

RESEARCH OUTPUTS / RÉSULTATS DE RECHERCHE

La Directive 2019/770/UE du 20 mai 2019 relative à certains aspects concernant les contrats de la fourniture de contenus numériques et de services numériques

Cassart, Alexandre; Loriaux, Florent; Cruquenaire, Alexandre

Published in:

Vers des relations entre entreprises plus équilibrées et une meilleure protection du consommateur dans la vente de biens et la fourniture de services numériques ?

Publication date:

2021

Document Version

le PDF de l'éditeur

[Link to publication](#)

Citation for published version (HARVARD):

Cassart, A, Loriaux, F & Cruquenaire, A 2021, La Directive 2019/770/UE du 20 mai 2019 relative à certains aspects concernant les contrats de la fourniture de contenus numériques et de services numériques. dans *Vers des relations entre entreprises plus équilibrées et une meilleure protection du consommateur dans la vente de biens et la fourniture de services numériques ?*. Larquier, Bruxelles, pp. 209-235.

General rights

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

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

Take down policy

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

La Directive 2019/770/UE du 20 mai 2019 relative à certains aspects concernant les contrats de la fourniture de contenus numériques et de services numériques

ALEXANDRE CASSART(1)

Avocat

FLORENT LORIAUX(2)

Avocat

ALEXANDRE CRUQUENAIRE(3)

Avocat

Chargé de cours invité UNamur (CRIDS)

Section 1. Champ d'application de la Directive 2019/770	210
Section 2. Principales règles de fond contenues dans la Directive	213
Section 3. Questions choisies	225

(1) a.cassart@lexing.be.

(2) f.loriaux@lexing.be.

(3) a.cruquenaire@lexing.be.

1. La réalisation du marché unique numérique est un cheval de bataille de la Commission(4). Consciente du retard en la matière, cette dernière avait pour volonté de mieux encadrer le déploiement de ce marché en pleine expansion et omniprésent dans la vie du citoyen européen. Après plus de trois ans et demi de négociation, un duo de directives(5) a donc été adopté.

2. Le principal objectif est de « stimuler l'économie numérique ainsi que sa croissance globale »(6). Pour ce faire, la Directive 2019/770 vise à augmenter la confiance du consommateur dans ce mode de commerce(7), et à favoriser l'accès à ce marché pour les PME(8). Tout cela devant se réaliser, idéalement, grâce à un cadre juridique européen le plus harmonisé possible(9).

3. La présente contribution vise à présenter les éléments clés de ce nouvel instrument de régulation des contenus et services numériques : champ d'application (Section 1), principales dispositions (Section 2), et, enfin, quelques questions choisies (Section 3).

SECTION 1. CHAMP D'APPLICATION DE LA DIRECTIVE 2019/770

4. Le législateur européen a opté pour une Directive d'harmonisation maximale, laissant donc une marge de manœuvre très faible pour les États membres(10). Ce choix est sans réelle surprise puisque l'objectif annoncé de la Directive est de réduire les barrières au commerce numérique, dans l'optique de la réalisation du marché numérique unique(11).

(4) Commission européenne, « Stratégie pour un marché unique numérique en Europe », COM (2015) 192 final du 6 mai 2015, p. 3.

(5) Directive 2019/770/UE du Parlement européen et du Conseil du 20 mai 2019 relative à certains aspects concernant les contrats de fourniture de contenus numériques et de services numériques, *J.O.U.E.*, L. 136 du 22 mai 2019, pp. 1-27 (ci-après, Directive 2019/770/UE) ; Directive 2019/771/UE du Parlement européen et du Conseil du 20 mai 2019 relative à certains aspects concernant les contrats de vente de biens, modifiant le règlement (UE) n° 2017/2394 et la Directive 2009/22/CE et abrogeant la Directive 1999/44/CE, *J.O.U.E.*, L. 136 du 22 mai 2019, pp. 28-50 (ci-après, Directive 2019/771/UE).

(6) Considérant 1 de la Directive 2019/770/UE.

(7) Considérants 5 et 6 de la Directive 2019/770/UE.

(8) Considérants 3 et 4 de la Directive 2019/770/UE.

(9) Considérants 7 à 9 de la Directive 2019/770/UE.

(10) Art. 4 de la Directive 2019/770/UE.

(11) L. BERLINGUER et K.-H. LEHNE, « Common European Sales Law (CESL) », p. 101, disponible sur <http://www.europarl.europa.eu/legislative-train/theme-connected-digital-single-market/file-common-european-sales-law>.

5. Le champ d'application *ratione personae* est délimité par l'existence d'un contrat entre un professionnel et un consommateur. Ces deux catégories d'acteurs ne diffèrent pas de la définition traditionnellement donnée en droit européen (12). Les relations B2C sont donc les seules envisagées par la Directive 2019/770/UE. Toutefois, le considérant 17 précise qu'en cas de contrat mixte, c'est-à-dire quand le contrat est conclu à des fins qui n'entrent qu'en partie dans le cadre de l'activité professionnelle du client et lorsque la finalité professionnelle est si limitée qu'elle n'est pas prédominante dans le contexte global du contrat, le cocontractant de l'entreprise devrait également être considéré comme un consommateur. Le recours à des critères aussi peu précis augure de jolis problèmes d'interprétation (13).

6. Concernant le champ d'application matériel, deux hypothèses sont couvertes. La Directive 2019/770/UE s'applique lorsqu'un professionnel s'engage contractuellement à fournir un contenu numérique ou un service numérique au consommateur et que le consommateur « s'acquitte ou s'engage à s'acquitter d'un prix » (14). Mais aussi lorsque « le consommateur fournit ou s'engage à fournir des données à caractère personnel au professionnel » (15). Cette dernière hypothèse sort toutefois du champ d'application de la Directive si « les données à caractère personnel fournies par le consommateur sont exclusivement traitées par le professionnel pour fournir le contenu numérique ou le service numérique conformément à la présente Directive ou encore pour permettre au professionnel de remplir les obligations légales qui lui incombent, pour autant que le professionnel ne traite pas ces données à une autre fin » (16).

Les contenus numériques sont définis comme étant des « données produites et fournies sous forme numérique » (17). Il est important de noter ici que la Directive s'appliquera à tout support matériel sur lequel se trouve le contenu numérique, tant que le support sert exclusivement à transporter celui-ci (18). Cette règle, si elle est conforme à la considération traditionnelle voulant que la remise d'un support matériel soit l'équivalent

(12) Art. 2, 5) et 6), de la Directive 2019/770/UE.

(13) Par exemple, de nombreux entrepreneurs pilotent leur page Facebook professionnelle au départ de leur compte privé. Comment déterminer le régime applicable dans ce cas ? En fonction de l'investissement financier en publicité ? Du rapport entre le nombre de *posts* privés ou publicitaires publiés ?

(14) Art. 3, 1, al. premier, de la Directive 2019/770/UE.

(15) Art. 3, 1, al. second, de la Directive 2019/770/UE.

(16) *Ibid.*

(17) Art. 2, 1), et considérant 19 de la Directive 2019/770/UE.

(18) Art. 3, 3, de la Directive 2019/770/UE.

(fonctionnel) d'une transmission en ligne(19), diffère de celle applicable pour le régime de protection du consommateur. Nous reviendrons par après sur une règle particulière, élargissant le champ d'application de la Directive 2019/770/UE dans le cas d'un contenu numérique intégré ou interconnecté à un bien(20).

7. La Directive 2019/770/UE se veut neutre technologiquement(21), même si les considérants ciblent manifestement l'informatique dans les nuages(22). La Directive 2019/770/UE embrasse des notions communes dans le secteur de l'informatique – intégration(23), fonctionnalité(24), compatibilité(25) ou encore interopérabilité(26) – mais en les définissant à travers son prisme particulier.

8. L'article 3 de la Directive 2019/770/UE liste une série d'hypothèses exclues de son champ d'application.

Ainsi, la Directive 2019/770/UE ne s'applique pas aux contenus numériques ou aux services numériques qui sont intégrés dans des « biens comportant des éléments numériques »(27) ou qui sont interconnectés à de tels biens, et qui sont fournis avec ces biens dans le cadre d'un contrat de vente concernant ces biens(28).

