

RESEARCH OUTPUTS / RÉSULTATS DE RECHERCHE

La garantie légale applicable aux biens, aux contenus numériques et aux services numériques

Jacquemin, Herve; Limbree, Pauline

Published in:
Revue du Droit des Technologies de l'information

Publication date:
2022

Document Version
le PDF de l'éditeur

[Link to publication](#)

Citation for pulished version (HARVARD):
Jacquemin, H & Limbree, P 2022, 'La garantie légale applicable aux biens, aux contenus numériques et aux services numériques', *Revue du Droit des Technologies de l'information*, Numéro 87, p. 51-88.

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 garantie légale applicable aux biens, aux contenus numériques et aux services numériques

Hervé Jacquemin¹ et Pauline Limbrée²

En vue de transposer les directives (UE) 2019/770 et 2019/771, le régime de la garantie légale de conformité a été modernisé dans l'ancien Code civil. Les consommateurs d'applications mobiles, de réseaux sociaux ou d'objets connectés, entre autres, disposent désormais de garanties lorsque ces contenus ou services numériques, éventuellement intégrés ou interconnectés à des biens, se révèlent défectueux. La présente contribution vise à présenter le nouveau cadre légal, en prêtant une attention particulière aux difficultés d'application que certaines dispositions pourraient entraîner.



To implement the directives (EU) 2019/770 and 2019/771, the legal framework applicable to the legal guarantee of conformity has been modernized in the old Civil Code. Consumers of mobile applications, social networks or connected objects, among others, can benefit from guarantees when the digital content or service (either integrated or interconnected with goods, or not) is defective. This contribution aims at presenting the new legal framework, with a particular attention to the difficulties of application that some provisions could entail.

I. INTRODUCTION

1. Deux directives complémentaires. Deux décennies après la directive 1999/44/CE du Parlement européen et du Conseil, du 25 mai 1999, sur certains aspects de la vente et des garanties des biens de consommation³, transposée en droit belge aux articles 1649bis et suivants de l'ancien Code civil⁴, le législateur européen a remis l'ouvrage sur le métier.

Deux directives complémentaires ont été adoptées⁵:

- la directive (UE) 2019/770 du Parlement européen et du Conseil du 20 mai 2019

biens de consommation», in *Théorie générale des obligations et contrats spéciaux*, Formation permanente CUP, Bruxelles, Larcier, 2016, pp. 372 et s.; Ch. BIQUET-MATHIEU, «La garantie des biens de consommation – Présentation générale», in *La nouvelle garantie des biens de consommation et son environnement légal*, Bruxelles, la Charte, 2004, pp. 55 et s.; J. STUYCK, «La notion de conformité et l'articulation des délais», in *La nouvelle garantie des biens de consommation et son environnement légal*, Bruxelles, la Charte, 2005, pp. 111 et s.; L. PEETERS, «De nieuwe wetgeving voor consumentenkoop... (eindelijk) in het B.W.», *R.W.*, 2004-2005, pp. 441 et s.

- ⁵ Pour une analyse de celles-ci et des propositions de la Commission (spécialement les éléments couverts par la présente contribution), voy. S. GEIREGAT et R. STEENNOT, «Proposal for a Directive on Digital Content. Scope

¹ Professeur à l'Université de Namur, directeur du CRIDS (NADI). Avocat au barreau de Bruxelles.

² Assistante à l'Université de Namur, chercheuse au CRIDS (NADI).

³ *J.O.*, L 171 du 7 juillet 1999.

⁴ Ces dispositions ont été introduites par la loi du 1^{er} septembre 2004 relative à la protection des consommateurs en cas de vente de biens de consommation, *M.B.*, 21 septembre 2004. À ce propos, voy. not. C. DELFORGE et Y. NINANE, «La garantie de conformité des

relative à certains aspects concernant les contrats de fourniture de contenus numériques et de services numériques⁶ (ci-après, « directive sur les contenus et les services numériques » ou « directive 2019/770/UE ») et ;

- la directive (UE) 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

of Application and Liability for a Lack of Conformity», in *Digital Content and Distance Sales*, Bruxelles, Intersentia, 2017, pp. 95 et s.; S. JANSEN et S. STIJNS, «La directive nouvelle est arrivée: conformiteitsbegrip, overmacht, kennisgeving, termijnen en remedies in de richtlijn consumentenkoop 2019/771/UE», *D.C.C.R.*, 2020/128, pp. 3 et s.; S. MEYS, «Consumentenbescherming geüpdated: de nieuwe Richtlijn Digitale Inhoud en Digitale Diensten», *D.C.C.R.*, 2020/127, pp. 31 et s.; G. FRUY et G. SCHULTZ, «La nouvelle Directive en matière de vente aux consommateurs (2019/771) est arrivée: quel est son champ d'application et quels critères prévoit-elle pour la conformité des biens vendus?», 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?*, Bruxelles, Larcier, 2021, pp. 82 et s.; S. STIJNS et S. JANSEN, «La nouvelle Directive en matière de vente aux consommateurs (2019/771) est arrivée: quoi de neuf en matière de délais et de remèdes?», 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?*, Bruxelles, Larcier, 2021, pp. 124 et s.; A. CASSART, F. LORLAUX et A. CRUQUENAIRE, «La Directive 2019/770/UE du 20 mai 2019 relative à certains aspects concernant les contrats de fourniture de contenus et de services numérique», 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?*, Bruxelles, Larcier, 2021, pp. 210 et s.; R. STEENNOT, «Het toepassingsgebied van de nieuwe garantieregelingen voor goederen, digitale inhoud en digitale diensten», *D.C.C.R.*, 2022, pp. 3 et s.; H. JACQUEMIN «La conformité des biens, des contenus numériques et des services numériques, l'articulation des délais et la modification des éléments numériques», *D.C.C.R.*, 2022, pp. 25 et s.; F. VAN DEN ABBELE et B. TILLEMANN, «Remedies in de nieuwe consumenten(koop)recht: een (her)nieuw(d) getrappt systeem», *D.C.C.R.*, 2022, pp. 59 et s.; B. KEIRS-BILCK, «Verhaalsrechten», *D.C.C.R.*, 2022, pp. 103 et s.

⁶ J.O., L 136 du 22 mai 2019, pp. 1-27.

le règlement (UE) 2017/2394 et la directive 2009/22/CE et abrogeant la directive 1999/44/CE⁷ (ci-après, « directive sur la vente aux consommateurs » ou « directive 2019/771/UE »).

L'objectif était d'adapter la législation à l'environnement technologique, spécialement pour protéger de manière harmonisée les consommateurs d'applications mobiles, de réseaux sociaux, de sites de partage de contenus, ou d'objets connectés (montres, GPS, etc.), qui pouvaient être confrontés à des produits incorrects ou défectueux⁸. L'amélioration du fonctionnement du marché intérieur a également motivé cette réforme: la directive 1999/44/CE était en effet d'harmonisation minimale, ce qui avait engendré des différences significatives entre les États membres⁹, de nature à saper la confiance des consommateurs. Les deux nouvelles directives introduisent une harmonisation maximale des règles applicables à la vente de biens et à la fourniture d'éléments numériques. Ce choix législatif, qui s'explique par l'objectif de marché intérieur, a pour effet d'interdire aux États membres de se doter de règles plus strictes que celles établies dans ces instruments. Néanmoins, des exceptions à l'harmonisation maximale existent. Le législateur belge a profité de certaines de celles-ci, notamment en ce qui concerne la durée de la présomption de l'antériorité du défaut de conformité¹⁰. Le législateur belge retrouvait également sa marge de manœuvre pour les contrats qui sortent du champ d'application de la directive¹¹. Il pouvait par exemple appli-

⁷ J.O., L 136 du 22 mai 2019, pp. 28-50.

⁸ Voy. le considérant n° 5 de la directive sur les contenus et les services numériques.

⁹ Voy. le considérant n° 7 de la directive sur la vente aux consommateurs.

¹⁰ Voy. *infra*, n° 45.

¹¹ Pour d'autres hypothèses dans lesquelles le législateur belge retrouve sa liberté, voy. les considérants n°s 18 et s. de la directive 2019/771/UE.

quer ces règles aux PME qui, dans la majorité des cas, souffrent de la même faiblesse que les consommateurs¹². Cette liberté n'a malheureusement pas été exploitée, ce que l'on regrette.

2. La loi de transposition belge. Pour transposer les directives, le législateur belge a adopté une loi du 20 mars 2022¹³.

Celle-ci modifie les dispositions de la section IV du Titre VI de l'ancien Code civil, intitulé « de la vente »¹⁴.

En outre, elle insère, au sein du même Code, un titre *Vlbis*, entièrement consacré à la fourniture de contenus et de services numériques¹⁵. Le législateur explique à cet égard qu'il ne pouvait pas transposer la directive 2019/770/UE au sein du Titre VI de l'ancien Code civil, qui porte sur les contrats de vente, dès lors que les conventions de fourniture d'éléments numériques ne relèvent pas de cette catégorie de contrat¹⁶. Pour le surplus, le législateur s'abstient de qualifier les conventions ayant pour objet des contenus ou des services numériques, « vu la multitude de qualifications juridiques que ce contrat peut recevoir »¹⁷. Il reviendra donc aux parties d'opter pour la qualification la plus opportune.

3. Plan. Après avoir déterminé le champ d'application des dispositions applicables aux biens, ainsi qu'aux contenus et services numériques (II), on examine les critères de conformité (III), les délais et la responsabilité des vendeurs et des professionnels (IV), ainsi que les recours susceptibles d'être introduits par le consommateur (V).

On se focalise sur les exemples ressortissant au domaine du numérique.

On n'analyse pas les règles à respecter en cas de modification des contenus numériques¹⁸ ou en matière de garantie commerciale¹⁹.

II. LE CHAMP D'APPLICATION DU RÉGIME DE LA GARANTIE LÉGALE DE CONFORMITÉ

4. Comment déterminer le champ d'application des dispositions ? Le champ d'application des nouvelles règles respectivement applicables aux biens, d'une part, aux contenus et services numériques, d'autre part, est défini dans une disposition liminaire de chaque subdivision de l'ancien Code civil²⁰.

L'article 1649*bis*, § 2, de l'ancien Code civil énonce ainsi que « la présente section est applicable aux contrats de vente de biens de consommation conclus entre un consommateur et un vendeur ».

Une présentation similaire a été retenue pour la transposition de la directive 2019/770/UE. Aux termes de l'article 1701/2, § 1^{er}, de l'ancien Code

¹² Voy. le considérant n° 16 de la directive 2019/770 et le considérant n° 21 de la directive 2019/771/UE. Sur ce thème, voy. H. JACQUEMIN « L'application des règles de protection des consommateurs aux entreprises, spécialement les PME », in *L'influence du droit européen en droit économique: Liber Amicorum Denis Philippe*, Bruxelles, Larcier, 2022, pp. 531-554.

¹³ Loi du 20 mars 2022 modifiant les dispositions de l'ancien Code civil relatives aux ventes à des consommateurs, insérant un nouveau titre *Vlbis* dans le livre III de l'ancien Code civil et modifiant le Code de droit économique, *M.B.*, 31 mars 2022.

¹⁴ La section IV est composée des articles 1649*bis* à 1649*octies*.

¹⁵ Voy. *infra*, n° 11.

¹⁶ *Doc. parl.*, Ch. repr., sess ord. 2021-2022, n° 2355/001, p. 7.

¹⁷ *Doc. parl.*, Ch. repr., sess ord. 2021-2022, n° 2355/001, p. 42.

¹⁸ Article 1701/17 de l'ancien Code civil. Sur ce point, voy. H. JACQUEMIN « La conformité des biens, des contenus numériques et des services numériques, l'articulation des délais et la modification des éléments numériques », *D.C.C.R.*, 2022, pp. 53 et s.

¹⁹ Article 1649*septies* de l'ancien Code civil.

²⁰ À ce sujet, voy. en particulier R. STEENNOT, « Het toepassingsgebied van de nieuwe garantieregelingen voor goederen, digitale inhoud en digitale diensten », *D.C.C.R.*, 2022, pp. 5 et s.

civil, «le présent titre s'applique à tout contrat par lequel le professionnel fournit ou s'engage à fournir un contenu numérique ou un service numérique au consommateur et le consommateur s'acquiesce ou s'engage à s'acquiescer d'un prix». Sont également visées certaines hypothèses dans lesquelles des données à caractère personnel sont fournies par le consommateur.

Par ailleurs, et comme on le verra, diverses hypothèses sont expressément exclues du régime de protection.

Plusieurs notions-clés, reprises dans les dispositions précitées, permettent de circonscrire précisément le domaine d'application des règles.

Pour analyser ces éléments, on suit une structure classique, qui distingue les champs d'application personnel, matériel et temporel.

A. Champ d'application personnel

5. Notions-clés. Le champ d'application personnel des articles 1649*bis* et suivants de l'ancien Code civil est déterminé par référence aux notions de «vendeur» et de «consommateur». Pour les articles 1701/1 et suivants, les termes «professionnel» et «consommateur» sont utilisés. Les définitions sont respectivement les mêmes dans les deux parties.

Ces notions doivent être examinées en parallèle dans la mesure où elles désignent des personnes poursuivant des finalités antinomiques.

6. Vendeur et professionnel. Le vendeur et le professionnel sont définis comme suit: «toute personne physique ou morale, qu'elle soit publique ou privée, qui agit, y compris par l'intermédiaire d'une autre personne agissant en son nom ou pour son compte, à des fins qui entrent dans le cadre de son activité commerciale, industrielle, artisanale ou libérale»²¹.

Sont par exemple visés le magasin de la grande distribution qui vend des *smartphones*, des montres connectées ou des *smart TV*, le prestataire qui fournit un espace de stockage dans le *cloud*, voire encore le gestionnaire d'un réseau social accessible à travers internet ou une application mobile. Les plateformes sont également concernées, en tout cas lorsqu'elles sortent de leur rôle d'intermédiaire pour vendre ou fournir directement des produits aux consommateurs²².

Les définitions de l'ancien Code civil sont conformes à celles des directives 2019/770/UE et 2019/771/UE et, du reste, des autres directives de protection des consommateurs²³. Pour transposer ces dernières dans le Code de droit économique, en particulier le livre VI, le législateur belge avait toutefois retenu une définition légèrement différente: dans son acception fonctionnelle, l'entreprise désigne en effet «toute personne physique ou morale poursuivant de manière durable un but économique, y compris ses associations»²⁴.

Même si, dans la majorité des cas, les mêmes entités sont qualifiées d'entreprise, force est de constater que les critères sont différents dans le Code de droit économique et dans l'ancien

²¹ Article 1649*bis*, § 1^{er}, 2° et 1701/1, 5°, de l'ancien Code civil.

²² Voy. le considérant n° 23 de la directive 2019/771, qui permettait aux États membres d'étendre le champ d'application aux fournisseurs de plateformes qui ne seraient pas nécessairement considérés comme des vendeurs. Cette possibilité n'a toutefois pas été retenue par le législateur belge (*Doc. parl.*, Ch. repr., sess. ord. 2021-2022, n° 2355/001, p. 10). De nouvelles obligations reposent par ailleurs sur les places de marché en ligne, conformément à l'article VI.45/1 du C.D.E., notamment en ce qui concerne «le mode de répartition des obligations liées au contrat entre le tiers proposant les biens, les services ou les contenus numériques et le fournisseur de place de marché en ligne».

²³ On songe en particulier à la directive 2005/29/CE sur les pratiques commerciales déloyales et à la directive 2011/83/UE sur les droits des consommateurs.

²⁴ Article I.8, 39°, du C.D.E.

Code civil²⁵. En pratique, il faut donc analyser les finalités poursuivies par la personne, en vue d'établir si elles entrent dans le cadre de son activité commerciale, industrielle, artisanale ou libérale.

En quoi consiste une activité commerciale? En droit belge, suite à la loi du 15 avril 2018 portant réforme du droit des entreprises²⁶, le Code de commerce a été abrogé (de même que les notions d'actes de commerce et de commerçant, autrefois visées aux articles 1 et 2 du Code de commerce). Les notions de «commerçant» ou d'«acte de commerce» ne sont donc plus définies légalement. Pourrait-on se référer à la clause transversale d'assimilation figurant à l'article 254 de la loi du 15 avril 2018²⁷? Aux termes de cette disposition, «à compter de la date d'entrée en vigueur de la présente loi, sauf dispositions contraires, dans toutes les lois, la notion de "commerçant" au sens de l'article 1^{er} du Code de commerce doit être comprise comme "entreprise" au sens de l'article I.1 du Code de droit économique». La démarche peut sembler *a priori* logique, quoique tautologique: comment en effet différencier, sur cette base, les autres activités permettant d'identifier les professionnels ou les vendeurs? Aussi sommes-nous d'avis que la notion devrait être interprétée suivant la signification qui lui est attachée dans le langage courant.

La notion d'activité industrielle ne renvoie pas à des concepts définis en droit civil classique

ou en droit économique. Dans le langage courant, le terme «industrie» désigne, suivant le dictionnaire *Larousse*, l'«ensemble des activités économiques qui produisent des biens matériels par la transformation et la mise en œuvre de matières premières».

S'agissant des activités artisanales, on note que la loi du 18 mars 1965 sur le registre de l'artisanat a été abrogée et remplacée par la loi du 16 janvier 2003 portant création d'une Banque-Carrefour des Entreprises, modernisation du registre de commerce, création de guichets-entreprises agréés et portant diverses dispositions²⁸. Une définition de l'«entreprise artisanale» figurait à l'article I.2, 9°, du Code mais elle a été abrogée en 2018. Elle désignait «l'entreprise créée par une personne privée, qui a une unité d'établissement en Belgique et y exerce habituellement, en vertu d'un contrat de prestation de services, principalement des actes matériels, ne s'accompagnant d'aucune livraison de biens, ou seulement à titre occasionnel».

Enfin, on trouve une définition du titulaire d'une profession libérale à l'article I.1, 14°, du Code de droit économique. Il s'agit de «toute entreprise dont l'activité consiste principalement à effectuer de manière indépendante et sous sa propre responsabilité, des prestations intellectuelles pour lesquelles une formation préalable et permanente est nécessaire et qui est soumise à une déontologie dont le respect peut être imposé par une institution disciplinaire désignée par la loi ou en vertu de celle-ci».

