

RESEARCH OUTPUTS / RÉSULTATS DE RECHERCHE

La lutte contre l'obsolescence logicielle

Limbree, Pauline

Published in:

Numérique et développement durable

Publication date:

2023

Document Version

le PDF de l'éditeur

[Link to publication](#)

Citation for pulished version (HARVARD):

Limbree, P 2023, La lutte contre l'obsolescence logicielle. dans *Numérique et développement durable : obstacles et opportunités pour le droit : de la transition numérique à la transition écologique*. Collection du CRIDS, numéro 54, Larcier , Bruxelles, pp. 131-170.

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.

CHAPITRE 5

La lutte contre l'obsolescence logicielle

Pauline LIMBRÉE

Chercheuse au CRIDS/NaDI

Assistante à l'UNamur

Introduction

1. Mise en contexte. Depuis plusieurs années, les citoyens européens se questionnent sur la durée de vie des biens de consommation, constatant, au quotidien, qu'ils utilisent ces derniers moins longtemps que ce qu'ils en attendent. Ces questionnements sont légitimes. En effet, la durée de vie de nombreux biens est en déclin. Ce phénomène, qualifié inopportunément¹ par les médias « obsolescence programmée », sera désigné, dans le cadre de cette contribution, par l'expression « obsolescence prématurée ». Notons d'emblée que la notion d'obsolescence est définie comme « la dépréciation d'un matériel ou d'un équipement avant son usure matérielle »².

Si le phénomène d'obsolescence prématurée n'est pas neuf³, il est de nos jours sous le feu des projecteurs, en raison des préoccupations environnementales actuelles⁴. En effet, celui-ci illustre de manière emblématique les dérives du modèle économique de notre société. De type linéaire, celui-ci

¹ Voy. *infra*, n° 14.

² Définition issue du dictionnaire Larousse.

³ Voy. *infra*, n° 12.

⁴ A. MICHEL, « Est-il pertinent de définir légalement et de pénaliser les pratiques d'obsolescence prématurée ? Analyse de la loi française au regard des récentes décisions italiennes contre Apple et Samsung », in *Le droit en transition : les clés juridiques d'une prospérité sans croissance*, Bruxelles, Presses de l'Université Saint-Louis, 2020, disponible sur books.openedition.org ; Halte à l'obsolescence programmée, Rapport d'activité, 2022, disponible sur halteobsolescence.org.

est basé sur une surproduction et une surconsommation, néfastes pour l'environnement. En outre, l'obsolescence prématurée porte atteinte aux droits des consommateurs, qui sont privés de la possibilité de s'approprier, d'entretenir et de réparer leurs biens. Cela impacte leur pouvoir d'achat et affecte d'autant plus les individus aux faibles revenus. Pour ces raisons, la lutte contre l'obsolescence prématurée sert les trois piliers du développement durable, que sont l'environnement, l'économie et le social⁵.

2. L'obsolescence logicielle. Nous observerons que l'obsolescence prématurée peut prendre plusieurs formes⁶ en fonction de ses caractéristiques. Lorsqu'elle trouve sa cause dans l'indisponibilité ou le dysfonctionnement d'un logiciel (ou, plus précisément, d'une mise à jour logicielle⁷), il est question d'obsolescence logicielle. Cette terminologie est à nouveau trompeuse dès lors qu'elle laisse entendre que l'obsolescence concerne le logiciel en tant que tel. Or, ce phénomène vise les hypothèses dans lesquelles le bien devient obsolète en raison de l'indisponibilité des mises à jour de ses éléments numériques ou compte tenu des dysfonctionnements que ces dernières provoquent. À titre d'exemple, mentionnons l'affaire *Apple*⁸ à l'occasion de laquelle la multinationale a été condamnée car elle avait proposé, à ses utilisateurs, des mises à jour qui conduisaient au ralentissement de leurs iPhones.

Ces dernières années, le phénomène de l'obsolescence logicielle prend de plus en plus d'ampleur⁹. Cela s'explique par les impressionnantes statistiques que représente le numérique à l'échelle mondiale. Rappelons à cet égard que 34 milliards d'équipements numériques étaient répartis, en 2019, entre les mains de 4,1 milliards d'utilisateurs^{10, 11}. Les experts annoncent que ce chiffre atteindra, en 2025, les 5,5 milliards. Par ailleurs,

⁵ Halte à l'obsolescence programmée, « Manifeste pour une société sans obsolescence programmée. Les 20 propositions de HOP », 2022, disponible sur halteobsolescence.org.

⁶ Voy. *infra*, n° 13.

⁷ Voy. *infra*, n° 10.

⁸ Voy. *infra*, n° 6.

⁹ International Telecommunication Union (ITU), « Measuring digital development: Facts and Figures 2022 », 2022, disponible sur www.itu.int.

¹⁰ Cela signifie concrètement, qu'en 2019, une personne détenait, en moyenne, huit biens comportant des éléments numériques (*smartphones*, téléphones, télévisions, ordinateurs, tablettes, montres connectées, enceinte Bluetooth, etc.).

¹¹ F. BORDAGE (GreenIT), « Empreinte environnementale du numérique mondial », septembre 2019, p. 8, disponible sur www.greenIT.fr. GreenIT.fr est un collectif d'acteurs du Green IT, du numérique responsable et de la sobriété numérique, fondé par Frédéric Bordage en 2004.

selon l'International Communication Union¹², 89 % des Européens utilisaient Internet en 2022. En Belgique, 91 % des citoyens déclarent avoir régulièrement navigué sur le Web (au moins une fois par semaine) en 2021¹³.

3. L'empreinte environnementale des biens comportant des éléments numériques¹⁴ et l'intérêt d'en prolonger la durée de vie. Bien que favorable à la création d'emploi, à la croissance économique et aux nouveaux modèles économiques qu'il inspire, le numérique représente 3 à 4 % de l'empreinte carbone mondiale¹⁵. Ce pourcentage se concentre essentiellement sur la phase de production des biens comportant des éléments numériques, qui implique l'émission de gaz à effet de serre, ainsi que l'utilisation de ressources énergétiques fossiles et de ressources abiotiques naturelles¹⁶. Autrement dit, nos écrans, téléviseurs et objets connectés ont déjà produit, avant d'être mis sur le marché, la majorité de leurs impacts environnementaux. Ceux-ci sont d'autant plus inacceptables que la durabilité d'un bien comportant des éléments numériques n'est généralement pas longue. À titre d'exemple, prenons le cas d'un *smartphone*, qui exige, pour être fabriqué, 70 kilogrammes de matières premières, alors que sa durée de vie moyenne est de deux ans et demi^{17 18}.

¹² L'International Telecommunication Union (ITU) est l'agence des Nations unies spécialisée dans les technologies de l'information et de la communication. Fondée en 1865, elle compte 193 États membres et est basée à Genève.

¹³ SPF Économie - Direction générale Statistique - Statistics Belgium, « Enquête TIC, ménages et individus », 2021, disponible sur economie.fgov.be.

¹⁴ Concernant cette notion, voy. *infra*, n° 9.

¹⁵ Arcep, « L'empreinte environnementale du numérique », 6 mars 2023, disponible sur arcep.fr.

¹⁶ C'est-à-dire de minéraux et de métaux.

¹⁷ European commission, « ICT impact Study », final report, prepared by VHK and Viegang Maagoe for the European Commission, July 2020, p. 132.

¹⁸ Arcep, *op. cit.* ; ADEME et Arcep, « Évaluation de l'impact environnemental du numérique en France et analyse prospective », Note de synthèse, 19 janvier 2022, disponible sur arcep.fr ; Citizing, « Étude relative à l'évaluation des politiques publiques menées pour réduire l'empreinte carbone du numérique », Commission de l'aménagement du territoire et du Développement durable du Sénat, juin 2020, p. 43, disponible sur senat.fr ; Halte à l'obsolescence programmée, « Manifeste pour une société sans obsolescence programmée. Les 20 propositions de HOP », *op. cit.* ; ADEME et Arcep, « Évaluation de l'empreinte environnementale du numérique en France en 2020, 2030 et 2050 », Dossier de presse, mars 2023, disponible sur arcep.fr.

Comparé à d'autres secteurs, le pourcentage de l'empreinte carbone mondiale du numérique peut paraître faible. Toutefois, l'ADEME¹⁹ et l'Arcep²⁰ démontrent, dans le cadre d'une étude prospective²¹, que celui-ci triplera d'ici 2050 si les usages actuels perdurent. Par ailleurs, rappelons que les métaux stratégiques et autres ressources utilisés pour fabriquer les terminaux numériques ne sont pas inépuisables.

Dans ce contexte, il est fondamental, au regard des considérations environnementales, de prolonger la durée de vie de ceux-ci. En effet, une étude récente, menée pour le compte d'Agoria²², conclut qu'une augmentation de 30 % de la durée de vie des équipements des utilisateurs pourrait réduire leurs émissions de gaz à effet de serre de 18 %²³. Par ailleurs, augmenter la durée de vie des biens comportant des éléments numériques entraînerait également, des points de vue économique et social, des retombées positives, telles que des avancées en matière des droits de l'homme²⁴, l'augmentation du pouvoir d'achat des consommateurs, la création de nouveaux emplois, ainsi que, pour les entreprises, une image de marque concurrentielle en accord avec les priorités de notre temps²⁵.

¹⁹ Il s'agit de l'agence de la transition écologique. Créée en France en 2018, cette agence est un établissement public placé sous la tutelle des ministères de la Transition écologique et de la Cohésion des Territoires, de la Transition énergétique et de l'Enseignement supérieur et de la Recherche.

²⁰ Il s'agit de l'autorité française de régulation des communications électroniques, des postes et de la distribution de la presse. Celle-ci a été créée en 1997 sous le nom d'autorité de régulation des télécoms (A.R.T.).

²¹ Le gouvernement français a chargé, en août 2020, l'ADEME et l'Arcep de mesurer l'empreinte environnementale du numérique en France. Cette mission comprenait deux étapes. Tout d'abord, les deux organisations devaient qualifier l'empreinte environnementale du numérique en France. Cette étape a donné lieu au dépôt de deux rapports en 2022. Ensuite, celles-ci étaient chargées d'évaluer cet impact, de manière prospective, ce qui a donné lieu à la remise d'un troisième rapport en mars 2023.

²² Agoria est une association, établie en Belgique, dont l'objectif est de « relier tous ceux qui sont inspirés par la technologie et l'innovation, d'accroître le succès des entreprises et de façonner un avenir durable ». Pour plus d'informations à ce sujet, voy. agoria.be.

²³ Accenture, « Digital4Climate. Study about the contribution of digital technologies to reduce carbon emissions in Belgium », Agoria, avril 2022, p. 63, disponible sur acdn.be ; F. BORDAGE (GreenIT), « Empreinte environnementale du numérique mondial », *op. cit.* ; M. CASTELLAZZI, B. FLURY-HERARD, A. MOATTI et B. SCHWOB, « Obsolescence logicielle », Rapport CGEDD n° 013416-01, CGE n° 2020/11/CGE/SG, février 2021, p. 10.

²⁴ En effet, rappelons que la phase amont de construction des biens comportant des éléments numériques, qui implique l'extraction de matières premières, entraîne des conséquences sociales désastreuses lorsqu'elle est mise en œuvre, comme c'est souvent le cas, en dépit des droits de l'homme.

²⁵ Halte à l'obsolescence programmée, « Manifeste pour une société sans obsolescence programmée. Les 20 propositions de HOP », *op. cit.* ; Agence du Numérique,

4. Plan et limite de la présente contribution. Compte tenu de la nécessité d'allonger la durée de vie des biens comportant des éléments numériques, il est légitime de s'interroger sur l'une des causes de leur mise en rebut, à savoir l'obsolescence logicielle²⁶. Pour ce faire, nous commençons par présenter cette notion, qui nécessite de décrire le phénomène plus large d'obsolescence prématurée dont elle relève (section 1). Ensuite, nous identifions les instruments réglementaires européens qui permettent de lutter à ce jour contre l'obsolescence logicielle des biens comportant des éléments numériques (section 2)²⁷ et nous nous interrogeons sur leur efficacité.

Notons que si la lutte contre l'obsolescence logicielle permet de prolonger la durée de vie des biens comportant des éléments numériques, celle-ci doit en outre être soutenue par d'autres actions, telles que l'adoption de politiques publiques et réglementaires concernant le réemploi, le reconditionnement, l'économie de la fonctionnalité et de la réparation²⁸. Nous ne présentons pas, dans le cadre de cette contribution, ces autres pistes de nature à affecter la durabilité des biens numériques.

« Impacts environnementaux et climatiques des outils numériques », mars 2022, p. 19 ; M.-C. BENOIT, « Belgique : l'étude Digital4climate conclut que 15 technologies auront un impact positif sur l'empreinte carbone du secteur numérique d'ici 2030 », 3 juin 2022, disponible sur actuA.com.

²⁶ Notons que l'obsolescence logicielle peut concerner soit des biens comportant des éléments numériques, soit des logiciels en tant que tels (c'est-à-dire, des « contenus numériques » et des « services numériques » au sens de l'article 2, 1) et 2), de la directive 2019/770/UE). Étant donné la perspective « développement durable » de la présente contribution, nous présentons exclusivement les moyens d'action pour lutter contre l'obsolescence logicielle des biens comportant des éléments numériques. En d'autres termes, nous n'étendons pas notre analyse à l'obsolescence logicielle des contenus numériques ou des services numériques fournis en tant que tels dans la mesure où celle-ci ne semble pas être de nature à susciter le renouvellement des biens sur lesquels ils sont installés.

²⁷ Dans le cadre de cette contribution, nous qualifions les biens comportant des éléments numériques de biens ou de produits en fonction de la terminologie employée par la réglementation que nous commentons.