Autre exemple, le législateur européen souhaite favoriser les logiciels libres(29) puisqu'échapperont à la Directive 2019/770/UE les logiciels sous licence libre et ouverte, lorsque le consommateur ne s'acquitte pas d'un prix et que les données à caractère personnel fournies par le consommateur sont exclusivement traitées par le professionnel pour améliorer la sécurité, la compatibilité ou l'interopérabilité de ces logiciels spécifiques(30).

(19) C.J.U.E., 3 juillet 2012, aff. C-128/11, *UsedSoft GmbH/Oracle International Corp.*

(20) Voy. le paragraphe 2 de la Section 3.

(21) Considérant 10.

(22) Considérants 14, 41, 51 et 57.

(23) Art. 2, 4), de la Directive 2019/770/UE.

(24) Art. 2, 11), de la Directive 2019/770/UE.

(25) Art. 2, 10), de la Directive 2019/770/UE.

(26) Art. 2, 12), de la Directive 2019/770/UE.

(27) Définis comme « tout objet mobilier corporel qui intègre un contenu numérique ou un service numérique ou est interconnecté avec un tel contenu ou un tel service d'une manière telle que l'absence de ce contenu numérique ou de ce service numérique empêcherait le bien de remplir ses fonctions » (art. 2, 3), de la Directive 2019/770/UE).

(28) Voy. le paragraphe 2 de la Section 3.

(29) Pour une introduction au sujet du logiciel libre, voy. Y. COOL et P. LAURENT, « Repères pour comprendre le mouvement du logiciel libre », *Cah. C.R.I.D.* n° 25, 2005, pp. 1 à 22.

(30) Art. 3. 5. f), et considérant 32 de la Directive 2019/770/UE.

Lorsque le logiciel libre et ouvert sera proposé en deux versions, une version payante assortie d'un certain nombre de services, et une version gratuite sans les services, la version payante devra respecter les critères de conformité. Le consommateur qui télécharge la version gratuite ne bénéficiera par contre pas de cette protection.

SECTION 2. PRINCIPALES RÈGLES DE FOND CONTENUES DANS LA DIRECTIVE

§ 1. Les obligations du professionnel selon la Directive

9. Conformément à l'article 5, le professionnel a l'obligation de fournir au consommateur le contenu ou le service numérique, et ce sans retard injustifié après la conclusion du contrat, sauf convention contraire des parties⁽³¹⁾. Ce qui est par ailleurs conforme aux obligations principales du fournisseur informatique telles que définies par la doctrine en la matière⁽³²⁾.

10. Les critères d'exécution de l'obligation varient selon que l'on envisage un contenu numérique ou un service numérique. L'obligation de fourniture est réputée remplie lorsque le contenu numérique, ou tout moyen approprié d'y accéder, comme un lien de téléchargement, est rendu disponible pour le consommateur. Pour un service numérique, la Directive se réfère au moment où le service est rendu accessible au consommateur, ou communiqué en un lieu physique ou virtuel choisi par le consommateur à cet effet.

11. Cette fourniture doit en outre être conforme selon des critères subjectifs (découlant du contrat) et objectifs (découlant du marché ou de l'état de l'art)⁽³³⁾. L'objectif de ces critères est de préciser les dispositions du droit commun des contrats⁽³⁴⁾. Le but poursuivi en précisant ces critères dans un texte législatif est d'éviter que le professionnel abuse de sa position de force face au consommateur pour imposer des conditions défavorables au consommateur.

(31) Voy. également considérant 41 de la Directive 2019/770/UE.

(32) E. MONTERO, « Les contrats de l'informatique et de l'internet », *Rép. not.*, t. IX, I. IX, Bruxelles, Larcier, 2004, pp. 77-119.

(33) Art. 6 de la Directive 2019/770/UE.

(34) Sur le caractère assez général des dispositions du droit commun, voy. B. DOCQUIR, *Droit du numérique*, Bruxelles, Larcier, 2018, p. 98.

12. Le professionnel est également responsable de l'intégration correcte du contenu ou du service numérique dans l'environnement numérique du consommateur, s'il était chargé de cette intégration ou si le défaut d'intégration découle d'un manquement du professionnel dans les instructions fournies(35).

a) La conformité subjective

13. L'article 7 de la Directive 2019/770/UE définit les critères subjectifs de conformité(36), recouvrant deux aspects. Tout d'abord, le service ou le contenu numérique doit être conforme à l'offre et à la description contractuelle. Il doit ensuite être conforme aux éléments substantiels entrés dans le champ contractuel.

Pour être conforme, le contenu ou le service numérique doit correspondre à la description qui en est faite, notamment en ce qui concerne la quantité, la qualité, la fonctionnalité, la compatibilité, l'interopérabilité et les autres caractéristiques éventuelles. Ces contenus et services doivent être fournis avec tous les accessoires, toutes les instructions et l'assistance à la clientèle prévus également. Les contenus et les services numériques doivent enfin être mis à jour conformément à ce qui est prévu contractuellement.

Rien de révolutionnaire, ces obligations découlant généralement en droit belge d'une application des principes du droit commun.

14. Le contenu ou le service numérique doit, le cas échéant, être adapté à la finalité spécifique recherchée par le consommateur, que celui-ci a portée à la connaissance du professionnel au plus tard au moment de la conclusion du contrat et que le professionnel a acceptée. L'élaboration d'un contenu ou d'un service numérique adapté à une finalité spécifique dans le cadre d'un contrat avec un consommateur sera sans doute relativement rare. La plupart des contenus ou des services numériques ont plutôt vocation à fournir des solutions standardisées. La « personnalisation » proposée sera le plus souvent limitée au choix d'activer, ou non, un certain nombre de fonctionnalités proposées par le fournisseur.

(35) Art. 9 de la Directive 2019/770/UE.

(36) Voy. également considérant 42-44 de la Directive 2019/770/UE.

b) La conformité objective

15. En plus de remplir les critères subjectifs de conformité, le contenu ou le service numérique doit également respecter des critères objectifs de conformité⁽³⁷⁾. C'est-à-dire des critères de conformité définis par rapport au marché ou à l'état de l'art, et non par rapport à la volonté des parties dans le contrat considéré. Il sera donc crucial pour le professionnel de pouvoir correctement définir ce que représentent ces critères « généraux ».

Ainsi, sauf convention contraire entre les parties, la version du contenu numérique ou du service numérique fournie est la version la plus récente qui est disponible au moment de la conclusion du contrat.

Certains éditeurs proposent, par exemple, deux versions des logiciels : une version plus ancienne, réputée plus stable, et la toute dernière version, qui peut comporter un nombre plus important de bugs ou de défauts. Dans ce cas, le professionnel devra très clairement expliquer quelle est la différence et quelles en sont les conséquences par rapport aux obligations de conformité.

En outre, le contenu ou le service numérique doit :

- (i) être adapté aux finalités auxquelles serviraient normalement des contenus numériques ou des services numériques de même type, compte tenu, s'il y a lieu, du droit de l'Union et du droit national en vigueur ainsi que de toutes les normes techniques existantes ou, en l'absence de telles normes techniques, des codes de conduite spécifiques applicables au secteur concerné ;
- (ii) être en quantité normale, et présenter les qualités et les caractéristiques de performance, notamment en ce qui concerne la fonctionnalité, la compatibilité, l'accessibilité, la continuité et la sécurité, normales pour des contenus numériques ou des services numériques de même type et auxquelles le consommateur peut raisonnablement⁽³⁸⁾ s'attendre, eu égard à la nature du contenu numérique ou du service numérique et compte tenu de toute déclaration publique faite par le professionnel ou d'autres personnes situées en amont dans la chaîne de transactions ou pour le compte du professionnel ou de telles personnes, en particulier dans les publicités ou sur l'étiquette, sauf si le professionnel démontre qu'il n'était pas

⁽³⁷⁾ Art. 8 et considérants 45-47 de la Directive 2019/770/UE.

⁽³⁸⁾ Sur la notion de « raisonnable », voy. le considérant 46 de la Directive 2019/770/UE.

informé de la déclaration, que celle-ci avait été rectifiée ou qu'elle n'avait pu influencer la décision de contracter ;

- (iii) le cas échéant, être fourni avec tous les accessoires et toutes les instructions que le consommateur peut raisonnablement s'attendre à recevoir ; et
- (iv) être conforme à la version d'essai ou à l'aperçu du contenu numérique ou du service numérique éventuellement mis à disposition par le professionnel avant la conclusion du contrat.