Pour le reste, le professionnel peut être une personne physique ou une personne morale. La qualification devra donc s'appliquer à l'indépendant agissant en personne physique (un avocat par exemple) et à la société ou l'associa-

²⁵ Comp. l'article 5.11 du Code civil qui, pour la définition du «contrat avec le consommateur», fait référence à la notion d'entreprise au sens du Code de droit économique (on ignore toutefois s'il s'agit de la définition formelle de l'article I.1, 1°, ou de la définition fonctionnelle, de l'article I.8, 39°, par exemple).

²⁶ *M.B.*, 27 avril 2018.

²⁷ À ce propos, voy. H. JACQUEMIN, «La fin du Code de commerce et de la théorie de la commercialité: état de la question et perspectives», *J.T.*, 2018, pp. 832 et s., n° 8.

²⁸ *M.B.*, 5 février 2003.

tion dotée de la personnalité juridique (une SA, une SRL ou une ASBL, par exemple).

La nature publique ou privée de la personne ne constitue pas davantage un critère d'exclusion. La précision était importante pour empêcher que des personnes morales de droit public échappent à la qualification (et corrélativement, que les consommateurs soient privés du bénéfice des mesures de protection). La Cour de justice a interprété ce critère dans plusieurs décisions importantes.

Dans un arrêt du 3 octobre 2013²⁹, la Cour juge que « le législateur de l'Union a consacré une conception particulièrement large de la notion de "professionnel", laquelle vise "toute personne physique ou morale" dès lors qu'elle exerce une activité rémunérée et n'exclut de son champ d'application ni les entités poursuivant une mission d'intérêt général ni celles qui revêtent un statut de droit public »³⁰. En outre, tenant compte de l'objectif poursuivi par les règles concernées, la notion de « professionnel » doit être comprise « par rapport à la notion, corrélatrice mais antinomique, de "consommateur", laquelle désigne tout particulier non engagé dans des activités commerciales ou professionnelles »³¹. Aussi la Cour juge-t-elle que BKK est un professionnel au sens de la directive 2005/29/CE, peu importe « le caractère public ou privé de l'organisme en cause de même que la mission spécifique que ce dernier poursuit »³².

Dans une affaire ultérieure, opposant un établissement d'enseignement libre subventionné (Karel de Grote – Hogeschool Katholieke Hogeschool Antwerpen, ci-après KdG) à une étudiante, pour le paiement de droits d'inscrip-

tion et de frais liés à un voyage d'étude, la qualification de KdG en « professionnel » au sens de la directive 93/13/CE est examinée par la Cour de justice. Les parties avaient en effet conclu un contrat écrit, prévoyant un plan d'apurement de la dette. Suite au défaut de paiement de l'étudiante, l'école la poursuit devant le juge de paix d'Anvers, pour qu'elle soit condamnée à payer le montant au principal, majoré d'intérêts de retards de 10% et d'une indemnité pour couvrir les frais de recouvrement. Par arrêt du 17 mai 2018³³, rendu sur question préjudicielle, la Cour rappelle d'abord qu'une conception large de la notion de professionnel a été consacrée par le législateur européen (conformément à l'article 2 de la directive 93/13/CE)³⁴. Elle souligne en effet l'application aux activités professionnelles à caractère public, exercées dans le cadre d'une mission d'intérêt général³⁵, ainsi que l'objectif de protection de la directive, justifié par la position d'infériorité du consommateur par rapport au professionnel³⁶. Aussi juge-t-elle que la notion de professionnel « est une notion fonctionnelle impliquant d'apprécier si le rapport contractuel s'inscrit dans le cadre des activités auxquelles la personne se livre à titre professionnel »³⁷. S'agissant en l'occurrence d'une prestation consistant à offrir des facilités de paiement à une étudiante, qui est complémentaire et accessoire à l'activité d'enseignement, KdG doit normalement être considéré comme un professionnel³⁸.

³³ C.J., 17 mai 2018, aff. C-147/16, *Karel de Grote – Hogeschool Katholieke Hogeschool Antwerpen*, ECLI:EU:C:2018:320.

³⁴ Points 48 et s. de l'arrêt.

³⁵ Points 50 et 51 de l'arrêt.

³⁶ Point 54 de l'arrêt.

³⁷ Point 55 de l'arrêt.

³⁸ Points 57 et 58 de l'arrêt. La Cour ajoute que « cette interprétation est corroborée par la finalité protectrice poursuivie par cette directive. En effet, dans le cadre d'un contrat tel que celui en cause au principal, il existe, en principe, une inégalité entre l'établissement d'enseignement et l'étudiant, du fait de l'asymétrie de l'information et des compétences techniques entre

²⁹ C.J., 3 octobre 2013, aff. C-59/12, *Zentrale zur Bekämpfung unlauteren Wettbewerbs*, ECLI:EU:C:2013:634.

³⁰ Point 32 de l'arrêt.

³¹ Point 34 de l'arrêt.

³² Point 37 de l'arrêt.

7. Consommateur. Au sens des nouvelles dispositions de l'ancien Code civil, le consommateur est « toute personne physique qui agit à des fins qui n'entrent pas dans le cadre de son activité commerciale, industrielle, artisanale ou libérale »³⁹. Cette définition est identique à celle qui figure à l'article I.1, 2°, du Code de droit économique⁴⁰.

À la lumière de cette définition générale, l'examen des finalités pour lesquelles la personne agit constitue le critère déterminant : celles-ci ne doivent pas entrer dans le cadre de son activité commerciale, industrielle, artisanale ou libérale. C'est donc un critère négatif qui est posé pour cerner la notion de consommateur. Il se comprend plus clairement à l'aune de la définition de « professionnel », figurant à l'article 2, 2°, de la directive sur les droits des consommateurs, mais qui n'a pas été reprise dans le Code de droit économique. Le Code de droit économique utilise en effet la notion d'« entreprise » à la place de celle de « professionnel », tout en lui donnant une définition différente. S'agissant, par contre, des obligations de garantie régies par l'ancien Code civil, le législateur belge a fidèlement transposé les définitions prévues par le droit de l'Union et qui font référence aux finalités poursuivies par le vendeur ou le professionnel⁴¹.

À l'instar de l'interprétation qui prévaut pour l'application du Code de droit économique⁴²,

les contrats à double finalité pourront être soumis aux dispositions de l'ancien Code civil – et le bénéficiaire du produit considéré comme un consommateur –, « lorsque la finalité professionnelle est si limitée qu'elle n'est pas prédominante dans le contexte global du contrat »⁴³.

8. Producteur. La notion de « producteur » est également définie. Elle désigne « le fabricant d'un bien de consommation, l'importateur d'un bien de consommation dans l'Union ou toute personne qui se présente comme un producteur en apposant sur le bien de consommation son nom, sa marque ou un autre signe distinctif »⁴⁴. La notion est utile pour apprécier la conformité du bien suivant les critères objectifs (eu égard aux déclarations que le producteur pourrait faire, notamment dans les publicités ou sur les étiquettes des biens⁴⁵) et dans le cadre de la garantie commerciale.

Avant qu'un bien soit vendu à un consommateur, plusieurs personnes peuvent intervenir, à différentes étapes de la production et de la distribution. Le producteur est l'un d'eux. Dans la majorité des cas, c'est du reste celui qui est le mieux à même de s'assurer que le bien est conforme au contrat (davantage que le vendeur, qui n'est normalement pas impliqué dans le processus de fabrication).

On ne trouve pas de notion similaire dans le titre relatif aux contenus et aux services numériques.

B. Champ d'application matériel

9. Notions-clés. Le champ d'application matériel des dispositions est circonscrit

ces parties. En effet, un tel établissement dispose d'une organisation pérenne et de compétences techniques dont ne dispose pas nécessairement l'étudiant, agissant à des fins privées, qui est confronté de manière incidente à un tel contrat ».

³⁹ Article 1649bis, § 1^{er}, 1°, et 1701/1, 6°, de l'ancien Code civil.

⁴⁰ On note que l'article 5.11 du Code civil définit le « contrat avec un consommateur » en renvoyant, pour la notion de consommateur, à la définition du Code de droit économique.

⁴¹ Voy. *infra*, n° 9.

⁴² Considérant n° 17 de la directive 2011/83/UE sur les droits des consommateurs. En ce sens, voy. aussi les

travaux préparatoires du projet de loi introduisant la définition, *Doc. parl.*, Ch. repr., sess. ord. 2012-2013, n° 2836/001, p. 6.

⁴³ Considérant n° 17 de la directive 2019/770 et considérant n° 22 de la directive 2019/771/UE.

⁴⁴ Article 1649bis, § 1^{er}, 3°, de l'ancien Code civil.

⁴⁵ Cf. article 1649ter, § 3, 4°, de l'ancien Code civil.

par référence aux notions de «biens», de «contenus numériques», de «services numériques» et de «biens comportant des éléments numériques».

De manière générale, les biens (de consommation) – y compris les contenus et les services numériques intégrés ou interconnectés avec de tels biens –, sont régis par les articles 1649*bis* et suivants de l'ancien Code civil. Les contenus et les services numériques sont quant à eux soumis aux règles prévues aux articles 1701/1 et suivants de l'ancien Code civil⁴⁶.

Il faut également tenir compte des matières expressément exclues du champ d'application⁴⁷.

10. Biens. Un bien de consommation est «tout objet mobilier corporel»⁴⁸. La définition légale ajoute que «l'eau, le gaz et l'électricité sont des biens de consommation au sens de la présente section lorsqu'ils sont conditionnés dans un volume délimité ou en quantité déterminée». Les biens à produire ou à fabriquer sont également soumis au cadre normatif⁴⁹.

Ne sont par contre pas visés les biens immeubles⁵⁰ et les biens meubles incorporels (un fonds de commerce, par exemple).

Sont également considérés comme des biens de consommation, au sens de la définition prévue à l'article 1649*bis*, § 1^{er}, 4^o, les «biens comportant des éléments numériques»⁵¹.

Certains objets, qui devraient normalement être considérés comme des biens, sont expres-

sément exclus du champ d'application des articles 1649*bis* et suivants de l'ancien Code civil. Il s'agit d'abord des «supports matériels servant exclusivement à transporter du contenu numérique»⁵², comme les clés USB, les cartes mémoires ou les DVD, qui sont régis par les articles 1701/1 et suivants, à l'exception des articles 1701/3 (relatif à l'obligation de fourniture) et 1701/9 (relatif au recours pour défaut de fourniture)⁵³. De même, aucune garantie ne s'applique pour les «biens vendus sur saisie de quelque autre manière par autorité de justice»⁵⁴ ou pour les «contrats relatifs à la vente d'animaux vivants»^{55,56}.

11. Contenus et services numériques. Le «contenu numérique» était déjà défini à l'article I.8, 35^o, du Code de droit économique: il s'agit «des données produites et fournies sous forme numérique»⁵⁷. Des définitions similaires

⁴⁶ L'article 1649*bis*, § 3, 1^o, de l'ancien Code civil énonce d'ailleurs que «la présente section ne s'applique pas: aux contrats portant sur la fourniture de contenus ou de services numériques, sous réserve du paragraphe 2, alinéa 2».

⁴⁷ Voy. *infra*, nos 15-16.

⁴⁸ Article 1649*bis*, § 1^{er}, 4^o, de l'ancien Code civil.

⁴⁹ Article 1649*bis*, § 2, de l'ancien Code civil.

⁵⁰ Considérant n° 13 de la directive 2019/771/UE.

⁵¹ Voy. *infra*, n° 13.

⁵² Article 1649*bis*, § 3, 1^o, de l'ancien Code civil.

⁵³ Article 1701/2, § 4, de l'ancien Code civil. Pour l'obligation de livraison de ce support, on appliquera donc l'article VI.43 du C.D.E.

⁵⁴ Article 1649*bis*, § 3, 3^o, de l'ancien Code civil.

⁵⁵ Article 1649*bis*, § 3, 4^o, de l'ancien Code civil. Une telle exclusion était permise par la directive 2019/771/UE. Le législateur belge considère en effet que des animaux vivants ne peuvent être régis par les mêmes règles de celles applicables pour des voitures ou des ordinateurs, notamment en termes de défaut, de réparation ou de remplacement (*Doc. parl.*, Ch. repr., sess. ord. 2021-2022, n° 2355/001, p. 17).

⁵⁶ Voy. *infra*, n° 19.

⁵⁷ Ce faisant, le législateur belge transpose fidèlement l'article 2, 11^o, de la directive 2011/83/UE sur les droits des consommateurs. Des exemples sont donnés au considérant n° 19 de cette directive, et sont par ailleurs repris dans les travaux préparatoires de la loi belge (*Doc. parl.*, Ch. repr., sess. ord. 2012-2013, n° 3018/001, p. 16). Sont ainsi visés «les programmes informatiques, les applications, les jeux, la musique, les vidéos ou les textes, que l'accès à ces données ait lieu au moyen du téléchargement ou du streaming, depuis un support matériel ou par tout autre moyen».

sont introduites dans l'ancien Code civil⁵⁸. Cette notion est particulièrement large⁵⁹.

Les directives 2019/770/UE et 2019/771/UE ont ajouté la définition de « service numérique ». L'expression désigne « a) un service permettant au consommateur de créer, de traiter ou de stocker des données sous forme numérique, ou d'y accéder; ou b) un service permettant le partage de données sous forme numérique qui sont téléversées ou créées par le consommateur ou d'autres utilisateurs de ce service, ou permettant toute autre interaction avec ces données »⁶⁰. Il s'agit de prestations ayant pour objet des données dans l'environnement numérique.

Le considérant n° 19 de la directive 2019/770/UE donne des exemples d'éléments susceptibles de répondre à ces définitions: « la présente directive devrait couvrir, entre autres, les programmes informatiques, les applications, les fichiers vidéo, les fichiers audio, les fichiers musicaux, les jeux numériques, les livres électroniques ou les autres publications électroniques, de même que les services numériques qui permettent la création, le traitement ou le

stockage de données sous forme numérique, ainsi que l'accès à celles-ci, y compris les logiciels à la demande, tels le partage vidéo et audio et les autres formes d'hébergement de fichiers, les traitements de texte ou les jeux proposés dans l'environnement informatique en nuage et les médias sociaux ».

Il pourrait être difficile de distinguer les contenus des services numériques. Cela devrait néanmoins rester sans véritable conséquence pratique, dans la mesure où les règles applicables en matière de garantie légale sont, sauf exception, similaires.

Les articles 1701/1 et suivants de l'ancien Code civil s'appliquent également aux contenus et services numériques que les professionnels s'engagent à fournir et qui seraient élaborés suivant les spécifications du consommateur⁶¹.

Bien qu'il ne s'agisse pas d'un concept défini légalement, nous utiliserons, dans le cadre de cette contribution, à plusieurs reprises, l'expression « éléments numériques »⁶² pour viser les notions de contenus et de services numériques, telles que définies ci-dessus.

12. Obligation du consommateur en échange de la fourniture du contenu ou du service numérique. En échange de la fourniture du contenu ou du service numérique, deux sortes d'obligations peuvent reposer sur le consommateur.

⁵⁸ Article 1649bis, § 1^{er}, 5^o, et article 1701/1, 1^o, de l'ancien Code civil.

⁵⁹ Il doit d'abord s'agir de « données ». Le dictionnaire *Larousse* définit notamment la « donnée » comme « la représentation conventionnelle d'une information en vue de son traitement informatique ». Quant à l'adjectif « numérique », il renvoie à ce qui se fait avec des nombres même si, plus récemment, le « numérique » désigne plus largement ce qui a trait aux technologies de l'information et de la communication. Sans prétendre à l'exhaustivité, il peut ainsi s'agir de texte, de son, d'image, de vidéo ou d'un logiciel, pour autant que dans, le langage informatique, il se matérialise, concrètement, en une suite numérique de 0 et de 1, (de manière à pouvoir être lu par un ordinateur ou un appareil mobile).

⁶⁰ Article 1649bis, § 1^{er}, 6^o, et article 1701/1, 2^o, de l'ancien Code civil.

⁶¹ Article 1701/2, §§ 2 et 3, de l'ancien Code civil.

⁶² Cette notion vise donc indifféremment les données produites et fournies sous forme numérique, les services permettant au consommateur de créer, de traiter ou de stocker des données sous forme numérique, ou d'y accéder, ainsi que les services permettant le partage de données sous forme numérique qui sont téléversées ou créées par le consommateur ou d'autres utilisateurs de ce service, ou permettant toute autre interaction avec ces données.

Il peut d'abord s'acquitter (ou s'engager à s'acquitter) d'un prix⁶³. Le terme désigne « une somme d'argent ou une représentation numérique de valeur due en échange de la fourniture d'un contenu numérique ou d'un service numérique »⁶⁴. L'hypothèse est par exemple rencontrée quand le consommateur doit souscrire un abonnement mensuel pour accéder au service (*Netflix* ou *Spotify*, par exemple) ou quand il doit payer un prix unique pour recevoir le droit d'utiliser un logiciel pour une durée indéterminée.

L'autre option est rencontrée quand « le consommateur fournit ou s'engage à fournir des données à caractère personnel au professionnel, sauf lorsque 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 au présent titre 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 »⁶⁵. La notion de « donnée à caractère personnel » doit s'entendre conformément au Règlement général sur la protection des données (R.G.P.D.)⁶⁶.

Il était important que le législateur intervienne pour viser expressément cette hypothèse (et l'inclure dans le champ d'application des règles de protection). En effet, sur de nombreuses plateformes ou applications mobiles (de type réseaux sociaux ou sites de partage de contenu), aucun prix ne doit être payé pour utiliser l'élément numérique. Les données sont toutefois

traitées par le professionnel pour d'autres finalités que la seule fourniture du contenu ou du service, spécialement à des fins de marketing. C'est d'ailleurs la principale source de revenus de ces acteurs et la base de leur modèle économique. Ils exploitent les données d'identification du consommateur (nom, prénom, âge, sexe, etc.), ainsi que les contenus postés ou consultés par celui-ci. Ces informations seront généralement utilisées pour offrir des services personnalisés (par exemple, suggérer d'autres vidéos, similaires, à consulter) ou diffuser de la publicité ciblée, en phase avec les centres d'intérêt et les caractéristiques du consommateur. Le législateur de l'Union voulait que, dans ces cas de figure, très nombreux en pratique, le consommateur soit également protégé, et bénéficie d'une garantie légale de conformité.

