

DOUEZ V. FACEBOOK, INC., 2017 SCC 33

MOTS CLEFS : réseau social – droit international privé – compétence territoriale – clause attributive de juridiction – clause d'élection de for – conditions générales d'utilisation – contrat d'adhésion – contrat de consommation

Une fois n'est pas coutume, le réseau social Facebook voit de nouveau sa clause attributive de compétence rendue inexécutoire, en l'espèce devant un tribunal de common law. En effet, la Cour suprême du Canada a estimé, le 23 juin 2017, que l'iniquité manifeste qu'imposait une telle clause devait être considérée comme contraire au « test de l'arrêt de Pompey » mais aussi contraire à l'article 4 de la Privacy Act de la Colombie-Britannique. Une décision qui n'est pas sans rappeler le raisonnement tenu par les juges français en matière de compétence territoriale à l'égard de la multinationale.

FAITS : Une utilisatrice canadienne du réseau social Facebook avait vu son nom et son image utilisés par la compagnie à des fins publicitaires. L'utilisatrice intente un recours collectif contre le réseau social pour atteinte à l'article 3(2) de la *Privacy Act* de la Colombie-Britannique, interdisant notamment l'utilisation du nom ou image d'une personne dans une publicité sans son consentement.

PROCEDURE : L'affaire est d'abord analysée par la Cour suprême de la Colombie-Britannique qui, dans une décision du 30 mai 2014, accueille les prétentions de la demanderesse et se déclare compétente pour juger l'affaire, refusant la validité de la clause d'élection de for par l'application de l'article 4 de la *Privacy Act*. La décision est infirmée par la Cour d'appel de la Colombie-Britannique, le 19 juin 2015, au motif qu'une mauvaise interprétation a été donnée à l'article 4 de la *Privacy Act*, la clause d'élection de for restant exécutoire et donnant ainsi compétence aux tribunaux californiens. La demanderesse décide alors de porter l'affaire devant la Cour suprême du Canada.

PROBLEME DE DROIT : Dans un contrat d'adhésion, la clause d'élection de for contenue dans les conditions générales d'utilisation d'un réseau social est-elle valide ?

SOLUTION : Au regard du faible pouvoir de négociation laissé au consommateur face aux conditions générales d'utilisation d'un réseau social tel que Facebook, en résultant une inégalité flagrante entre les deux parties, quatre des sept juges de la Cour suprême s'accordent à dire que la clause d'élection de for est inexécutoire ; le pourvoi est donc accueilli. L'affaire est renvoyée devant la Cour d'appel de la Colombie-Britannique.

SOURCES :

- PAVLOVIĆ M., « Contracting out of access to Justice: enforcement of forum-selection clauses in consumers contracts », *MLJ*, vol. 62, 2016, pp. 389-440.
- SAINT-LAURENT G., « Vie privée et "droit à l'oubli" : que fait le Canada ? », *UNBLJ*, vol. 66, 2015, p. 195.
- USUNIER L., « La compétence des juridictions françaises pour connaître du différend entre le réseau social Facebook et l'un de ses membres », *RTD civ.*, 2016, pp. 310-316.



NOTE :

Bien que l'affaire portait en partie sur l'atteinte à la vie privée de la plaignante, la compétence territoriale sera l'aspect qui retiendra particulièrement notre attention sur ce litige.

En droit international privé, la clause d'élection de for consiste, dans le cadre d'un contrat, à établir quelle juridiction tranchera les différends pouvant naître entre deux parties issues de pays différents. Les conditions générales d'utilisation (CGU) de Facebook prévoyaient expressément cette disposition, renvoyant ainsi le règlement des litiges en Californie.

Une clause ne satisfaisant pas aux exigences du droit canadien

Afin qu'une clause d'élection de for puisse être effective, celle-ci doit répondre à plusieurs étapes posées par le test *Pompey*¹. Tout d'abord, la partie invoquant la clause pour suspendre le litige doit démontrer qu'elle s'applique ; c'est-à-dire qu'elle est valide, claire, exécutoire et se rapportant à l'action visée. Une fois la validité établie, il y a basculement de la charge de la preuve et le demandeur doit exposer – par des motifs sérieux dont on peut trouver un aperçu dans la décision britannique *The Eleftheria*² – la raison pour laquelle cette clause ne devrait pas être prise en considération. Enfin s'ajoute le pouvoir discrétionnaire du tribunal à qui incombe l'examen de l'équité entre les parties, en prenant en compte tous les avantages et inconvénients de chacun, et de se prononcer sur la validité de la clause.

