



RESEARCH OUTPUTS / RÉSULTATS DE RECHERCHE

La protection du consommateur de contenus numériques

Jacquemin, Hervé

Published in:
DCCR : Droit de la consommation = Consumentenrecht

Publication date:
2015

Document Version
le PDF de l'éditeur

[Link to publication](#)

Citation for published version (HARVARD):
Jacquemin, H 2015, 'La protection du consommateur de contenus numériques', *DCCR : Droit de la consommation = Consumentenrecht*, vol. 108-109, pp. 5-33.

General rights

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

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

Take down policy

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

La protection du consommateur de contenus numériques

Hervé Jacquemin*

Introduction

1. Diversité des contenus numériques. Avec le développement constant des technologies de l'information et de la communication, et le recours de plus en plus fréquent aux appareils mobiles (de type Smartphone ou tablette), un grand nombre de transactions ont désormais pour objet des films, de la musique, des jeux vidéo, des logiciels, des applications ou des livres numériques. Ceux-ci peuvent être acquis par leur destinataire moyennant la délivrance d'un support physique (CD-ROM, DVD...), dans un magasin traditionnel ou par Bpost, mais également *online*, à l'issue d'une opération de téléchargement. Il est également possible que ces contenus soient exécutés directement en ligne (Software-as-a-Service dans le contexte du *cloud computing* ou film visionné par *streaming*).

Ces hypothèses constituent ce qu'il est désormais convenu d'appeler des « contenus numériques ». Ce nouveau concept a été introduit par la directive 2011/83/UE sur les droits des consommateurs¹ et, comme on le verra, il est particulièrement large. On peut en effet ajouter les réseaux sociaux, les services de communications en ligne (de type Skype, par exemple), les services de stockage ou de messagerie en ligne, l'édition de contenus de nature journalistique, etc. En somme, la plupart des services accessibles en ligne sont des contenus numériques.

L'importance économique de ces contenus est évidente, de même que son potentiel de croissance². Aussi ne s'étonne-t-on guère qu'au niveau européen,

* Chargé d'enseignement à l'Université de Namur (CRIDS), chargé de cours invité à l'UCL et à l'ICHEC, avocat au barreau de Bruxelles.

¹ Voy. les références citées *infra*, note 14.

² En contextualisant sa récente consultation publique sur les « règles contractuelles applicables aux achats en ligne de contenus numériques et de biens matériels » (été 2015 – http://ec.europa.eu/justice/newsroom/contract/opinion/150609_en.htm), la Commission européenne indique que « les marchés de produits à contenu numérique connaissent une expansion fulgurante. À titre d'exemple, dans l'UE, le secteur des applications s'est considérablement développé en moins de cinq ans et devrait rapporter 63 milliards d'euros à l'économie européenne d'ici 2018. Selon les estimations, les consommateurs ont dépensé 16 milliards d'euros dans le secteur des jeux vidéo en 2013. Dans l'industrie musicale, les recettes du numérique représentent désormais 31 % des recettes totales dans l'UE ».

ils soient au cœur de la *Stratégie pour un marché unique numérique en Europe*³.

2. Quelle protection pour le consommateur ? Cette croissance reste étroitement liée au niveau de confiance des consommateurs dans ce type de produits, laquelle peut exiger de mettre en place une régulation spécifique.

La question se pose en effet de savoir si les règles actuellement en vigueur en droit de l'Union et en droit belge pour protéger les consommateurs (obligation d'information, exigences formelles, droit de rétractation, interdiction des pratiques commerciales déloyales, garantie des biens de consommation, etc.) – et dont certaines ont d'ailleurs été adoptées récemment en vue de viser spécifiquement les contenus numériques – permettent d'assurer à ceux-ci un niveau de protection satisfaisant ou, au contraire, si le cadre normatif devrait être amendé⁴.

Une telle analyse requiert de bien comprendre la faiblesse spécifique dont le consommateur de contenus numériques est supposé souffrir.

3. Faiblesse du consommateur de contenus numériques. De manière générale, les mécanismes de protection du consommateur ont été adoptés pour lutter contre la faiblesse dont celui-ci est supposé souffrir⁵⁻⁶.

³ Voy. la Communication de la Commission au Parlement européen, au Conseil, au Comité économique et social européen et au Comité des régions, *Stratégie pour un marché unique numérique en Europe*, 6 mai 2015, COM(2015) 192 final, spéc. les points 2.1., 2.3., 2.4., 3.2., 3.3. et 3.4.

⁴ Tel est d'ailleurs l'objet de la consultation publique lancée par la Commission européenne en juin 2015 (http://ec.europa.eu/justice/newsroom/contract/opinion/150609_en.htm).