Ces critères sont clairement inspirés de la réglementation sur la garantie des biens de consommation (39).

16. Le professionnel peut éviter la qualification de défaut de conformité si, au moment de la conclusion du contrat, il a spécifiquement informé le consommateur qu'une caractéristique particulière du contenu numérique ou du service numérique s'écartait des critères objectifs de conformité et que le consommateur a expressément et séparément accepté cet écart lorsqu'il a conclu le contrat (40).

17. Enfin, notons que l'obligation de conformité doit être respectée tout au long de la période de fourniture convenue (41).

c) Mise à jour

18. La Directive accorde logiquement une attention particulière à la mise à jour des contenus et services numériques.

L'article 8.2. prévoit notamment que le professionnel doit veiller à ce que le consommateur soit informé des mises à jour, y compris des mises à jour de sécurité, qui sont nécessaires au maintien de la conformité du contenu numérique ou du service numérique. Le consommateur doit les recevoir au cours de la période durant laquelle le contenu ou le service numérique doit être fourni, qu'il s'agisse d'une opération de fourniture unique sur une période ou d'opérations distinctes.

Le professionnel ne sera toutefois pas responsable d'un éventuel défaut de conformité résultant uniquement de la non-installation de la mise à jour concernée lorsque le consommateur omet de l'installer dans un délai raisonnable. Le professionnel doit toutefois avoir informé le

(39) À cet égard, comparer avec les dispositions des art. 1649*bis* et s. du Code civil.

(40) Considérant 49 de la Directive 2019/770/UE.

(41) Considérant 51 de la Directive 2019/770/UE.

consommateur de la disponibilité de la mise à jour et des conséquences de sa non-installation par le consommateur (42). La non-installation ou l'installation incorrecte par le consommateur de la mise à jour ne doit pas non plus être due à des lacunes dans les instructions d'installation fournies par le professionnel.

§ 2. La modification du contenu numérique

19. Les contenus et services numériques ont vocation à évoluer dans le temps. Les fonctionnalités des applications sont modifiées ou supprimées, les catalogues de contenus changent au gré des contrats de licence...

20. Cette évolution est toutefois encadrée puisque, conformément à l'article 19, le professionnel ne peut modifier le contenu ou le service numérique au-delà de ce qui est nécessaire pour maintenir la conformité que si les conditions suivantes sont remplies(43) :

- le contrat autorise une telle modification et en fournit une raison valable(44) ;
- une telle modification est effectuée sans coût supplémentaire pour le consommateur ;
- le consommateur est informé de la modification de façon claire et compréhensible ; et
- le consommateur est informé, raisonnablement à l'avance et sur un support durable, des caractéristiques et du calendrier de la modification ainsi que de son droit à la résolution du contrat, ou de la possibilité dont il dispose de conserver le contenu ou le service numérique sans cette modification.

21. Le consommateur a droit à la résolution du contrat si la modification a une incidence négative sur l'accès ou l'utilisation du contenu/service numérique, sauf si cette incidence négative n'a qu'un caractère mineur. Le

(42) L'on peut donc s'attendre à voir fleurir de très belles et longues notices d'information sur les conséquences susceptibles de résulter d'une absence de mise à jour dans un bref délai. Notices que personne ne lira. L'on peut s'attendre à des débats sur le caractère suffisamment clair de telles notices néanmoins, dans la mesure où elles pourraient être à l'origine d'un débat sur une éventuelle responsabilité du professionnel pour défaut de conformité.

(43) Considérants 74-76 de la Directive 2019/770/UE.

(44) Le Considérant 75 de la Directive 2019/770/UE donne les exemples suivants de raisons valables : les cas dans lesquels la modification est nécessaire pour adapter le contenu numérique ou le service numérique à un nouvel environnement technique ou à un nombre accru d'utilisateurs ou pour d'autres raisons opérationnelles importantes.

considérant 75 précise que l'évaluation de l'incidence négative doit être objective et tenir compte eu égard à la nature et à la finalité du contenu numérique ou du service numérique ainsi qu'à la qualité, à la fonctionnalité, à la compatibilité et aux autres caractéristiques principales qui sont habituelles pour des contenus numériques ou des services numériques de même type.

Ce critère objectif pose toutefois question par rapport à l'obligation de conformité subjective pendant toute la durée de fourniture du contenu ou du service numérique. Par exemple, une plateforme pourrait tout à fait attirer des consommateurs avec un contenu particulier – disons des films d'animation d'un studio bien connu – avant de retirer ces contenus de son catalogue. La justification du retrait de ces contenus serait valable – le respect des droits de propriété intellectuelle⁽⁴⁵⁾ du studio – et le catalogue de la plateforme resterait très étendu de sorte que la modification ne pourrait qu'être considérée comme objectivement mineure.

22. En cas de modification plus importante, le consommateur a droit à la résolution du contrat sans frais dans un délai de trente jours à compter de la date de réception de l'information ou à compter du moment où le contenu ou le service numérique a été modifié par le professionnel, la date la plus éloignée étant retenue.

23. Le professionnel peut également permettre au consommateur de conserver un contenu ou un service numérique non modifié, qui doit toutefois rester conforme. Vu l'évolution technique et la difficulté de maintenir à jour différentes versions, il est probable que peu de professionnels utiliseront cette possibilité.

(45) L'art. 10 de la Directive 2019/770/UE prévoit que lorsqu'une restriction découlant de la violation de tout droit de tiers, en particulier de droits de propriété intellectuelle, empêche ou limite l'utilisation du contenu numérique ou du service numérique de manière conforme, les États membres doivent veiller à ce que le consommateur dispose des recours pour défaut de conformité prévus dans la Directive, à moins que le droit national ne prévoit la nullité ou la rescision du contrat de fourniture du contenu numérique ou du service numérique en pareil cas. L'hypothèse visée dans l'exemple n'est toutefois pas identique puisqu'une modification du catalogue du professionnel a justement pour but de prévenir une violation. Notons qu'en droit belge, la violation du droit de propriété intellectuelle d'un tiers pourrait entraîner la nullité de la convention pour vice du consentement (si la violation préexiste à la conclusion du contrat), ou la caducité de la convention pour disparition de l'objet (voy. sur cette notion, R. JAFFERALI, « Prendre la caducité par disparition de l'objet au sérieux », in *Le droit commun des contrats. Questions choisies*, Bruxelles, Bruylant, 2016, pp. 129 et s.).

§ 3. Les sanctions spécifiques prévues par la Directive

a) Aperçu

24. Logiquement, le professionnel répond de tout défaut de fourniture du contenu numérique ou du service numérique et de tout défaut de conformité ou d'intégration (dans les limites définies), qui existe au moment de la fourniture ou à l'occasion d'une mise à jour(46). Les États membres peuvent fixer une période de responsabilité du professionnel pour les défauts de conformité, sans qu'elle puisse être inférieure à 2 ans(47). Dans le cadre de l'avis rendu par le CCS Consommation(48), les représentants des organisations de consommateurs plaident pour qu'une durée supérieure à deux ans soit prévue, car « le consommateur doit pouvoir être assuré que le contenu numérique soit toujours disponible et la responsabilité du professionnel doit toujours pouvoir être mise en cause, notamment en raison des mises à jour qu'il propose et/ou impose ». Dans les hypothèses de fourniture continue, le professionnel supporte l'obligation de conformité pendant toute la durée de fourniture, y compris concernant les défauts qui apparaissent en cours de route(49).

25. Si ces durées – et la position des représentants des organisations de consommateurs exposée ci-dessus – sont compréhensibles dans la perspective de la protection du consommateur, elles sont difficilement tenables vu l'évolution rapide des normes techniques, de l'état de l'art et du marché. Ces obligations quasiment continues feront peser une charge particulièrement lourde sur les acteurs professionnels de plus petite taille (TPE, PME...), alors que l'un des objectifs de la Directive 2019/770/UE est précisément de favoriser leur accès au marché numérique.

b) Charge de la preuve

26. Selon l'article 12, le professionnel supporte la charge de la preuve d'une fourniture dans les délais(50). Le législateur distingue les hypothèses de fourniture en une seule opération, et les fournitures continues.

(46) Art. 11.1 de la Directive 2019/770/UE.

(47) Art. 11.2 de la Directive 2019/770/UE.