²⁸ L'ADEME et l'Arcep, « Empreinte environnementale du numérique en France : l'ADEME et l'Arcep remettent leur premier rapport au gouvernement », Communiqué de presse, 19 janvier 2022, disponible sur arcep.fr.

SECTION 1. Les phénomènes de l'obsolescence logicielle et de l'obsolescence prématurée

5. Plan de la section. À l'occasion de cette section, nous commençons par présenter le phénomène de l'obsolescence logicielle (§ 1) au moyen de cas emblématiques (a) et d'une proposition de définition (b). Ensuite, nous commentons le phénomène plus large de l'obsolescence prématurée (§ 2), dont nous donnons les caractéristiques (a), ainsi qu'une définition (b).

§ 1. – L'obsolescence logicielle

a) Le phénomène de l'obsolescence logicielle

6. Quelques cas emblématiques. Comme nous l'avons indiqué, l'obsolescence prématurée est un phénomène multiforme, dont il est complexe de définir les contours. L'obsolescence logicielle ne remet pas en question ce constat, bien au contraire vu l'aspect technologique qu'elle implique. Afin d'objectiver au mieux ce phénomène, nous l'illustrons au moyen de trois cas emblématiques.

Tout d'abord, mentionnons l'exemple de Microsoft, qui a mis fin au support de Windows XP en avril 2014 alors que les derniers ordinateurs équipés de ce système d'exploitation avaient été vendus en octobre 2011. En conséquence, ces PC ont été, du jour au lendemain, davantage exposés à des attaques informatiques et n'ont plus pris en charge, près de deux années plus tard, les versions d'applications populaires, telles que Google Chrome, Skype et Dropbox²⁹.

Ensuite, évoquons les cas de Samsung et d'Apple, qui ont été condamnés, en Italie, à verser respectivement 5 et 10 millions d'euros pour pratiques commerciales trompeuses. Ces deux affaires ont été initiées par l'autorité de la concurrence italienne, après qu'elle a constaté que ceux-ci avaient incité leurs consommateurs à installer des mises à jour, dont l'effet était de réduire les performances de leur appareil. En ce qui concerne Samsung, l'administration italienne a constaté que, bien que l'entreprise

²⁹ M. CASTELLAZZI, B. FLURY-HERARD, A. MOATTI et B. SCHWOB, « Obsolescence logicielle », *op. cit.*, p. 13 ; F. BORDAGE, « L'obsolescence logicielle accélère », 26 juillet 2016, disponible sur greenit.fr.

ait communiqué des informations sur les mises à jour, celles-ci étaient grandement insuffisantes compte tenu de l'impact de ces dernières sur le fonctionnement des *smartphones*. S'agissant d'Apple, l'autorité italienne a appliqué la même logique. En effet, elle a noté que l'entreprise avait induit en erreur les consommateurs sur les caractéristiques essentielles de ses iPhones dès lors qu'elle avait omis de partager des informations essentielles, telles que l'impact du téléchargement des mises à jour sur les performances de la batterie³⁰. Nous observerons qu'Apple a également été condamné en France, sur cette base, en 2020³¹.

7. Des études à l'échelon européen. Malgré les quelques cas retentissants d'obsolescence logicielle, force est de constater que ce phénomène n'est pas grandement documenté. Toutefois, des études sont actuellement menées à l'échelon européen afin d'en saisir toute la complexité. À cet égard, mentionnons l'Eurobaromètre 503, mené par la Commission européenne, concernant « L'impact de la numérisation sur nos vies quotidiennes »³². Sur le panel de consommateurs interrogés en 2019, 30 % déclarent qu'ils ont remplacé leur appareil à cause d'une dégradation importante de leurs performances alors qu'un cinquième de ceux-ci indique que ce choix a été motivé par des dysfonctionnements logiciels. Par ailleurs, l'Union européenne a également financé le projet PROMPT³³ qui a mis sur pied l'observatoire « Trop vite utilisé »³⁴, actuellement actif dans six États membres, dont la Belgique³⁵.

³⁰ A. MICHEL, « Est-il pertinent de définir légalement et de pénaliser les pratiques d'obsolescence prématurée ? Analyse de la Loi française au regard des récentes décisions italiennes contre Appel et Samsung », *op. cit.*, p. 9.

³¹ *Voy. infra*, n° 17.

³² Pour davantage d'informations à cet égard, *voy. dataeurope.eu*.

³³ Le projet PROMPT (PRemature Obsolescence Multi-Stakeholder Product Testing Program) est financé par l'Union européenne dans le cadre de son projet de recherche et d'innovation Horizon 2020. Il s'agit d'un programme de test dont l'objet est d'examiner la longévité des produits de consommation. Lancé en mai 2019 dans six États membres (à savoir, la France, la Belgique, l'Allemagne, l'Italie, le Portugal et l'Espagne), il a pris fin le 30 avril 2023.

³⁴ Cet observatoire vise à répertorier les appareils qui sont devenus, aux yeux des consommateurs, trop rapidement inutilisables. En Belgique, il est relayé par l'association Test-Achat, le B.E.U.C. (the European Consumer Organisation) et l'ANEC (the European consumer voice in standardisation). À ce jour, plus de 900 000 signalements auraient été répertoriés sur le territoire national. Pour davantage d'informations à ce sujet, *voy. cordis.europa.be*.

³⁵ M. CASTELLAZZI, B. FLURY-HERARD, A. MOATTI et B. SCHWOB, « Obsolescence logicielle », *op. cit.*, pp. 14 et 16.

b) La proposition de définition de l'obsolescence logicielle

8. La proposition de définition. En l'absence de définition légale de l'obsolescence logicielle, nous suggérons d'utiliser celle qui est proposée par le C.G.E.D.D.³⁶ dans le cadre du rapport qu'il a déposé sur cette thématique. Celle-ci vise « l'obsolescence trouvant sa cause dans l'indisponibilité ou le dysfonctionnement d'un logiciel »³⁷. Notons d'emblée que la notion de « logiciel » est à entendre largement et vise, concrètement, l'élément numérique nécessaire au fonctionnement du bien corporel, tel que son système d'exploitation ou une application de type « Appareil photo » ou « Plan ».

9. L'obsolescence d'un bien comportant des éléments numériques³⁸. Afin de constater un cas d'obsolescence logicielle, il est nécessaire, au regard de la définition retenue, d'établir l'obsolescence d'un bien, qui comporte des éléments numériques, en raison d'une indisponibilité ou d'un dysfonctionnement logiciel.

Comme nous l'avons précisé, la notion d'obsolescence est définie comme « la dépréciation d'un matériel ou d'un équipement avant son usure matérielle »³⁹. Quant à la notion de bien comportant des éléments numériques, elle 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 ». Cette définition, consacrée par la directive 2019/771/UE⁴⁰, vise deux hypothèses : le contenu

³⁶ Il s'agit du Conseil général de l'environnement et du développement durable, qui a été renommé, le 1^{er} septembre 2022, l'Inspection générale de l'environnement et du développement durable (I.G.E.D.D.).

³⁷ M. CASTELLAZZI, B. FLURY-HERARD, A. MOATTI et B. SCHWOB, « Obsolescence logicielle », *op. cit.*, p. 12.

³⁸ Nous constatons qu'il n'existe pas, en droit européen, de notion juridique qui viserait les biens qui intègrent des éléments numériques. Pour la clarté de notre exposé, nous avons donc décidé d'utiliser la terminologie de « bien comportant des éléments numériques », employée par la directive 2019/771/UE, bien que nous ne limitons pas l'application de celle-ci aux relations entre un professionnel et un consommateur (contrairement à ladite directive).

³⁹ Définition issue du dictionnaire Larousse.

⁴⁰ Art. 2, 5), b), de 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 le règlement (UE) 2017/2394 et la directive 2009/22/CE et abrogeant la directive 1999/44/CE, *J.O.U.E.*, L 136, 22 mai 2019, ci-après, la directive sur les contrats de vente de biens ou la directive 2019/771/UE. En droit belge, cette définition est consacrée à l'article 1649bis, 4^o, b), de l'ancien Code civil.

ou le service numérique peut être intégré dans l'objet mobilier corporel (comme c'est le cas d'une application enregistrée sur un *smartphone*) ou être interconnecté à ce dernier (comme c'est le cas d'une application mobile associée à une montre connectée). En tout état de cause, le contenu ou le service numérique doit être nécessaire au fonctionnement du bien^{41 42}.

Notons que la notion de « bien comportant des éléments numériques » s'apparente, en pratique, à celle de « terminal numérique »⁴³, consacrée par plusieurs rapports, dont ceux de l'ADEME et de l'Arcep⁴⁴. En effet, celles-ci recouvrent toutes les deux les ordinateurs fixes et portables, les téléphones portables, les tablettes, les *smartphones*, les écrans, les consoles de jeux, les TV box, les imprimantes et les objets connectés^{45 46}.

10. L'obsolescence due à l'indisponibilité ou au dysfonctionnement d'un logiciel⁴⁷. L'indisponibilité d'un logiciel vise l'indisponibilité de ses

⁴¹ À défaut, il sera soumis aux dispositions de la directive 2019/770/UE, propres à la fourniture de contenus et de services numériques. Tel sera le cas, par exemple, des logiciels de « confort », de type « jeux », « agendas », « amélioration de l'ergonomie », etc.

⁴² Pour davantage d'informations sur ces notions, voy. H. JACQUEMIN et P. LIMBRÉE, « La garantie légale applicable aux biens, aux contenus numériques et aux services numériques », *R.D.T.I.*, 2022, pp. 60 et 61.

⁴³ Au sein dudit rapport, cette notion est définie comme suit : « équipements utilisateurs mobilisés pour la consommation de services numériques tels que les ordinateurs, téléphones, tablettes, écrans, téléviseurs, box, consoles de jeu, enceintes, objets connectés, etc. ».

⁴⁴ Voy. *supra*, n° 3.

⁴⁵ ADEME et Arcep, « Évaluation de l'impact environnemental du numérique en France et analyse prospective. Évaluation environnementale des équipements et infrastructures numériques en France », 2^e volet de l'étude, 19 janvier 2022, disponible sur arcep.be. Plus précisément, ces rapports se concentrent sur « les équipements et infrastructures numériques », qu'ils classent en trois grandes catégories, à savoir, celle relative aux « terminaux utilisateur final et IoT », celle des « réseaux » et celle des « *datacenters* ».

⁴⁶ Rappelons toutefois que la notion légale de « bien comportant des éléments numériques » ne s'applique que dans les contrats conclus entre un professionnel (au sens de l'article 1.2, c), de 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 consommation *J.O.U.E.*, L 171, 7 juillet 1999, ci-après, directive 1999/44/CE) et un consommateur (au sens de l'article 1.2.b), de la directive 1999/44/CE).

⁴⁷ À notre connaissance, aucune disposition de droit européen (et de droit belge) ne définit la notion de « logiciel ». Notons toutefois que le règlement 2019/424 donne une définition du micrologiciel, qui vise le « système, matériel, composant ou élément de programmation périphérique fourni avec le produit pour donner des instructions de base permettant au matériel de fonctionner, y compris toutes les mises à jour matérielles et de programmation applicables ». Voy. règlement (UE) 2019/424 de la Commission du 15 mars 2019 établissant des exigences d'écoconception applicables aux serveurs et aux produits de stockage de données conformément à la directive 2009/125/CE du Parlement européen et

mises à jour. Celles-ci peuvent être de sécurité, correctives ou évolutives⁴⁸. L'indisponibilité d'un logiciel se rencontre quand l'éditeur ne fournit plus de service de maintenance, comme cela fut le cas de Microsoft, lorsqu'il a mis fin au support de Windows XP en avril 2014 et à celui de Windows 7 en 2020⁴⁹. À titre indicatif, notons que les mises à jour d'un *smartphone* sont généralement fournies pendant trois ans alors que celles d'un PC (sous Windows) le sont pendant une décennie. Ces données, partagées par les éditeurs de logiciels eux-mêmes, sont toutefois à considérer avec précaution⁵⁰.

Quant à la notion de dysfonctionnement, elle englobe toute défaillance logicielle, généralement déclenchée par une incompatibilité. À cet égard, notons que l'avant-projet de loi belge relatif à l'introduction d'un indice de réparabilité et de longévité et à la diffusion de l'information sur la durée de la compatibilité logicielle des produits⁵¹ définit la notion de « compatibilité logicielle » comme « la durée durant laquelle le fabricant ou le fournisseur soutiennent et mettent à jour le système d'exploitation ou les logiciels afin de garantir une utilisation normale du produit par un utilisateur prudent et raisonnable »⁵² ⁵³. Rappelons à cet égard que, dans les affaires *Samsung* et *Apple*⁵⁴, il était question de ralentissements et de pannes des *smartphones* à la suite de l'installation de mises à jour incompatibles avec leur plateforme matérielle. En effet, l'autorité italienne de

du Conseil et modifiant le règlement (UE) n° 617/2013 de la Commission, *J.O.U.E.*, L 074, 18 mars 2019, annexe I, ci-après, règlement établissant des exigences d'écoconception applicables aux serveurs et aux produits de stockage de données.

⁴⁸ Les mises à jour de sécurité ne corrigent que les failles de sécurité. Les mises à jour correctives apportent des corrections aux dysfonctionnements du logiciel (elles peuvent inclure des mises à jour de sécurité). Quant aux mises à jour évolutives, il s'agit de mises à jour qui enrichissent le fonctionnement du logiciel. Voy., à cet égard, M. CASTELLAZZI, B. FLURY-HERARD, A. MOATTI et B. SCHWOB, « Obsolescence logicielle », *op. cit.*, p. 12.

⁴⁹ Voy. *supra*, n° 6.

⁵⁰ M. CASTELLAZZI, B. FLURY-HERARD, A. MOATTI et B. SCHWOB, « Obsolescence logicielle », *op. cit.*, p. 12.