⁵ Sur la faiblesse du consommateur, voy. not. M. FONTAINE, « La protection de la partie faible dans les rapports contractuels (Rapport de synthèse) », in J. GHESTIN et M. FONTAINE (dir.), *La protection de la partie faible dans les rapports contractuels. Comparaisons franco-belges*, Paris, L.G.D.J., 1996, pp. 616 et 617, n° 2 ; Ch. BOURRIER, *La faiblesse d'une partie au contrat*, Louvain-la-Neuve, Bruylant, 2003, pp. 22 et s., n° 9 et s. ; H. JACQUEMIN, *Le formalisme contractuel. Mécanisme de protection de la partie faible*, Bruxelles, Larcier, 2010, pp. 51 et s., n° 21 et s. Voy. égal. la jurisprudence de la Cour de justice de l'Union européenne, not. en matière de clauses abusives : « le système de protection mis en œuvre par la directive repose sur l'idée que le consommateur se trouve dans une situation d'infériorité à l'égard du professionnel, en ce qui concerne tant le pouvoir de négociation que le niveau d'information, situation qui le conduit à adhérer aux conditions rédigées préalablement par le professionnel, sans pouvoir exercer une influence sur le contenu de celles-ci » (C.J.C.E., 26 octobre 2006, aff. C-168/05, *Mostaza Claro*, point 25 ; voy. aussi C.J.C.E., 27 juin 2000, aff. C-240/98 à C-244/98, *Oceano Grupo*, point 25 ; C.J.C.E., 4 juin 2009, aff. C-243/08, *Pannon GSM Zrt*, point 22 ; C.J.C.E., 6 octobre 2009, aff. C-40/08, *Asturcom Telecommunicaciones SL*, points 29 à 31 ; C.J.U.E., 9 novembre 2010, aff. C-137/08, *VB Péntügyi Lizing Zrt.*, points 46 à 48 ; C.J.U.E., 15 mars 2012, aff. C-453/10, *Pereničová et Perenič* ; C.J.U.E., 3 octobre 2013, aff. C-59/12, *BKK Mobil*, point 35 ; C.J.U.E., 3 septembre 2015, aff. C-110/14, *Horațiu Ovidiu Costea*, point 18.

⁶ S'agissant spécialement de la faiblesse du consommateur numérique, voy. not. M.B.M. Loos, N. HELBERGER, L. GUIBAULT, C. MAK, L. PESSERS, J.K. CSERES, B. VAN DER SLOOT et R. TIGNER, *Comparative analysis, Law and Economics analysis, assessment and recommendations for possible future rules on digital content contracts*, étude de l'Université d'Amsterdam pour la Commission européenne, 2011,

L'infériorité du consommateur résulte principalement d'un manque de connaissance sur des éléments de fait ou de droit du rapport contractuel (il s'agit plus précisément d'une asymétrie informationnelle, au préjudice de la partie faible). Dans les législations consuméristes, outre les fins pour lesquelles les parties s'engagent respectivement, elle peut s'expliquer par l'objet même du contrat (un contrat de crédit ou de time-sharing dont le consommateur ignore les contraintes légales, par exemple) ou par le mode (ou le lieu) de conclusion du contrat (un contrat conclu à distance et par voie électronique, par exemple, dans lequel le consommateur ne peut pas voir le bien ou le toucher).

En l'occurrence, c'est l'objet du contrat qui explique la faiblesse du consommateur : le contenu numérique se caractérise en effet par des éléments de nature technique (et qui tiennent notamment à ses fonctionnalités, son interopérabilité avec d'autres éléments matériels ou logiciels ou aux restrictions géographiques éventuelles) que le consommateur moyen ne maîtrise pas nécessairement. De nombreux consommateurs peuvent aussi être surpris de l'exigence de paiement d'un prix en cours d'exécution du contrat (pour progresser dans un jeu sur appareil mobile, par exemple, le téléchargement de l'application de base étant gratuit). Par ailleurs, il n'est pas rare que des données à caractère personnel soient traitées à travers les applications mises à sa disposition ou que des droits de propriété intellectuelle lui soient octroyés. À cet égard, le consommateur souffrira généralement d'un manque d'information sur les éléments de droit liés à ces considérations, lorsqu'il ignore les traitements réalisés avec ses données ou qu'il ne connaît pas l'étendue de son droit d'utilisation sur le logiciel téléchargé.

La faiblesse peut aussi tenir à la position respective des parties, l'une étant spécialement puissante et l'autre souffrant d'une vulnérabilité particulière, ce qui peut conduire son cocontractant à abuser de sa position pour en tirer avantage. Par exemple, pour l'essentiel, les contrats régis par les législations envisagées sont des contrats d'adhésion, dans lesquels, sauf exception, la marge de négociation de la partie jugée plus faible est très réduite, voire inexistante ; tout au plus peut-elle se borner à adhérer au contrat standardisé qui lui est proposé.