(48) CCS Consommation, avis sur la transposition de directives européennes concernant la vente aux consommateurs tant de biens que de contenus et services numériques, CCE 2019-1660, 3 septembre 2019, point 2.2.1., http://www.cccrb.fgov.be/dpics/fichiers/2019-09-19-03-21-55_CCE20191660transpositiondirectives..pdf.

(49) Art. 11.3 de la Directive 2019/770/UE.

(50) Considérant 59 de la Directive 2019/770/UE.

Le professionnel supportera la charge de la preuve de la conformité de la livraison pendant une durée d'un an après la fourniture unique. Par contre, il supportera la charge de la preuve de la conformité pendant toute la durée du contrat portant sur une fourniture continue.

27. En ce qui concerne la conformité du contenu/service, le professionnel pourra s'exonérer de la charge de la preuve s'il peut démontrer :

- (i) que l'environnement numérique du consommateur n'est pas compatible avec les exigences techniques du contenu numérique ou du service numérique et ;
- (ii) que le professionnel a informé le consommateur de ces exigences de façon claire et compréhensible avant la conclusion du contrat.

À cette fin, le consommateur est tenu de coopérer⁽⁵¹⁾ avec le professionnel dans la mesure où cela est raisonnablement possible et nécessaire pour déterminer si c'est l'environnement numérique du consommateur qui est la cause du défaut de conformité du contenu numérique ou du service numérique. L'obligation de coopérer est toutefois limitée aux moyens techniquement disponibles qui sont les moins intrusifs pour le consommateur. Si le consommateur ne coopère pas et que le professionnel a informé le consommateur de cette exigence de façon claire et compréhensible avant la conclusion du contrat, il y a un renversement de la charge de la preuve et c'est au consommateur de prouver le défaut de conformité.

Sur un plan pratique, cette obligation de coopération sera certainement difficile à mettre en œuvre. Il est en effet peu réaliste de se lancer dans une expertise du matériel du consommateur dans le cadre de litiges de faible ampleur. Une rédaction habile de la convention par le professionnel pourrait donc lui garantir une certaine impunité dans les faits.

c) Actions du consommateur

28. Les recours du client consommateur tels que définis dans la Directive 2019/770/UE sont assez proches des règles belges applicables dans le régime de la garantie des biens de consommation. La transposition de cette partie de la Directive ne devrait donc pas être trop complexe et il est

(51) Considérant 60 de la Directive 2019/770/UE.

dès lors assez logique que le gouvernement annonce une transposition au sein du Code civil (52).

i. En cas de défaut de fourniture

29. La Directive 2019/770/UE ouvre un droit à la résolution extrajudiciaire(53) du contrat au consommateur, pour autant qu'il ait mis préalablement le professionnel en demeure de livrer le contenu ou le service numérique sans retard injustifié ou dans un délai défini sur lequel les parties se seraient mises d'accord expressément(54).

30. Le consommateur peut toutefois résoudre le contrat immédiatement dans un certain nombre de cas :

- (i) Lorsque le professionnel a déclaré, ou qu'il résulte clairement des circonstances, qu'il ne fournirait pas le contenu ou le service numérique, ou
- (ii) lorsque le consommateur et le professionnel sont convenus, ou qu'il résulte clairement des circonstances entourant la conclusion du contrat, qu'il est indispensable pour le consommateur que le contenu ou le service numérique soit fourni à un moment spécifique et que le professionnel n'a pas fourni ce contenu numérique ou ce service numérique avant ou à ce moment.

ii. En cas de défaut de conformité

31. Selon les cas, le consommateur aura droit à la mise en conformité du contenu numérique ou du service numérique, à une réduction proportionnelle du prix ou à la résolution extrajudiciaire(55) du contrat(56).

(52) Voy. note de politique générale. Economie, 4 novembre 2020, *Doc. parl.*, Ch. repr., sess. ord. 2020-2021, n° 55-1580/013, p. 8 (« La directive 2019/771 relative à certains aspects concernant les contrats de vente de biens (nouvelle directive garantie) et la directive 2019/770 relative à certains aspects concernant les contrats de fourniture de contenus numériques et de services numériques (directive contenu digital) seront transposées dans le Code civil. Ces transpositions auront un impact sur l'information des consommateurs lorsqu'ils utilisent les plateformes d'économie collaborative et devraient également impacter la politique générale de durabilité des produits »).

(53) Art. 15 de la Directive 2019/770/UE.

(54) Art. 13 et considérant 61 de la Directive 2019/770/UE.

(55) Art. 15 de la Directive 2019/770/UE.

(56) Art. 14 et considérants 62-64 de la Directive 2019/770/UE. Le mécanisme de sanction correspond au système à échelons prévu à l'art. 1649quinquies de notre Code civil, transposant l'art. 3.2. de la Directive 1999/44/CE du Parlement européen et du Conseil sur certains aspects de la vente et des garanties des biens de consommation (ci-après, « Directive 1999/44/CE »).

32. La mise en conformité est de droit, sauf si elle s'avère impossible ou si elle risque d'imposer au professionnel des frais disproportionnés, compte tenu de toutes les circonstances de l'espèce, soit la valeur du contenu ou du service numérique si le défaut n'existait pas et l'importance du défaut. La mise en conformité doit être opérée dans un délai raisonnable à partir de la notification du défaut de conformité. Elle doit être opérée sans frais et sans inconvénient majeur pour le consommateur. Sur l'interprétation de ces différentes conditions d'application, la jurisprudence qui s'est développée autour de la Directive 1999/44/CE devrait pouvoir être invoquée.

33. Si la mise en conformité ne peut être effectuée, le consommateur aura droit soit à une réduction proportionnelle du prix si le contenu ou le service numérique est fourni en échange du paiement d'un prix, soit à la résolution du contrat, dans chacun des cas suivants :

- (i) le recours consistant dans la mise en conformité du contenu numérique ou du service numérique s'avère impossible ou disproportionné ;
- (ii) le professionnel n'a pas mis en conformité le contenu ou le service numérique ;
- (iii) un défaut de conformité apparaît malgré la tentative du professionnel de mettre le contenu ou le service numérique en conformité ;
- (iv) le défaut de conformité est si grave qu'il justifie une réduction immédiate du prix ou la résolution immédiate du contrat ; ou
- (v) le professionnel a déclaré, ou qu'il résulte clairement des circonstances, que le professionnel ne procédera pas à la mise en conformité du contenu numérique ou du service numérique dans un délai raisonnable ou sans inconvénient majeur pour le consommateur.

34. Lorsque le contenu ou le service numérique a été fourni en échange du paiement d'un prix, le consommateur n'a droit à la résolution du contrat que si le défaut de conformité n'est pas mineur. La charge de la preuve du caractère mineur du défaut est à charge du professionnel. Cependant, lorsque le contenu numérique ou le service numérique n'est pas fourni contre paiement d'un prix, mais que le consommateur fournit des données à caractère personnel, le consommateur devrait avoir droit à la résolution du contrat même lorsque le défaut de conformité est

mineur, puisqu'il ne peut bénéficier du recours que constitue la réduction du prix (57).

iii. Résolution du contrat et obligations réciproques

35. L'article 15 encadre la résolution du contrat. Le consommateur exerce ce droit très simplement en adressant au professionnel une déclaration qui fait état de sa décision (58). L'on peut y voir une nouvelle forme de résolution extrajudiciaire du contrat (59).

36. La Directive 2019/770/UE prévoit alors des obligations à charge des deux parties.

Le professionnel doit (60) rembourser (61) au consommateur les sommes perçues au titre du contrat. Si le contenu ou le service numérique ont été fournis pendant une certaine période, le professionnel ne devra rembourser les sommes perçues qu'au prorata de la période pendant laquelle la non-conformité a existé.

Le professionnel doit également mettre à disposition du consommateur, sur demande, tout contenu (numérique) fourni ou créé par le consommateur lors de l'utilisation du contenu ou du service numérique (62).

37. Certains y voient une obligation de portabilité (63) similaire à la portabilité prévue à l'article 20 du Règlement (UE) n° 2016/679 (64), basée sur l'obligation de restitution réciproque. Cette restitution ne concerne pas les données à caractère personnel, ce point étant réglé par le RGPD. Le contenu doit être récupéré sans frais, dans un délai raisonnable et dans un format couramment utilisé et lisible par machine.

(57) Considérant 67 de la Directive 2019/770/UE.