⁵¹ Voy. *infra*, n° 18.

⁵² Voy. l'article 2 de l'avant-projet de loi.

⁵³ On constate que cette définition s'éloigne de celles données par l'ancien Code civil. En effet, tout d'abord, l'article 1649*bis*, 7°, de l'ancien Code civil, applicable aux contrats de vente, définit la notion de « compatibilité » comme « la capacité des biens de consommation à fonctionner avec du matériel informatique ou des logiciels avec lesquels des biens de consommation de même type sont normalement utilisés, sans qu'il soit nécessaire de convertir ces biens, le matériel informatique ou les logiciels ». Ensuite, selon l'article 1701/1, 10°, de l'ancien Code civil, applicable aux contrats de fourniture de contenus et services numériques, cette notion renvoie à « la capacité du contenu numérique ou du service numérique à fonctionner avec du matériel informatique ou des logiciels avec lesquels des contenus numériques ou des services numériques de même type sont normalement utilisés, sans qu'il soit nécessaire de convertir le contenu numérique ou le service numérique ».

⁵⁴ Voy. *supra*, n° 6.

la concurrence a notamment constaté que les ressources matérielles des *smartphones* (batterie, mémoire interne, etc.) étaient insuffisantes pour supporter les nouvelles mises à jour, proposées par les entreprises (et qu'il était, par ailleurs, impossible de désinstaller). Ce type de pratiques est parfois désigné sous l'appellation « obésiciel »⁵⁵.

Enfin, l'indisponibilité ou à la défaillance du logiciel doit être de nature à provoquer la mise au rebut du bien qui comprend des éléments numériques. Cet élément de causalité peut être difficile à apprécier dès lors que l'obsolescence prématurée est, comme nous l'avons déjà relevé, un phénomène global et multiforme. Autrement dit, des éléments psychologiques, sociaux, contextuels et économiques sont susceptibles d'influencer la décision de renouvellement du consommateur. Ainsi, ce dernier pourrait décider de renouveler son bien dès qu'il constate que les performances de ce dernier se dégradent alors qu'un autre pourrait décider de postposer cette décision, compte tenu de l'usage accessoire qu'il en a, de sa santé financière, de ses préoccupations environnementales, etc.

11. Réserves. Certes, la définition de l'obsolescence logicielle retenue vise les hypothèses dans lesquelles un bien comportant des éléments numériques est mis au rebut en raison de ses dysfonctionnements ou indisponibilités logiciels. Toutefois, dans certaines circonstances, la mise au rebut ne sera pas problématique dès lors que les biens comportant des éléments numériques ont, à l'instar des autres biens, une durabilité limitée. Il ne s'agit donc pas de condamner le fait de renouveler les biens qui comportent des éléments numériques mais de veiller à ce que ces renouvellements interviennent à la fin de la durée de vie du bien.

§ 2. – L'obsolescence prématurée

a) Le phénomène de l'obsolescence prématurée

12. Une expression apparue au XX^e siècle. Si les préoccupations environnementales actuelles ont mis en lumière l'obsolescence prématurée, ce phénomène n'est pas pour autant récent. En effet, l'expression de « *planned obsolescence* » est apparue en 1932, sous la plume de Bernard London, dans le livre *Ending the depression through planned obsolescence*. Celui-ci y a suggéré, afin de soutenir l'activité économique des entreprises

⁵⁵ M. CASTELLAZZI, B. FLURY-HERARD, A. MOATTI et B. SCHWOB, « Obsolescence logicielle », *op. cit.*, p. 33.

américaines, d'instaurer une sorte de « prime à la casse », pénalisant la détention de tout objet ayant dépassé sa date fiscale de péremption⁵⁶. Bien que le président F. D. Roosevelt n'ait pas retenu cette idée dans le cadre de son New Deal, Bernard London a permis à l'expression d'obsolescence programmée d'entrer dans le débat public⁵⁷.

Définie comme l'ensemble des « différentes techniques employées pour limiter artificiellement la durée de vie des produits manufacturés en vue d'en augmenter leur consommation renouvelée »⁵⁸, l'obsolescence programmée est étudiée de manière approfondie au XX^e siècle. C'est à cette occasion que la distinction entre ses différentes formes verra le jour.

13. Un phénomène multiforme. L'obsolescence prématurée est un phénomène multiforme, dont il est difficile de déterminer les contours. Au fil des années, la doctrine a toutefois établi une classification, dont on présentera quatre formes⁵⁹.

Tout d'abord, l'obsolescence peut être matérielle ou de qualité. Ce cas de figure implique l'utilisation de techniques ou de matériaux de qualité inférieure, qui réduisent la durée de vie des biens et en augmentent les ventes. Cette forme d'obsolescence vise, par exemple, l'hypothèse dans laquelle un bien est fabriqué avec des dispositifs qui empêchent son utilisation après une certaine période d'usage ou avec des composants qui en altèrent le fonctionnement (notamment, en collant certaines pièces de manière à endommager le bien lorsqu'on le démonte)⁶⁰. Ensuite, un appareil peut être économiquement obsolète, lorsque son entretien ou sa réparation engendre un coût trop élevé, compte tenu de sa valeur résiduelle ou du prix d'un nouveau bien de même type. Par ailleurs, l'obsolescence est dite technologique lorsque les pièces de rechange ou accessoires ne sont plus disponibles ou compatibles. Notons que c'est au sein de cette catégorie que se situe l'obsolescence logicielle. Finalement, l'obsolescence peut être psychologique ou esthétique⁶¹. Cette dernière forme fait écho aux injonctions sociales qui poussent le consommateur à remplacer

⁵⁶ B. LONDON, *Ending the depression through planned obsolescence*, 1932, 19 pages.

⁵⁷ S. LATOUCHE, « Bernard London ou l'enfer des bonnes intentions », *Revue des Mauss*, 2014, pp. 50 à 52.

⁵⁸ M. CASTELLAZZI, B. FLURY-HERARD, A. MOATTI et B. SCHWOB, « Obsolescence logicielle », *op. cit.*, p. 11.

⁵⁹ *Ibid*, p. 11 ; A. MICHEL, « Est-il pertinent de définir légalement et de pénaliser les pratiques d'obsolescence prématurée ? Analyse de la loi française au regard des récentes décisions italiennes contre Apple et Samsung », *op. cit.*

⁶⁰ M. CASTELLAZZI, B. FLURY-HERARD, A. MOATTI et B. SCHWOB, « Obsolescence logicielle », *op. cit.*, p. 11.

⁶¹ On parle également d'obsolescence de désirabilité.

un objet qui, bien que parfaitement fonctionnel, est, à ses yeux, moins désirable car démodé⁶².

Notons que les différentes formes de l'obsolescence prématurée ne sont pas hermétiques, ce qui rend la compréhension du phénomène encore plus épineuse^{63 64}.

14. Un phénomène global. Comme en témoignent les différentes formes de l'obsolescence prématurée, ce phénomène est entretenu par le comportement de tous les acteurs économiques, et non uniquement par celui du fabricant du bien obsolète, qui cherche à en augmenter le renouvellement.

En effet, il s'agit d'un phénomène global, auquel contribue chaque maillon de la chaîne, c'est-à-dire, les producteurs, les concepteurs, les vendeurs et les consommateurs. S'agissant de ces derniers, nous avons observé qu'ils peuvent, en raison d'effets de mode, décider de remplacer un bien tout à fait fonctionnel. Par ailleurs, il est évident que la durée de vie de celui-ci dépend de la manière dont il est utilisé, entretenu et, le cas échéant, réparé. En d'autres termes, la durabilité d'un bien peut être influencée par des facteurs d'ordre émotionnel, psychologique et social, qui sont indépendants de la manière dont il a été conçu. Cela étant, il est primordial de sensibiliser les consommateurs à cette problématique, comme l'a notamment compris l'association HOP⁶⁵. Cette dernière a en effet lancé, en décembre 2020, le média « Produits durables ! », dont

⁶² Notons, à cet égard, qu'une proposition de loi sénatoriale française suggérerait de définir cette forme d'obsolescence comme la « dépréciation découlant d'une volonté des consommateurs de disposer des dernières technologies mises à leur disposition ». Voy. Proposition de loi visant à lutter contre l'obsolescence programmée et à augmenter la durée de vie des produits, présentée par le sénateur Jean-Vincent Placé, sess. ord. 2012-2013, n° 429, disponible sur senat.fr.

⁶³ M. CASTELLAZZI, B. FLURY-HERARD, A. MOATTI et B. SCHWOB, « Obsolescence logicielle », *op. cit.*, p. 11 ; Halte à l'obsolescence programmée, « Manifeste pour une société sans obsolescence programmée. Les 20 propositions de HOP », *op. cit.*

⁶⁴ Notons que le rapport du C.G.E.D.D. identifie également l'obsolescence de fonction, qui vise la stratégie de rendre un produit obsolète par le lancement d'un autre produit qui accomplit de façon plus efficace les mêmes fonctions. Voy. M. CASTELLAZZI, B. FLURY-HERARD, A. MOATTI et B. SCHWOB, « Obsolescence logicielle », *op. cit.*, p. 11.

⁶⁵ L'association Halte à l'obsolescence programmée est une association française de protection de l'environnement, créée en 2015 à la suite de la pénalisation du phénomène de l'obsolescence programmée. Son action se structure autour de trois piliers : la sensibilisation du grand public, le plaidoyer auprès des institutions à des fins d'orientation législative et l'accompagnement des entreprises volontaires dans une dynamique de concertation et d'échanges de bonnes pratiques.

l'objectif est d'aider concrètement les consommateurs à prolonger la durée de vie de leurs biens⁶⁶.

Compte tenu de ce partage de responsabilité, nous avons décidé, comme de nombreux auteurs et instances avant nous, d'abandonner les termes d'« obsolescence programmée », d'« obsolescence planifiée » et d'« obsolescence organisée » au profit de l'expression neutre d'« obsolescence prématurée ». Cette terminologie, qui a été retenue par la Commission européenne au sein de son programme-cadre Horizon 2020⁶⁷, présente l'intérêt d'englober toutes les pratiques qui sont de nature à réduire la durée de vie des biens⁶⁸.

b) La définition légale de l'obsolescence prématurée

15. L'absence de définition à l'échelon européen. La pratique d'obsolescence prématurée n'est pas définie en droit de l'Union, malgré les initiatives menées en ce sens, notamment, par le Comité économique et social européen⁶⁹ et le Parlement européen⁷⁰.

Cela étant, la Commission européenne a annoncé, dans le cadre du Pacte vert pour l'Europe (*Green Deal*), son objectif de lutter contre l'« obsolescence programmée des appareils, en particulier dans le domaine de l'électronique »⁷¹. Dans ce cadre, elle a déposé son nouveau Plan d'action pour une économie circulaire, au sein duquel elle réitère sa volonté d'agir contre ce phénomène. Plus précisément, la Commission a annoncé,

⁶⁶ Halte à l'obsolescence programmée, Rapport d'activité, 2022, disponible sur halteobsolescence.org ; A. MICHEL, « Est-il pertinent de définir légalement et de pénaliser les pratiques d'obsolescence prématurée ? Analyse de la loi française au regard des récentes décisions italiennes contre Apple et Samsung », *op. cit.*

⁶⁷ Commission européenne, « Horizon 2020. Work programme 2018-2020 », 27 octobre 2017, COM (2020) 6320, p. 35, disponible sur ec.europa.eu.

⁶⁸ A. MICHEL, « Est-il pertinent de définir légalement et de pénaliser les pratiques d'obsolescence prématurée ? Analyse de la loi française au regard des récentes décisions italiennes contre Apple et Samsung », *op. cit.* ; A. MICHEL, « L'obsolescence prématurée de nos produits de consommation : un débat à remodeler », *Le Climatoscope*, octobre 2021, n° 3, p. 21, disponible sur climatoscope.be.

⁶⁹ Avis du Comité économique et social européen du 17 octobre 2013 sur le thème « Pour une consommation plus durable : la durée de vie des produits de l'industrie et l'information du consommateur au service d'une confiance retrouvée », CCMI/112, ci-après, avis du Comité économique et social européen du 17 octobre 2013, pt 1.2.

⁷⁰ Résolution du Parlement européen du 4 juillet 2017 sur une durée de vie plus longue des produits : avantages pour les consommateurs et les entreprises, 2016/2272.

⁷¹ Communication de la Commission au Parlement européen, au Conseil européen, au Comité économique et social européen et au Comité des régions, « Le pacte vert pour l'Europe », COM (2019) 640 final, 11 décembre 2019, p. 9.

à cette occasion, qu'elle envisageait de proposer une initiative législative relative à la politique des produits durables, dont l'objectif serait d'étendre « la portée de la directive sur l'écoconception⁷² au-delà des produits liés à l'énergie, de manière que le cadre en matière d'écoconception s'applique à la gamme de produits la plus large possible et qu'il respecte les principes de l'économie circulaire »⁷³. Dans cette perspective, la Commission a proposé, le 30 mars 2022, un ensemble de mesures visant à faire des produits durables la norme en Europe. Parmi celles-ci, figure la proposition de règlement sur l'écoconception pour des produits durables⁷⁴ qui se fonde et, le cas échéant, remplacera la directive écoconception actuellement en vigueur. Le même jour, la Commission a déposé une autre proposition⁷⁵ qui vise, cette fois, à permettre aux consommateurs de prendre des décisions d'achats en connaissance de cause et, donc, de contribuer à une consommation plus durable. Cette proposition repose sur la modification des directives 2005/29/CE sur les pratiques commerciales déloyales⁷⁶ et 2011/83/UE sur les droits des consommateurs^{77 78}.