Les règles de protection ne devraient par contre pas s'appliquer, suivant le considérant n° 25 de la directive 2019/770/UE, aux cas dans lesquels des métadonnées relatives à l'appareil du consommateur ou à son historique de navigation, sont collectées ou lorsqu'il est exposé à des annonces publicitaires pour accéder au contenu ou au service numérique.

On souligne enfin que, dans de nombreux cas, le consommateur a le choix du modèle: soit la gratuité financière (moyennant des annonces publicitaires nombreuses et des fonctionnalités plus limitées), soit le paiement d'un prix unique ou récurrent (mais sans publicité et avec un accès à des fonctionnalités plus étendues).

13. Bien comportant des éléments numériques. La notion de « bien comportant des éléments numériques » est considérée comme une variété de « bien de consommation », et est définie sous ce terme⁶⁷. Elle fait égale-

⁶³ Article 1701/2, § 1^{er}, de l'ancien Code civil. Suivant le considérant n° 23 de la directive 2019/770/UE, le paiement peut aussi se faire au moyen de représentations numériques de valeurs (sous la forme de chèques ou de coupons électroniques, par exemple).

⁶⁴ Article 1701/1, 7^o, de l'ancien Code civil.

⁶⁵ Article 1701/2, § 2, de l'ancien Code civil.

⁶⁶ Article 1707/1, 8^o, de l'ancien Code civil.

⁶⁷ Article 1649bis, § 1^{er}, 4^o, a), de l'ancien Code civil. Voy. aussi l'article 1701/2, § 5, de l'ancien Code civil, qui exclut l'hypothèse du champ d'application du titre relatif aux contenus et aux services numériques.

ment l'objet d'une définition spécifique à l'article 1701/1, 3°, de l'ancien Code civil.

L'expression désigne « 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 ce bien de consommation de remplir ses fonctions ».

Dans le cas d'une application enregistrée sur un *smartphone*, le contenu ou le service numérique est intégré dans l'objet mobilier corporel (ici, le *smartphone*). Il y aura par contre interconnexion dans l'hypothèse d'une montre connectée (l'objet mobilier corporel), associée à une application mobile (le contenu ou le service numérique) téléchargée sur le *smartphone* de l'utilisateur. Ces exemples montrent aussi que le contenu numérique peut être préinstallé (le système d'exploitation d'un *smartphone*, par exemple) ou installé ultérieurement (l'application mobile à installer sur son *smartphone*, interconnectée avec une montre, par exemple).

En pratique, il faudra donc établir si un contenu numérique est intégré ou interconnecté à l'objet mobilier corporel et si, en l'absence dudit contenu ou service, le bien ne peut remplir ses fonctions⁶⁸. Pour y répondre, on aura égard aux dispositions contractuelles (qui prévoieraient explicitement cet élément) ou, en l'absence de celles-ci, au caractère habituel de ces contenus ou services numériques pour des biens du même type, et auxquels « le consommateur [peut] raisonnablement s'attendre [...] eu égard à la nature des biens et compte tenu de toute déclaration publique faite par le professionnel ou d'autres personnes situées en amont dans la chaîne de transactions, y

compris le producteur, ou pour le compte du professionnel ou de telles personnes »⁶⁹.

Le considérant n° 21 de la directive 2019/770/UE⁷⁰ donne ainsi l'exemple de la *smart TV*, présentée dans une publicité avec une application vidéo. La montre connectée, associée à une application téléchargée sur un *smartphone*, est une autre illustration. S'agissant des applications préinstallées sur un appareil mobile, de type *smartphone* ou tablette (ou disponibles en téléchargement), une analyse au cas par cas devrait être réalisée. Sur un *iPhone* ou un *iPad*, par exemple, le système d'exploitation iOS est clairement un contenu ou un service numérique intégré, tout comme l'application *Appareil photo*. Les applications *Instagram*, *Le Soir* ou *Belfus* devraient par contre être vues comme des contenus ou des services numériques à part entière, soumis aux dispositions des seuls articles 1701/1 et suivants de l'ancien Code civil⁷¹.

Peu importe, par ailleurs, que le contenu ou le service numérique ne soit pas fourni par le vendeur du bien mais par un tiers⁷² ou qu'il soit soumis aux conditions contractuelles d'une licence conclue avec ce dernier⁷³.

Les biens comportant des éléments numériques – en ce compris les contenus ou les services numériques intégrés ou interconnectés – sont soumis au même régime que les biens⁷⁴. En cas de doute sur la question de savoir si les contenus ou les services numériques sont intégrés ou interconnectés à un objet mobilier

⁶⁹ Considérant n° 21 de la directive 2019/770/UE.

⁷⁰ Voy. aussi les considérants n°s 15 et 16 de la directive 2019/771/UE.

⁷¹ Voy. le considérant n° 22 de la directive 2019/770/UE.

⁷² Article 1649bis, § 2, al. 2, et article 1701/2, § 5, de l'ancien Code civil.

⁷³ Considérant n° 21 de la directive 2019/770/UE.

⁷⁴ Article 1649bis, § 2, al. 2, et article 1701/2, § 5, de l'ancien Code civil. On constate, et regrette, que les formulations respectivement utilisées dans ces deux dispositions ne sont pas les mêmes (alors que rien ne le justifie).

⁶⁸ Les travaux préparatoires précisent qu'on vise « une des fonctions du bien ou de plusieurs à la fois, et pas des fonctions principales du bien » (*Doc. parl.*, Ch. repr., sess. ord. 2021-2022, n° 2355/001, p. 12).

corporel, les dispositions applicables aux biens devront être respectées. La loi présume en effet que, dans ce cas, le contenu ou le service numérique relève du contrat de vente⁷⁵.

Par contre, s'il est possible de distinguer, dans le cadre d'une « offre groupée »⁷⁶, la fourniture de contenus ou services numériques, d'une part, la vente d'autres biens ou de prestations de services distinctes, d'autre part, les règles s'appliquent de manière distributive⁷⁷.

14. Fourniture continue ou à l'occasion d'une opération unique. Comme on le verra, pour les contenus et services numériques, ainsi que pour les biens comportant des éléments numériques, une distinction doit être faite suivant qu'ils sont fournis de manière continue, pendant une certaine durée, ou à l'occasion d'une opération unique. Des différences de régime sont ainsi observées concernant la durée durant laquelle les mises à jour doivent être fournies⁷⁸, la durée de la garantie⁷⁹ ou la charge de la preuve (et la présomption éventuelle d'antériorité du défaut)⁸⁰.

Pour illustrer l'hypothèse du contenu ou du service numérique fourni à l'occasion d'une opération unique, on peut prendre l'exemple du livre électronique téléchargé par le consommateur sur sa tablette⁸¹. S'il télécharge plusieurs de ces livres de manière périodique (un livre chaque mois), la qualification est normalement la même (« plusieurs opérations

distinctes »)⁸². Suivant le considérant n° 56 de la directive 2019/770/UE sur les contenus et services numériques, la caractéristique de la catégorie « réside dans le fait que le consommateur a ensuite la possibilité d'accéder au contenu numérique ou au service numérique, et de l'utiliser, indéfiniment ». Dans le cas du bien comportant des éléments numériques, le contenu ou le service numérique peut également être fourni à l'occasion d'une opération unique : par exemple, une tablette éducative destinée à des enfants sur laquelle seraient déjà enregistrés des jeux simples ou une bibliothèque d'images.

La catégorie des contenus et des services numériques fournis de manière continue, pendant une certaine période, désigne quant à elle, le stockage de données dans le *cloud* pour une durée contractuelle de deux ans, l'adhésion à un réseau social pour une durée indéterminée, la transmission en *streaming* de séquences vidéo ou l'utilisation d'un logiciel antivirus sur une base annuelle, avec reconduction tacite⁸³. L'élément caractéristique semble être l'utilisation du contenu ou du service pendant une certaine durée. Pour les biens comportant des éléments numériques fournis de manière continue, on peut prendre l'exemple du programme d'entraînement fourni dans le cadre d'une application de *running*, et couplé à une montre connectée.

15. Hypothèses exclues du champ d'application des articles 1649bis et suivants (vente de biens). L'article 1649bis, § 3, de l'ancien Code civil énonce quatre hypothèses exclues du champ d'application de la section IV relative aux ventes à des consommateurs.

Les deux premières sont justifiées par l'existence de règles spécifiques applicables aux

⁷⁵ Article 1649bis, § 2, al. 2, et 1701/2, § 5, de l'ancien Code civil.

⁷⁶ Malheureusement, la notion n'est pas définie. Elle pourrait toutefois se distinguer du concept d'« offre conjointe » (telle que définie à l'article I.8, 21°, du C.D.E.).

⁷⁷ Article 1701/2, § 6, de l'ancien Code civil.

⁷⁸ Voy. *infra*, n°s 37-40.

⁷⁹ Voy. *infra*, n° 43.

⁸⁰ Voy. *infra*, n° 45.

⁸¹ Cet exemple est mentionné au considérant n° 56 de la directive sur les contenus et services numériques.

⁸² Cet exemple est mentionné au considérant n° 56 de la directive sur les contenus et services numériques.

⁸³ Considérant n° 57 de la directive 2019/770/UE.

contenus numériques⁸⁴: logiquement, les contenus et les services numériques ne sont pas soumis aux règles relatives à la vente, sauf s'ils sont intégrés ou interconnectés à des biens (hypothèse des biens comportant des éléments numériques⁸⁵), de même que « les supports matériels servant exclusivement à transporter du contenu numérique ».

Les autres sont typiques de la vente: elles concernent les « biens vendus sur saisie ou de quelque autre manière par autorité de justice » et « la vente d'animaux vivants ». Cette dernière hypothèse peut paraître surprenante dans la mesure où de nombreuses décisions de jurisprudence portaient précisément sur l'application de la garantie légale aux animaux. Les États membres étaient toutefois libres d'exclure l'hypothèse ou, au contraire, de la conserver⁸⁶.

16. Hypothèses exclues du champ d'application des articles 1701/1 et suivants (contenus et services numériques). La liste des cas de figure qui ne sont pas soumis aux articles 1701/1 et suivants de l'ancien Code civil est plus longue. Transposant fidèlement la directive 2019/770/UE, huit hypothèses sont ainsi énumérées à l'article 1701/2, § 7, de l'ancien Code civil. Plusieurs d'entre elles sont classiquement exclues du domaine d'application des directives de protection des consommateurs⁸⁷ (quoiqu'en des termes parfois différents): les services de communications électroniques, exception faite néanmoins des services de communications interpersonnelles non fondés sur la numérotation, tels que *WhatsApp* ou *Messenger*⁸⁸ (2°), les services de

santé (3°), les services de jeux d'argent et de hasard (4°) et les services financiers (5°).

On trouve également, au nombre des exclusions, les logiciels proposés par des professionnels sous licence libre et ouverte⁸⁹ (6°), les contenus numériques mis à disposition du grand public lors de spectacles ou d'événements⁹⁰ (7°) ou ceux qui sont fournis « par des organismes du secteur public des États membres conformément à la loi du 4 mai 2016 relative à la réutilisation des informations du secteur public » (8°).

Enfin, et logiquement, les services autres que numériques ne bénéficient pas du régime de protection (1°). On songe par exemple aux services d'un avocat ou d'un architecte. Peu importe, à cet égard, que ces services soient fournis par voie électronique ou dans l'environnement numérique, dans la mesure où l'élément principal est la fourniture de services professionnels⁹¹.

C. Champ d'application temporel

17. Entrée en vigueur de la loi. La loi du 20 mars 2022 est entrée en vigueur le 1^{er} juin 2022. Une nouvelle fois, le législateur belge a accompli le travail de transposition avec beaucoup de retard: les dispositions de transposition des directives devaient en effet être

⁸⁴ Article 1649bis, § 3, 1° et 2°, de l'ancien Code civil.

⁸⁵ Voy. *supra*, n° 13.

⁸⁶ Article 3, § 5, de la directive 2019/771/UE.

⁸⁷ Voy. en particulier l'article 3, § 3, de la directive 2011/83/UE sur les droits des consommateurs.

⁸⁸ Voy. le considérant n° 28 de la directive 2019/770/UE, qui justifie cette exception par l'utilisation croissante de ces services par les utilisateurs.

⁸⁹ Encore faut-il que « 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 ». Pour justifier que les logiciels libres échappent aux règles de protection, le législateur européen rappelle le rôle de ceux-ci sur le plan de la recherche et de l'innovation; l'objectif est par conséquent de ne pas « faire obstacle au développement de ce marché » (voy. le considérant n° 32 de la directive 2019/770/UE).

⁹⁰ Les services de télévision numérique restent par contre couverts (voy. le considérant n° 31 de la directive 2019/770/UE).

⁹¹ Considérant n° 27 de la directive 2019/770/UE.

adoptées et publiées par les États membres le 1^{er} juillet 2021 au plus tard, pour être appliquées à partir du 1^{er} janvier 2022⁹².

18. Droit transitoire. Le régime de droit transitoire est sensiblement différent pour les biens, d'une part, pour les contenus et les services numériques, d'autre part.

S'agissant des biens (y compris les biens comportant des éléments numériques), le nouveau régime de protection s'applique aux contrats conclus après le 1^{er} juin 2022⁹³.

Pour les contenus et les services numériques par contre, les nouvelles règles doivent être observées à partir du 1^{er} juin 2022, lorsqu'ils sont fournis à compter de cette date, peu importe que le contrat sous-jacent ait par ailleurs été conclu plusieurs mois auparavant⁹⁴. Par exception, les articles 1701/16 (relatif à l'action récursoire) et 1701/17 (relatif à la modification des contenus et services numériques) ne s'appliquent qu'aux contrats conclus à partir de l'entrée en vigueur de la loi du 20 mars 2022⁹⁵.

19. Hypothèse spécifique de la vente d'animaux vivants⁹⁶. Comme la directive le permettait, le législateur belge a décidé de ne pas soumettre les animaux vivants au nouveau dispositif. En attendant l'adoption de règles spécifiques en la matière, la vente de ceux-ci reste régie par les articles 1649*bis* et suivants de l'ancien Code civil, ancienne mouture (autrement dit, avant la modification par la loi du 20 mars 2022).

III. L'OBLIGATION DE FOURNITURE CONFORME DU BIEN ET DE L'ÉLÉMENT NUMÉRIQUE

20. Deux obligations. Les articles 1649*quater* et 1701/4 de l'ancien Code civil imposent respectivement, au vendeur et au professionnel, de fournir le bien ou l'élément numérique conformément aux critères subjectifs et objectifs de conformité⁹⁷. Cette exigence se décline en réalité en deux obligations. Tout d'abord, le vendeur ou le professionnel est tenu de livrer le bien ou de fournir l'élément numérique (A). Ensuite, celui-ci doit respecter les critères objectifs et subjectifs de conformité (B). Nous analysons ces deux obligations dans les lignes qui suivent, en nous concentrant sur les spécificités liées au numérique.

A. L'obligation de livraison du bien et de fourniture du contenu ou du service numérique

21. Des règles différentes selon l'objet du contrat. La question de la fourniture de l'élément numérique dépend de l'hypothèse rencontrée. En effet, étant donné la différence liée à l'objet du contrat, les règles applicables à la fourniture d'un élément numérique intégré ou interconnecté à un bien de consommation se distinguent de celles liées à la fourniture de l'élément numérique en tant que tel.

22. L'obligation de livraison d'un bien de consommation qui, le cas échéant, intègre ou est interconnecté à un élément numérique. La directive 2019/771/UE ne détermine pas les modalités et le délai d'exécution de l'obligation de livraison d'un bien de consommation. Ces questions sont réglementées par la directive 2011/83/UE⁹⁸, transposée aux

⁹² Article 24 de la directive 2019/770/UE et article 24 de la directive 2019/771/UE.

⁹³ Article 24 de la loi du 20 mars 2022.

⁹⁴ Article 25 de la loi du 20 mars 2022.

⁹⁵ Article 25 de la loi du 20 mars 2022.

⁹⁶ Pour davantage d'éléments à cet égard, voy. M. HIGNY, « La garantie légale des biens de consommation appliquée au défaut de conformité d'un animal », *T.B.B.R./R.G.D.C.*, 2021/6, p. 287.

⁹⁷ Voy. *infra*, n°s 24 et s.

⁹⁸ Directive 2011/83/UE du Parlement européen et du Conseil du 25 octobre 2011 relative aux droits des consommateurs, modifiant la directive 93/13/CEE du Conseil et la directive 1999/44/CE du Parlement euro-

articles VI.43 et VI.44 du Code de droit économique depuis près de dix ans.

En vertu de ces dispositions, l'entreprise⁹⁹ est tenue de livrer les biens sans retard injustifié et, au plus tard, trente jours après la conclusion du contrat (à noter que des dérogations conventionnelles sont permises). S'agissant des modalités d'exécution de cette obligation, l'article VI.44 du Code de droit économique précise que l'entreprise est responsable de la perte ou de l'endommagement du bien qu'elle expédie lorsque cette perte ou cet endommagement intervient avant la prise de possession physique de ce dernier par le consommateur. Toutefois, lorsque le consommateur charge un tiers du transport des biens et que ce choix n'a pas été proposé par l'entreprise, le transfert de risque s'opère lors de la livraison du bien au transporteur.

Ces règles s'appliquent-elles également à la livraison d'un bien qui intègre ou est interconnecté à un élément numérique ? Dans la mesure où le Code de droit économique¹⁰⁰ définit plus étroitement la notion de « bien » que l'ancien Code civil¹⁰¹, des doutes sont permis. Une modification législative serait sans doute souhaitable, pour soumettre clairement les biens compor-

tant des éléments numériques au même régime que les autres biens, en ce compris sous l'empire du Code de droit économique.

Finalement, relevons que ce n'est que lorsque le bien a été complètement installé par le vendeur que la livraison du bien peut être constatée, et pas avant¹⁰².

23. L'obligation de fourniture de l'élément numérique en tant que tel. L'article 5 de la directive 2019/770/UE impose au professionnel une obligation de fourniture de l'élément numérique.

Le législateur européen détermine les modalités et le délai d'exécution de cette obligation. Ces éléments sont transposés à l'article 1701/3 de l'ancien Code civil.