(58) Art. 15 de la Directive 2019/770/UE.

(59) Sur la notion de résolution unilatérale extrajudiciaire du contrat et ses conditions, voy. P. WÉRY, *Droit des obligations*, vol. 1, *Théorie générale du contrat*, Bruxelles, Larcier, 2010, pp. 681-694.

(60) Art. 16 de la Directive 2019/770/UE.

(61) Le remboursement doit se faire dans un délai de 14 jours à compter du jour auquel le professionnel est informé de la décision du consommateur de faire valoir son droit à une réduction du prix ou à la résolution du contrat. Le remboursement doit se faire en recourant au même moyen de paiement que celui utilisé par le consommateur pour payer, sauf accord exprès contraire, et sans frais pour le consommateur, art. 18.

(62) Considérants 70-71 de la Directive 2019/770/UE.

(63) Plus de détail dans T. TOMBAL et M. LEDGER, « Le droit à la portabilité dans les textes européens : droits distincts ou mécanisme multifacette ? », *R.D.T.I.*, 2018/3, n° 72, pp. 29 et s.

(64) Règlement (UE) n° 2016/679 du Parlement et du Conseil du 27 avril 2016 relatif à la protection des personnes physiques à l'égard du traitement des données à caractère personnel et à la libre circulation de ces données, et abrogeant la directive 95/46/CE (ci-après, « RGPD »), *J.O.U.E.*, L. 119 du 4 mai 2016, pp. 1-88.

38. Après la résolution du contrat, le consommateur s'abstient d'utiliser le contenu ou le service numérique et de le rendre accessible à des tiers (65). Si le contenu numérique a été fourni sur un support matériel, le consommateur restitue ce support au professionnel, à la demande (66) et aux frais du professionnel, sans retard injustifié.

39. Les éventuels dommages et intérêts complémentaires ne sont pas réglés par la Directive 2019/770/UE et sont laissés au droit national, l'idée étant la réparation intégrale du préjudice (67).

Le consommateur devra donc passer par une procédure judiciaire s'il veut être indemnisé au-delà des modes de sanctions expressément prévus par la Directive. Dans la mesure où le droit à la résolution s'exerce par la simple manifestation de volonté du consommateur, conformément à l'article 15 de la Directive, cette manifestation de volonté devrait-elle s'accompagner de réserves quant à des préjudices complémentaires dont le consommateur souhaiterait se prévaloir ultérieurement ? L'absence de telles réserves pourrait-elle être invoquée contre le consommateur lors de son recours judiciaire en indemnisation ?

Il nous semble que la faculté de postuler une réparation intégrale du dommage subi ne pourrait être restreinte du fait de l'absence de réserves ou de demande lors de l'exercice extrajudiciaire du droit à la résolution du contrat tel que permis par la Directive. En effet, le considérant 73 énonce clairement que la Directive est sans préjudice du droit à réparation tel que prévu dans le droit national des États membres. Sauf disposition particulière dans le cadre de la loi de transposition à venir, il nous semble donc que le consommateur devrait pouvoir être indemnisé de tout préjudice particulier subi en raison du défaut de conformité du contenu/service numérique, dans le cadre d'une action en responsabilité classique.

iv. Réduction du prix

40. La réduction du prix est proportionnelle à la différence entre la valeur du contenu numérique ou du service numérique fourni au consommateur et la valeur qu'aurait le contenu ou le service numérique s'il était conforme. En cas de fourniture continue, la réduction du prix s'applique

(65) Art. 17 de la Directive 2019/770/UE.

(66) Demande à formuler dans les 14 jours de la date à laquelle le professionnel est informé de la décision du consommateur d'exercer son droit à la résolution du contrat.

(67) Considérant 73. Voy. aussi sur ce point S. MEYS, « Consumentenbescherming geupdated: de nieuwe Richtlijn Digitale Inhoud en Digitale Diensten », *D.C.C.R.*, 2020/127, pp. 57-58.

à la période pendant laquelle le contenu ou le service numérique n'était pas conforme.

La réduction du prix pourra toujours être demandée en cas de non-conformité (68), au contraire de la résolution du contrat qui ne peut s'appliquer que si le défaut de conformité n'est pas mineur.

La réduction de prix suppose qu'un prix en argent ait été payé pour la fourniture du contenu numérique (69). Il n'est donc pas possible d'en bénéficier en cas de paiement avec des données à caractère personnel.

SECTION 3. QUESTIONS CHOISIES

§ 1. Protection et vente des données à caractère personnel

41. La présente section sera consacrée au rôle de contrepartie accordé aux données à caractère personnel.

Dans le cadre du contrat de fourniture de contenus ou de services numériques la Directive envisage la notion de contrepartie que le consommateur peut échanger soit comme le paiement d'un prix, soit comme étant la fourniture de données à caractère personnel (70).

Si cette nouvelle conception a l'avantage de mettre fin à l'illusion du contrat « gratuit » que proposent beaucoup de grandes plateformes numériques, elle induit de nouvelles caractéristiques à la définition des données à caractère personnel qui ne sont pas sans danger.

42. Même si le législateur évite soigneusement de trop rapprocher la fourniture de données au paiement pécuniaire, en préférant utiliser le terme plus neutre d'engagement de fourniture de données à caractère personnel (71), on ne s'y trompera pas : il s'agit d'un moyen de paiement (72).

Cela pose tout d'abord la question de l'évaluation de la valeur des données à caractère personnel, puisque la Directive les reconnaît en tant

(68) Art. 14, 6, de la Directive 2019/770/UE.

(69) Art. 14, 4, de la Directive 2019/770/UE.

(70) Art. 3, al. 1, de la Directive 2019/770/UE.

(71) Art. 3, al. 2, de la Directive 2019/770/UE ; A.-L. SIBONY et D. CLIFFORD, « La personnalisation illicite : la perspective du droit européen de la consommation », *Cahier du CeDIE, Working papers*, 2019/06, p. 9.

(72) C. ZOLYNSKI, « Contrats de fourniture de contenus et de services numériques. A propos de la directive (UE) 2019/770/UE de 20 mai 2019 » in *La semaine juridique*, n° 47, LexisNexis, 18 novembre 2019, p. 2064-2065, *op. cit.*, p. 2064-2065 ; voy. l'avis 4/2017 du C.E.P.D. sur la proposition de directive concernant certains aspects des contrats de fourniture de contenu numérique, 14 mars 2017, pp. 9 et s.

que valeurs de « troc » (73). Cette évaluation semble quasiment impossible pour l'individu voulant s'engager dans une relation contractuelle telle que décrite par la Directive. D'une part, très peu de personnes sont réellement conscientes de la valeur de leurs données et des implications que peut avoir la fourniture de celles-ci à une entreprise (74). D'autre part, et plus pragmatiquement, une telle évaluation est extrêmement difficile car la valeur des données varie en fonction de beaucoup de critères comme la possible réutilisation, la quantité de données collectées en parallèle... (75). L'appréciation du caractère équitable d'une transaction n'est donc pas possible pour le consommateur (76). Ce point est dérangent, dans la mesure où l'on est précisément en présence d'une partie faible. N'est-on dès lors pas loin des objectifs de protection spécifiques établis par le législateur, tant européen que national, et basés sur les principes de transparence, d'information (77) ?

Ensuite, assimiler les données à caractère personnel à une monnaie en leur donnant des fonctions similaires d'échange (78) nous semble en contradiction avec la définition et la nature même de donnée à caractère personnel telles que définies par notre droit. Consacrer la patrimonialité de ces données paraît problématique et contraire aux droits et libertés que la réglementation sur les données à caractère personnel vise à protéger.

43. Les droits liés à la protection des données à caractère personnel (79) peuvent-ils faire l'objet d'une transaction commerciale ? Bien que certains aménagements soient possibles (80), leur caractère indisponible et

(73) Voy. le considérant 13 de la Directive 2019/770/UE.

(74) T. LÉONARD, « Yves, si tu exploitais tes données ? », in *Droit, normes et libertés dans le cybermonde. Liber Amicorum Yves Poulet*, coll. du CRIDS, Bruxelles, Larcier, 2018, p. 672.

(75) T. LÉONARD, « Yves, si tu exploitais tes données ? », *op. cit.*, pp. 671-672 ; R. ROBERT, « Peut-on payer avec ses données personnelles ? – La proposition de directive “contenu numérique” introduit le ver dans le fruit », *J.D.E.*, 2017, p. 357.