⁷² Directive 2009/125/CE du Parlement européen et du Conseil du 21 octobre 2009 établissant un cadre pour la fixation d'exigences en matière d'écoconception applicables aux produits liés à l'énergie, *J.O.*, L 285/10, 31 octobre 2010, ci-après, directive écoconception ou directive 2009/125/CE.

⁷³ Communication de la Commission au Parlement européen, au Conseil européen, au Conseil, au Comité économique et social européen et au Comité des régions, « Un nouveau plan d'action pour une économie circulaire. Pour une Europe plus propre et plus compétitive », Bruxelles, 11 mars 2020, COM (2020) 98 final, p. 9.

⁷⁴ Proposition de règlement du Parlement européen et du Conseil établissant un cadre pour la fixation d'exigences en matière d'écoconception applicables aux produits durables et abrogeant la directive 2009/125/CE, COM (2022) 142 final, 30 mars 2022.

⁷⁵ Proposition de directive du Parlement européen et du Conseil modifiant les directives 2005/29/CE et 2011/83/UE pour donner aux consommateurs les moyens d'agir en faveur de la transition écologique grâce à une meilleure protection contre les pratiques déloyales et à de meilleures informations, Bruxelles, 30 mars 2022, COM (2022) 143 final, ci-après, proposition de directive du 30 mars 2022.

⁷⁶ Directive 2005/29/CE du Parlement européen et du Conseil du 11 mai 2005 relative aux pratiques commerciales déloyales des entreprises vis-à-vis des consommateurs dans le marché intérieur et modifiant la directive 84/450/CEE du Conseil et les directives 97/7/CE, 98/27/CE et 2002/65/CE du Parlement européen et du Conseil et le règlement (CE) n° 2006/2004 du Parlement européen et du Conseil, *J.O.U.E.*, 11 juin 2005, L 149/22, ci-après, directive sur les pratiques commerciales déloyales ou directive 2005/29/CE.

⁷⁷ 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 européen 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.*, L. 304/64, 22 novembre 2011, ci-après, directive sur les droits des consommateurs ou directive 2011/83/CE.

⁷⁸ *Voy. infra*, n° 34 et n° 25.

16. France – La définition légale de l'« obsolescence programmée »⁷⁹. Le législateur français a adopté, en 2015, la loi relative à la transition énergétique pour la croissance verte⁸⁰. Ce faisant, il a exploité la possibilité, que laisse aux États membres la directive 2012/19/UE relative aux déchets électroniques⁸¹, de prendre des mesures pour empêcher la fabrication de produits ne pouvant être réparés.

La France fut ainsi le premier État européen à pénaliser la pratique de l'« obsolescence programmée », initialement définie comme « le recours à des techniques par lesquelles le responsable de la mise sur le marché d'un produit vise à en réduire délibérément la durée de vie pour en augmenter le taux de remplacement »⁸². Cette pratique est visée dans le chapitre relatif aux cas de fraude puisque, selon le législateur français, limiter volontairement la longévité d'un produit revient à tromper le contractant sur la qualité de celui-ci. En conséquence, ce délit est sanctionné d'une peine de deux ans d'emprisonnement et de minimum 300.000 euros d'amende⁸³. À cette fin, la victime doit prouver que la durée de vie du produit a été réduite (1) sciemment par le professionnel (2) afin d'augmenter le taux de remplacement dudit produit (3)⁸⁴.

En d'autres termes, le consommateur doit, tout d'abord, être en mesure de démontrer que son produit a eu une durée de vie réelle inférieure à la durée de vie moyenne d'un produit de même type. Pour ce faire, il est nécessaire qu'il ait accès à ces informations, ce qui est rarement le cas. Afin de contourner cette difficulté, certains avancent l'idée d'imposer aux fabricants d'informer le consommateur sur la durée de vie des produits qu'ils mettent sur le marché. Cette mesure semble toutefois compliquée à mettre en pratique, comme l'a d'ailleurs relevé la Commission à l'occasion des discussions concernant l'élaboration de la proposition de

⁷⁹ Nous utilisons l'expression « obsolescence programmée » sous ce point dès lors qu'il s'agit de la terminologie employée par le législateur français au sein de l'article 441-2 du Code de la consommation.

⁸⁰ Loi n° 2015-992 du 17 août 2015 relative à la transition énergétique pour la croissance verte, *J.O.R.F.*, 18 août 2015, ci-après, L.T.E.C.V.

⁸¹ Directive 2012/19/UE du Parlement européen et du Conseil du 4 juillet 2012 relative aux déchets d'équipements électriques et électroniques, *J.O.U.E.*, L 197/38, 24 juillet 2012.

⁸² Art. L. 213-4-1 du Code de la consommation, supprimé par l'ordonnance n° 2016-301 du 14 mars 2016 relative à la partie législative du Code de la consommation, *J.O.R.F.*, 16 mars 2016. Aujourd'hui, cette définition se retrouve à l'article 441-2 du Code de la consommation français.

⁸³ Voy. art. 99 de la L.T.E.C.V. et art. 213-4-1, II., du Code de la consommation français.

⁸⁴ A. MICHEL, « Est-il pertinent de définir légalement et de pénaliser les pratiques d'obsolescence prématurée ? Analyse de la Loi française au regard des récentes décisions italiennes contre Appel et Samsung », *op. cit.*, p. 9.

directive du 30 mars 2022⁸⁵. Ensuite, il est demandé au consommateur de prouver que le professionnel a volontairement réduit la durée de vie du produit. Or, ce dernier pourra toujours arguer que la conception du produit a été motivée par des contraintes économiques, techniques et/ou esthétiques. Par ailleurs, cette condition décentre le débat. En effet, à l'heure actuelle, il y a davantage lieu de se questionner sur la manière d'augmenter la durée de vie des produits plutôt que sur le fait de savoir si celle-ci a été délibérément réduite. Finalement, il appartient au consommateur de démontrer le résultat recherché par le responsable de la mise sur le marché, à savoir l'augmentation du taux de remplacement du produit concerné⁸⁶.

Réunir ces trois éléments de preuve est une tâche relativement difficile. Cela ressort du cas *Apple*⁸⁷, à l'occasion duquel la société américaine s'est vu reprocher de proposer, à ses utilisateurs, des mises à jour qui conduisaient au ralentissement de leurs appareils. Bien que ce dossier ait été initié sur la base de la L.T.E.C.V., l'autorité compétente du ministère de l'Économie a considéré que le défaut d'information des utilisateurs des produits Apple était constitutif d'une pratique commerciale déloyale⁸⁸. Ce dossier s'est clôturé par la conclusion d'une transaction pénale impliquant le paiement d'un montant de 25 millions d'euros⁸⁹.

Dans ce contexte, le législateur français a décidé, à juste titre, d'abandonner la troisième condition du délit d'« obsolescence programmée »⁹⁰. Bien que cet élément, intégré par la loi du 15 novembre 2021 visant à réduire l'empreinte environnementale du numérique en France⁹¹, est susceptible de faciliter l'application de l'article 441-2 du Code de la

⁸⁵ La Commission note à cet égard « [u]ne autre possibilité envisagée pour traiter ce sous-problème était l'obligation d'informer les consommateurs de la durée de vie attendue des biens. Cette solution n'a pas été retenue car il n'a pas été jugé possible de calculer la durée de vie attendue d'un produit de manière normalisée pour tous les types de produits concernés ». Voy. l'exposé des motifs de la proposition de directive du 30 mars 2022.

⁸⁶ A. MICHEL, « Est-il pertinent de définir légalement et de pénaliser les pratiques d'obsolescence prématurée ? Analyse de la Loi française au regard des récentes décisions italiennes contre Appel et Samsung », *op. cit.*, p. 9 ; M. CASTELLAZZI, B. FLURY-HERARD, A. MOATTI et B. SCHWOB, « Obsolescence logicielle », *op. cit.*, p. 12.

⁸⁷ Ce dossier a été initié par l'association Halte à l'obsolescence programmée (en abrégé « H.O.P. »).

⁸⁸ *Doc. parl.*, Ch. repr., 2019-2020, n° 55-0771/003, p. 33.

⁸⁹ Le communiqué de presse relatif à cette décision est disponible sur : www.economie.gouv.fr.

⁹⁰ C'est-à-dire, l'intention délibérée du fabricant d'augmenter le taux de remplacement du produit obsolète.

⁹¹ Loi n° 2021-1485 visant à réduire l'empreinte environnementale du numérique en France, *J.O.R.F.*, 15 novembre 2021, ci-après, loi française du 15 novembre 2021, art. 5.

consommation français⁹², nous doutons que cela suffise à en faire un moyen efficace de lutte contre l'obsolescence prématurée. Cela étant, la L.T.E.C.V. a contribué à faire connaître ledit phénomène.

À l'occasion de l'adoption de la loi du 15 novembre 2021, le législateur français a également pris le soin de mentionner, expressément, que le délit d'« obsolescence programmée » englobe les techniques logicielles qui visent à réduire la durée de vie du produit⁹³.

Finalement, notons que la loi du 23 décembre 2021 visant à renforcer la régulation environnementale du numérique par l'Autorité de régulation des communications électroniques, des postes et de la distribution de la presse⁹⁴ impose de nouvelles obligations d'information précontractuelles au producteur et au vendeur. En effet, le producteur doit informer le vendeur de la durée au cours de laquelle les mises à jour logicielles restent compatibles avec les fonctionnalités du bien, afin que le second puisse communiquer ces informations au consommateur. Par ailleurs, le producteur doit préciser directement, au consommateur, les caractéristiques essentielles de chaque mise à jour proposée⁹⁵, notamment en ce qui concerne son objet, l'espace de stockage qu'elle requiert, son impact sur les performances du bien et l'évolution des fonctionnalités qu'elle comporte⁹⁶. Quant à la durée de fourniture des mises à jour, elle est précisée dans les articles L217-1 à L217-32 du Code de la consommation français (relatifs aux contrats de vente de biens)^{97 98}.

⁹² L'article L. 441-2 du Code de la consommation français, qui définit le délit d'obsolescence programmée, est désormais libellé comme suit : « pratique de l'obsolescence programmée qui se définit par le recours à des techniques, y compris logicielles, par lesquelles le responsable de la mise sur le marché d'un produit vise à en réduire délibérément la durée de vie ».

⁹³ Art. 441-2 du Code de la consommation français, tel que modifié par l'article 6 de la loi française du 15 novembre 2021.

⁹⁴ Loi n° 2021-1755 du 23 décembre 2021 visant à renforcer la régulation environnementale du numérique par l'Autorité de régulation des communications électroniques, des postes et de la distribution de la presse, *J.O.R.F.*, n° 0299, 24 décembre 2021.

⁹⁵ Art. L. 111-6 du Code de la consommation français.

⁹⁶ Art. D. 111-5-3 du Code de la consommation français, adopté par le décret n° 2022/946 du 29 juin 2022 relatif à la garantie légale de conformité pour les biens, les contenus numériques et les services numériques, *J.O.R.F.*, n° 150, 30 juin 2022.

⁹⁷ Quant aux articles L224-25-1 à L224-25-32 du Code de la consommation français, ils précisent la durée de la fourniture des mises à jour dans le cadre d'un contrat de fourniture d'éléments numériques. L'ensemble de ces articles a été intégré par l'ordonnance n° 2021-1247 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, ci-après, l'ordonnance n° 2021-1247.

⁹⁸ Voy. *infra*, n° 31.

17. France - Des mesures supplémentaires de nature à contribuer à la lutte contre l'obsolescence prématurée. Le législateur français a adopté la loi du 10 février 2020 relative à la lutte contre le gaspillage et à l'économie circulaire⁹⁹. Ce texte, dont l'objectif est de transformer l'économie française en une économie circulaire, comprend une série de mesures liées à la disponibilité des pièces détachées et à la réparabilité des biens. Ces mesures ont également pour effet de combattre l'obsolescence prématurée.

En ce qui concerne la disponibilité des pièces détachées, la loi française anti-gaspillage innove en ce qu'elle impose aux professionnels de fournir aux consommateurs des renseignements sur la non-disponibilité de celles-ci. Cette mesure répond à une difficulté soulevée lors de l'application de la loi Hamon, qui permettait aux professionnels de s'abstenir de préciser que la disponibilité d'une pièce détachée faisait défaut. Par ailleurs, la loi française anti-gaspillage oblige le fabricant, depuis janvier 2022, à fournir, au vendeur ou au réparateur, la pièce détachée dans un délai de quinze jours (contre deux mois, auparavant). Celle-ci pourra par ailleurs être une pièce neuve ou une pièce issue de l'économie circulaire, au choix du consommateur.

S'agissant de la question de la réparabilité des produits, la loi française anti-gaspillage impose, aux professionnels, l'obligation d'informer les consommateurs sur les caractéristiques environnementales de ceux-ci et, notamment, sur leur réparabilité et leur durabilité¹⁰⁰. À cet égard, elle précise que la réparabilité d'un produit relève de ses caractéristiques essentielles, au sens de la directive 2011/83/UE¹⁰¹. L'indice de réparabilité, qui vise à informer le consommateur sur la capacité à réparer le produit concerné, s'applique aussi aux équipements électriques et électroniques (comme les *smartphones*). Celui-ci devrait se transformer, à l'horizon 2024, en indice de durabilité, qui inclura « notamment de nouveaux critères tels que la fiabilité et la robustesse du produit »^{102 103}.

Notons que, le 7 décembre 2022, l'association HOP a déposé une nouvelle plainte contre Apple, sur la base de la L.T.C.E.V. et de la loi anti-gaspillage¹⁰⁴. L'association de défense de l'environnement reproche à la multinationale d'associer les numéros de série des composants et des

⁹⁹ Loi n° 2020-105 du 10 février 2020 relative à la lutte contre le gaspillage et à l'économie circulaire, *J.O.R.F.*, 11 février 2020, ci-après, loi française anti-gaspillage.

