur.

En attendant, une seule chose à retenir : l'appréciation de l'existence d'un consentement est déterminante en matière de conditions générales de sorte que si un contrat dispose que ces dernières sont disponibles uniquement sur demande et si la partie dont elles émanent ne peut prouver leur prise de connaissance effective ni leur acceptation par l'autre, lesdites conditions seront dépourvues de force obligatoire à défaut d'être entrées dans le champ contractuel. Une pratique à méditer, dès lors ...

¹ Cass., 12 septembre 2019, C.18.0480.N, www.juridat.be.

² Cass., 20 avril 2017, C.16.0341.F., www.juridat.be; C. DELFORGE, « Conditions générales et clauses abusives », *Rev. Dr. ULiège*, 2018, p. 279.

³ C. DELFORGE, *op. cit.*, p. 279; P.-A., FORIERS, « Conditions générales de vente », *Les conditions générales de vente*, Bruxelles, Bruylant, 2013, pp. 51-52.

⁴ Proposition de loi portant insertion du livre 5 "Les obligations" dans le nouveau Code civil, *Doc. parl.*, Chambre, 2018-2019, n° 54-3709, p. 285.

⁵ Cass., 19 décembre 2011, C.10.0587.F, www.juridat.be.

Ophélie Legrand ■

Assistante à l'Université Saint-Louis – Bruxelles

Avocate au barreau de Bruxelles

Consentement

Le consentement de l'utilisateur d'Internet aux cookies

Planet49 GmbH est une entreprise allemande ayant organisé un jeu promotionnel en ligne sur le site Internet www.dein-macbook.de. Avant de pouvoir cliquer sur le bouton de participation au jeu, le consommateur était confronté à deux cases à cocher. La première case n'était pas pré-cochée mais le consommateur était obligé de le faire pour pouvoir participer au jeu ; en la cochant, il consentait à faire l'objet d'envois publicitaires d'entreprises tierces (« direct marketing »*¹). La seconde case était pré-cochée ; si le consommateur ne la décochait pas, il consentait au traçage de son activité en ligne par le biais de cookies (c'est-à-dire des fichiers déposés dans l'ordinateur de l'utilisateur, permettant à des tiers de suivre son comportement de navigation).

Une association de protection des consommateurs allemande agit contre ces pratiques, le litige arrivant jusqu'au Bundesgerichtshof (Cour fédérale de justice allemande). Celle-ci a interrogé la Cour de justice de l'Union européenne sur la validité de ces pratiques au regard, notamment, de la directive 2002/58/CE du 12 juillet 2002 (directive vie privée et communications électroniques) et du règlement général sur la protection des données 2016/679 du 27 avril 2016 (mieux connu sous son acronyme : le RGPD).

Les procédés utilisés par Planet49 étant très répandus dans le monde publicitaire, la réponse de la Cour était fort attendue, tant sur le plan de la protection des données que de celle des consommateurs. La Cour a clairement pris position en répondant que*² :

- les cases pré-cochées ne constituent pas une expression valable du consentement de l'individu au dépôt dans son ordinateur de cookies ; le consentement au sens de la directive 2002/58 doit s'interpréter au sens du RGPD et requière nécessairement un comportement actif de la personne ; en d'autres termes, les systèmes « opt out » sont illicites, seuls les systèmes « opt in » étant valables (par ex. : une case à cocher par le consommateur) ;
- les données collectées par les cookies ne doivent même pas forcément être personnelles : la directive 2002/58 protège l'accès à l'ordinateur de l'utilisateur en tant que tel ; en d'autres termes, nul ne peut y accéder sans son autorisation préalable – autorisation qui ne peut être donnée, on l'a vu que par un système « opt in » ;
- le consentement doit en outre être « éclairé », ce qui requière notamment que l'utilisateur d'un site Internet doit être préalablement informé notamment de la durée de fonctionnement des cookies ainsi que de la possibilité ou non pour des tiers d'y avoir accès.

La Cour a tranché en faveur d'une interprétation résolument favorable aux consommateurs mais aussi, plus largement, de toute personne faisant l'objet de traitement de données par le biais de cookies. On regrettera toutefois que la Cour n'ait pas été expressément interrogée par le Bundesgerichtshof au sujet de la pratique consistant à conditionner la conclusion d'un contrat (ici, un contrat de jeu promotionnel) au consentement préalable à faire l'objet de marketing direct. Au vu de l'article 7.4 du RGPD, on peut en effet s'interroger sur la licéité de cette pratique, cette disposition énonçant que « [a]u moment de déterminer si le consentement est donné librement, il y a lieu de tenir le plus grand compte de la question de savoir, entre autres, si l'exécution d'un contrat, y compris la fourniture d'un service, est subordonnée au consentement au traitement de données à caractère personnel qui n'est pas nécessaire à l'exécution dudit contrat. » *³

Jean-Ferdinand Puyraimond ■

Assistant à l'Université Saint-Louis – Bruxelles

Avocat au barreau de Bruxelles