Tout d'abord, cette disposition impose au professionnel, sauf convention contraire, de fournir l'élément numérique sans retard injustifié, après la conclusion du contrat^{103,104}.

Ensuite, concernant les modalités d'exécution de cette obligation, le paragraphe 2 de l'article 1701/3 de l'ancien Code civil distingue deux cas de figure, dans lesquels le professionnel est réputé avoir honoré son obligation de fourniture :

- soit « le contenu numérique, ou tout moyen approprié pour accéder au contenu numérique ou le télécharger, est rendu disponible ou accessible pour le consommateur ou en un lieu physique ou virtuel choisi par le consommateur à cet effet »¹⁰⁵ ;

péen et du Conseil et abrogeant la directive 85/577/CEE du Conseil et la directive 97/7/CE du Parlement européen et du Conseil, *J.O.U.E.*, L 304/64, 22 novembre 2011.

⁹⁹ Cette notion est définie à l'article I.8, 39°, du Code de droit économique, qui vise « toute personne physique ou personne morale poursuivant de manière durable un but économique, y compris ses associations ».

¹⁰⁰ Article I, 1, 4°, du Code de droit économique, selon lequel la notion de « bien » vise « les biens meubles corporels ».

¹⁰¹ Article 1649bis, 4°, de l'ancien Code civil, selon lequel la notion de « bien de consommation » vise « a) tout objet mobilier corporel [...] ; b) tout bien comportant des éléments numériques, étant 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 ce bien de consommation de remplir ses fonctions ».

¹⁰² Considérant 40 de la directive 2019/771/UE ; voy. *infra*, n° 42.

¹⁰³ Article 5, § 1^{er}, de la directive 2019/770/UE et article 1701/3, § 1^{er}, de l'ancien Code civil.

¹⁰⁴ Notons à cet égard que le législateur européen établit un lien entre cette obligation et la réglementation applicable aux pratiques du marché déloyales, laissant entendre que cette dernière pourrait s'appliquer en cas de retard excessif ; voy. le considérant 41 de la directive 2019/770/UE.

¹⁰⁵ Article 5, 2., a), de la directive 2019/770/UE et article 1701/3, § 2, 1°, de l'ancien Code civil.

- soit «le service numérique est rendu accessible au consommateur ou en un lieu physique ou virtuel choisi par le consommateur à cet effet»¹⁰⁶.

En substance, l'obligation de fourniture est exécutée lorsque l'élément numérique ou, à tout le moins, un moyen permettant l'accès à celui-ci ou le téléchargement de celui-ci, a atteint la sphère du consommateur. Par ailleurs, le consommateur doit pouvoir utiliser ledit élément, sans que cela nécessite une intervention de la part du professionnel. Ce cas de figure se rencontre, par exemple, lorsque le film est disponible en *streaming*, lorsque le consommateur a téléchargé une application sur son *smartphone* ou encore lorsqu'il a accès au réseau social de son choix¹⁰⁷.

L'élément numérique peut également être rendu accessible au consommateur en un lieu «physique» ou «virtuel» choisi par ce dernier, tel qu'une plateforme électronique ou un lieu de stockage en nuage¹⁰⁸. Dans cette hypothèse, il suffit, en principe, que le professionnel fournisse l'élément numérique au gestionnaire du lieu de stockage pour respecter son obligation de fourniture dès lors qu'en toute logique, le premier n'est pas responsable des actes ou des omissions du second¹⁰⁹. Toutefois, le législateur précise que le professionnel ne respecte pas l'obligation de fourniture lorsque le consommateur n'a pas choisi ce lieu¹¹⁰ et qu'il n'a pas accès à l'élément numérique.

Par ailleurs, il est intéressant de préciser que le professionnel est tenu, sauf convention contraire, de fournir, au consommateur, la version de l'élément numérique la plus récente au moment de la conclusion du contrat¹¹¹. À défaut, le professionnel pourrait être tenu de mettre en conformité l'élément numérique.

Notons finalement que le professionnel supporte la charge de la preuve de l'obligation de fourniture de l'élément numérique¹¹².

B. Le défaut de conformité du bien ou de l'élément numérique

24. L'appréciation de la conformité du bien ou de l'élément numérique.

Sous l'empire de la directive 1999/44/CE, transposée aux articles 1649*bis* et suivants de l'ancien Code civil, la conformité d'un bien s'appréciait à l'aune de quatre critères. L'adoption des directives 2019/771/UE et 2019/770/UE a permis, d'une part, d'adapter ce régime aux évolutions technologiques des biens de consommation, d'autre part, d'encadrer les contrats de fourniture d'éléments numériques.

En effet, ces règles introduisent de nouveaux critères, qui sont à la fois subjectifs et objectifs¹¹³. Les critères sont similaires dans les deux régimes¹¹⁴. Par conséquent, nous les étudions en parallèle.

Notons qu'en principe, l'appréciation de la conformité du bien ou de l'élément numérique s'effectue au moment où le bien est livré

¹⁰⁶ Article 5, 2., b), de la directive 2019/770/UE et article 1701/3, § 2, 2°, de l'ancien Code civil.

¹⁰⁷ Considérant 41 de la directive 2019/770/UE.

¹⁰⁸ Ces termes manquent de clarté et de précision. En effet, quelle que soit la formule choisie, les données seront nécessairement stockées sur un serveur physique.

¹⁰⁹ Considérant 41 de la directive 2019/770/UE.

¹¹⁰ Le législateur européen considère que le consommateur n'a pas choisi le lieu «virtuel» ou «physique» lorsqu'il n'a pas eu la possibilité d'opter pour un autre environnement ou que celui-ci est sous le contrôle du

professionnel ou est contractuellement lié à celui-ci, voy. le considérant 41 de la directive 2019/770/UE.

¹¹¹ Considérant 51 et article 8, 6), de la directive 2019/770/UE; article 1701/6, § 6, de l'ancien Code civil.

¹¹² Article 1701/8, § 1^{er}, de l'ancien Code civil; voy. à cet égard *infra*, n° 45.

¹¹³ Considérant 25 de la directive 2019/771/UE.

¹¹⁴ Il existe toutefois des différences mineures, qui s'expliquent par l'objet du contrat. Celles-ci seront mises en évidence.

et/ou au moment où l'élément numérique a été fourni¹¹⁵. À cet égard, le législateur européen précise que le bien ou l'élément numérique peut présenter un défaut de conformité lorsque celui-ci a fait l'objet d'une installation ou d'une intégration incorrecte¹¹⁶.

1. Critères subjectifs de conformité

25. La volonté des parties détermine les critères subjectifs de conformité. Le législateur a établi une liste non exhaustive de quatre critères que le bien ou l'élément numérique doit respecter afin d'être conforme. Ces critères sont dits « subjectifs » dès lors que leurs contours sont déterminés dans le contrat.

Nous nous concentrons, dans les lignes qui suivent, sur les spécificités de ces critères liées au numérique¹¹⁷.

26. Le critère de la description, au sens large, donnée dans le contrat. Tout d'abord, [le bien ou] l'élément numérique doit être conforme à la description, [au type], à la quantité et à la qualité et présenter la fonctionnalité, la compatibilité, l'interopérabilité et d'autres caractéristiques comme prévu dans le contrat [de vente]¹¹⁸.

Pour apprécier la portée de ce critère, il convient de préciser les notions de « fonctionnalité » et d'« interopérabilité » et d'illustrer les exigences de qualité et de quantité.

Concernant le premier concept¹¹⁹, la directive 2019/771/UE indique qu'il devrait être compris comme « faisant référence à la manière dont les biens remplissent leurs fonctions eu égard à leur finalité »¹²⁰. Quant à la directive 2019/770/UE, elle précise que la fonctionnalité d'un élément numérique pourrait être altérée en raison de restrictions techniques. Ainsi, un lecteur de DVD européen qui empêche un consommateur de visionner un DVD, en provenance des États-Unis, en raison d'un encodage régional, est affecté d'un défaut de conformité au sens de ce critère¹²¹.

Quant à la notion d'interopérabilité¹²², elle renvoie à la question de savoir si le bien ou l'élément numérique peut fonctionner avec un matériel ou des logiciels qui sont différents de ceux avec lesquels des biens ou des éléments numériques de mêmes types sont normalement utilisés. À titre d'exemple, mentionnons un bien ou un élément numérique qui rencontrerait des difficultés à « échanger des informations avec un autre matériel ou d'autres logiciels et à utiliser les informations échangées »¹²³.

S'agissant des exigences liées à la quantité et à la qualité d'un élément numérique, elles seront

¹¹⁵ Voy. *supra*, nos 24 et s.

¹¹⁶ Voy. *infra*, n° 42.

¹¹⁷ Pour une présentation complète des quatre critères subjectifs de conformité, voy. H. JACQUEMIN, « La conformité des biens, des contenus numériques et des services numériques, l'articulation des délais et la modification des éléments numériques », *D.C.C.R.*, 2022/2-3, p. 34.

¹¹⁸ Articles 1649ter, § 2, 1°, et 1701/5, 1°, de l'ancien Code civil; les termes entre crochets sont propres à la vente de biens.

¹¹⁹ En vertu de l'article 1649bis, 8°, de l'ancien Code civil, la notion de « fonctionnalité » vise « la capacité des biens de consommation à remplir leurs fonctions eu égard à leur finalité ».

¹²⁰ Article 2, 9), et considérant 27 de la directive 2019/771/UE; *Doc. parl.*, Ch. repr., sess. ord. 2021-2022, n° 2355/001, p. 19.

¹²¹ Article 2, 11), et considérant 42 de la directive 2019/770/UE.

¹²² En vertu de l'article 1649bis, 9°, de l'ancien Code civil, la notion d'« interopérabilité » vise « la capacité des biens de consommation à fonctionner avec du matériel informatique ou des logiciels différents de ceux avec lesquels des biens de consommation de même type sont normalement utilisés ».

¹²³ Article 2, 10), et considérant 27 de la directive 2019/771/UE et article 2, 12), et considérant 43 de la directive 2019/770/UE; *Doc. parl.*, Ch. repr., sess. ord. 2021-2022, n° 2355/001, p. 19.

par exemple appréciées au regard du nombre de fichiers musicaux accessibles ou de la résolution d'une image¹²⁴.

Finalement, relevons que les directives européennes¹²⁵ indiquent que les exigences contractuelles devraient également inclure les obligations d'information précontractuelles. Celles-ci pourraient, le cas échéant, être définies dans un *Service Level Agreement*.

27. Le critère de la finalité spécifique recherchée par le consommateur. Ensuite, [le bien ou] l'élément numérique doit être adapté à la finalité spécifique recherchée par le consommateur, que celui-ci a portée à la connaissance du [vendeur] professionnel au plus tard au moment de la conclusion du contrat [de vente] et que le [vendeur] professionnel a acceptée¹²⁶.

Il convient uniquement d'apprécier ce critère lorsque le consommateur a informé le vendeur ou le professionnel de l'usage spécifique qu'il comptait réserver au bien ou à l'élément numérique. Par hypothèse, cet usage doit être différent de la finalité attribuée normalement aux types de biens ou d'éléments numériques concernés. Dès lors, il appartient au consommateur de se réserver la preuve de cette information en mentionnant la finalité recherchée au sein de la convention. À défaut, il rencontrera des difficultés à démontrer que le bien ou l'élément numérique n'est pas conforme à ce qui avait été convenu avec le vendeur ou le professionnel¹²⁷.

28. Le critère des accessoires et des instructions prévus dans le contrat. Par ailleurs, le bien ou l'élément numérique doit être [livré] fourni avec tous les accessoires [et] toutes les instructions, notamment d'installation, – et l'assistance à la clientèle – comme prévu dans le contrat [de vente]¹²⁸.

Sur la base de ce critère, il y a lieu de vérifier, lors de l'appréciation de la conformité d'un bien ou d'un élément numérique, si les accessoires juridiques et matériels de celui-ci, mentionnés dans le contrat, ont été livrés¹²⁹. Notons que le législateur ajoute, pour ce qui concerne les éléments numériques, que l'assistance à la clientèle doit également être fournie.

29. Le critère des mises à jour contractuelles. Finalement, le bien ou l'élément numérique doit [être fourni avec des mises à jour] être mis à jour comme prévu dans le contrat [de vente]¹³⁰.

Dans certains cas de figure, le contrat prévoit que le bien ou l'élément numérique est livré avec des mises à jour. Celles-ci peuvent viser à étendre «ses fonctionnalités, les adapter aux évolutions techniques, les protéger contre les nouvelles menaces en matière de sécurité ou servir d'autres finalités»¹³¹. Dès lors, pour apprécier la conformité du bien ou de l'élément numérique, il convient de se demander si le consommateur a bénéficié des mises à jour contractuelles et si ces dernières étaient complètes et fonctionnelles. À défaut, le bien ou l'élément numérique n'est pas conforme au contrat.

¹²⁴ Considérant 42 de la directive 2019/770/UE; *Doc. parl.*, Ch. repr., sess. ord. 2021-2022, n° 2355/001, p. 52.

¹²⁵ *Doc. parl.*, Ch. repr., sess. ord. 2021-2022, n° 2355/001, p. 52.

¹²⁶ Articles 1649ter, § 2, 2°, et 1701/5, 2°, de l'ancien Code civil; les termes entre crochets sont propres à la vente de biens.

¹²⁷ J. STUYCK, «La notion de conformité et l'articulation des délais», in *La nouvelle garantie des biens de consommation et son environnement légal*, *op. cit.*, pp. 116-117.

¹²⁸ Articles 1649ter, § 2, 3°, et 1701/5, 3°, de l'ancien Code civil; les termes entre traits d'union sont propres à la fourniture d'éléments numériques.

¹²⁹ *Doc. parl.*, Ch. repr., sess. ord. 2021-2022, n° 2355/001, p. 19.

¹³⁰ Articles 1649ter, § 2, 4°, et 1701/5, 4°, de l'ancien Code civil; les termes entre crochets sont propres à la vente de biens.

¹³¹ Considérant 28 de la directive 2019/771/UE.

On constate, à la lumière de ce quatrième critère subjectif, que le législateur européen a défini le concept de « défaut de conformité » largement, sa portée excédant le seul défaut fonctionnel présent au moment de la livraison du bien ou de l'élément numérique¹³². En effet, alors que celui-ci peut, dans un premier temps, être conforme au contrat, il pourrait, dans un second temps, présenter un défaut de conformité en raison de l'absence de fourniture des mises à jour conventionnelles¹³³.

30. Les critères subjectifs et la pratique des contrats d'adhésion. En droit de la consommation, la majorité des contrats conclus sont des contrats d'adhésion, c'est-à-dire, des contrats qui sont rédigés préalablement et unilatéralement par une partie et qui ne sont pas négociables¹³⁴.

Compte tenu de cette pratique, il est légitime de se demander si les critères subjectifs, dont la portée doit être précisée dans le contrat – et donc, par le vendeur ou le professionnel –, ont une utilité concrète pour le consommateur. En effet, le premier cité s'efforcera vraisemblablement de limiter la portée de ses engagements. Toutefois, le livre VI du Code de droit économique¹³⁵ réduit ce risque dès lors qu'il impose, dans certaines circonstances, au vendeur ou au professionnel, des obligations d'information, dont il ne peut faire l'économie.

Par ailleurs, il y a également lieu d'apprécier la conformité d'un bien ou d'un élément numérique au regard des critères objectifs, définis aux articles 1649ter et 1701/6 de l'ancien Code civil¹³⁶.

2. Critères objectifs de conformité

31. Quatre critères objectifs de conformité. Le législateur a établi une liste de quatre critères objectifs que le bien ou l'élément numérique doit respecter afin d'être conforme.

Nous nous concentrons, dans les lignes qui suivent, sur les spécificités de ces critères liées au numérique¹³⁷.

32. Information et accord du consommateur quant à un écart entre une caractéristique particulière du bien ou de l'élément numérique et les critères de conformité.

Notons d'emblée que le consommateur peut accepter qu'une caractéristique particulière du bien ou de l'élément numérique s'écarte des critères objectifs de conformité. Cette opportunité, qui permet de garantir une souplesse suffisante des règles, n'est ouverte que lorsque deux conditions sont respectées. Tout d'abord, l'ancien Code civil¹³⁸ précise que le consommateur doit avoir été spécifiquement informé, avant la conclusion du contrat, qu'une caractéristique particulière du bien ou de l'élément numérique s'écartait des critères objectifs. Cela pourrait être le cas, par exemple, lorsque le professionnel prévient ce dernier qu'en vertu du contrat de licence, il ne pourra pas utiliser certaines caractéristiques liées à

¹³² Considérant 28 de la directive 2019/771/UE et considérant 44 de la directive 2019/770/UE; *Doc. parl.*, Ch. repr., sess. ord. 2021-2022, n° 2355/001, pp. 19-20.

¹³³ Cela est d'autant plus vrai que, comme nous l'observons *infra* (n°s 37-40), le vendeur ou le professionnel est par ailleurs tenu de mettre à disposition du consommateur les mises à jour nécessaires au maintien de la conformité du bien ou de l'élément numérique.

¹³⁴ Article 5.10 du Code civil.

¹³⁵ Notamment, les articles VI.2 (règle générale), VI.45 (contrats conclus à distance) et VI.64 (contrats hors établissement) du Code de droit économique.

¹³⁶ J. СТУЦЬК, « La notion de conformité et l'articulation des délais », *op. cit.*, p. 117.

¹³⁷ Pour une présentation complète des quatre critères objectifs de conformité, voy. H. JACQUEMIN, « La conformité des biens, des contenus numériques et des services numériques, l'articulation des délais et la modification des éléments numériques », *D.C.C.R.*, 2022/2-3, p. 34.

¹³⁸ Article 1649ter, § 7, et article 1701/6, § 5, de l'ancien Code civil.

la fonctionnalité de l'élément numérique¹³⁹. Ensuite, le consommateur doit avoir accepté cet écart par un comportement actif, non équivoque et distinct, comme le fait de cocher une case, presser un bouton ou activer une fonction analogue. Précisons que la preuve de la réunion de ces deux conditions pèse sur le vendeur/le professionnel¹⁴⁰.

33. Le critère des finalités. Tout d'abord, [le bien ou] l'élément numérique doit être adapté « aux finalités auxquelles serviraient normalement des [biens ou des] éléments numériques de même type, compte tenu, s'il y a lieu, de toute disposition 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 »¹⁴¹.