¹⁰⁰ Art. 13 de la loi française anti-gaspillage.

¹⁰¹ Art. 25 de la loi française anti-gaspillage.

¹⁰² Art. 16 et 19 II de la loi française anti-gaspillage.

¹⁰³ H. JACQUEMIN et P. LIMBRÉE, « Mobiliser le droit de l'entreprise pour promouvoir le développement durable et l'économie circulaire », *J.T.*, 2021, pp. 161 à 179.

¹⁰⁴ L. 441-3 et L. 441-4 du Code de la consommation français.

périphériques d'un produit à celui de l'iPhone. Cette pratique, dénommée « sérialisation » ou « appariement », a pour effet de limiter les possibilités de réparation des produits Apple, notamment pour les réparateurs non agréés. La plainte mentionne plusieurs chefs d'inculpation, dont notamment les pratiques commerciales trompeuses (défaut d'information des consommateurs) et les délits assimilés à de l'« obsolescence programmée » (entraves à la réparation et au reconditionnement hors circuits agréés et entraves à l'accès aux pièces détachées et aux informations, y compris logicielles, permettant la réparation d'un iPhone)¹⁰⁵.

18. L'absence de définition à l'échelon national. La Belgique ne dispose pas, à ce jour, d'une définition de l'obsolescence prématurée. Pourtant, plusieurs initiatives ont été entreprises en ce sens. En 2019 et 2020, trois propositions de loi ont été déposées devant la Chambre des représentants¹⁰⁶. Celles-ci suggèrent d'interdire l'« obsolescence programmée » et de la punir d'une sanction de niveau 6, c'est-à-dire d'une amende pénale de 50.000 à 100.000 euros et/ou d'un emprisonnement d'un an à cinq ans¹⁰⁷. À l'instar de la L.T.E.C.V., ces propositions de loi créent un régime de preuve assez lourd, dans le cadre duquel la victime doit démontrer que le produit est affecté d'« obsolescence programmée »^{108 109}. À ce jour, aucune de ces propositions n'a abouti¹¹⁰.

Plus récemment, le 17 décembre 2021, le Conseil des ministres a adopté un Plan d'action fédéral pour une économie circulaire¹¹¹. Ce Plan vise à mettre en place les incitants et outils nécessaires à la transition d'une économie linéaire à une économie circulaire. Dans cette perspective,

¹⁰⁵ Halte à l'obsolescence programmée, Rapport d'activité, 2022, *op. cit.*

¹⁰⁶ Voy. la proposition de loi visant à lutter contre l'obsolescence programmée et à soutenir l'économie de la réparation, *Doc. parl.*, Ch. repr., 2019, n° 55-0193/001 ; la proposition de loi modifiant le Code civil et le Code de droit économique, visant à lutter contre l'obsolescence programmée et l'obsolescence prématurée et à augmenter les possibilités de réparation, *Doc. parl.*, Ch. repr., 2019-2020, n° 55-0771/001 ; la proposition de loi visant à lutter contre l'obsolescence organisée et à soutenir l'économie circulaire, *Doc. parl.*, Ch. repr., 2019-2020, n° 55-0914/001.

¹⁰⁷ Art. XV.70 CDE.

¹⁰⁸ Notons que la proposition de loi crée une présomption réfragable de faute dans le chef du producteur lorsqu'il est établi que le produit est affecté d'obsolescence programmée.

¹⁰⁹ Notons à cet égard que ces textes n'emploient pas tous l'expression d'obsolescence programmée, certains adoptant celles d'« obsolescence organisée » ou d'« obsolescence prématurée » et, *a fortiori*, ne définissent pas cette pratique de la même manière.

¹¹⁰ Pour davantage d'informations à cet égard, voy. H. JACQUEMIN et P. LIMBRÉE, « Mobiliser le droit de l'entreprise pour promouvoir le développement durable et l'économie circulaire », *op. cit.*, pp. 161 à 179.

¹¹¹ SPF Économie, P.M.E., Classes moyennes et Énergie, « Plan d'action fédéral pour une économie circulaire 2021-2024 », 29 pages, disponible sur economie.fgov.be.

la Ministre fédérale de l'Environnement actuelle a diffusé un avant-projet de loi¹¹² dont l'objectif était de constituer « un outil de lutte contre l'obsolescence prématurée afin d'éviter la mise au rebut précoce des produits et de préserver les ressources naturelles nécessaires à leur production ». Pour ce faire, la Ministre écologiste propose d'informer le consommateur sur la réparabilité du bien par le biais d'un *repair score*, allant de 1 à 10¹¹³. La Commission européenne a toutefois émis un avis négatif sur ce projet dans le cadre du système d'information relatif aux règles techniques. En effet, elle a estimé que celui-ci était susceptible de constituer une entrave à la libre circulation des marchandises. Par ailleurs, elle considère également, à bon droit selon nous, que seul un indice européen commun à tous les États membres peut apporter de la transparence et garantir une transition efficace vers des produits plus durables¹¹⁴.

SECTION 2. Le cadre juridique européen

19. Plan de la section. L'absence de définition légale et de cadre normatif spécifique au phénomène d'obsolescence programmée et, *a fortiori*, à celui d'obsolescence logicielle, ne signifie pas qu'il n'existe aucun moyen de les combattre. Au contraire, nous identifions, dans le cadre de cette section, les instruments généraux susceptibles de servir la lutte contre l'obsolescence logicielle des biens comportant des éléments numériques,

¹¹² Avant-projet de loi relatif à l'introduction d'un indice de réparabilité et de longévité et à la diffusion de l'information sur la durée de la compatibilité logicielle des produits, diffusé le 13 septembre 2022. Ce texte n'a vraisemblablement jamais été déposé devant la Chambre des représentants, ce qui explique qu'il ne soit pas publié sur son site. Pour davantage d'informations à cet égard, voy. not. Conseil Central de l'Économie, Conseil fédéral du développement durable et Commission consultative spéciale Consommation, « Avis sur l'indice de réparabilité », Bruxelles, 15 novembre 2022 et Autorité de protection des données, « Avis 217/2022, sur le projet de loi relatif à l'introduction d'un indice de réparabilité et de longévité et à la diffusion de l'information sur la durée de la compatibilité logicielle des produits (articles 7 à 11) », CO-A-2022-234, 29 septembre 2022.

¹¹³ Le projet de loi propose de déterminer cet indice de réparabilité sur la base des facteurs suivants : la facilité de démontage du bien, la disponibilité des pièces de rechange et leur délai de livraison, le prix des pièces détachées, la disponibilité des informations techniques et des manuels d'entretien et de réparation.

¹¹⁴ Communication de la Commission sur le projet de loi relatif à l'introduction d'un indice de réparabilité et de longévité et à la diffusion de l'information sur la durée de la compatibilité logicielle des produits, 2022/634/B, disponible sur ec.europa.eu ; T. DEBAES et S. VENDERMOLEN, « Avis négatif de la Commission européenne sur l'indice belge de réparabilité et de longévité », janvier 2023, disponible sur vbo-feb.be.

à savoir la directive sur l'écoconception (§ 1), la directive sur les droits des consommateurs (§ 2), la directive sur la vente aux consommateurs (§ 3) et la directive sur les pratiques commerciales déloyales (§ 4).

§ 1. – La directive sur l'écoconception^{115 116}

20. Mise en contexte. L'écoconception¹¹⁷ des biens comportant des éléments numériques nécessite de veiller, dès la phase de conception et de production de ceux-ci, à minimiser, tout au long de leur cycle de vie, leurs conséquences environnementales. À l'occasion de leur analyse prospective, l'ADEME et l'Arcep¹¹⁸ ont apprécié l'impact de l'application des principes d'écoconception sur l'environnement. Leur constat est sans équivoque : l'adoption des principes d'écoconception « généralisée »¹¹⁹ permettrait de diminuer la consommation de ressources naturelles de 15 % et de stabiliser l'empreinte carbone croissante du numérique (en France)¹²⁰.

21. La directive écoconception. La directive 2009/125/CE établissant un cadre pour la fixation d'exigences en matière d'écoconception applicables aux produits liés à l'énergie¹²¹ est une directive-cadre qui définit les exigences minimales obligatoires relatives à l'impact environnemental

¹¹⁵ Voy. dans cet ouvrage, l'article de P. WILLEM.

¹¹⁶ Dans le cadre de cette partie, nous employons le terme générique de « produit » dès lors que c'est la terminologie qui est utilisée dans les instruments européens analysés.

¹¹⁷ Cette notion est définie, par la proposition de règlement écoconception, comme « l'intégration de considérations relatives à la durabilité environnementale dans les caractéristiques d'un produit et dans les processus mis en œuvre tout au long de la chaîne de valeur du produit », voy. Commission européenne, Proposition de règlement du Parlement européen et du Conseil établissant un cadre pour la fixation d'exigences en matière d'écoconception applicables aux produits durables et abrogeant la directive 2009/125/CE, Bruxelles, le 30 mars 2022, COM (2022) 142 final, ci-après, proposition de règlement écoconception.

¹¹⁸ Voy. *supra*, n° 3.

¹¹⁹ L'étude distingue quatre scénarios, qui dépendent, *grosso modo*, du degré d'engagement des politiques adoptées. Ces scénarios sont les suivants : scénario tendanciel, écoconception modérée, écoconception généralisée et sobriété.

¹²⁰ ADEME et Arcep, « Évaluation de l'empreinte environnementale du numérique en France en 2020, 2030 et 2050 », *op. cit.*

¹²¹ La directive 2009/125/CE a été transposée par la loi du 27 juillet 2011 modifiant la loi du 21 décembre 1998 relative aux normes de produits ayant pour but la promotion de modes de production et de consommation durables et la protection de l'environnement et de la santé, *M.B.*, 19 août 2011. La surveillance et le suivi de cette loi relèvent de la compétence du Service public fédéral Santé publique, Sécurité de la Chaîne alimentaire et Environnement, conformément à l'arrêté royal du 2 juillet 2014 organisant l'exécution des

des produits consommateurs d'énergie vendus dans l'Union, tels que les appareils électroménagers, les systèmes de chauffage ou les appareils informatiques.

La principale nouveauté amenée par cet instrument, par rapport à la directive de 2005 qu'il remplace¹²², concerne son champ d'application, qui est étendu à l'ensemble des produits liés à l'énergie. Cette notion renvoie à « tout bien ayant un impact sur la consommation d'énergie durant son utilisation qui est mis sur le marché et/ou mis en service », ainsi qu'aux pièces détachées « prévues pour y être intégrées, destinées aux utilisateurs finals et dont la performance environnementale peut être évaluée de manière indépendante »¹²³. En d'autres termes, tous les produits qui ont un impact sur la consommation d'énergie sont potentiellement visés par cet instrument¹²⁴.

Toutefois, seuls ceux, parmi ces produits, qui font l'objet de mesures d'autoréglementation ou d'exécution relèvent des dispositions de la directive 2009/125/CE¹²⁵.

22. Les mesures d'autoréglementation ou d'exécution de la directive écoconception. Le législateur européen préfère les mesures d'autoréglementation, c'est-à-dire les accords volontaires de l'industrie, aux mesures d'exécution qui sont imposées par la Commission¹²⁶. Toutefois, lorsque les premières ne sont pas possibles car « les forces du marché ne parviennent pas à progresser dans la bonne direction ou à une vitesse acceptable »¹²⁷, il appartient à cette dernière d'élaborer des mesures d'exécution.

Ces mesures peuvent être génériques ou spécifiques. Dans la première hypothèse, les normes d'écoconception concernent le profil écologique du produit dans son ensemble et portent sur des paramètres tels que la consommation de matière première, la consommation d'énergie, la production de déchets et les possibilités de recyclage aux différentes phases du cycle de vie du produit. S'agissant des normes d'écoconception spécifiques,

contrôles de l'application de la loi du 21 décembre 1998 relative aux normes de produits ayant pour but la promotion de modes de production et de consommation durables et la protection de l'environnement, de la santé et des travailleurs, *M.B.*, 14 août 2014.

¹²² Elle abroge et remplace la directive 2005/32/CE du 6 juillet 2005, relative aux produits consommateurs d'énergie et modifiant la directive 92/42 et les directives 96/57 et 2000/55, *J.O.*, L 191 du 22 juillet 2005.

¹²³ Art. 2, 1), de la directive 2009/125/CE.

¹²⁴ P. THIEFFRY, *Traité de droit européen de l'environnement et du climat*, Bruxelles, Bruylant, 2020, p. 948.

¹²⁵ *Ibid.*, p. 948 ; H. JACQUEMIN et P. LIMBRÉE, « Mobiliser le droit de l'entreprise pour promouvoir le développement durable et l'économie circulaire », *op. cit.*, pp. 161 à 179.

¹²⁶ Consid. 18 de la directive 2009/125/UE.

¹²⁷ *Ibid.*

elles ont uniquement pour objet une ressource pour laquelle elles fixent, par exemple, une valeur limite de consommation. En tout état de cause, ces deux types de mesures spécifient les méthodes d'évaluation de la conformité des produits aux exigences qu'elles édictent. Lorsque le produit est conforme aux mesures d'exécution, il porte le marquage CE¹²⁸.

La première salve de mesures d'exécution a été adoptée via le règlement n° 1275/2008 du 17 décembre 2008 sur les exigences d'écoconception relatives à la consommation d'électricité en mode veille et en mode arrêt des équipements ménagers et de bureaux électriques et électroniques¹²⁹. Depuis lors, de nombreuses autres mesures ont été votées, notamment le 1^{er} octobre 2019. À cette date, la Commission a adopté huit règlements d'exécution, dont le règlement établissant des exigences d'écoconception applicables aux serveurs et aux produits de stockage de données¹³⁰. Celui-ci impose des obligations d'information aux fabricants¹³¹ et de mise à disposition de mises à jour. Par ailleurs, il édicte des mesures de nature à permettre la réparation ou la réutilisation de certains éléments de ces produits¹³². Notons également le règlement pour les dispositifs d'affichage électronique¹³³, qui s'applique, entre autres, aux écrans de moins

¹²⁸ P. THIEFFRY, *Traité de droit européen de l'environnement et du climat*, op. cit., pp. 949 et s.