(76) T. LÉONARD, « Yves, si tu exploitais tes données ? », *op. cit.*, p. 672 ; R. ROBERT, « Peut-on payer avec ses données personnelles ? – La proposition de directive “contenu numérique” introduit le ver dans le fruit », *op. cit.*, p. 357 ; P. PUCHERAL, N. ANCIAUX, L. BEHAR-TOUCHAIS, V.-L. BENABOU, N. MARTIAL-BRAZ *et al.*, « Dossier Contenus Numériques/ Données », in *Contrats concurrence consommation*, Paris, LexisNexis, 2017, p. 2.

(77) Sur ce point, plusieurs études nationales ont été menées afin de mettre en évidence ces lacunes. Voy. notamment l'avis 8/2016 du C.E.P.D. sur une application cohérente des droits fondamentaux à l'ère des données massives (Big Data), 23 septembre 2016, pp. 12 et s.

(78) R. ROBERT, « Peut-on payer avec ses données personnelles ? – La proposition de directive “contenu numérique” introduit le ver dans le fruit », *op. cit.*, p. 357.

(79) Art. 8 de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne ; art. 16 du traité sur le fonctionnement de l'Union Européenne ; art. 1, (2), du RGPD.

(80) A. BENSOUSSAN, *Règlement européen sur la protection des données. Textes, commentaires et orientations pratiques*, 2^e éd., Bruxelles, Bruylant, 2018, p. 47 ; Cour eur. D.H., 7 février 2012, n° 40660/08 ; C.J.U.E., 24 novembre 2011, aff. C-468/10 et C-469/10 ; C.J.U.E., 29 janvier 2008, aff. C-275/06.

hors commerce est reconnu(81). Il est néanmoins admis que l'on puisse en faire une exploitation patrimoniale(82) mais en ayant comme base le consentement de la personne concernée.

Dans le contexte de la Directive 2019/770/UE, le consentement envisagé pose question.

La conformité au RGPD mérite d'être vérifiée.

44. L'approche consumériste adoptée dans la Directive 2019/770/UE dénote par rapport à la philosophie du RGPD qui tend à exclure les données à caractère personnel du champ commercial(83).

On peut aussi s'interroger sur le respect de certains droits prévu par le RGPD, notamment le droit de suppression(84), à l'effacement(85), à la portabilité(86)... lorsque l'entreprise aura acquis les données à caractère personnel dans le cadre d'un contrat portant sur des contenus/services numériques.

La Directive 2019/770/UE entend régler ces problèmes en prévoyant qu'en cas de conflit, les dispositions communautaires spécifiques l'emportent(87) (avec un point précis sur la priorité du RGPD en cas de traitement de données à caractère personnel(88)). L'articulation des deux textes n'en demeure pas moins délicate.

45. Dans ces deux régimes de protection, certaines conditions sont requises afin de pouvoir former des contrats avec le consommateur ou utiliser des données à caractère personnel. Il est intéressant de constater que si les notions sont souvent les mêmes (la loyauté, le consentement), elles recouvrent parfois des réalités et des impératifs différents. Il faut alors se questionner sur la compatibilité des dispositions existantes et l'application

(81) T. LÉONARD, « Yves, si tu exploitais tes données ? », *op. cit.*, p. 670.

(82) F. RIGAUX, *La vie privée, une liberté parmi tant d'autres*, Bruxelles, Larcier, 1992, pp. 148 et s. ; S. GUTWIRTH, *Privacyvrijheid !*, Den Haag, Rathenau Instituut, 1997, p. 52.

(83) C. ZOLYNSKI, REF. À COMPLETER, *op. cit.*, p. 2065 ; R. ROBERT, « Peut-on payer avec ses données personnelles ? – La proposition de directive "contenu numérique" introduit le ver dans le fruit », *op. cit.*, p. 357 ; A.-L. SIBONY et D. CLIFFORD, « La personnalisation illicite : la perspective du droit européen de la consommation », *op. cit.*, p. 9.

(84) Art. 14 du RGPD.

(85) Art. 17 du RGPD.

(86) Art. 20 du RGPD.

(87) Art. 3, al. 7, de la Directive 2019/770/UE.

(88) Art. 3, al. 8, de la Directive 2019/770/UE. Néanmoins, cette précision nous semble assez superflue car la quasi-totalité des données qui seront à caractère personnel, surtout au vu de la définition large de celles-ci : art. 4, § 1, du RGPD ; R. ROBERT, *op. cit.*, p. 358 ; C. DE TERWANGNE, « Définitions clés et champ d'application du RGPD », in C. DE TERWANGNE et K. ROSIER (dir.), *Le règlement général sur la protection des données (RGPD/GDPR). Analyse approfondie*, coll. du CRIDS, Bruxelles, Larcier, 2018, p. 60.

de la Directive 2019/770/UE. L'objectif de promotion de l'économie numérique de la Directive pourrait être une source de tension avec les objectifs de protection du consommateur (89) et des données à caractère personnel.

46. Compte tenu de l'objet limité de la présente contribution, nous nous intéresserons à la notion cardinale du consentement dans les deux régimes de protection.

47. L'exigence en matière de consentement est une notion clé du droit de la consommation. L'idée générale est que le consommateur, supposé partie faible, doit pouvoir donner son consentement dans des conditions de connaissance suffisante (concernant son cocontractant, la teneur du contrat...)(90) et sans contraintes trop importantes. On trouve donc diverses dispositions, garantissant un consentement libre et éclairé, dispersées dans les textes pertinents.

48. Si l'objectif d'obtenir un consentement libre et éclairé est aussi partagé par le régime juridique dédié à la protection des données(91), le RGPD va plus loin dans ses exigences de consentement sur plusieurs points(92). La fourniture de l'information conditionnant un consentement valide est aussi bien plus exigeante car il faut qu'elle soit « concise, aisément accessible et facile à comprendre, formulée en des termes clairs, simples et, en outre, lorsqu'il y a lieu, illustrée à l'aide d'éléments visuels »(93). De plus, le consentement n'est pas uniquement considéré comme une condition de validité du contrat mais de manière beaucoup plus globale(94), spécialement en matière de licéité de traitement(95).

Le consentement se conçoit ici de manière plus précise et rigoureuse comme l'indique le RGPD, aussi bien dans ses considérants que dans ses

(89) A.-L. SIBONY et D. CLIFFORD, « La personnalisation illicite : la perspective du droit européen de la consommation », *op. cit.*, p. 13.

(90) Voy. notamment l'art. 5 de la Directive sur les clauses abusives.

(91) Des allusions claires entre les deux régimes sont d'ailleurs faites dans les textes mêmes. En matière de ciblage abusif, voy. D. CLIFFORD, I. GRAEF et P. VALKE, « Pre-formulated declarations of data subject consent – citizen-consumer empowerment and the alignment of data, consumer and competition law protections », *German Law Journal*, 2019, vol. 20, n° 5, pp. 679-721.

(92) A.-L. SIBONY et D. CLIFFORD, « La personnalisation illicite : la perspective du droit européen de la consommation », *op. cit.*, p. 10.

(93) Considérant 58 du RGPD, là où, pour le consommateur, on n'exige « seulement » une information « claire et précise » : A.-L. SIBONY et D. CLIFFORD, « La personnalisation illicite : la perspective du droit européen de la consommation », *op. cit.*, p. 10.

(94) Avis 4/2017 du C.E.P.D., préc., p. 19.

(95) C. DE TERWANGNE, « Les principes relatifs au traitement des données à caractère personnel et à sa licéité », in C. DE TERWANGNE et K. ROSIER (dir.), *Le règlement général sur la protection des données (RGPD/GDPR). Analyse approfondie*, *op. cit.*, pp. 121 et s.

articles(96). En effet, celui-ci doit rassembler toute une série de qualités en constituant une manifestation de volonté libre, spécifique, éclairée, univoque. Il doit aussi être donné par une déclaration ou un acte positif.

49. Par rapport aux contrats visés par la Directive 2019/770/UE, certaines des exigences à propos du consentement nous semblent potentiellement problématiques.

a) Le consentement « libre »

50. Concernant la condition d'un consentement libre(97), il est exigé que celui-ci soit un choix pour la personne concernée et avec un contrôle réel(98). Il est dès lors exclu que la personne soit forcée et ne puisse pas, en pratique, choisir si elle désire ou non voir ses données traitées(99).