Pour pouvoir appliquer ce premier critère, il convient de déterminer la catégorie du bien ou de l'élément numérique dont la conformité est mise en cause, d'identifier les finalités que remplit normalement cette catégorie¹⁴² et de comparer ces dernières à celles du bien ou de l'élément numérique en question. Lorsqu'il existe des écarts entre les différentes finalités identifiées, le défaut de conformité du bien est en principe établi¹⁴³.

Pour illustrer ce critère, nous pouvons nous appuyer sur la jurisprudence prononcée sous le régime précédent dès lors qu'il est identique à celui qui figurait à l'ancien article 1649ter, § 1^{er}, 3^o, de l'ancien Code civil. Ainsi, il a été jugé que le frigo qui prend feu ne respecte pas le critère des finalités¹⁴⁴, de même que le fauteuil relax qui se détériore localement en raison de l'excès de sébum dans les cheveux de l'utilisateur¹⁴⁵.

Notons, finalement, que la directive 2019/770/UE indique qu'un élément numérique pourrait ne pas respecter le critère des finalités lorsque celui-ci contrevient aux principes imposés par la réglementation relative à la protection des données¹⁴⁶. Pour illustrer cette précision, prenons l'exemple d'un logiciel de cryptage de données. Il est évident que celui-ci présenterait un défaut de conformité s'il amenait automatiquement à la divulgation des données à des tiers non autorisés. En effet, dans cette hypothèse, le logiciel ne serait pas adapté aux finalités auxquelles sert normalement ce type d'élément numérique, à savoir le transfert sécurisé de données¹⁴⁷.

¹³⁹ Considérant 53 de la directive 2019/770/UE.

¹⁴⁰ Considérant 36 de la directive 2019/771/UE et considérant 49 de la directive 2019/770/UE; *Doc. parl.*, Ch. repr., sess. ord. 2021-2022, n° 2355/001, pp. 23 et 54.

¹⁴¹ Article 1649ter, § 3, 1^o, et article 1701/6, § 1^{er}, 1^o, de l'ancien Code civil; les termes entre crochets sont propres à la vente de biens.

¹⁴² Notons que ces finalités doivent être appréciées au regard des dispositions légales et réglementaires applicables, des normes techniques existantes ou, à défaut, des codes de conduites spécifiques. Cette hiérarchie entre les normes techniques et les codes de conduites est contestable.

¹⁴³ J. STUYCK, « La notion de conformité et l'articulation des délais », *op. cit.*, p. 117; Anvers, 28 avril 2014, *N.j.W.*, 2014, p. 701, note R. STEENNOT.

¹⁴⁴ Comm. Termonde, 1^{er} mars 2012, *R.A.B.G.*, 2013, p. 648.

¹⁴⁵ À cet égard, le juge relève que « si un cuir destiné à un fauteuil dans lequel les utilisateurs doivent pouvoir s'asseoir ou se coucher éventuellement plusieurs heures par jour se décolore et/ou se détériore au seul motif qu'un utilisateur aurait "les cheveux gras" (il en irait de même d'une dame qui utilise des laques ou autres produits pour les cheveux ou encore un parfum), c'est que manifestement la qualité soit du cuir soit de la teinture utilisée (pour teindre le cuir dans la couleur choisie) est inadaptée pour une utilisation normale du fauteuil », voy. J.P. Fléron, 6 janvier 2015, *J.J.P.*, 2016, pp. 449-452.

¹⁴⁶ Principalement, le règlement (UE) 2016/679 du Parlement européen 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, *J.O.U.E.*, L 119/1, 4 mai 2016 (ci-après, le R.G.P.D.).

¹⁴⁷ Considérant 48 de la directive 2019/770/UE.

34. Le critère de l'échantillon ou de la version d'essai. Ensuite, selon l'article 1649ter, § 3, 2°, de l'ancien Code civil, le bien doit présenter, le cas échéant, la qualité d'un échantillon ou d'un modèle que le vendeur a mis à la disposition du consommateur avant la conclusion du contrat, et doit correspondre à la description de cet échantillon ou modèle. Un critère similaire figurait à l'article 1649ter, § 1^{er}, 1°, de l'ancien Code civil, avant la transposition de la directive 2019/771/UE.

Quant à l'article 1701/6, 4°, de l'ancien Code civil, il impose au professionnel de fournir un élément numérique conforme à la version d'essai ou à l'aperçu qu'il a mis à disposition du consommateur avant la conclusion du contrat¹⁴⁸. Cette exigence a été insérée par la directive 2019/770/UE afin de répondre aux évolutions technologiques de notre société et, notamment, au fait que, généralement, les professionnels mettent gratuitement à la disposition des consommateurs des versions d'essai des jeux qu'ils fournissent en ligne¹⁴⁹.

35. Le critère des accessoires et instructions auxquels le consommateur peut raisonnablement s'attendre. Par ailleurs, [le bien ou] l'élément numérique doit, le cas échéant, être [livré ou] fourni avec les accessoires, [y compris l'emballage et les instructions d'installation ou autres instructions] et toutes les instructions que le consommateur peut raisonnablement s'attendre à recevoir¹⁵⁰.

Afin d'apprécier ce critère, il y a lieu de déterminer les accessoires et instructions que le consommateur peut raisonnablement s'attendre à recevoir, ou plus justement, qui peuvent raisonnablement être attendus du

consommateur. En effet, les directives européennes précisent que la notion d'«attentes raisonnables» doit être appréciée objectivement, en tenant compte de la nature et de la finalité du contrat¹⁵¹, des circonstances propres à chaque cas et des usages et pratiques des parties concernées¹⁵². Ainsi, s'il est, à notre sens, raisonnable pour un consommateur d'attendre que le câble d'alimentation d'un PC portable soit fourni lors de la vente de celui-ci, cela ne sera pas le cas s'il imagine également en recevoir la housse de protection.

S'agissant des éléments numériques, la notion d'«accessoire» nous semble superficielle étant donné que, dans cette hypothèse, elle renvoie en réalité aux fonctionnalités complémentaires de ces derniers. Sur ce point, nous souhaitons souligner la difficulté à identifier les fonctionnalités complémentaires d'un élément numérique qui relèvent des attentes raisonnables du consommateur et celles qui les excèdent.

36. Le critère des caractéristiques normales auxquelles le consommateur peut raisonnablement s'attendre. Finalement, [le bien ou l'élément numérique] doit être en quantité et présenter les qualités [et d'autres caractéristiques] et les caractéristiques de performance, [y compris en termes de] notamment en ce qui concerne la – fonctionnalité, la compatibilité, l'accessibilité, la continuité – [durabilité], de fonctionnalité, de compatibilité et de sécurité, normales pour des [biens de consommation] éléments numériques de même type et auxquelles le consommateur peut raisonnablement s'attendre, eu égard à la nature [des biens de consommation] de l'élément numérique et compte tenu de toute déclaration publique

¹⁴⁸ Article 1701/6, § 1^{er}, 4°, de l'ancien Code civil.

¹⁴⁹ Article 8, 1), d), de la directive 2019/770/UE.

¹⁵⁰ Article 1649ter, § 3, 3°, et article 1701/6, § 1^{er}, 3°, de l'ancien Code civil; les termes entre crochets sont propres à la vente de biens.

¹⁵¹ En réalité, la directive 2019/770/UE fait référence à «la nature et la finalité du contenu numérique ou du service numérique»; voy. le considérant 46 de la directive 2019/770/UE.

¹⁵² Considérant 24 de la directive 2019/771/UE et considérant 46 de la directive 2019/770/UE.

faite par le [vendeur] professionnel ou d'autres personnes situées en amont dans la chaîne de contrats ou pour le compte du [vendeur] professionnel ou de telles personnes, – y compris le producteur –, en particulier dans les publicités ou sur l'étiquette [...]»¹⁵³.

Pour apprécier ce critère, il y a à nouveau lieu d'effectuer un exercice de comparaison. En effet, il convient de déterminer la catégorie du bien ou de l'élément numérique dont la conformité est mise en cause, d'identifier les caractéristiques que remplit normalement cette catégorie et de comparer ces dernières à celles du bien ou de l'élément numérique en question. Parmi les caractéristiques à prendre en considération, la directive 2019/771/UE mentionne celles liées à la durabilité¹⁵⁴, la fonctionnalité¹⁵⁵, la compatibilité¹⁵⁶ et la sécurité des biens de mêmes types. La directive 2019/770/UE ajoute à cette liste les caractéristiques liées à l'accessibilité et à la continuité de l'élément numérique et omet de retenir celle liée à la durabilité.

Le législateur européen justifie la mention de la notion de durabilité au sein de la directive 2019/771/UE par sa volonté de « parvenir à des modes de consommation plus durables et à une économie circulaire »¹⁵⁷. Toutefois, il définit celle-ci de manière relativement étroite dès lors qu'il exclut de son champ d'application les aspects sociaux, économiques, humanitaires et culturels du développement durable. En d'autres termes, le législateur européen

limite le concept de durabilité à la durée de vie d'un bien¹⁵⁸. Quant au législateur belge, il a donné à cette notion la même portée¹⁵⁹.

En conséquence, le critère de durabilité impose de comparer la durée de vie d'un bien à celle d'un bien du même type afin d'identifier un éventuel défaut de conformité. Toutefois, cette comparaison ne pourra être réalisée que pendant la période de couverture, c'est-à-dire, au plus tard, deux ans après la livraison du bien. Dès lors, bien qu'à première vue, l'ajout du critère lié à la durabilité pouvait laisser entendre un renforcement des règles en faveur du consommateur, celui-ci ne présente en réalité qu'un intérêt relatif: il incite les entreprises à garantir la durée de vie d'un bien tout au long de la durée de la couverture (et non tout au long de la durée réelle de vie du bien concerné). Notons toutefois que cette critique est à nuancer pour ce qui concerne les biens numériques ou les éléments numériques en raison de l'obligation de fourniture des mises à jour nécessaires au maintien de la conformité du bien ou de l'élément numérique¹⁶⁰.

Quant à l'appréciation de la durabilité d'un bien, il y a notamment lieu de tenir compte de la nécessité d'une maintenance périodique¹⁶¹, des éventuelles déclarations publiques faites par le vendeur, ainsi que de toutes autres circonstances pertinentes, telles que le prix du bien, la fréquence et l'intensité de son utilisation par le consommateur.

S'agissant des éléments numériques en tant que tels, la directive 2019/770/UE indique que

¹⁵³ Article 1649ter, § 3, 4°, et article 1701/6, § 1^{er}, 2°, de l'ancien Code civil; les termes entre crochets sont propres à la vente de biens alors que les termes entre traits d'union sont propres à la fourniture d'éléments numériques.

¹⁵⁴ L'article 2, 13), de la directive 2019/771/UE (transposé à l'article 1649bis, § 1^{er}, 12°, de l'ancien Code civil) définit la notion de « durabilité » comme « la capacité des biens à maintenir les fonctions et performances requises dans le cadre d'un usage normal ».

¹⁵⁵ Voy. *supra*, n° 26.

¹⁵⁶ Voy. *supra*, n° 26.

¹⁵⁷ Considérant 32 de la directive 2019/771/UE.

¹⁵⁸ La version anglaise de la directive 2019/771/UE utilise d'ailleurs le terme « durability » et non « sustainability ».

¹⁵⁹ Article 1649bis, § 1^{er}, 12°, de l'ancien Code civil.

¹⁶⁰ Voy. *infra*, n° 43.

¹⁶¹ En effet, le considérant 32 de la directive 2019/771/UE précise qu'il y a lieu de tenir compte des maintenances périodiques qui ont été effectuées pour savoir si le bien présente une durabilité normale. À titre d'exemple, le législateur européen cite le fait de changer les filtres dans le moteur d'une voiture.

ceux-ci pourraient ne pas respecter le critère des caractéristiques normales auxquelles le consommateur peut raisonnablement s'attendre lorsqu'ils contreviennent aux principes imposés par le R.G.P.D. Pour illustrer ce commentaire, prenons l'exemple d'une application d'e-commerce. Imaginons que celle-ci divulgue les informations liées à la carte de crédit des consommateurs. Dans cette hypothèse, il est évident que l'application présente un défaut de conformité dès lors que le consommateur pourrait raisonnablement s'attendre à ce qu'une application de ce type possède normalement des caractéristiques qui empêchent la divulgation de ses coordonnées bancaires¹⁶².

37. L'obligation de fourniture des mises à jour nécessaires au maintien de la conformité du bien ou de l'élément numérique.

L'analyse du dernier critère objectif amène à présenter les nouveautés relatives à l'obligation de fourniture des mises à jour nécessaires au maintien de la conformité du bien ou de l'élément numérique.

En effet, outre les mises à jour contractuelles (le cas échéant), le vendeur ou le professionnel est tenu de «fournir les mises à jour pour faire en sorte que les biens comportant des éléments numériques ou les éléments numériques restent conformes»¹⁶³. Le législateur européen encadre cette obligation dès lors qu'il la circonscrit aux mises à jour nécessaires pour maintenir la conformité des biens ou des éléments numériques aux critères objectifs et subjectifs de conformité¹⁶⁴. En d'autres termes, le vendeur ou le professionnel n'est pas tenu de fournir des

versions améliorées de l'élément numérique, ni d'étendre les fonctionnalités de celui-ci au-delà des exigences de conformité, sauf, naturellement, s'il s'y est engagé contractuellement.

Quant à la question de savoir pendant quelle période le vendeur ou le professionnel est tenu de mettre à disposition les mises à jour nécessaires au maintien de la conformité du bien ou de l'élément numérique, il convient d'y répondre en faisant une distinction selon l'objet du contrat.

38. Les mises à jour nécessaires à la conformité d'un bien comportant des éléments numériques.

Lorsque le contrat porte sur la vente d'un bien qui intègre ou est interconnecté à un élément numérique, la période de mise à disposition des mises à jour dépend de la manière dont ledit élément est fourni.

En effet, lorsque l'élément numérique est fourni de manière unique – par exemple, lorsque le consommateur achète une tablette éducative destinée aux enfants, sur laquelle seraient déjà enregistrés des jeux simples –, le vendeur est tenu de mettre à disposition les mises à jour au cours d'une période à laquelle le consommateur peut raisonnablement s'attendre¹⁶⁵. Celle-ci devrait normalement couvrir la durée de la garantie légale de conformité – soit deux ans – et elle pourrait même, dans certains cas, dépasser cette couverture (par exemple, pour ce qui concerne les mises à jour de sécurité)¹⁶⁶. On peut se demander comment le vendeur va respecter cette obligation en pratique. En effet, pour ce faire, il est nécessaire que ce dernier ait accès au bien comportant des éléments numériques, vendu au consommateur des mois, voire des années auparavant.

Par ailleurs, à l'analyse, cette obligation de mise à disposition des mises à jour est difficilement

¹⁶² Considérant 48 de la directive 2019/770/UE.

¹⁶³ Considérant 30 de la directive 2019/771/UE et considérant 47 de la directive 2019/770/UE, (celui-ci indique, plus précisément, «pour que le contenu ou le service numérique reste conforme et sûr» (nous soulignons)).

¹⁶⁴ Article 8, 3), de la directive 2019/771/UE (transposé à l'article 1649ter, § 5, de l'ancien Code civil) et article 8, 2), de la directive 2019/770/UE (transposé à l'article 1701/6, § 2, de l'ancien Code civil).

¹⁶⁵ Article 1649ter, § 5, 1°, de l'ancien Code civil et article 7, 3., a), de la directive 2019/771/UE.

¹⁶⁶ Considérant 31 de la directive 2019/771/UE.

conciliable avec la précision apportée par le considérant 37 de la directive 2019/771/UE. En effet, selon ce dernier, il convient d'apprécier la conformité d'un bien qui intègre ou est interconnecté à un élément numérique fourni de manière unique au moment où le bien est livré. Or, cela aurait pour conséquence qu'un bien numérique pourrait réussir le test de conformité alors que le consommateur n'a jamais bénéficié des mises à jour nécessaires au maintien de sa conformité. À notre sens, la conformité d'un bien doit être appréciée au cours d'une période, que l'élément numérique (qui y est intégré ou interconnecté) soit fourni de manière unique ou continue.

Lorsque l'élément numérique du bien de consommation est fourni de manière continue – par exemple, lorsque le consommateur achète une montre connectée qui nécessite de télécharger une application de *running* pour être utilisée –, il convient d'observer sa période de fourniture dès lors qu'elle permet de déterminer la durée de l'obligation de fourniture des mises à jour¹⁶⁷. En effet, lorsque l'élément numérique est mis à disposition pendant moins de deux ans, le vendeur doit fournir les mises à jour pendant deux années à compter de la livraison du bien. En revanche, si la fourniture de l'élément numérique est prévue pour une période supérieure à deux ans, le vendeur répond de tout défaut de conformité de l'élément numérique qui apparaît au cours de la période durant laquelle celui-ci est fourni en vertu du contrat de vente¹⁶⁸. En d'autres termes, dans ce cas de figure, le vendeur est tenu de mettre à disposition les mises à jour nécessaires au maintien de la conformité du bien aussi longtemps que l'élément numérique est fourni au consommateur. À cet égard, le

législateur de l'Union précise que la conformité du bien est appréciée pendant toute la période « durant laquelle la responsabilité du vendeur est engagée pour défaut de conformité »¹⁶⁹.

39. Les mises à jour nécessaires à la conformité d'un élément numérique. Lorsque le contrat porte sur la fourniture d'un élément numérique, le raisonnement est sensiblement identique¹⁷⁰ dès lors qu'il y a lieu de distinguer l'hypothèse de la fourniture unique (ou d'une série d'opérations de fourniture distinctes¹⁷¹) de celle de la fourniture continue.

En effet, lorsque l'élément numérique est fourni de manière unique – par exemple, lorsqu'un consommateur télécharge un livre électronique et le stocke sur son appareil –, le professionnel est tenu de mettre à la disposition du consommateur les mises à jour au cours d'une période à laquelle celui-ci peut raisonnablement s'attendre¹⁷². Le législateur européen précise que celle-ci peut, en fonction des circonstances de l'espèce, être inférieure, égale ou supérieure¹⁷³ à la durée de la garantie légale, ce qui, à vrai dire, n'est pas une précision d'une grande utilité¹⁷⁴.