¹²⁹ Règlement (CE) n° 1275/2008 de la Commission du 17 décembre 2008 portant application de la directive 2005/32/CE du Parlement européen et du Conseil en ce qui concerne les exigences d'écoconception relatives à la consommation d'électricité en mode veille et en mode arrêt des équipements ménagers et de bureau électriques et électroniques, *J.O.*, L 339/45 du 18 décembre 2008.

¹³⁰ Règlement établissant des exigences d'écoconception applicables aux serveurs et aux produits de stockage de données ; pour une liste exhaustive avec un renvoi vers les textes officiels, voy. ec.europa.eu.

¹³¹ Cette notion est définie à l'article 2, 6), de la directive écoconception, selon lequel il s'agit de « toute personne physique ou morale qui fabrique des produits relevant de la présente directive et qui est responsable de leur conformité avec la présente directive en vue de leur mise sur le marché et/ou de leur mise en service sous le nom du fabricant ou sous sa marque, ou pour l'usage propre du fabricant ».

¹³² H. JACQUEMIN et P. LIMBRÉE, « Mobiliser le droit de l'entreprise pour promouvoir le développement durable et l'économie circulaire », op. cit., pp. 161 à 179.

¹³³ Règlement (UE) 2019/2021 de la Commission du 1^{er} octobre 2019 établissant des exigences d'écoconception pour les dispositifs d'affichage électroniques conformément à la directive 2009/125/CE du Parlement européen et du Conseil, modifiant le règlement (CE) n° 1275/2008 de la Commission et abrogeant le règlement 642/2009 de la Commission, *J.O.U.E.*, 5 décembre 2019, L315/241, ci-après, règlement pour les dispositifs d'affichage électroniques. Notons que ce règlement a été modifié par le règlement (UE) 2021/341 de la Commission du 23 février 2021 modifiant les règlements (UE) 2019/424, (UE) 2019/1781, (UE) 2019/2019, (UE) 2019/2020, (UE) 2019/2021, (UE) 2019/2022, (UE) 2019/2023 et (UE) 2019/2024 en ce qui concerne les exigences d'écoconception applicables aux serveurs et aux produits de stockage de données, aux moteurs électriques et aux variateurs de vitesse, aux appareils de réfrigération, aux sources lumineuses et aux appareillages de commande

de 100 cm², aux projecteurs et aux casques de réalité virtuelle. Ce texte interdit de mettre à disposition des mises à jour logicielles qui entraîneraient la modification des performances du produit¹³⁴.

Enfin, la Commission européenne a déposé, le 31 août 2022, une proposition de règlement d'exécution qui a pour objet les téléphones, *smartphones* et tablettes¹³⁵. L'objectif de ce texte est notamment, selon son considérant n° 4, d'éviter l'obsolescence prématurée de ces produits. Pour ce faire, elle impose des exigences relatives à leur conception, à la disponibilité et au prix de leurs pièces détachées, ainsi qu'à l'accès à certaines informations de nature à permettre leur réparation. Quant à l'obsolescence logicielle des téléphones, *smartphones* et tablettes, nous constatons qu'elle est également visée par la proposition. En effet, l'annexe II de ce document impose au professionnel¹³⁶, lorsqu'il propose des mises à jour du système d'exploitation de son produit, de le faire aussi longtemps que celui-ci est commercialisé. Par contre, lorsque le produit n'est plus sur le marché, les mises à jour de sécurité¹³⁷ de l'O.S. doivent être mises à disposition pendant cinq ans (contre trois années, pour les mises à jour fonctionnelles¹³⁸). En conséquence, la proposition établit une distinction entre les types de mises à jour, qu'il est difficile de (faire) respecter en pratique. En effet, la majorité des éditeurs de logiciels prétendent que la dissociation des mises à jour est techniquement impossible¹³⁹. Enfin, relevons que la proposition ne traite pas de la question de la réversibilité de celles-ci, c'est-à-dire de la possibilité, pour l'utilisateur, de les désinstaller. Or, celle-ci devrait être ouverte dans certains cas de figure, notamment lorsque la mise à jour entraîne des effets négatifs sur la performance du produit.

séparés, aux dispositifs d'affichage électroniques, aux lave-vaisselle ménagers, aux lave-linge ménagers et aux lave-linge séchant ménagers, et aux appareils de réfrigération disposant d'une fonction de vente directe.

¹³⁴ Art. 6 du règlement pour les dispositifs d'affichage électronique.

¹³⁵ Proposition de règlement de la Commission, du 31 août 2022, établissant des exigences en matière d'écoconception applicables aux smartphones, aux téléphones portables autres que des smartphones, aux téléphones sans fil et aux tablettes conformément à la directive 2009/125/CE du Parlement européen et du Conseil, disponible sur www.senat.fr.

¹³⁶ La proposition de règlement d'exécution utilise les expressions « *manufacturers* », « *importers* » et « *authorised representatives* », que nous englobons sous le terme « professionnel ».

¹³⁷ Cette notion est définie comme « *an operating system update, including security patches, if relevant for a given device, whose main purpose is to provide enhanced security for the device* ». Voy. Annexe I, 35, de la proposition de règlement d'exécution.

¹³⁸ Cette notion est définie comme « *an operating system update whose main purpose is to implement new functionalities* », voy. Annexe I, 36, de la proposition de règlement d'exécution.

¹³⁹ Voy. *infra*, n° 33.

23. La proposition de règlement écoconception. Dans le cadre de son Plan d'action pour une économie circulaire, la Commission européenne a déposé, le 30 mars 2022, une proposition de règlement établissant un cadre pour la fixation d'exigences en matière d'écoconception applicables aux produits durables¹⁴⁰. Ce texte, qui a pour vocation de remplacer la directive écoconception, vise à réduire l'incidence négative du cycle de vie des produits sur l'environnement et à améliorer le fonctionnement du marché intérieur¹⁴¹. En effet, il fait suite au constat qu'il n'existait pas de législation claire, complète et contraignante dont l'objectif était de garantir que tous les produits mis sur le marché de l'Union remplissent les critères de l'économie circulaire. À l'instar de la directive écoconception, il s'agit de fixer les grands principes, qui seront ensuite déclinés produit par produit.

La proposition de règlement présente l'avantage d'élargir le champ d'application de la directive écoconception dès lors que seuls quelques secteurs, tels que celui des denrées alimentaires, des aliments pour animaux et des médicaments, en sont exemptés¹⁴². Par ailleurs, elle intègre de nouvelles exigences en matière d'information, notamment en ce qui concerne le « passeport numérique de produit »¹⁴³. Finalement, ce texte interdit les mises à jour qui auraient pour effet d'altérer les performances du produit¹⁴⁴. Prévoir cette interdiction dans le texte général, plutôt que dans les actes délégués, démontre la volonté de la Commission de combattre la pratique d'obsolescence logicielle.

24. Application de la directive écoconception à l'obsolescence logicielle des biens comportant des éléments numériques. La directive écoconception (et, le cas échéant, le règlement qui a vocation à la remplacer) offre la possibilité à la Commission, lorsqu'aucune mesure d'autorégulation n'a été adoptée, d'édicter des mesures d'exécution applicables à des catégories déterminées de produits. Ces mesures, en ce qu'elles imposent des exigences liées à la conception des produits, sont, pour certaines d'entre elles, de nature à en augmenter la durée de vie. Dans cette optique,

¹⁴⁰ Commission européenne, Proposition de règlement du Parlement européen et du Conseil établissant un cadre pour la fixation d'exigences en matière d'écoconception applicables aux produits durables et abrogeant la directive 2009/125/CE, Bruxelles, le 30 mars 2022, COM (2022) 142 final, ci-après, proposition de règlement écoconception.

¹⁴¹ Notons toutefois que cette proposition a été adoptée sur la base de l'article 114 du Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne (T.F.U.E.) et non sur son article 192 (qu'il convient d'utiliser lorsque l'Union européenne poursuit des objectifs sur la base de l'article 191 T.F.U.E., tels que la préservation, la protection et l'amélioration de l'environnement).

¹⁴² Art. 1^{er} de la proposition de règlement écoconception.

¹⁴³ Art. 8 de la proposition de règlement écoconception.

¹⁴⁴ Art. 33, 4., de la proposition de règlement écoconception.

la directive écoconception participe à la lutte contre l'obsolescence prématurée des biens comportant des éléments numériques, en amont de leur mise sur le marché.

Toutefois, à l'heure actuelle, la directive écoconception et ses règlements d'exécution s'attèlent uniquement à la couche matérielle des produits qu'ils concernent, sans aucun égard pour leur couche immatérielle¹⁴⁵. En conséquence, ces instruments ne sont pas, en l'état, de nature à lutter contre le phénomène d'obsolescence logicielle. À ce titre, l'association GreenIT a suggéré, à l'occasion de la sortie du Plan de la Commission pour une économie circulaire, l'adoption d'un instrument général qui imposerait des exigences communes d'écoconception aux logiciels. Cette idée n'a manifestement pas séduit la Commission, qui, comme nous l'avons noté, a préféré rédiger une proposition de règlement en matière d'écoconception. Quant à l'association HOP, elle propose de mettre en place une garantie logicielle par le biais de la directive 2019/771/UE. Sur cette base, les fabricants de biens comportant des éléments numériques seraient tenus de fournir gratuitement les mises à jour nécessaires au maintien de la conformité du bien pendant une durée d'au moins 10 ans¹⁴⁶. Nous soutenons cette proposition, bien que nous suggérons qu'elle soit intégrée par le biais des instruments relatifs à l'écoconception des produits (en adaptant, le cas échéant, la durée au type de produits concernés).

§ 2. – La directive sur les droits des consommateurs

25. Mise en contexte. Aujourd'hui, la plupart des consommateurs européens n'ont pas conscience de l'impact environnemental de leur consommation. Or, il est établi que ces derniers modifieraient leurs habitudes d'achat s'ils disposaient d'informations complémentaires de cette nature. En effet, le Comité économique et social européen a démontré

¹⁴⁵ Sous réserve de l'une ou l'autre exception, telle que dans le règlement pour les dispositifs d'affichage électroniques.

¹⁴⁶ Halte à l'obsolescence programmée, « Manifeste pour une société sans obsolescence programmée. Les 20 propositions de HOP », *op. cit.*

qu'informer sur la durabilité des biens augmente de 56 % les ventes des biens à longue durée de vie¹⁴⁷ ¹⁴⁸.

Fort de ce constat, le législateur français a, comme nous l'avons souligné, modifié le Code de la consommation afin d'imposer, au vendeur et au producteur, de mettre à disposition du consommateur des informations relatives aux mises à jour logicielles qui lui sont proposées¹⁴⁹. Inspirée par cette initiative, la ministre fédérale de l'Environnement belge a déposé un avant-projet de loi similaire, qui porte notamment sur la durée de compatibilité logicielle¹⁵⁰. Cependant, la Commission a rendu un avis négatif concernant ce dernier, invoquant les réglementations européennes existantes et futures, destinées à rendre les produits plus durables. Analysons celles qui, parmi celles-ci, ont pour objet de renforcer l'information du consommateur.

26. La directive sur les droits des consommateurs. La directive sur les droits des consommateurs¹⁵¹ impose aux professionnels¹⁵² de fournir aux consommateurs une série d'informations, notamment en ce qui concerne les principales caractéristiques du bien¹⁵³. Parmi ces informations, ne figurent pas de manière expresse celles relatives à la durée de vie du bien ou à la période durant laquelle les mises à jour doivent être proposées au consommateur. On pourrait toutefois défendre que celles-ci sont visées

¹⁴⁷ Commission européenne, Consumer market study on the functioning of Legal and Commercial Guarantees for consumers in the EU (Étude de marché consommateurs sur le fonctionnement des garanties légales et commerciales pour les consommateurs dans l'UE), 2015. Étude réalisée à l'appui de l'analyse d'impact de la Commission européenne, *Study on Empowering Consumers Towards the Green Transition*, July 2021. Commercial warranties: are they worth the money ?, ECC-Net, avril 2019.

¹⁴⁸ Comité économique et social européen, Avis du Comité économique et social européen sur la proposition de directive du Parlement européen et du Conseil modifiant les directives 2005/29/CE et 2011/83/UE pour donner aux consommateurs les moyens d'agir en faveur de la transition écologique grâce à une meilleure protection contre les pratiques déloyales et à de meilleures informations, COM (2022) 143 final, *J.O.U.E.*, 22 novembre 2022, ci-après, avis du Comité économique et social européen du 22 novembre 2022, p. 4.

¹⁴⁹ Art. L. 111-6 du Code de la consommation français.

¹⁵⁰ Voy. *supra*, n° 18.

¹⁵¹ Transposée dans le livre VI du Code de droit économique.

¹⁵² Selon l'article 2, 2), de la directive sur les droits des consommateurs, la notion de professionnel vise « 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, aux fins qui entrent dans le cadre de son activité commerciale, industrielle, artisanale ou libérale en ce qui concerne des contrats relevant de la présente directive ».

¹⁵³ Selon l'article 2, 3), de la directive sur les droits des consommateurs, la notion de « bien » renvoie à « tout objet mobilier corporel ».

par l'obligation d'information sur la base d'une interprétation extensive de l'expression « principales caractéristiques du bien ».

En d'autres termes, il n'existe pas, à l'heure actuelle, d'obligation d'information spécifique portant sur la durée de vie du bien concerné, ni sur la période durant laquelle les mises à jour doivent être proposées au consommateur.