Plusieurs éléments sont pris en compte. L'article 7, paragraphe 4, du RGPD, dispose qu'il faut tenir compte de l'intégration du consentement dans le contrat ou de son association avec la fourniture d'un service(100). À la lecture du considérant 43, le consentement sera présumé non libre s'il a été donné lorsqu'il est une condition(101) de l'accès à un service ou à la conclusion d'un contrat. Cette situation est d'autant plus problématique que le RGPD prend aussi en compte le déséquilibre entre les parties pour apprécier cette liberté(102). Or, pour reprendre un cas classique de fourniture de contenus et de services numériques en échange de données qu'est Facebook (ou Twitter), peut-on réellement estimer que l'utilisateur donne un consentement libre en tenant compte de l'importance de ce réseau social(103) (et du manque d'alternative sur le marché(104)), mais aussi du fait que le consentement est joint, en pratique, à l'acceptation des conditions générales et conditionne l'accès au contenu ou service?(105)

(96) Notamment les considérants 32, 33, 42, 43, 44 et les art. 4, 11°, 7 et 8 du RGPD.

(97) Art. 4, 11°, du RGPD.

(98) Groupe 29, Guidelines on consent under Regulation 2016/679. Last revised and adopted on 10 April 2018, 28 november 2017, WP 256 rev.01, p. 6.

(99) Groupe 29, Avis 15/2011 sur la définition de consentement. Adopté le 13 juillet 2011, WP 187, p. 14.

(100) Groupe 29, Guidelines on consent under Regulation 2016/679. Last revised and adopted on 10 April 2018, *op. cit.*, p. 6.

(101) *Ibid.*, p. 9 : cette situation apparait lorsque le consentement est obligatoire pour avoir accès au service ou lorsqu'il est couplé à l'acceptation de conditions générales, par exemple.

(102) Art. 43 du RGPD.

(103) Les réseaux sociaux ont une telle importance qu'il a été jugé que le Président des États-Unis ne peut bloquer un citoyen sur Twitter !

(104) Avis 4/2017 du C.E.P.D., préc., p. 21.

(105) T. LÉONARD, « Yves, si tu exploitais tes données ? », *op. cit.*, p. 675.

La solution proposée serait de demander un consentement distinct de celui nécessaire à la conclusion du contrat (106). Or, la Directive 2019/770/UE n'aborde pas cette potentielle source de problèmes. Une autre possibilité serait de considérer que la fourniture de données est nécessaire à l'exécution du contrat et donc éviter l'application de l'article 7, paragraphe 4, du RGPD (107). Cette hypothèse nous semble hautement improbable au vu de la sévérité avec laquelle le consentement est défini (108) mais aussi parce que la fourniture de données pourrait être remplacée par le paiement d'une somme d'argent (109), et que la fourniture de données se prête mal au rôle de contrepartie dans ce cadre (110).

b) Le consentement « spécifique »

51. Il n'y a pas d'exigence similaire en protection du consommateur, qui impose la fourniture de certaines informations, mais qui ne demande pas que le consentement soit spécifique.

Dans le cadre de la protection des données, le consentement doit être spécifique dans le sens où il doit être donné pour chaque finalité distincte dans le cadre du traitement de données à caractère personnel (111). La personne ne peut donc donner un consentement « général » pour n'importe quel usage de ses données (112), le but étant de maximiser le contrôle des individus sur l'utilisation de leurs données. Le responsable du traitement a donc trois grandes obligations à remplir : (1) la spécification des finalités en tant que garantie contre tout détournement d'usage, (2) le caractère détaillé des demandes de consentement et (3) la séparation claire des informations liées à l'obtention du consentement au traitement des données et des informations concernant d'autres sujets (113). Dans le cadre des contrats visés par la Directive 2019/770/UE, il faudrait alors recueillir le consentement pour toutes les finalités, ce qui semble douteux en pratique.

(106) Avis 4/2017 du C.E.P.D., préc., p. 19.

(107) T. LÉONARD, « Yves, si tu exploitais tes données ? », *op. cit.*, p. 675.

(108) Groupe 29, Guidelines on consent under Regulation 2016/679. Last revised and adopted on 10 April 2018, *op. cit.*, pp. 6 et s.

(109) T. LÉONARD, « Yves, si tu exploitais tes données ? », *op. cit.*, p. 679.

(110) Avis 4/2017 du C.E.P.D., préc. et Avis 6/2017 du C.E.P.D., préc.

(111) Art. 6, § 1, a), du RGPD.

(112) C. DE TERWANGNE, « Les principes relatifs au traitement des données à caractère personnel et à sa licéité », *op. cit.*, pp. 123-124.

(113) Groupe 29, Guidelines on consent under Regulation 2016/679. Last revised and adopted on 10 April 2018, *op. cit.*, p. 13.

c) Le consentement « éclairé » et les principes de loyauté et transparence

52. Le consentement doit être éclairé, ce qui se traduit par une série d'exigences liées à la bonne information de la personne concernée(114). Cette exigence est étroitement liée au principe de transparence(115) ainsi qu'au principe de loyauté(116).

53. En matière de protection du consommateur, un certain degré de qualité d'information est attendu afin de garantir un consentement éclairé. Il est souvent contenu dans la formulation suivante : les informations doivent être fournies de manière claire et compréhensible(117). On peut néanmoins relever des différences de protection accordées par le législateur entre les contrats portant sur des services financiers ou non(118). Dans le premier cas, on veille à ce que l'obligation d'information envers le consommateur soit renforcée pour lui permettre de mieux appréhender les conséquences d'un tel contrat.

54. Au regard du RGPD, les exigences sur l'obligation de fourniture d'information conditionnant un consentement valide sont bien plus élevées, car il faut que l'information soit « concise, aisément accessible, facile à comprendre, formulée en des termes clairs, simples et, en outre, lorsqu'il y a lieu, illustrée à l'aide d'éléments visuels »(119). De plus, le considérant 42 du RGPD requiert aussi que des informations concernant le responsable du traitement et les finalités auxquelles sont destinées les données(120) soient fournies. Ajoutons encore à cela, d'autres obligations d'informations comme celles concernant le droit de retrait du consentement(121), du risque lié au transfert des données dans d'autres pays n'offrant pas la même protection des données(122). Toutes ces obligations servent le principe de transparence qui impose que la personne concernée ait suffisamment connaissance des implications de l'utilisation des données par

(114) C. DE TERWANGNE, « Les principes relatifs au traitement des données à caractère personnel et à sa licéité », *op. cit.*, pp. 124-125.

(115) Avis 4/2017 du C.E.P.D., préc., pp. 19-22.

(116) Art. 5, § 1, a), du RGPD.

(117) Art. 5 de la Directive sur les clauses abusives.

(118) Voy. notamment les art. VI. 55 et 57 du Code de droit économique.

(119) Considérant 58 du RGPD, là où, pour le consommateur, on n'exige « seulement » une information « claire et précise ». A.-L. SIBONY et D. CLIFFORD, « La personnalisation illicite : la perspective du droit européen de la consommation », *op. cit.*, p. 10.

(120) Une exigence aussi contenue dans l'art. 6, § 1, a), du RGPD.

(121) Art. 7, § 3, du RGPD.

(122) Art. 49, § 1, a), du RGPD. Voy. aussi : Groupe 29, Guidelines on consent under Regulation 2016/679. Last revised and adopted on 10 April 2018, *op. cit.*, pp. 6 et s. pour plus de détails.

le responsable de traitement(123). Celui-ci est aussi tenu par le principe de loyauté qui lui impose de ne pas tromper la personne concernée lors de la collecte et l'utilisation de données(124).

55. Les contrats de fourniture de contenus ou de services numériques mettent-ils en péril ces principes et les obligations d'information qui découlent du RGPD ?

Si en théorie, les entreprises se conformeront aux exigences légales, en pratique plusieurs craintes subsistent. Tout d'abord, en connaissant l'inertie du citoyen européen moyen dans la consultation des informations fournies lors, par exemple, de l'inscription à un réseau social, nous doutons que les informations parviennent effectivement aux yeux des personnes concernées. Il aurait peut-être fallu, dans ce cadre particulier du monde numérique, prévoir des obligations techniques spécifiques afin que l'utilisateur se rende plus facilement compte de la portée d'un tel engagement. Enfin, nous doutons que le principe de loyauté et de transparence soit réellement respecté au vu de la quantité de données qu'il sera possible d'obtenir. Cela risque de rendre le processus de traitement encore plus opaque.