Dans tous les cas, notons que, dans l'hypothèse d'un élément numérique fourni de manière unique, l'obligation de fourniture de mises

¹⁶⁹ Considérant 37 de la directive 2019/771/UE.

¹⁷⁰ Le raisonnement n'est toutefois pas identique dès lors que, en ce qui concerne la fourniture de l'élément numérique en tant que tel, la directive 2019/770/UE ne fait pas de distinction selon la durée de la fourniture (inférieure ou supérieure à une période de deux ans).

¹⁷¹ Ce serait le cas lorsqu'un consommateur reçoit toutes les semaines un lien lui permettant de télécharger un nouveau livre électronique, voy. le considérant 56 de la directive 2019/770/UE.

¹⁷² Article 1701/6, § 2, 2°, de l'ancien Code civil et article 8, 2, b), de la directive 2019/770/UE.

¹⁷³ À cet égard, le législateur européen précise que la durée de l'obligation de mise à disposition des mises à jour peut être supérieure à la durée de la couverture, notamment en ce qui concerne les mises à jour de sécurité.

¹⁷⁴ Considérant 47 de la directive 2019/770/UE.

¹⁶⁷ Article 1649ter, § 5, 2°, de l'ancien Code civil; article 7, 3), b), de la directive 2019/771/UE.

¹⁶⁸ Article 1649quater, § 1er, al. 2, de l'ancien Code civil; article 10, 2), de la directive 2019/771/UE.

à jour perd de son efficacité au-delà d'une période d'un an. En effet, le paragraphe 2 de l'article 1701/8 de l'ancien Code civil précise que le défaut de conformité d'un élément numérique, fourni de manière unique, qui apparaît dans un délai d'un an est présumé, sauf preuve contraire, exister au moment de la fourniture. En d'autres termes, le professionnel qui, par exemple, ne mettrait pas à disposition les mises à jour de sécurité plus d'un an après la fourniture de l'élément numérique, ne verra sa responsabilité engagée que si le consommateur parvient à démontrer que l'élément numérique n'était pas conforme au moment de sa fourniture.

Lorsque l'élément numérique est fourni de manière continue – par exemple, lorsque le consommateur adhère à un réseau social¹⁷⁵ –, le professionnel répond de tout défaut de conformité de l'élément numérique qui apparaît au cours de la période durant laquelle celui-ci est fourni en vertu du contrat¹⁷⁶. Le législateur européen justifie cette position en expliquant que, dans le cadre de cette catégorie de contrats, l'élément numérique n'est disponible au consommateur que pendant la durée de la convention¹⁷⁷. Il convient donc de garantir sa conformité aussi longtemps que cet élément est fourni, et pas plus longtemps. À titre d'exemples, mentionnons l'accès à un service de *cloud* ou celui à un service de *web streaming* : si cet accès est interrompu pendant la durée de la convention, il y aura lieu de constater le défaut de conformité de l'élément numérique¹⁷⁸.

40. L'information du vendeur ou du professionnel sur la disponibilité des mises à jour et l'absence d'installation de ces dernières.

Le consommateur est libre de décider d'installer ou non les mises à jour, sachant qu'à défaut, le bien ou l'élément numérique pourrait devenir défectueux¹⁷⁹. Dans cette hypothèse, le vendeur ou le professionnel ne devra pas mettre en conformité le bien ou l'élément numérique si trois conditions sont respectées. Tout d'abord, celui-ci doit avoir informé le consommateur de la disponibilité de la mise à jour et des conséquences de sa non-installation. Ensuite, les instructions d'installation fournies au consommateur doivent avoir été suffisamment claires et précises pour permettre l'installation correcte de la mise à jour. Finalement, le défaut de conformité doit exclusivement résulter du défaut d'installation de la mise à jour concernée¹⁸⁰.

41. L'exemple français¹⁸¹. En France, les directives 2019/770/UE et 2019/771/UE ont été transposées par l'ordonnance n° 2021-1247 relative à la garantie légale de conformité pour les biens, les contenus numériques et les services numériques¹⁸². Ce texte, qui s'applique aux contrats de consommation conclus à partir du 1^{er} janvier 2022, transpose fidèlement les règles européennes au sein du Code de la consommation français, notamment en ce qui concerne l'obligation de fourniture des mises à

¹⁷⁵ Pour davantage d'exemples de fourniture continue d'un élément numérique, voy. le considérant 57 de la directive 2019/770/UE.

¹⁷⁶ Article 1701/6, § 2, 1^o, de l'ancien Code civil et article 8, 2), a), de la directive 2019/770/UE.

¹⁷⁷ À la différence des contrats dont l'objet est la fourniture unique d'un élément numérique, dans le cadre desquels le consommateur a la possibilité d'accéder à l'élément numérique, et de l'utiliser, indéfiniment.

¹⁷⁸ Considérants 51 et 56 de la directive 2019/770/UE.

¹⁷⁹ Considérant 47 de la directive 2019/770/UE.

¹⁸⁰ Article 7.4, de la directive 2019/771/UE et article 1649ter, § 6, de l'ancien Code civil; article 8.3, de la directive 2019/770/UE et article 1701/6, § 3, de l'ancien Code civil.

¹⁸¹ C. SENAY, « La lutte contre l'obsolescence programmée : une législation bientôt en vue ? Une étude comparée avec le régime français », *R.D.T.I.*, 2021, n° 85, pp. 24 et 25.

¹⁸² Ordonnance n° 2021-1247 du 29 septembre 2021 relative à la garantie légale de conformité pour les biens, les contenus numériques et les services numériques, *J.O.R.F.*, n° 0228, 30 septembre 2021, texte n° 9 (ci-après, l'ordonnance n° 2021-1247).

jour nécessaires au maintien de la conformité du bien ou de l'élément numérique¹⁸³.

Cette question particulière était également traitée au sein de la proposition de loi visant à réduire l'empreinte environnementale du numérique en France. En effet, les rédacteurs de ce texte avaient proposé que les mises à jour soient fournies pendant la durée de la garantie légale de conformité, qu'ils suggéraient de porter à cinq ans pour les équipements numériques¹⁸⁴. Cette prolongation n'a toutefois été retenue ni au sein de la loi visant à réduire l'empreinte environnementale du numérique en France¹⁸⁵, ni au sein de l'ordonnance n° 2021-1247. En effet, la commission des affaires économiques a considéré que « l'extension de la durée de garantie légale pourrait avoir des conséquences défavorables pour la filière de la réparation et du réemploi et risquait de fragiliser les petits distributeurs proposant des extensions de garanties »¹⁸⁶. En France – comme en Belgique –, la durée de la garantie légale de conformité est donc maintenue à deux ans, sauf lorsque l'obligation de mise à disposition des mises à jour a pour effet de prolonger ce délai¹⁸⁷.

Finalement, relevons que l'ordonnance n° 2021-1247 va au-delà des règles indiquées dans

les directives 2019/771/UE et 2019/770/UE. En effet, ce texte précise une série de règles concernant les mises à jour qui ne sont pas nécessaires au maintien de la conformité du bien ou de l'élément numérique.

Ainsi, en droit français, la convention doit nécessairement prévoir la possibilité, pour le vendeur ou le professionnel, de proposer des mises à jour et doit, par ailleurs, en fournir une raison valable¹⁸⁸. Ensuite, il appartient au vendeur ou au professionnel d'informer clairement et préalablement le consommateur de la mise à jour envisagée, dont l'installation ne peut entraîner aucun coût supplémentaire pour ce dernier. Finalement le vendeur ou le professionnel est tenu d'informer le consommateur de son droit de « refuser chaque mise à jour ou, le cas échéant, de la désinstaller », si elle a une incidence négative sur l'utilisation de l'élément numérique. Ce cas de figure pourrait même entraîner la résolution de plein droit de la convention. Toutefois, le législateur français exclut cette sanction dans deux hypothèses. D'abord, le consommateur ne pourra pas solliciter la résolution du contrat lorsque l'incidence de la mise à jour est mineure, ce que devra démontrer le vendeur ou le professionnel. Ensuite, il se verra également privé de cette possibilité lorsque le vendeur ou le professionnel lui aura proposé de désinstaller la mise à jour et que cette démarche aura permis la mise en conformité du bien¹⁸⁹.

Ces nouvelles dispositions s'inscrivent dans l'objectif de développement durable annoncé par la Commission européenne dès lors qu'elles visent à enrichir les mesures de lutte contre l'obsolescence prématurée. En effet, celles-ci sont de nature à contrarier les fabri-

¹⁸³ Voy. les articles L217-1 à L217-32 du Code de la consommation français (relatifs aux contrats de vente de biens) et les articles L224-25-1 à L224-25-32 du Code de la consommation français (relatifs aux contrats de fourniture d'éléments numériques).

¹⁸⁴ Voy. les articles 9 et 11 de la proposition de loi visant à réduire l'empreinte environnementale du numérique en France, *sess. ord.* 2020-2021, n° 27 *rect.* Sénat.

¹⁸⁵ Loi n° 2021-1485 du 15 novembre 2021 visant à réduire l'empreinte environnementale du numérique en France, *J.O.R.F.*, n° 266, 16 novembre 2021.

¹⁸⁶ Assemblée nationale, rapport fait au nom de la Commission du développement durable et de l'aménagement du territoire sur la proposition de loi, adoptée par le Sénat, visant à réduire l'empreinte environnementale du numérique en France (n° 3730), 26 mai 2021, disponible sur www.assemblee-nationale.fr.

¹⁸⁷ Voy. *supra*, n° 43.

¹⁸⁸ Notons que le législateur français ne donne pas d'exemple de ce qu'il qualifie de « raison valable ».

¹⁸⁹ Articles L217-20 et L224-25-26 du Code de la consommation français.

cants de biens de consommation, adeptes des stratégies d'obsolescence logicielle. Prenons, par exemple, le cas des fabricants de *smart-phones*. En France, ces derniers ne pourront plus proposer des mises à jour dont l'effet est de réduire la durée de vie de leur bien, sans courir le risque que le consommateur sollicite la désinstallation de la mise à jour ou, le cas échéant, la résolution de la convention de vente. Nous regrettons l'absence de mesures similaires au sein de la réglementation belge.

3. L'installation ou l'intégration incorrecte du bien ou de l'élément numérique

42. L'assimilation à un défaut de conformité. Dans de nombreux cas, le bien ou l'élément numérique doit être installé ou intégré¹⁹⁰ au sein de l'environnement du consommateur afin que ce dernier soit en mesure de l'utiliser conformément à sa finalité. Dans ces hypothèses, le vendeur ou le professionnel est susceptible de devoir garantir le défaut de conformité du bien ou de l'élément numérique qui résulte de son installation incorrecte¹⁹¹.

En effet, tout d'abord, le vendeur ou le professionnel est responsable du défaut de conformité qui résulte de l'installation incorrecte du bien ou de l'élément numérique lorsqu'il a effectué l'installation lui-même ou qu'elle a

été opérée sous sa responsabilité^{192,193}. À titre d'exemple, mentionnons l'arrêt de la cour d'appel d'Anvers du 30 juin 2020, à l'occasion duquel les juges ont constaté que la mauvaise installation d'une plaque de cuisson par le vendeur constitue un défaut de conformité du bien vendu¹⁹⁴.

Ensuite, le défaut de conformité sera également imputable au vendeur ou au professionnel lorsque l'installation a été incorrectement effectuée par le consommateur¹⁹⁵ en raison de lacunes dans les instructions d'installation fournies¹⁹⁶. Tel est le cas lorsque les instructions sont incomplètes, manquent de clarté ou sont difficiles à utiliser pour le consommateur moyen¹⁹⁷.

À cet égard, notons que, dans l'hypothèse d'un bien qui intègre ou est interconnecté à un élément numérique, l'article 1649ter, § 8, 2°,

¹⁹⁰ Le législateur européen utilise le terme « installation » pour les biens et la notion d'« intégration » pour les éléments numériques. Le législateur de l'Union a défini ce deuxième terme comme « le fait de relier et d'intégrer un contenu numérique ou un service numérique aux composantes de l'environnement numérique du consommateur afin de permettre que le contenu numérique ou le service numérique soit utilisé conformément aux critères de conformité prévus par la présente directive »; voy. l'article 2, 4), de la directive 2019/770/UE. Par souci de clarté, nous utiliserons, dans le cadre de cette contribution, le terme « installation », quelle que soit l'hypothèse rencontrée.

¹⁹¹ Considérant 34 de la directive 2019/771/UE et considérant 52 de la directive 2019/770/UE.

¹⁹² Considérant 34 et article 8, a), de la directive 2019/771/UE; considérant 52 et article 9, a), de la directive 2019/770/UE; article 9, b), de la directive 2019/770/UE; articles 1649ter, § 8, 1°, et 1701/7, 1°, de l'ancien Code civil.

¹⁹³ En ce qui concerne l'installation d'un bien qui relève d'un contrat de vente, notons que les travaux préparatoires de la loi du 10 mars 2022 précisent qu'« est seule visée ici l'installation qui « fait partie du contrat de vente » ». Ainsi, il s'agit de l'hypothèse où l'installation (obligation de faire-contrat d'entreprise) constituerait l'accessoire d'un contrat de vente »; voy. *Doc. parl.*, Ch. repr., sess. ord. 2021-2022, n° 2355/001, p. 23.

¹⁹⁴ Anvers, 30 juin 2020, *T.B.B.R./R.G.D.C.*, 2022/3, pp. 174-176.

¹⁹⁵ Cette hypothèse, dans laquelle le consommateur effectue lui-même l'installation du bien ou de l'élément numérique, est visée, en doctrine, sous les termes « IKEA Clause »; voy. notamment S. GEIRGAT et R. STEENNOT, « Proposal for a Directive on Digital Content. Scope of Application and Liability for a Lack of Conformity », in *Digital Content and Distance Sales*, Bruxelles, Intersentia, 2017, pp. 137-138.

¹⁹⁶ Article 8, b), de la directive 2019/771/UE et article 9, b), de la directive 2019/770/UE; articles 1649ter, § 8, 2°, et 1701/7, 2°, de l'ancien Code civil.

¹⁹⁷ Considérant 34 de la directive 2019/771/UE et considérant 52 de la directive 2019/770/UE; *Doc. parl.*, Ch. repr., sess. ord. 2021-2022, n° 2355/001, p. 23.

de l'ancien Code civil précise que les instructions d'installation peuvent être fournies par le vendeur ou par le fournisseur de l'élément numérique¹⁹⁸.

IV. LES DÉLAIS ET LA RESPONSABILITÉ DU VENDEUR OU DU PROFESSIONNEL

43. Durée de la garantie légale. Le vendeur est tenu de garantir la conformité des biens pendant un délai de deux ans à compter de sa livraison^{199,200}. Le même délai s'applique aux contenus ou aux services numériques fournis à l'occasion d'une opération unique.

Des délais différents sont prévus pour la vente de biens qui intègrent ou sont interconnectés à des éléments numériques ou la fourniture d'éléments numériques. Cela s'explique par l'obligation, imposée au vendeur ou au professionnel, de mettre à jour les éléments numériques de manière à maintenir la conformité de ceux-ci.

Ainsi, le vendeur ou le professionnel est susceptible de devoir garantir la conformité de l'élément numérique pour une durée supérieure à deux ans dans plusieurs cas de figure.

En premier lieu, le vendeur sera tenu du défaut de conformité de l'élément numérique intégré ou interconnecté à un bien et qui est fourni pour une période supérieure à deux ans, aussi longtemps que se poursuit cette fourniture²⁰¹.

En second lieu, le professionnel sera également tenu de garantir la conformité d'un élément numérique fourni de manière continue pendant toute la durée du contrat et donc, potentiellement, pendant une période supérieure à deux ans. Ainsi, celui-ci devra, par exemple, maintenir l'accès au réseau social aussi longtemps que le consommateur y est abonné²⁰².

Ces règles présentent l'intérêt incontestable de prendre en considération les particularités des biens comportant des éléments numériques et des contenus et services numériques. Par ailleurs, elles s'inscrivent dans la perspective du Green deal²⁰³ dès lors qu'elles visent à prolonger la durée de vie des biens ou des éléments numériques au-delà de la période traditionnelle de garantie et, de ce fait, servent indirectement la lutte contre l'obsolescence prématurée. Toutefois, elles ouvrent également la porte à de nombreuses questions : comment déterminer la période durant laquelle le consommateur peut raisonnablement s'attendre à recevoir des mises à jour ? Comment le vendeur peut-il mettre à disposition du consommateur des mises à jour de l'élément numérique du bien lorsque celles-ci ne sont plus offertes par le fournisseur ? Comment déterminer concrètement quelles mises à jour sont nécessaires au maintien de la conformité du bien ou de l'élément numérique ? Comment déterminer la durée de fourniture de l'élément numérique lorsque celle-ci n'est pas précisée contractuellement ?

Le législateur français a apporté une réponse à cette dernière question. En effet, il a précisé que le professionnel doit garantir, pendant une

¹⁹⁸ Article 8 de la directive 2019/771/JE.

¹⁹⁹ Article 1649quater, § 1^{er}, et article 1701/8, § 2, de l'ancien Code civil.

²⁰⁰ Notons que ce délai est d'harmonisation minimale pour ce qui concerne les contrats de vente de biens. Toutefois, le législateur belge n'a pas souhaité allonger ce délai dans la mesure où celui-ci est « considéré comme raisonnable par les acteurs du marché », voy. *Doc. parl.*, Ch. repr., sess. ord. 2021-2022, n° 2355/001, p. 24.

²⁰¹ Article 1649quater, § 1^{er}, al. 2, de l'ancien Code civil.

²⁰² Voy. *supra*, n° 39.

²⁰³ Communication de la Commission au Parlement européen, au Conseil européen, au Conseil, au Comité économique et social européen et au Comité des régions, « Le pacte vert pour l'Europe », COM(2019) 640 final.

période de deux ans, la conformité de l'élément numérique intégré ou interconnecté à un bien fourni de manière continue pendant une période qui n'est pas fixée dans le contrat. En d'autres termes, l'article L217-3, 1°, du Code de la consommation français applique le régime des éléments numériques intégrés ou interconnectés à des biens fournis pour une période inférieure ou égale à deux ans, aux biens dont l'élément numérique est fourni de manière continue pendant une période qui n'est pas fixée contractuellement. Le législateur français n'a toutefois pas appliqué cette logique en ce qui concerne l'obligation de fourniture des mises à jour. En effet, à cet égard, il s'est limité à reprendre la distinction consacrée par le législateur européen, laissant ouverte la question de savoir quel régime appliquer lorsque la durée de fourniture n'est pas précisée dans le contrat²⁰⁴.