Ce dernier élément peut amener le cocontractant du consommateur à lui imposer des conditions contractuelles déséquilibrées. On songe aux clauses limitatives ou exonératoires de responsabilité dans des contrats portant sur la fourniture de services de *cloud computing* sans contrepartie financière, le prestataire s'exonérant généralement de toute responsabilité en cas de perte des données.

pp. 19 et s. ; U. STENZEL, M. G. S. LIMA et J.J. DOWNES, *Study on Digital Content Products in the EU*, IBF International Consulting for the European Commission, 2012, 86 p.

Des consommateurs *particulièrement vulnérables* – en comparaison au consommateur moyen – peuvent également souffrir d'une faiblesse additionnelle, requérant l'établissement de mécanismes de protection complémentaires. On songe spécialement aux mineurs, qui utilisent abondamment les appareils mobiles et les applications en tous genres disponibles à travers ceux-ci, ce qui les placent parmi les grands consommateurs de contenus numériques⁷.

4. Plan de la présente contribution. Dans la présente contribution, nous nous concentrons sur les nouvelles règles introduites par la directive sur les droits des consommateurs – et la loi belge de transposition – pour protéger spécifiquement le consommateur de contenus numériques⁸.

Dans un premier temps, nous veillons à comprendre précisément la notion de « contenu numérique », tout en l'articulant avec les principaux concepts qui déterminent l'application (ou la non-application) des règles de protection des consommateurs (point I).

Ensuite, et eu égard aux résultats de l'analyse menée dans le premier point, nous pouvons examiner les règles de protection spécialement adoptées pour les contenus numériques ou qui résultent de l'assimilation de la notion à d'autres concepts (biens, services, produits, etc.) (point II).

⁷ Dans la présente contribution, nous pouvons difficilement aborder cette question en détail. De manière générale, sur la protection des mineurs, voy. M. DEMOULIN, « Les mineurs et le commerce électronique : besoin de protection ou d'autonomie ? », *J.T.*, 2007, pp. 105 et s. ; A. NOTTET, « Mineur et téléphonie mobile », *R.G.D.C.*, 2008, pp. 239 à 255 ; H. JACQUEMIN, « Contrats en ligne et protection du consommateur numérique », *J.T.*, 2012, pp. 805 à 809, n° 13 ; A. NOTTET, *Le consommateur mineur : analyse juridique de la protection d'une personne doublement vulnérable*, Waterloo, Kluwer, 2013.

⁸ Sur cette question, voy. aussi F. COPPENS, M. DEMOULIN, R. ROBERT et S. DUSOLLIER, *Digital products in the acquis communautaire in the field of consumer protection*, Research study for the BEUC, 2009 ; M. DEMOULIN, *Droit des contrats à distance et du commerce électronique*, Bruxelles, Kluwer, 2010, pp. 7 et s., n°s 8 et s. ; H. JACQUEMIN, « Les nouvelles règles applicables aux contrats à distance et l'incidence des technologies de l'information et de la communication sur certaines pratiques du marché », in H. JACQUEMIN (coord.), *La protection du consommateur après les lois du 6 avril 2010*, Louvain-la-Neuve, Anthemis, 2010, pp. 59 et s. ; H. JACQUEMIN, « Digital Content and Consumer Protection within European Law », *Proceedings of the 8th International Workshop for Technical, Economic and Legal Aspects of Business Models for Virtual Goods*, PUN, 2010, pp. 41 à 57 ; M.B.M. LOOS, N. HELBERGER, L. GUIBAULT, C. MAK, L. PESSERS, J.K. CSERES, B. VAN DER SLOOT et R. TIGNER, *Comparative analysis, Law and Economics analysis, assessment and recommendations for possible future rules on digital content contracts*, étude de l'Université d'Amsterdam, 2011 ; U. STENZEL, M. G. S. LIMA et J.J. DOWNES, *Study on Digital Content Products in the EU*, IBF International Consulting for the European Commission, 2012, 86 p. ; N. HELBERGER, M.B.M. LOOS, L GUIBAULT, C. MAK et L. PESSERS, « Digital Content Contracts for Consumers », *J. Consum. Policy*, 2013/36, pp. 37 à 57.

I. Contours de la notion de « contenu numérique »

5. Plan du point I. La notion de « contenu numérique » étant définie légalement, c'est par la compréhension de cette expression que l'analyse doit débuter. Aussi examinons-nous sa signification (A) avant de l'articuler avec d'autres notions voisines (B).

A. Le contenu numérique au sens du Code de droit économique

6. De la directive sur les droits des consommateurs au Code de droit économique. Le Code de droit économique, promulgué le 28 février 2013⁹, rassemble dans un même instrument diverses législations générales ressortissant au droit des affaires.