En l'espèce, plusieurs éléments viennent faire tomber la clause : le fait qu'elle impose une charge indiscutablement inégale à l'appelante mais aussi le peu de manœuvre laissée à cette dernière en termes de négociation dans le contrat d'adhésion susvisé (CGU). De plus, les juges interprètent l'article 4 de la *Privacy Act* – énonçant que malgré les

dispositions de toute autre loi, la Cour suprême connaît de toute action – de manière à le lier à l'ordre public car le litige touche des droits constitutionnels et que ceux-ci : « play an essential role in a free and democratic society and embody key Canadian values ». Ainsi, seule une juridiction locale peut prétendre offrir une interprétation juste de ces droits. Malgré une véritable division au sein des juges, c'est une décision forte qui est opposée au géant du web. Toutefois, le Canada n'est pas le seul pays à manifester et assumer un tel désaccord.

Une interprétation de la compétence territoriale similaire au droit français

Bien que les termes employés ne soient pas identiques, on perçoit aisément la clef de voûte soutenant les décisions françaises comme canadiennes ; la protection des consommateurs contre les clauses vectrices d'inégalité entre Facebook et un utilisateur. La question préoccupait déjà le juge français en 2012³ où il affirmait que la clause de compétence contenue dans les CGU devait être réputée non écrite. En 2016⁴, contestant l'application du code de la consommation français, Facebook fait appel d'une décision ayant également considéré sa clause de compétence abusive⁵. La cour d'appel de Paris ne se fera pas plus clémente et, au contraire, réaffirme que le contrat liant les deux parties est bien un contrat de consommation sujet à l'application de l'article L132-1 du code de la consommation où le déséquilibre significatif caractérisant une clause abusive y est explicité. De nouveau, la compétence territoriale abusive est écartée.

N'en déplaise à Facebook, les juges californiens attendront encore.

Fleur Labrunie

Master 2 Droit des médias et des télécommunications
AIX-MARSEILLE UNIVERSITE, LID2MS-IREDIC 2017

¹ Z.I. Pompey Industrie v. ECU-Line N.V., 2003 SCC 27.

² The Eleftheria, [1969] 1 Lloyd's Rep. 237 (Adm. Div.).

³ CA Pau, 1ère ch., 23 mars 2012, n° 12/1373.

⁴ CA Paris, 2ème ch., 12 février 2016, n° 15/0862.

⁵ TGI Paris, 4ème ch., 5 mars 2015, n° 12/12401.



ARRET :

Douez v. Facebook, Inc., 2017 SCC 33

[...]

Held (McLachlin C.J., Moldaver and Côté JJ. dissenting): The appeal should be allowed. The forum selection clause is unenforceable. The chambers judge's order dismissing Facebook's application to have the Supreme Court of British Columbia decline jurisdiction is restored.

[...]

Per **Karakatsanis, Wagner and Gascon** JJ.: In the absence of legislation to the contrary, the common law test for forum selection clauses established in *Z.I. Pompey Industrie v. ECU-Line N.V.*, 2003 SCC 27, [2003] 1 S.C.R. 450, continues to apply and provides the analytical framework for this case. The forum non conveniens test adopted in the Court Jurisdiction and Proceedings Transfer Act ("CJPTA") was not intended to replace the common law test for forum selection clauses. The analysis of forum selection clauses thus remains separate, despite the enactment of the CJPTA.

[...]

[55] Relatedly, individual consumers in this context are faced with little choice but to accept Facebook's terms of use. Facebook asserts that Ms. Douez could have simply rejected Facebook's terms. But as the academic commentary makes clear, in today's digital marketplace, transactions between businesses and consumers are generally covered by non-negotiable standard form contracts presented to consumers on a "take-it-or-leave-it" basis (Pavlović, at p. 392).

[...]

[57] Given this context, it is clear that the difference in bargaining power between the parties is large. This distinguishes the situation from *Pompey*, where the Court emphasized that the respondent in that case could have chosen to negotiate the forum selection clause in the bill of lading (para. 29). Nothing suggests in this case

that Ms. Douez could have similarly negotiated the terms of use.

[...]

[76] We would allow the appeal with costs to the appellant. Ms. Douez provided strong reasons to resist the enforcement of the clause: most importantly, the gross inequality of bargaining power between her and Facebook and the quasi-constitutional privacy rights engaged by her claim. The forum selection clause is unenforceable.

[...]

[99] Online contracts such as the one in this case put traditional contract principles to the test. What does "consent" mean when the agreement is said to be made by pressing a computer key? Can it realistically be said that the consumer turned his or her mind to all the terms and gave meaningful consent? In other words, it seems to me that some legal acknowledgment should be given to the automatic nature of the commitments made with this kind of contract, not for the purpose of invalidating the contract itself, but at the very least to intensify the scrutiny for clauses that have the effect of impairing a consumer's access to possible remedies.

[...]

[116] In my view, both elements are met here. The inequality of bargaining power between Facebook and Ms. Douez in an online contract of adhesion gave Facebook the unilateral ability to require that any legal grievances Ms. Douez had, could not be vindicated in British Columbia where the contract was made, but only in California where Facebook has its head office. This gave Facebook an unfair and overwhelming procedural — and potentially substantive — benefit. This, to me, is a classic case of unconscionability.