Finalement, notons que le délai de garantie est suspendu pendant le temps nécessaire à la mise en conformité du bien ou de l'élément numérique ou en cas de négociations entre les parties en vue d'un accord amiable²⁰⁵.

44. Délais de notification du défaut et de prescription. Il ne suffit pas que le défaut de conformité apparaisse dans le délai de couverture pour que le consommateur dispose d'un recours contre le vendeur ou le professionnel. En effet, pour pouvoir exercer utilement ses droits, celui-ci doit par ailleurs veiller à respecter deux délais particuliers.

Tout d'abord, le consommateur est tenu d'informer le vendeur de l'existence du défaut de conformité dans les deux mois à compter du jour où il a constaté le défaut. Auparavant, les parties pouvaient déterminer le délai de notification, ce qui obligeait le consommateur à lire les conditions générales du vendeur. Désormais, « pour des raisons de sécurité juridique »²⁰⁶, la loi établit un délai de deux mois. Notons que les parties peuvent convenir d'un délai plus long et qu'aucune sanction civile spécifique n'est expressément prévue en cas de non-respect, par le consommateur, de ce délai²⁰⁷. Par ailleurs, aucune règle similaire n'est établie en ce qui concerne les contrats de fourniture d'éléments numériques.

Ensuite, le consommateur doit introduire son action en garantie dans l'année qui suit le jour où il a constaté le défaut de conformité. En effet, cette action se prescrit dans un délai d'un an^{208, 209}.

45. Présomption de l'antériorité du défaut et charge de la preuve. Afin de présenter utilement le régime de la garantie légale de conformité, il y a lieu d'identifier la personne sur laquelle repose la charge de la preuve, ainsi que l'étendue de la preuve à apporter.

À nouveau, il existe des différences de régime selon l'objet du contrat.

Tout d'abord, dans le cadre d'un contrat de vente, il appartient au consommateur d'apporter la preuve du défaut de conformité de son bien. Toutefois, celui-ci ne doit pas démontrer que ce défaut existait au jour de la livraison du bien dès lors qu'en vertu de

²⁰⁴ Autrement dit, en vertu de la loi française, le vendeur doit répondre, pendant une période de deux ans, de tout défaut de conformité d'un bien dont la durée de fourniture de l'élément numérique n'est pas prévue contractuellement alors qu'il pourrait éventuellement être tenu, selon l'interprétation défendue, de mettre à disposition les mises à jour pendant une période supérieure à deux ans.

²⁰⁵ Article 1649*quater*, § 1^{er}, al. 4, de l'ancien Code civil, article 1701/8, § 2, al. 3, et § 3, al. 3, de l'ancien Code civil.

²⁰⁶ *Doc. parl.*, Ch. repr., sess. ord. 2021-2022, n° 2355/001, p. 23.

²⁰⁷ Article 1649*quater*, § 2, de l'ancien Code civil.

²⁰⁸ Article 1649*quater*, § 3, de l'ancien Code civil et article 1701/8, § 2, al. 4, de l'ancien Code civil.

²⁰⁹ Notons qu'auparavant, le délai de prescription ne pouvait expirer avant la fin du délai de garantie, voy. article 5, § 2, de la directive 1999/44/CE.

l'article 1649*quater*, § 2, de l'ancien Code civil, celui-ci est présumé exister au moment de la délivrance²¹⁰. Cette présomption ne s'applique toutefois pas lorsqu'elle est incompatible avec la nature du bien et ne vaut que jusqu'à preuve du contraire. En effet, le vendeur a l'opportunité de démontrer que le défaut est apparu après la délivrance du bien.

Comme le relève le législateur belge dans les travaux préparatoires, la présomption de l'antériorité du défaut « donne à la période de garantie toute sa plus-value ». En conséquence, ce dernier a décidé d'aligner les deux périodes, de telle manière que « le consommateur n'aura plus à prouver que le défaut existait déjà pour pouvoir faire jouer la garantie »²¹¹. Par ailleurs, cette mesure s'inscrit dans l'optique soutenue par le Green deal dès lors que, d'une part, elle facilite la mise en conformité des biens défectueux (en ce qu'elle facilite l'exercice de ses droits par le consommateur), d'autre part, elle encourage les entreprises à développer des biens plus durables.

Ensuite, en ce qui concerne les biens comportant des éléments numériques fournis de manière continue, le législateur précise qu'il appartient au vendeur de démontrer que celui-ci était conforme tout au long de la période de fourniture²¹². En d'autres termes, le vendeur qui aurait, par exemple, vendu une montre connectée sera tenu de répondre du défaut de conformité de l'application de *running* à laquelle elle est interconnectée s'il ne parvient pas à démontrer que celle-ci a respecté les critères objectifs et subjectifs de conformité pendant la période de fourniture²¹³.

S'agissant de la fourniture unique d'éléments numériques en tant que tels, le paragraphe 2 de l'article 1701/8 de l'ancien Code civil précise que le professionnel répond de tout défaut de conformité qui apparaît dans un délai d'un an à dater de la fourniture de l'élément numérique, dès lors que celui-ci est présumé, sauf preuve contraire, exister au moment de la fourniture²¹⁴. Autrement dit, le professionnel est tenu de répondre du défaut de conformité d'un livre électronique, par exemple, qui, moins d'un an après sa fourniture, présente des dysfonctionnements, sauf s'il démontre que ceux-ci sont apparus après la fourniture dudit livre. Cette règle connaît toutefois une exception. En effet, le paragraphe 4 de l'article 1701/8 de l'ancien Code civil relève que celle-ci ne s'applique pas lorsque « le professionnel démontre que l'environnement numérique du consommateur n'est pas compatible avec les exigences techniques » de l'élément numérique et qu'il « a informé le consommateur de ces exigences de façon claire et compréhensible avant la conclusion du contrat ».

Finalement, en vertu du paragraphe 3 de l'article 1701/8 de l'ancien Code civil, lorsque le contenu ou le service numérique est fourni pendant une certaine période, il appartient au professionnel de répondre de tout défaut de conformité qui apparaît au cours de cette période. Ainsi, un consommateur qui s'abonne à un service de stockage de données dans le *cloud* peut exiger que le professionnel mette en conformité son service, sauf si celui-ci démontre qu'il respecte les critères objectifs et subjectifs depuis le début de sa fourniture. Notons que l'exception de l'article 1701/8, § 4,

²¹⁰ Article 1649*quater*, § 2, de l'ancien Code civil.

²¹¹ *Doc. parl.*, Ch. repr., sess. ord. 2021-2022, n° 2355/001, p. 19.

²¹² Article 1649*quater*, § 4/1, de l'ancien Code civil et article 11, 3), de la directive 2019/771/UE.

²¹³ Dans ce cas, la période de couverture sera soit de deux ans (si la fourniture de l'application est prévue,

au sein du contrat, pour une durée inférieure ou égale à deux ans), soit de la durée de la fourniture (si la fourniture de l'application est prévue, au sein du contrat, pour une durée supérieure à deux ans).

²¹⁴ V. LAFARQUE, « La garantie légale est élargie! », *Bull. proc. ex.*, septembre 2022, p. 16.

de l'ancien Code civil s'applique également à la fourniture continue d'éléments numériques.

En pratique, le régime de la garantie légale ne présente un intérêt concret pour le consommateur que lorsque la durée de couverture est identique à la durée de la présomption de l'antériorité du défaut²¹⁵. À cet égard, nous accueillons naturellement avec enthousiasme la décision du législateur belge d'aligner les deux périodes. Cependant, on aurait pu espérer du législateur européen qu'il fasse preuve de davantage d'audace vu les ambitions qu'il cultive pour la transition écologique. Certes, il autorise les États membres à prolonger la durée de la garantie au-delà du délai de deux ans. Toutefois, il ne leur offre pas cette possibilité en ce qui concerne la durée du délai de présomption. De ce fait, les États membres sont pieds et poings liés : ils ne peuvent établir un régime de garantie légale de conformité qui présenterait une utilité concrète pour le consommateur en termes de charge de la preuve et dont la durée serait supérieure à deux ans. Or, force est de constater que, de nos jours, le consommateur peut légitimement s'attendre à ce que la majorité des biens et des éléments numériques commercialisés ait une durée de vie supérieure à deux années. En conséquence, malgré les enjeux liés au réchauffement climatique et la nécessité d'établir un juste équilibre entre les droits et obligations des consommateurs et des entreprises, le régime de la garantie légale actuel ne permet de faire obstacle qu'aux cas les plus flagrants d'obsolescence prématurée.

V. RECOURS OFFERTS AU CONSOMMATEUR

A. Recours contre le vendeur ou le professionnel en cas de défaut de livraison du bien ou de fourniture du contenu ou du service numérique

46. Code de droit économique et Code civil. Le recours en cas de défaut de livraison est régi à l'article VI.43, § 2, du Code de droit économique. Cette disposition a été introduite en vue de transposer la directive 2011/83/UE sur les droits des consommateurs. S'agissant du défaut de fourniture du contenu ou du service numérique, il faut avoir égard à l'article 1701/9 de l'ancien Code civil (qui transpose la directive 2019/770/UE). Ces recours s'appliquent sans préjudice du droit commun des obligations contractuelles (et notamment de l'exception d'inexécution)²¹⁶.

Si on observe des lignes de forces récurrentes, communes aux deux régimes, il y a également des différences, tenant notamment au choix du Code dans lequel les dispositions sont introduites²¹⁷.

47. Ultime injonction du consommateur, avant le droit de mettre fin au contrat. En cas de défaut de livraison du bien ou de fourniture du contenu ou du service numérique dans les délais prévus par la loi ou convenus par les parties (*supra*, n° 21), une démarche en deux temps doit être suivie par le consommateur.

Il doit d'abord enjoindre l'entreprise ou le professionnel de s'exécuter. Aucune forme particulière n'est imposée pour cette mise en

²¹⁵ En effet, lorsque la durée de garantie est supérieure à la durée de la présomption, le consommateur est tenu de démontrer le défaut qui affecte son bien ou son élément numérique, ainsi que l'antériorité de ce dernier.

²¹⁶ F. VAN DEN ABELE et B. TILLEMANS, « Remedies in de nieuwe consumenten(koop)recht: een (her)nieuw(d) getrappt systeem », *D.C.C.R.*, 2022/1, pp. 60-61.

²¹⁷ Ainsi, le « bien », tel que défini à l'article I.1, 6°, du Code de droit économique, n'a pas la même acception dans l'ancien Code civil (où sont expressément visés les biens comportant des éléments numériques).

demeure. Pour les biens, il est précisé que la livraison doit se faire «dans un délai supplémentaire adapté aux circonstances». On comprend que le consommateur doit proposer ce délai (et qu'il ne doit pas nécessairement être accepté par l'autre partie). Rien de tel n'est prévu pour les contenus ou les services numériques (le consommateur étant libre de proposer ce délai ou pas).

À défaut pour l'entreprise ou le professionnel de respecter cette injonction, le consommateur peut mettre fin au contrat (suivant la terminologie applicable aux biens) ou obtenir sa résolution (suivant la terminologie applicable aux contenus et aux services numériques). Ces derniers termes sont les plus précis, eu égard aux circonstances dans lesquelles la rupture du contrat intervient. Dès lors que, dans le cas des contenus et des services numériques, le consommateur ne doit pas nécessairement proposer de délai, la sanction s'applique en l'absence de fourniture sans retard injustifié ou «dans un délai supplémentaire ayant fait l'objet d'un accord exprès entre les parties»²¹⁸. Cette alternative, qui nous paraît préférable, n'existe pas pour les biens.

48. Résolution ou fin du contrat avec effet immédiat. Dans certaines circonstances, le consommateur a le droit de «résoudre» (pour les contenus et les services numériques) ou de «mettre fin» au contrat (pour les biens) avec effet immédiat. Autrement dit, dans ce cas de figure, aucune injonction préalable ne doit être adressée au professionnel ou à l'entreprise.

Tel est d'abord le cas lorsque le moment précis de la livraison du bien ou de la fourniture du contenu ou du service numérique est un élément essentiel. Cette caractéristique peut résulter de l'accord des parties ou des circonstances qui entourent la conclusion du contrat.

La solution est la même si l'entreprise refuse de livrer le bien ou s'il résulte clairement des circonstances ou d'une déclaration du professionnel, qu'il ne fournira pas les contenus ou les services numériques.

B. Recours contre le vendeur ou le professionnel en cas de défaut de conformité

49. Hiérarchie entre les recours. Qu'il s'agisse des biens ou des contenus et services numériques, en cas de défaut de conformité, les recours offerts aux consommateurs doivent être mis en œuvre en deux temps²¹⁹.

Dans un premier temps, le législateur privilégie l'exécution en nature du contrat²²⁰: les recours ont pour finalité de permettre au consommateur de recevoir un bien, un contenu numérique ou un service numérique répondant aux critères objectifs et subjectifs de conformité (le cas échéant, moyennant une réparation ou un remplacement du bien).

Si ce n'est pas possible, des mesures alternatives sont proposées, pour compenser la moins-value (avec une réduction du prix) ou rétablir le *statu quo ante* (par application de la résolution du contrat).

S'agissant des biens, la loi ajoute que des dommages-intérêts peuvent également être réclamés par le consommateur, pour réparer le préjudice résultant du défaut de conformité²²¹. Une telle possibilité n'est pas expressément

²¹⁸ Article 1701/9, § 1^{er}, *in fine*, de l'ancien Code civil.

²¹⁹ Article 1649quinquies, § 1^{er}, et article 1701/10 de l'ancien Code civil. Pour des applications en jurisprudence, en matière de vente de biens, voy. par ex. Gand, 20 octobre 2010, *D.C.C.R.*, 2012, p. 124, note S. JANSEN; Mons, 22 décembre 2016, *D.C.C.R.*, 2017, p. 91, note S. VANDEMAELE.

²²⁰ F. VAN DEN ABELE et B. TILLEMANS, «Remedies in de nieuwe consumenten(koop)recht: een (her)nieuw(d) getrapt systeem», *op. cit.*, p. 61.

²²¹ Article 1649quinquies, § 1^{er}, de l'ancien Code civil.

prévue pour les contenus et les services numériques mais elle devrait normalement exister, par application du droit commun de la responsabilité²²².

50. Recours ouverts dans un premier temps: mise en conformité. S'agissant des biens, l'article 1649*quinquies*, § 2, de l'ancien Code civil énonce le principe suivant lequel, « dans un premier temps, le consommateur a le droit d'exiger du vendeur la réparation du bien de consommation ou son remplacement, dans les deux cas sans frais ». Le consommateur devrait bénéficier des deux branches de l'alternative, sauf en cas d'impossibilité matérielle ou juridique, ou si les coûts de l'une des options sont disproportionnés (remplacer un *smartphone* pour une petite rayure qui pourrait être facilement réparée, par exemple)²²³. Dans la mesure du possible, on privilégiera la réparation au remplacement, pour servir les objectifs de développement durable²²⁴.

Pour les contenus et les services numériques, la formulation est un peu plus simple puisque l'article 1701/11, § 1^{er}, octroie au consommateur le droit d'obtenir leur mise en conformité. En pratique, pour un logiciel présentant des bogues importants, cet objectif pourra être atteint moyennant la fourniture de patches ou de correctifs (ce qui correspond à une réparation) ou par l'installation d'une nouvelle version du programme (et donc, son remplacement).

Dans les deux cas, cette mise en conformité doit intervenir sans frais ni inconvénient majeur pour le consommateur, et dans un délai

raisonnable²²⁵ à compter de l'information du vendeur ou du professionnel²²⁶.

La loi ajoute des précisions utiles pour les biens, relativement à leur reprise ou à leur enlèvement, pour confirmer que ces démarches restent aux frais du vendeur, y compris l'installation du bien de remplacement ou du bien réparé²²⁷. De même, codifiant également la jurisprudence de la Cour de justice²²⁸, il est prévu que le consommateur est dispensé de payer le moindre coût, pour l'utilisation normale du bien affecté d'un défaut, avant son remplacement²²⁹.

Dans certaines circonstances, le consommateur ne peut se prévaloir de la mise en conformité du bien, du contenu numérique ou du service numérique. Plus précisément, le vendeur ou le professionnel peut s'y opposer dans deux cas de figure²³⁰: si cette mise en conformité est impossible ou si les coûts qui en résultent sont disproportionnés²³¹, eu égard aux circons-

²²⁵ À cet égard, le considérant n° 55 de la directive 2019/771/UE énonce que « le délai considéré comme raisonnable pour effectuer une réparation ou un remplacement devrait correspondre au délai le plus court possible pour effectuer la réparation ou le remplacement. Ce délai devrait être déterminé objectivement, compte tenu de la nature et de la complexité des biens, de la nature et de la gravité du défaut de conformité, ainsi que de l'effort nécessaire pour effectuer la réparation ou le remplacement ».

²²⁶ Article 1649*quinquies*, § 3, et article 1701/11, § 2, de l'ancien Code civil.

²²⁷ Article 1649*quinquies*, § 3, al. 2 et 3, de l'ancien Code civil. Voy. C.J., 16 juin 2011, aff. jtes C-65/09 et C-87/09, *Gebr. Weber GmbH et Ingrid Putz*, EU:C:2011:396; C.J., 23 mai 2019, aff. C-52/18, *Christian Füllä*, EU:C:2019:447.

²²⁸ C.J., 17 avril 2008, aff. C-404/06, *Quelle AG*, EU:C:2008:231.

²²⁹ Article 1649*quinquies*, § 3, al. 4, de l'ancien Code civil.

²³⁰ Voy. Cass., 18 juin 2020, *R.G.D.C.*, 2021, p. 347.

²³¹ Le motif de la disproportion des coûts n'existait pas sous l'empire de la directive 1999/44/CE. La hiérarchie entre les recours est par conséquent assouplie (*Doc. parl.*, Ch. repr., sess. ord. 2021-2022, n° 2355/001, p. 34). On note aussi que la Cour de justice avait admis que la disproportion des coûts

²²² En ce sens, voy. le considérant n° 73 de la directive 2019/770/UE.