27. La proposition de directive visant à modifier la directive sur les droits des consommateurs. La directive sur les droits des consommateurs fait actuellement l'objet d'une proposition de modification, déposée par la Commission européenne, dans le cadre de son Plan d'action pour une économie circulaire¹⁵⁴. L'objectif de ce texte est de « contribuer à une économie européenne circulaire, propre et verte en permettant aux consommateurs de prendre des décisions d'achat en connaissance de cause et, partant, de contribuer à une consommation plus durable »¹⁵⁵. Pour ce faire, la Commission suggère de fournir des informations précontractuelles supplémentaires, telles que celles relatives à l'existence d'une garantie commerciale de durabilité, à la réparabilité des biens (au moyen d'un indice de réparabilité), ainsi qu'à la « disponibilité de mises à jour logicielles gratuites pour tous les biens comportant des éléments numériques ».

Sur ce dernier point, précisons que la proposition de directive visant à modifier la directive 2011/83/CE définit strictement la notion de mises à jour. En effet, celle-ci ne couvre que les mises à jour nécessaires « pour maintenir la conformité des biens comportant des éléments numériques (...) conformément aux directives (UE) 2019/770 et (UE) 2019/771 »¹⁵⁶. Le professionnel devra donc, au stade précontractuel, informer le consommateur sur la disponibilité des mises à jour nécessaires au maintien de la conformité du bien, sauf dans trois hypothèses. Tout d'abord, cette obligation d'information ne repose pas sur le professionnel qui offre une garantie commerciale supérieure à deux ans¹⁵⁷. Ensuite, celui-ci ne sera pas tenu de communiquer ces informations lorsqu'il ne les aura pas lui-même

¹⁵⁴ Proposition de directive pour donner aux consommateurs les moyens d'agir en faveur de la transition écologique grâce à une meilleure protection contre les pratiques déloyales et à de meilleures informations.

¹⁵⁵ *Ibid.*, exposé des motifs, p. 1.

¹⁵⁶ *Ibid.*, art. 2.

¹⁵⁷ Sauf si le producteur s'engage à mettre à disposition les mises à jour au-delà de la période de garantie commerciale. Dans cette hypothèse, il doit en effet en informer le consommateur.

reçues de la part du producteur^{158 159}. Finalement, les obligations du professionnel seront également allégées dans le cadre d'un contrat de vente qui prévoit la fourniture continue du contenu numérique ou du service numérique¹⁶⁰ car, dans cette hypothèse, le professionnel communique déjà ces informations en vertu de la directive sur les contrats de vente^{161 162}. Cette solution est opportune car, comme le précise le Comité économique social européen, « si l'absence d'information est dommageable, la profusion d'informations trop nombreuses ou techniques l'est quasiment tout autant »¹⁶³.

28. Application de la directive sur les droits des consommateurs à l'obsolescence logicielle des biens comportant des éléments numériques. En l'état, la directive sur les droits des consommateurs ne contribue pas à la lutte contre l'obsolescence logicielle des biens comportant des éléments numériques dès lors qu'elle n'impose aucune obligation d'information de cette nature. Sa nouvelle mouture, suggérée par la Commission, est plus prometteuse en ce qu'elle pallie ce problème. Toutefois, deux écueils sont à relever. Tout d'abord, celle-ci prévoit une exception de taille à l'exigence d'information, qui contrarie les associations de protection de l'environnement¹⁶⁴. En effet, le vendeur n'est tenu de mettre à disposition l'information que si le producteur lui a lui-même fourni celle-ci. Ensuite, compte tenu de la définition retenue de la notion de « mise à jour », le professionnel n'est pas tenu d'informer le

¹⁵⁸ La définition de cette notion renvoie à celle de l'article 2, point 4), de la directive 2019/771/UE, qui vise « le fabricant d'un bien, l'importateur d'un bien dans l'Union ou toute personne qui se présente comme un producteur en apposant sur le bien son nom, sa marque ou un autre signe distinctif ». Concernant cette notion, voy. H. JACQUEMIN et P. LIMBRÉE, « La garantie légale applicable aux biens, aux contenus numériques et aux services numériques », *op. cit.*, p. 57.

¹⁵⁹ Cette exception ressort de la formulation suivante de l'article 2, (2), de la proposition de directive : « pour les biens comportant des éléments numériques, **lorsque le producteur met ces informations à disposition**, la durée minimale, exprimée en unités de temps, pendant laquelle le producteur fournit les mises à jour logicielles » (nous soulignons).

¹⁶⁰ Prenons, par exemple, le cas d'une montre connectée, qui nécessite, pour être utilisée, de télécharger une application de *running*.

¹⁶¹ Voy. *infra*, nos 29 et s.

¹⁶² Voy. art. 2, (2), de la proposition de directive pour donner aux consommateurs les moyens d'agir en faveur de la transition écologique grâce à une meilleure protection contre les pratiques déloyales et à de meilleures informations.

¹⁶³ Avis du Comité économique et social européen du 22 novembre 2022, p. 4.

¹⁶⁴ Voy. not. HOP, « Paquet économie circulaire : redonner le pouvoir aux consommateurs ? », 5 mai 2022, disponible sur halteobsolescence.org.

consommateur des effets indésirables que la mise à jour proposée pourrait entraîner sur le fonctionnement de son bien¹⁶⁵.

§ 3. – La directive sur la vente aux consommateurs

29. La directive 2019/771/UE. La directive 2019/771/UE a modifié 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 consommation¹⁶⁶. L'objectif était d'adapter la législation à l'environnement technologique, spécialement pour protéger de manière harmonisée les consommateurs d'objets connectés (montres, GPS, etc.), qui pouvaient être confrontés à des biens défectueux¹⁶⁷.

30. La garantie légale de conformité et l'obsolescence prématurée. La garantie légale de conformité est un mécanisme qui permet de faire obstacle à l'obsolescence prématurée d'un bien dans les premières années de son utilisation. Cette affirmation, qui était déjà vraie sous l'empire de la directive 1999/44/CE¹⁶⁸, l'est encore plus depuis l'adoption de la direc-

¹⁶⁵ Toutefois, nous observerons *infra* que la Commission européenne a proposé d'ériger en pratique commerciale déloyale le fait de ne pas informer le consommateur sur les effets indésirables d'une mise à jour.

¹⁶⁶ Directive 1999/44/CE. Cette directive a été transposée, par la loi du 20 mars 2022 (loi du 20 mars 2022 modifiant les dispositions de l'ancien Code civil relatives aux ventes à des consommateurs, insérant un nouveau titre *Vibis* dans le livre III de l'ancien Code civil et modifiant le Code de droit économique, *M.B.*, 31 mars 2022) dans la section IV du Titre VI de l'ancien Code civil, intitulé « de la vente ».

¹⁶⁷ Pour atteindre cet objectif, le législateur européen a adopté, à côté de la directive 2019/771/UE, la directive 2019/770/UE, dont le champ d'application vise les contrats de fourniture de contenus numériques et de services numériques (la directive (UE) 2019/770 du Parlement européen et du Conseil du 20 mai 2019 relative à certains aspects concernant les contrats de fourniture de contenus numériques et de services numériques, *J.O.*, L 136 du 22 mai 2019, pp. 1-27). Cette directive, que nous ne traitons pas dans le cadre de la présente contribution, a été transposée dans un le nouveau titre *Vibis* de l'ancien Code civil, qui est entièrement consacré à la fourniture de contenus et de services numériques.

¹⁶⁸ En effet, le consommateur pouvait, sur la base de cet instrument, réclamer la mise en conformité de son produit lorsque celui-ci n'était pas « propre aux usages auxquels servent habituellement les biens du même type » (art. 2, c) ou qu'il ne présentait pas « la qualité et les prestations habituelles d'un bien de même type auxquelles le consommateur peut raisonnablement s'attendre, eu égard à la nature du bien et, le cas échéant, compte tenu des déclarations publiques faites sur les caractéristiques concrètes du bien par le vendeur, par le producteur ou par son représentant, notamment dans la publicité ou l'étiquetage » (art. 2, d)).

tive 2019/771/UE dès lors qu'elle introduit de nouveaux critères d'appréciation de la conformité du bien, tels que sa durabilité¹⁶⁹, le fait de savoir s'il a été livré avec des accessoires et instructions¹⁷⁰ et s'il bénéficie des mises à jour nécessaires¹⁷¹.

Certes, ces nouveaux éléments sont de nature à faire obstacle à l'obsolescence prématurée des biens concernés. Toutefois, en pratique, l'intérêt de ce régime est limité. En effet, on peut s'attendre, lorsque la fin de vie du bien résulte d'une stratégie du fabricant, à ce que celui-ci retarde l'apparition de la défaillance à l'expiration de la période durant laquelle il doit répondre de tout défaut de conformité.

31. L'obligation de fourniture des mises à jour nécessaires au maintien de la conformité du bien comportant des éléments numériques. En vertu de la directive 2019/771/UE, le vendeur est tenu de « fournir les mises à jour pour faire en sorte que les biens comportant des éléments numériques restent conformes »¹⁷². Le législateur européen encadre cette obligation dès lors qu'il la circonscrit aux mises à jour nécessaires pour maintenir la conformité des biens aux critères objectifs et subjectifs de conformité¹⁷³. En d'autres termes, le vendeur 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)¹⁷⁴. Notons que les mises à jour nécessaires au maintien de la conformité incluent les mises à jour correctives et peuvent contenir des mises à jour évolutives dans la mesure où celles-ci n'excèdent pas la capacité du bien à remplir ses fonctions eu égard à sa finalité¹⁷⁵.

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

Tout d'abord, 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

¹⁶⁹ La durabilité d'un bien vise sa capacité « à maintenir les fonctions et performances requises dans le cadre d'un usage normal » (art. 2, 13), de la directive 2019/771/UE).

¹⁷⁰ Art. 6(c) et 7(1)(c) de la directive 2019/771/UE.

¹⁷¹ Art. 6(d) et 7(3) de la directive 2019/771/UE.

¹⁷² Consid. 30 de la directive 2019/771/UE.

¹⁷³ Art. 8, 3), de la directive 2019/771/UE.

¹⁷⁴ Art. 6, d), de la directive 2019/771/UE.

¹⁷⁵ M. CASTELLAZZI, B. FLURY-HERARD, A. MOATTI et B. SCHWOB, « Obsolescence logicielle », *op. cit.*, p. 31.

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'attendre¹⁷⁶. Celle-ci devrait normalement couvrir la durée de la garantie légale de conformité – soit deux ans – et pourrait même, dans certains cas, dépasser cette couverture (par exemple, pour ce qui concerne les mises à jour de sécurité)¹⁷⁷. Selon certains, celle-ci devrait même atteindre la durée d'usage normalement attendue du bien concerné¹⁷⁸. Si cette idée est séduisante en théorie, on peut se demander comment le vendeur peut la respecter 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 auparavant¹⁷⁹.

Ensuite, 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^{180 181}.

¹⁷⁶ Art. 7, 3., a), de la directive 2019/771/UE.

¹⁷⁷ Consid. 31 de la directive 2019/771/UE.

¹⁷⁸ M. CASTELLAZZI, B. FLURY-HERARD, A. MOATTI et B. SCHWOB, « Obsolescence logicielle », *op. cit.*, p. 42.

¹⁷⁹ Par ailleurs, notons qu'à l'analyse, cette obligation de mise à disposition des mises à jour est difficilement conciliable avec la précision apportée par le considérant 37 de la directive 2019/771/UE. Effectivement, 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'aurait 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.

¹⁸⁰ Notons, à cet égard, que le considérant 37 de la directive 2019/771/UE précise que la conformité du bien est appréciée pendant toute la période « durant laquelle la responsabilité du vendeur est engagée pour défaut de conformité ».

¹⁸¹ H. JACQUEMIN et P. LIMBRÉE, « La garantie légale applicable aux biens, aux contenus numériques et aux services numériques », *op. cit.*, pp. 73 et 75.

32. L'information du vendeur 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 pourrait devenir défectueux¹⁷⁹. Dans cette hypothèse, le vendeur ne devra pas mettre en conformité le bien 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 résulter exclusivement du défaut d'installation de la mise à jour concernée¹⁸².

33. Application de la directive sur la vente aux consommateurs à l'obsolescence logicielle des biens comportant des éléments numériques. La directive sur la vente aux consommateurs s'inscrit dans la lutte contre l'obsolescence logicielle des biens comportant des éléments numériques. En effet, en imposant au vendeur de mettre à disposition les mises à jour nécessaires au maintien de la conformité du bien pendant une période supérieure à deux ans, elle a pour effet de prolonger la durée de vie de celui-ci au-delà de la période traditionnelle de couverture.

Toutefois, cette directive ouvre également la porte à de nombreuses questions : comment déterminer concrètement quelles mises à jour sont nécessaires au maintien de la conformité du bien ? Comment déterminer la durée de fourniture de l'élément numérique lorsque celle-ci n'est pas précisée contractuellement¹⁸³ ? Comment fixer la période durant laquelle le consommateur peut raisonnablement s'attendre à recevoir des mises à jour ? Ou encore, comment le vendeur peut-il mettre à disposition du

¹⁸² Art. 7.4, de la directive 2019/771/UE.

¹⁸³ Le législateur français a apporté une réponse à cette question. En effet, ce dernier a précisé que le professionnel doit garantir, pendant une période de deux ans, la conformité d'un bien qui intègre ou est interconnecté à un élément numérique, 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 biens, qui intègrent ou sont interconnectés à des éléments numériques 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 contrat. 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.

consommateur des mises à jour de l'élément numérique du bien lorsque celles-ci ne sont plus offertes par le fournisseur ? À notre sens, les deux dernières questions pourraient être réglées au moyen des instruments relatifs à l'écoconception des produits dans la mesure où ces derniers imposeraient aux fabricants une période durant laquelle ils devraient mettre à disposition les mises à jour.