§ 2. Internet des objets et articulation avec la Directive 2019/771

56. Compte tenu de l'objet limité de la présente, nous aborderons uniquement la question du champ d'application des directives 2019/770-771.

Conformément à l'article 3 de la Directive 2019/770, les contenus numériques et services numériques qui sont interconnectés ou intégrés dans tout objet mobilier corporel d'une manière telle que l'absence de ce contenu numérique ou de ce service numérique empêcherait le bien de remplir ses fonctions, et qui sont fournis avec ces biens dans le cadre d'un contrat de vente concernant ces biens, échappent à son champ d'application(125). La Directive 2019/771/UE s'appliquera dans ce cas. Notons que

(123) C. DE TERWANGNE, « Définitions clés et champ d'application du RGPD », *op. cit.*, pp. 90-91.

(124) *Ibid.* ; notons que d'autres obligations découlent de ce principe comme l'obligation de garantir l'exercice des droits d'accès et d'opposition, la conservation limitée des données traitées et la confidentialité et la sécurité des données traitées.

(125) Conformément à l'art. 3, 6, et au considérant 33 de la Directive 2019/770/UE, lorsqu'un contrat unique entre le même professionnel et le même consommateur rassemble dans une offre groupée des éléments constituant la fourniture d'un contenu numérique ou d'un service numérique et des éléments constituant la fourniture d'autres biens ou services, la Directive 2019/770/UE s'appliquera aux éléments du contrat concernant le contenu ou le service numérique.

seule la vente (126) est concernée, et non les hypothèses de location, de leasing ou de prêt.

57. Eu égard à l'omniprésence de l'informatique embarquée (de la montre à la voiture en passant par le frigo), et à l'évolution de l'IOT (127), cette exclusion pourrait avoir des répercussions importantes sur l'applicabilité de la Directive 2019/770/UE.

Par ailleurs, le consommateur estime souvent que le contenu ou le service numérique a plus de valeur pour lui concrètement que le bien qui intègre ou qui est interconnecté avec ce contenu. L'« objet » smartphone n'a guère d'utilité en dehors des services numériques et des contenus numériques auxquels il permet d'accéder. Le fournisseur pourrait ne pas respecter les critères de conformité visés par la Directive 2019/770/UE et le législateur compte alors sur la Directive 2019/771/UE pour assurer la protection du consommateur. Enfin, la Directive 2019/771/UE ne s'applique pas lorsque la contrepartie du transfert de propriété est la fourniture des données à caractère personnel, de sorte que certains *business models* pourraient être mis en place pour tenter d'échapper à l'application des deux réglementations.

58. Les considérants 13 à 16 de la Directive 2019/771/UE exposent la manière dont le législateur européen voit l'articulation entre les deux textes.

Le considérant 13 précise que la Directive 2019/770/UE s'applique aux contenus numériques fournis sur un support matériel, comme les DVD, les CD, les clés USB et les cartes à mémoire, ainsi qu'au support matériel lui-même, pour autant que le support matériel serve exclusivement à transporter le contenu numérique. Ce support matériel n'a, en effet, pas besoin du contenu numérique pour fonctionner.

Selon le considérant 14 de la Directive 2019/771/UE, un contenu numérique qui est intégré à un bien ou qui est interconnecté avec celui-ci peut désigner toutes les données qui sont produites et fournies sous forme numérique, telles que des systèmes d'exploitation, des applications et tout autre logiciel. Un contenu numérique peut être préinstallé au moment

(126) Le contrat de vente étant défini à l'art. 2, 1), de la Directive 2019/771/UE comme étant tout contrat en vertu duquel le vendeur transfère ou s'engage à transférer la propriété de biens à un consommateur et en vertu duquel le consommateur paie ou s'engage à payer le prix de ces biens.

(127) Internet of things, que l'on définit comme toute « extension de l'internet actuel à tous les objets pouvant communiquer, de manière directe ou indirecte, avec des équipements électroniques eux-mêmes connectés à l'Internet » (M. SOUSSI et M. WEILL, « L'internet des objets : concept ou réalité ? », *Annales des Mines – Réalités Industrielles*, n° 4, 2010, p. 90).

de la conclusion du contrat de vente ou, lorsque le contrat le prévoit, être installé ultérieurement. Le considérant nous livre encore quelques exemples : des services permettant de créer, de traiter et de stocker des données sous forme numérique, ou d'y accéder, tels que les logiciels à la demande proposés dans l'environnement informatique en nuage, la fourniture continue de données relatives au trafic dans un système de navigation, ou la fourniture continue de programmes d'entraînement personnalisés dans le cas d'une montre intelligente.

Le considérant 15 renvoie au contenu du contrat pour déterminer si la fourniture du contenu ou du service numérique intégré ou interconnecté fait partie ou non du contrat de vente. Si l'information n'est pas suffisamment explicite, on aura égard au contexte, à ce qui est raisonnablement attendu par le consommateur ou encore aux messages publicitaires. Peu importe si le contenu ou le service numérique est préinstallé dans le bien lui-même ou s'il doit être téléchargé ultérieurement. La Directive 2019/771/UE prévoit qu'en cas de doute, la fourniture du contenu numérique ou du service numérique est présumée faire partie du contrat de vente. La conclusion d'un contrat de licence avec un tiers n'affecte pas cette évaluation.

Dans un smartphone, par exemple, seront donc couverts par la Directive 2019/771/UE, le système d'exploitation, les surcouches logicielles éventuellement installées par le fabricant, les applications standardisées – réveil, calculateur... – préinstallées ou encore les applications d'éditeurs tiers préinstallées (suite bureautique Google ou Microsoft par exemple), ainsi que, à suivre la logique de la Directive, toutes les applications téléchargées ultérieurement si elles ont été incorporées à un message publicitaire du vendeur.

Ce dernier point pourrait être problématique, car un des arguments publicitaires les plus importants des vendeurs d'appareils électroniques, comme des *smartphones*, est justement la possibilité d'utiliser ceux-ci en conjonction avec de nombreuses applications. Les publicités intègrent donc souvent des applications tierces – jeu vidéo, outils de productivité... – pour démontrer les possibilités de l'appareil. Il faut donc en déduire que les fabricants devront donc assumer la garantie conformément à la Directive 2019/771/UE, tandis que les éditeurs de ses applications pourraient appliquer à leur bénéfice l'exclusion du champ d'application de la Directive 2019/770/UE. Le considérant 16 limite cette dérive potentielle en précisant qu'il convient bien d'avoir égard aux limites du contrat de vente

pour déterminer l'articulation entre les deux directives, ce qui amènera donc à une analyse au cas par cas.

Parmi les applications téléchargées ultérieurement et qui ne faisaient pas partie d'un message publicitaire du fabricant, toutes celles qui sont liées à un bien comportant des éléments numériques – une montre connectée, un capteur de sommeil, une caméra IP, un casque audio... – ressortiront de la Directive 2019/771/UE si elles doivent être téléchargées dans le cadre du contrat de vente de ce bien comportant des éléments numériques. Une montre connectée d'une certaine marque suppose, pour fonctionner, le téléchargement d'une application spécifique. Cette application échappe à la Directive 2019/770/UE et est considérée comme faisant partie du contrat de vente.

Le considérant 15 précise que la Directive 2019/771/UE devrait également s'appliquer si le contenu ou le service numérique intégré ou interconnecté n'est pas fourni par le vendeur lui-même, mais est fourni, conformément au contrat de vente, par un tiers. Cela pose la question de l'interopérabilité, qui est un critère de conformité subjective conformément à l'article 6 de la Directive 2019/771/UE et qui fait donc partie du contrat de vente. La Directive 2019/771/UE couvrira donc une application tierce, interopérable avec une montre connectée, mais qui n'est pas l'application « officielle » du fabricant de la montre connectée.

Les autres applications téléchargées ultérieurement sur l'AppStore ou le PlayStore ne rentreront pas dans le champ d'application de la Directive 2019/771/UE et leurs éditeurs devront répondre de la conformité eu égard aux critères définis dans la Directive 2019/770/UE.