²²³ Considérant n° 48 de la directive 2019/771/UE.

²²⁴ Considérant n° 48 de la directive 2019/771/UE.

tances. Il faut notamment avoir égard à la valeur du bien, du contenu numérique ou du service numérique, sans défaut de conformité, et à l'importance de ce défaut²³². Dans ces hypothèses, le consommateur pourra mettre en œuvre les recours mis à sa disposition dans un second temps: la réduction proportionnelle du prix ou la résolution du contrat²³³.

51. Recours à mettre en œuvre dans un second temps. Deux recours peuvent être activés par le consommateur dans un second temps: la réduction proportionnelle du prix ou la résolution du contrat.

L'ancien Code civil liste les hypothèses dans lesquelles le consommateur peut exiger de telles mesures²³⁴.

Logiquement, tel est d'abord le cas quand le vendeur ou le professionnel s'est opposé à la mise en conformité dans les hypothèses prévues par la loi (impossibilité ou coûts disproportionnés) et, par conséquent, n'a pas réparé ou remplacé le bien, ni mis le contenu ou le service numérique en conformité²³⁵. Il en va de même, moyennant des différences de régime entre les biens ou les contenus et services numériques, s'il n'a pas effectué la réparation ou le remplacement du bien (sans se fonder sur les dérogations précitées,

prévues par la loi)²³⁶, ou s'il n'a pas respecté les conditions établies par la loi pour procéder à la réparation, au remplacement ou à la mise en conformité²³⁷.

Les autres cas de figure sont similaires pour les biens, d'une part, les contenus et les services numériques, d'autre part: apparition du défaut nonobstant la tentative du vendeur ou du professionnel de les mettre en conformité; réduction du prix ou résolution avec effet immédiat en raison de la gravité du défaut²³⁸ ou s'il résulte clairement des circonstances ou d'une déclaration du professionnel ou du vendeur qu'il ne procédera pas à la mise en conformité «dans un délai raisonnable ou sans inconvénient majeur pour le consommateur»²³⁹.

Si le défaut est mineur (la preuve incombant au vendeur ou au professionnel), le consom-

puisse être invoquée pour choisir entre le remplacement ou la réparation, mais pas entre les recours primaires et les recours secondaires (C.J., 16 juin 2011, aff. jtes C-65/09 et C-87/09, *Gebr. Weber GmbH et Ingrid Putz*, EU:C:2011:396; à ce sujet, voy. S. JANSEN et S. STUNS, «La directive nouvelle est arrivée: conformiteitsbegrip, overmacht, kennisgeving, termijnen en remedies in de richtlijn consumentenkoop 2019/771/UE», *op. cit.*, pp. 44-46).

²³² Article 1649quinquies, § 4, et article 1701/11, § 1^{er}, de l'ancien Code civil.

²³³ Voy. *infra*, n° 51.

²³⁴ Article 1649quinquies, § 5, et article 1701/12, § 1^{er}, de l'ancien Code civil.

²³⁵ Article 1649quinquies, § 5, 1^o, et article 1701/12, § 1^{er}, 1^o, de l'ancien Code civil.

²³⁶ Article 1649quinquies, § 5, 1^o, de l'ancien Code civil. On ne trouve pas de disposition similaire pour les contenus et les services numériques.

²³⁷ À cet égard, on observe des différences de régime pour les biens ou pour les contenus et les services numériques. Pour les biens, il est fait référence aux seules hypothèses visées à l'article 1649quinquies, § 3, alinéas 2 et 3 (voy. article 1649quinquies, § 5, 1^o) et pour les contenus et les services numériques, l'article 1701/12, § 1^{er}, 2^o, renvoie aux hypothèses visées à l'article 1701/11, § 2. Il eût été plus logique (et plus protecteur pour le consommateur) de faire également référence, pour les biens, à l'article 1649quinquies, § 3, alinéa 1. Par ailleurs, les travaux préparatoires indiquent qu'«en vue de conserver les droits des consommateurs tels qu'ils existent à l'heure actuelle, il apparaît avisé qu'un consommateur puisse demander, même si cela n'est pas expressément mentionné dans le texte, une réduction de prix ou une résolution du contrat lorsque le vendeur a mis le bien en conformité mais dans un délai non raisonnable, ou en imposant des frais ou d'une manière qui a causé un inconvénient majeur pour le consommateur» (*Doc. parl.*, Ch. repr., sess. ord. 2021-2022, n° 2355/001, p. 37).

²³⁸ Le considérant n° 65 de la directive 2019/770 donne l'exemple du logiciel antivirus qui serait lui-même infecté.

²³⁹ Article 1649quinquies, § 5, 2^o-4^o, et article 1701/12, § 1^{er}, 2^o-5^o, de l'ancien Code civil.

mateur ne peut pas exiger la résolution du contrat et seule la réduction proportionnelle du prix est possible²⁴⁰. Pour les contenus et services numériques, la mesure ne s'applique que lorsque ceux-ci ont été fournis en échange d'un prix. Si le consommateur a uniquement fourni des données à caractère personnel, la sanction de la réduction du prix est logiquement inapplicable et seule la résolution du contrat peut être mise en œuvre²⁴¹.

52. Règles spécifiques à observer en cas de réduction proportionnelle du prix. La réduction du prix à laquelle le consommateur peut prétendre est proportionnelle à la différence entre la valeur du bien, du contenu numérique ou du service numérique tel que livré ou fourni au consommateur et la valeur qu'il aurait eue s'il avait été conforme²⁴².

Pour les contenus et les services numériques, on peut se demander si la règle devrait également s'appliquer lorsqu'ils n'ont pas été fournis en échange d'un prix. La réponse est d'après nous négative: en l'absence de paiement d'un prix, celui-ci peut difficilement être diminué.

53. Règles spécifiques à observer en cas de résolution du contrat. S'agissant de la résolution du contrat, il est expressément prévu que le consommateur doit faire une déclaration en ce sens, adressée au professionnel ou au vendeur²⁴³. Aucune forme particulière n'est imposée; à des fins probatoires, on recommande au consommateur de se ménager une preuve de cette notification.

L'existence d'un défaut de conformité suffit pour invoquer la résolution. Si le contrat de vente porte sur plusieurs biens, la sanction peut également s'appliquer aux biens conformes, « si l'on ne peut raisonnablement attendre du consommateur qu'il accepte de ne garder que » ceux-ci²⁴⁴. En droit commun des obligations, la résolution du contrat opère en principe *ex tunc*²⁴⁵, avec un retour au pristin état. Dans le cadre de la garantie des biens de consommation, la règle est similaire: le consommateur doit restituer les biens au vendeur (aux frais de celui-ci), et ce dernier doit rembourser le prix payé²⁴⁶.

Pour les contenus et services numériques, la résolution du contrat fait également naître une obligation de remboursement dans le chef du

²⁴⁰ Article 1649quinquies, § 5, al. 2, et article 1701/12, § 3, de l'ancien Code civil. À noter que la mesure s'applique uniquement quand le contenu ou le service numérique a été fourni en échange d'un prix. Dans le cas de la vente, voy. aussi C.J., 3 octobre 2013, aff. C-32/12, *Soledad Duarte Hueros*, EU:C:2013:637, où la Cour décide que « la directive 1999/44 doit être interprétée en ce sens qu'elle s'oppose à la réglementation d'un État membre, telle que celle en cause au principal, qui, lorsqu'un consommateur ayant droit à une réduction adéquate du prix d'un bien fixé par le contrat de vente se borne à demander en justice uniquement la résolution de ce contrat, alors que celle-ci ne saurait être obtenue en raison du caractère mineur du défaut de conformité de ce bien, ne permet pas au juge national saisi d'accorder d'office une telle réduction, et ce quand bien même ledit consommateur n'est habilité ni à préciser sa demande initiale ni à introduire un nouveau recours à cet effet » (point 43).

²⁴¹ Considérant n° 67 de la directive 2019/770/UE.

²⁴² Article 1649quinquies, § 6, et article 1701/12, § 2, de l'ancien Code civil. S'agissant des contenus et des services numériques, il est précisé que « lorsque le contrat prévoit que le contenu numérique ou le service numérique est fourni pendant une période en échange du paiement d'un prix, la réduction du prix s'applique à la période pendant laquelle le contenu numérique ou le service numérique n'était pas conforme ».

²⁴³ Article 1649quinquies, § 7, al. 1, et article 1701/12, § 3, al. 2, de l'ancien Code civil.

²⁴⁴ Article 1649quinquies, § 7, al. 2, de l'ancien Code civil.

²⁴⁵ Article 5.95 du Code civil.

²⁴⁶ Article 1649quinquies, § 7, al. 3, de l'ancien Code civil. La loi ajoute que « pour l'application du paragraphe 6 et du présent paragraphe, tout remboursement au consommateur peut être réduit pour tenir compte de l'usage conforme que celui-ci a eu du bien depuis sa livraison » (art. 1649quinquies, § 7, al. 4, de l'ancien Code civil).

professionnel²⁴⁷. Le cadre normatif est à cet égard plus détaillé que pour la vente puisqu'il détermine également le délai de remboursement (14 jours) et les modalités (en utilisant le même moyen de paiement)²⁴⁸.

Pour le surplus, et à la différence des biens, les contenus et services numériques présentent des caractéristiques spécifiques qui justifient l'application d'un régime particulier en cas de dissolution du contrat.

La restitution du contenu ou du service numérique au professionnel, à l'instar de ce qui se fait pour les biens, n'a à l'évidence aucun sens. Le consommateur doit néanmoins cesser de l'utiliser à partir de la résolution du contrat²⁴⁹; corrélativement, le professionnel peut prendre les mesures nécessaires pour s'assurer que le consommateur se conforme à cette exigence, par exemple en rendant le contenu ou le service numérique inaccessible, ou en fermant le compte du consommateur²⁵⁰. Le professionnel peut également demander, à ses frais,

la restitution du support matériel sur lequel le contenu numérique a été fourni²⁵¹.

Par ailleurs, des données à caractère personnel du consommateur ou de tiers peuvent être traitées par le professionnel dans le cadre de la fourniture du contenu ou du service numérique. On songe par exemple aux photos ou aux documents stockés dans le *cloud* et que le consommateur souhaitera récupérer (ou transférer à un autre prestataire) si le contrat prend fin. Cet aspect n'est pas spécifiquement réglé par les nouvelles dispositions, qui se limitent à exiger du professionnel qu'il respecte le Règlement général sur la protection des données (R.G.P.D.)²⁵². Le professionnel sera normalement considéré comme le responsable du traitement et, à ce titre, il lui incombera notamment d'observer les principes directeurs figurant à l'article 5 du R.G.P.D. (licéité, loyauté, transparence, limitation de la conservation, etc.), tout en permettant, à la personne concernée, d'exercer son droit à la portabilité des données conformément à l'article 20 du R.G.P.D. (pour autant qu'elle en bénéficie). Le cas échéant, ces exigences devront s'articuler avec le droit conféré à un utilisateur de service d'archivage électronique qualifié de demander au prestataire la restitution des données ou leur transfert vers un autre prestataire²⁵³.

Les nouvelles dispositions de l'ancien Code civil règlent les obligations du professionnel relativement au contenu autre que des données à caractère personnel²⁵⁴, et qui a été fourni ou créé par le professionnel. Sauf exceptions²⁵⁵, le

²⁴⁷ Article 1701/13, § 1^{er}, de l'ancien Code civil. Il est précisé que « lorsque le contrat prévoit la fourniture du contenu numérique ou du service numérique en échange du paiement d'un prix et pendant une période et que le contenu numérique ou le service numérique a été conforme pendant une période avant la résolution du contrat, le professionnel ne rembourse au consommateur que la portion proportionnelle du prix payé qui correspond à la période pendant laquelle le contenu numérique ou le service numérique n'était pas conforme, ainsi que toute partie du prix payée à l'avance par le consommateur pour toute période du contrat qui serait restée en l'absence de résolution du contrat ». Ce faisant, le législateur cherche à trouver un équilibre entre les intérêts légitimes des professionnels et des consommateurs (voy. le considérant n° 68 de la directive 2019/770/UE).

²⁴⁸ Article 1701/15 de l'ancien Code civil. On regrette que le législateur n'ait pas prévu de règles similaires pour la vente, alors même que cette liberté lui était donnée par la directive 2019/771/UE (voy. le considérant n° 60).

²⁴⁹ Article 1701/14, § 1^{er}, de l'ancien Code civil.

²⁵⁰ Article 1701/13, § 5, de l'ancien Code civil.

²⁵¹ Article 1701/14, § 2, de l'ancien Code civil.

²⁵² Article 1701/13, § 2, de l'ancien Code civil.

²⁵³ Article XII.38 du Code de droit économique.

²⁵⁴ En pratique, il pourrait être très compliqué de faire la distinction entre les contenus soumis aux dispositions du R.G.P.D. en matière de données à caractère personnel, et les autres contenus.

²⁵⁵ Le professionnel peut utiliser le contenu lorsque celui-ci « 1) n'est d'aucune utilité en dehors du contexte du contenu numérique ou du service numé-

professionnel doit d'abord s'abstenir d'utiliser ce contenu²⁵⁶. Le consommateur a quant à lui le droit de le récupérer « sans frais, sans que le professionnel y fasse obstacle, dans un délai raisonnable et dans un format couramment utilisé et lisible par machine »²⁵⁷. Pour ce faire, il doit adresser une demande au professionnel qui, sauf exceptions, ne peut s'y opposer. Le législateur veut en effet éviter que le consommateur soit dissuadé de demander la résolution du contrat, par crainte de ne pas récupérer certains contenus²⁵⁸.

On regrette que, pour les biens comportant des éléments numériques, des dispositions comparables n'aient pas été introduites dans la section correspondante de l'ancien Code civil, pour rappeler l'application du R.G.P.D. et régler le sort des contenus autres que des données à caractère personnel en cas de résolution du contrat.

C. Recours contre le producteur ou toute autre personne responsable dans la chaîne de contrats

54. Action récursoire. Lorsque le vendeur ou le professionnel doit répondre, à l'égard du consommateur d'un défaut de conformité, il souhaitera généralement exercer, à son tour, un recours à l'encontre du cocontractant auprès

duquel il aura obtenu le bien, le contenu numérique ou le service numérique²⁵⁹.

En pratique, c'est d'ailleurs cette personne – et pas nécessairement le vendeur ou le professionnel – qui sera le mieux à même de mettre le produit en conformité.

Les nouvelles dispositions confirment cette possibilité d'un recours contractuel vis-à-vis de la « personne située en amont dans la chaîne de contrats », tout en indiquant que celle-ci ne peut opposer au vendeur ou au professionnel « une clause contractuelle ayant pour effet de limiter ou d'écarter cette responsabilité »²⁶⁰.

55. Action directe du consommateur à l'encontre d'une autre personne dans la chaîne de contrats? Les dispositions relatives à la garantie légale ne prévoient pas la possibilité, pour le consommateur, d'intenter une action directe contre l'une des personnes situées en amont dans la chaîne de contrats. Sans doute peut-on le regretter, dans la mesure où certaines de ces personnes sont probablement les mieux placées pour répondre des défauts de conformité. En ouvrant de tels recours, on s'assurait également qu'ils s'engagent, de manière plus active encore, dans la production ou le développement de produits conformes (et durables). Le risque existait cependant que les charges ainsi imposées à ces entreprises soient trop lourdes, spécialement s'il s'agit de PME.

On admet cependant que, conformément au droit commun de la vente, l'action en garantie du vendeur contre son propre vendeur constitue un accessoire du contrat et, à ce titre, est transmis par le vendeur à l'acheteur²⁶¹. Il

rique fourni par le professionnel; 2) n'a trait qu'à l'activité du consommateur lorsqu'il utilise le contenu numérique ou le service numérique fourni par le professionnel; 3) a été agrégé avec d'autres données par le professionnel et ne peut être désagrégé, ou ne peut l'être que moyennant des efforts disproportionnés; ou 4) a été généré conjointement par le consommateur et d'autres personnes et d'autres consommateurs peuvent continuer à en faire usage.

²⁵⁶ Article 1701/13, § 3, de l'ancien Code civil.

²⁵⁷ Article 1701/13, § 4, de l'ancien Code civil.

²⁵⁸ *Doc. parl.*, Ch. repr., sess. ord. 2021-2022, n° 2355/001, p. 64.

²⁵⁹ À ce sujet, voy. B. KEIRSBILCK, « Verhaalsrechten », *D.C.C.R.*, 2022, pp. 103 et s.

²⁶⁰ Articles 1649sexies et 1701/16 de l'ancien Code civil.

²⁶¹ C. BIQUET-MATHIEU, « La garantie des biens de consommation – Présentation générale », *La nouvelle garantie des biens de consommation et son environnement légal*, Bruges, la Charte, 2005, p. 108.

s'agit toutefois de l'action en garantie des vices cachés, dont le régime est moins protecteur que celui de la garantie légale.

VI. CONCLUSION

56. Renforcement de la protection des consommateurs d'éléments numériques.

Suite aux développements technologiques, il était devenu indispensable que le législateur intervienne pour offrir aux consommateurs une garantie légale de conformité pour les contenus et les services numériques, y compris lorsqu'ils sont intégrés ou interconnectés à des biens. C'est désormais chose faite, et on peut assurément s'en réjouir.

Le régime est globalement similaire à celui qui prévaut pour les biens; aussi pourra-t-on se référer utilement à la jurisprudence rendue dans ce cadre (pour autant que la nature spéci-

fique de l'élément numérique n'appelle pas un régime différencié).

57. Des zones d'ombre et des incertitudes, que la jurisprudence sera amenée à clarifier.

À l'analyse, le nouveau cadre normatif est complexe, spécialement pour les éléments numériques. Des distinctions parfois subtiles doivent en effet être faites, suivant qu'ils sont fournis pendant une certaine durée ou, au contraire, à l'occasion d'une opération unique. On trouve aussi des différences entre le régime des biens, d'une part, des contenus et services numériques, d'autre part, qui pourraient se révéler injustifiées pour les éléments numériques intégrés ou interconnectés aux biens.

Par ailleurs, les enjeux environnementaux et de développement durable auraient pu être davantage pris en compte, avec l'adoption de mesures plus ambitieuses.