Toutefois, dans ce cas de figure, des difficultés subsisteraient dès lors que les mises à jour visées par ce type d'instruments n'ont pas le même champ que celles concernées par la directive 2019/771/UE. Notons à cet égard que celle-ci nécessite, pour être respectée, que le fournisseur fasse une distinction entre les mises à jour nécessaires au maintien de la conformité du bien et les autres (vu que les secondes ne sont pas couvertes par la directive 2019/771/UE¹⁸⁴). Or, selon les acteurs du secteur, cette dissociation est difficile, sinon impossible, à mettre en œuvre. En effet, ces derniers prétendent que modifier les paramètres relatifs à la sécurité du logiciel implique d'en modifier l'architecture générale (dans la mesure où les exigences de sécurité sont généralement intégrées dès la conception du logiciel)¹⁸⁵. En réalité, cette contrainte technique ne fait pas obstacle à la dissociation des mises à jour, qui peuvent être distribuées en deux temps. Le fournisseur pourrait tout d'abord mettre à disposition les mises à jour de sécurité seules et, ensuite, les inclure dans des mises à jour correctives ou évolutives¹⁸⁶.

§ 4. – La directive sur les pratiques commerciales déloyales

34. Mise en contexte. Il ressort d'une consultation publique, menée par la Commission lors de l'élaboration de sa proposition de directive de mars 2022, que 76 % des personnes interrogées ont annoncé avoir été confrontées à une « défaillance inattendue d'un produit au cours des trois

¹⁸⁴ À cet égard, notons que la France a décidé d'aller au-delà de la directive 2019/771/UE et d'encadrer les mises à jour qui ne sont pas nécessaires au maintien de la conformité du bien (art. L217-20 et L224-25-26 du Code de la consommation français). Compte tenu de ces articles, le professionnel ne peut proposer une mise à jour dont l'effet est de réduire la durée de vie du bien, sans courir le risque que le consommateur sollicite sa désinstallation ou, le cas échéant, la résolution de la convention de vente.

¹⁸⁵ M. CASTELLAZZI, B. FLURY-HERARD, A. MOATTI et B. SCHWOB, « Obsolescence logicielle », *op. cit.*, p. 34.

¹⁸⁶ *Ibid.*

années précédentes ». Les associations de protection des consommateurs, consultées également à cette occasion, ont confirmé que l'obsolescence prématurée était une réalité (alors que ce point a été globalement contesté par les représentants de l'industrie)¹⁸⁷.

35. La directive relative aux pratiques commerciales déloyales. La directive 2005/29/CE, qui vise à procéder à une harmonisation totale des règles, interdit les pratiques commerciales déloyales exercées par les professionnels vis-à-vis des consommateurs¹⁸⁸. La notion de « pratique commerciale » est définie largement et vise « toute action, omission, conduite, démarche ou communication commerciale, y compris la publicité et le marketing, de la part d'un professionnel, en relation directe avec la promotion, la vente ou la fourniture d'un produit aux consommateurs »¹⁸⁹.

Pour apprécier le caractère déloyal d'une pratique, il convient de procéder à un raisonnement en trois étapes. Tout d'abord, il convient de se demander si la pratique analysée relève de la liste noire de l'annexe I de la directive. Si tel est le cas, elle sera qualifiée de déloyale en toutes circonstances. À défaut, la pratique sera appréciée au regard de la seconde étape du raisonnement, consacrée aux articles 6 à 9 de la directive. Ces dispositions identifient les conditions pour qu'une pratique puisse être qualifiée de trompeuse ou d'agressive. Finalement, faute d'appartenir à l'une de ces catégories, la pratique sera examinée à l'aune du critère général. Cet examen nécessite de se demander si elle est contraire à la diligence professionnelle¹⁹⁰ et si elle altère ou est susceptible d'altérer de manière substantielle le comportement économique du consommateur moyen qu'elle touche ou auquel elle s'adresse. Lorsque ces deux conditions sont réunies, la pratique est interdite¹⁹¹.

36. Les pratiques commerciales déloyales et l'obsolescence prématurée. En fonction des circonstances concrètes de l'espèce, la pratique d'obsolescence prématurée pourrait être qualifiée de déloyale sur la base de la première, de la deuxième ou de la troisième étape du raisonnement.

¹⁸⁷ Proposition de directive du 30 mars 2022, pp. 4 et 10.

¹⁸⁸ Cette directive a été transposée dans le livre VI du Code de droit économique.

¹⁸⁹ Voy. l'article 2, d), de la directive sur les pratiques commerciales déloyales et, sa transposition en droit belge, au sein de l'article I.8.23°, du Code de droit économique.

¹⁹⁰ La directive 2005/29/CE définit la notion de « diligence professionnelle » en tant que « le niveau de compétence spécialisée et de soins dont le professionnel est raisonnablement censé faire preuve vis-à-vis du consommateur, conformément aux pratiques de marché honnêtes et/ou au principe général de bonne foi dans son domaine d'activité » (art. 2, h), de la directive 2005/29/CE).

¹⁹¹ Art. 5, 2., de la directive 2005/29/CE.

En effet, l'annexe I de la directive liste certains comportements qui pourraient relever du phénomène d'obsolescence prématurée. Nous pensons notamment au fait de « décrire un produit comme étant “gratuit” (...), [alors que] le consommateur doit payer quoi que ce soit d'autre que les coûts inévitables liés à la réponse à la pratique commerciale et au fait de prendre possession ou livraison de l'article »¹⁹² ou de « se livrer à des sollicitations répétées et non souhaitées »¹⁹³. Interdire ces pratiques, réputées déloyales en toutes circonstances, permet de faire obstacle à l'obsolescence prématurée dans la mesure où celles-ci ont pour effet d'inciter le consommateur à renouveler son bien, avant la fin de sa durée de vie.

Ensuite, ce type de pratique pourrait également constituer une omission trompeuse au sens de l'article 7,1., de la directive 2005/29/CE, dans la mesure où le vendeur aurait omis de fournir des informations substantielles relatives au produit¹⁹⁴ ¹⁹⁵. Rappelons que c'est sur la base de cette disposition que l'autorité de la concurrence italienne a condamné les sociétés Samsung et Apple¹⁹⁶. En effet, celle-ci a considéré, à l'occasion de ces deux affaires, que le consommateur n'aurait peut-être pas pris la même décision commerciale (achat d'un *smartphone* à un certain prix) s'il avait été informé de l'ensemble de ses caractéristiques (et notamment des risques qui accompagnaient le téléchargement de certaines mises à jour et de la nécessité de procéder occasionnellement au remplacement de sa batterie)¹⁹⁷.

Finalement, à considérer que la pratique d'obsolescence prématurée ait réussi avec succès les deux premières étapes du raisonnement, elle devrait, en toute logique, être sanctionnée sur la base de la troisième. Dès lors, la directive 2005/29/CE est de nature à couvrir toutes les formes d'obsolescence prématurée¹⁹⁸.

37. La proposition de directive modifiant la directive sur les pratiques commerciales déloyales. La directive 2005/29/CE fait actuellement l'objet d'une proposition de modification, déposée par la Commission

¹⁹² Point 20 de l'Annexe I de la directive sur les pratiques commerciales déloyales.

¹⁹³ Point 26 de l'Annexe I de la directive sur les pratiques commerciales déloyales.

¹⁹⁴ Selon la directive 2005/29/CE, cette notion désigne « tout bien ou service, y compris les biens immobiliers, les droits et les obligations » (art. 2, c), de la directive 2005/29/CE).

¹⁹⁵ *Doc. parl.*, Ch. repr., 2019-2020, n° 55-0771/003, p. 5.

¹⁹⁶ *Voy. supra*, n° 6.

¹⁹⁷ A. MICHEL, « Est-il pertinent de définir légalement et de pénaliser les pratiques d'obsolescence prématurée ? Analyse de la loi française au regard des récentes décisions italiennes contre Apple et Samsung », *op. cit.*, disponible sur books.openedition.org.

¹⁹⁸ *Ibid.* ; Commission européenne, « Orientations concernant l'interprétation et l'application de la directive 2005/29/CE du Parlement européen et du Conseil relative aux pratiques commerciales déloyales des entreprises vis-à-vis des consommateurs dans le marché intérieur », *J.O.U.E.*, C 526/1, 29 décembre 2021, p. 84.

européenne, dans le cadre de son Plan d'action pour une économie circulaire¹⁹⁹. Ce faisant, celle-ci cherche à protéger davantage les consommateurs contre les pratiques commerciales déloyales qui empêchent les achats durables, telles que « les pratiques d'obsolescence précoce entraînant la défaillance prématurée des biens »²⁰⁰. Dès lors, la Commission propose d'élargir la liste noire afin d'y englober six pratiques liées à l'obsolescence prématurée des produits. Parmi celles-ci, une pratique relève précisément du phénomène de l'obsolescence logicielle, à savoir le fait de « ne pas informer le consommateur qu'une mise à jour logicielle aura une incidence négative sur l'utilisation de biens comportant des éléments numériques ou sur certaines fonctionnalités de ces biens, même si cette mise à jour améliore d'autres fonctionnalités »²⁰¹. Par ailleurs, la Commission suggère également d'élargir la liste des caractéristiques du produit au sujet desquelles un professionnel ne peut induire en erreur (afin d'y viser, notamment, sa durabilité ou sa réparabilité).

38. La lutte contre l'obsolescence logicielle par l'interdiction des pratiques commerciales déloyales. La directive 2005/29/CE est un instrument qui a déjà fait ses preuves en matière de lutte contre l'obsolescence logicielle. En effet, comme nous l'avons souligné, c'est sur la base de celle-ci que Samsung et Apple ont été condamnés par les autorités italienne et française. Cela étant, nous soutenons la proposition de la Commission qui vise à modifier ce texte afin d'y ajouter expressément, au sein de la liste noire, la pratique consistant à ne pas informer, le consommateur, des conséquences négatives de l'installation d'une mise à jour. Certains sont toutefois plus critiques et défendent l'idée selon laquelle ne pas interdire de telles pratiques équivaut à les acter²⁰². En effet, selon le Comité économique et social européen, l'Union européenne ne peut tolérer des pratiques qui ont pour objet de réduire la durée de vie du produit, même à considérer que le consommateur en ait été informé. Il convient donc, selon ce dernier, de coupler l'obligation d'information à l'interdiction de telles pratiques²⁰³.

¹⁹⁹ Proposition de directive du 30 mars 2022.

²⁰⁰ Proposition de directive du 30 mars 2022, p. 1.

²⁰¹ La proposition de directive du 30 mars 2022 suggère d'ajouter cette pratique au point 23quinquies de la liste noire de la directive 2005/29/CE.

²⁰² Halte à l'obsolescence programmée, « Europe : l'obsolescence programmée sur la sellette ? », 28 avril 2022, disponible sur halteobsolescence.org.

²⁰³ Avis du Comité économique et social européen du 22 novembre 2022, p. 5.

Conclusion

La lutte contre l'obsolescence logicielle des biens comportant des éléments numériques permet de soutenir les trois piliers du développement durable. En effet, allonger la durée de vie des biens comportant des éléments numériques contribue à l'avènement d'une économie circulaire, respectueuse de l'environnement et du progrès social.

Hormis en France, où la pratique de l'obsolescence programmée est un délit pénal, la lutte contre celle-ci, et plus précisément contre l'obsolescence logicielle, s'organise de manière indirecte, au moyen d'instruments généraux adoptés à l'échelon européen. Nous approuvons cette approche supranationale et horizontale. En effet, celle-ci écarte le risque de fragmentations du marché et présente une apparence d'homogénéité. Par ailleurs, elle tient compte de chaque étape du cycle de vie des biens comportant des éléments numériques, ce qui permet de cibler toutes les facettes du phénomène. Les récentes initiatives de la Commission européenne confirment cette approche. En effet, cette dernière œuvre à modifier les instruments légaux existants (tant en droit de l'environnement qu'en droit de la consommation) afin d'atteindre son objectif transversal de durabilité.

Toutefois, le système actuel (et, *a fortiori*, celui qui est actuellement en discussion) présente des incohérences, qui font obstacle à son efficacité. En effet, tout d'abord, les champs d'application matériels et personnels des instruments discutés se chevauchent, sans se superposer. Cela est source de confusion pour les professionnels et menace la sécurité juridique des citoyens. Ensuite, ceux-ci opèrent des distinctions entre les mises à jour, suivant leur objet (réparer une brèche de sécurité, corriger un dysfonctionnement, ajouter des fonctionnalités) et leur effet (maintenir ou non la conformité du bien). Cette distinction impose implicitement aux professionnels une obligation de dissociation qui, en pratique, est impossible à (faire) respecter. Finalement, notons que l'instrumentalisation²⁰⁴ du droit de la consommation aux fins des objectifs du Green Deal présente un inconvénient majeur : les textes concernés ne s'appliquent qu'aux relations entre un professionnel et un consommateur.

²⁰⁴ Pour plus d'informations sur l'instrumentalisation du droit de la consommation pour accélérer la transition vers une économie circulaire, voy. P. LEQUET, « Green Deal et économie circulaire. À la croisée des branches du droit », disponible sur observatoire-greendeal.eu.

Afin de dépasser ces difficultés et de soutenir l'approche transversale de la Commission, il est primordial d'envisager les instruments européens existants comme un tout indissociable, écrit d'une seule main. Rappelons par ailleurs que l'efficacité de ceux-ci est tributaire de la compréhension des pratiques qu'ils visent à combattre. Or, nous avons relevé qu'il n'existait que très peu de cas documentés d'obsolescence logicielle. Nous espérons que les préoccupations environnementales inciteront les lanceurs d'alertes à effectuer davantage de signalements dans ce domaine.