Deux de ses livres contiennent des dispositions spécialement applicables aux contenus numériques (la notion étant par ailleurs définie dans le livre I) : le livre VI sur les pratiques du marché et la protection du consommateur¹⁰ et le livre XIV sur les pratiques du marché et la protection du consommateur relatives aux professions libérales¹¹, en vigueur depuis le 31 mai 2014¹²⁻¹³.

⁹ Article 2 de la loi du 28 février 2013 introduisant le Code de droit économique, *M.B.*, 29 mars 2013.

¹⁰ Ce livre est introduit par la loi du 21 décembre 2013 portant insertion du livre VI « Pratiques du marché et protection du consommateur » dans le Code de droit économique et portant insertion des définitions propres au livre VI, et des dispositions d'application de la loi propres au livre VI, dans les livres I^{er} et XV du Code de droit économique, *M.B.*, 30 décembre 2013.

¹¹ Ce livre est introduit par la loi du 15 mai 2014 portant insertion du livre XIV « Pratiques du marché et protection du consommateur relatives aux personnes exerçant une profession libérale » dans le Code de droit économique et portant insertion des définitions propres au livre XIV et des dispositions d'application au livre XIV, dans les livres I et XV du Code de droit économique, *M.B.*, 30 mai 2014.

¹² À ce sujet, voy. les commentaires suivants : E. PIETERS, K. BYTTEBIER et R. FELTKAMP, « Le Code de droit économique – Survol du contenu et des principales nouveautés », *R.D.C.*, 2014, spéc. pp. 345 et s. ; Y. NINANE et A. BOCHON, « Actualités en matière de contrats de consommation », *Le droit de la consommation dans le nouveau Code de droit économique*, Bruxelles, Bruylant, 2014, pp. 69 et s. ; G. VANDENDRIESEN, « Marktpraktijken en consumentenbescherming in boek VI van het wetboek economische recht », in *Le nouveau Code de droit économique / Het nieuwe Wetboek van economisch recht*, Bruxelles, Larcier, 2014, pp. 105 et s. ; F. GLANSDORFF, « Le Code de droit économique et les professions libérales », in *Le nouveau Code de droit économique / Het nieuwe Wetboek van economisch recht*, Bruxelles, Larcier, 2014, pp. 217 et s. ; R. STEENNOT et E. TERRYN, « De nieuwe bepalingen uit Boek VI van het Wetboek Economisch Recht: een eerste commentaar », *D.C.C.R.*, 2014, pp. 3 et s. ; T. BAES, « Boek VI WER – Marktpraktijken en consumentenbescherming: steven naar een maximal behoud van de WMPC », *R.D.C.*, 2014, pp. 757 et s. ; H. JACQUEMIN, « Les pratiques du marché et la protection du consommateur dans le Code de droit économique. Le point sur les nouvelles règles matérielles (livres VI et XIV) et procédurales (livres XVI et XVII) », *J.T.*, 2014, pp. 722 et s. ; H. JACQUEMIN, « Les nouvelles règles du Code de droit économique applicables aux contrats en ligne », *R.D.T.I.*, 2014/3, pp. 5 et s. ; D. GOL, « Pratiques du marché et protection du consommateur », in *Le Code de droit économique : principales innovations*, CUP, vol. 156, Bruxelles, Larcier, 2015, pp. 99 et s.

¹³ Article 1^{er} de l'arrêté royal du 28 mars 2014 relatif à l'entrée en vigueur de certains livres du Code de droit économique, *M.B.*, 29 avril 2014 (pour le livre VI) et article 9 de la loi précitée du 15 mai 2014 (pour le livre XIV).

Dans ces deux livres, les règles applicables aux contenus numériques ont été introduites pour transposer la directive 2011/83/UE sur les droits des consommateurs¹⁴. Rappelons que, sauf exception, celle-ci est d'harmonisation maximale, ce qui laisse aux États membres une liberté très réduite au moment de procéder à sa transposition. De manière très ponctuelle, on aura aussi égard à la proposition de règlement du Parlement européen et du Conseil relatif à un droit commun européen de la vente¹⁵ (ci-après, proposition de règlement DCEV), telle qu'introduite en 2011, à la lumière des amendements du Parlement européen du 26 février 2014¹⁶. Suivant le programme de la Commission pour l'année 2015¹⁷, celle-ci va déposer une proposition modifiée afin « d'exploiter pleinement le potentiel du commerce électronique dans le marché unique numérique ». À l'heure où ces lignes sont écrites, on ignore encore la teneur de ces modifications, même si on peut espérer que la prise en considération des contenus numériques sera au moins égale, voire renforcée¹⁸.

¹⁴ 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 du 22 novembre 2011. Plus précisément, cette directive devait être transposée en droit interne au plus tard le 13 décembre 2013, de sorte que les mesures entrent en vigueur à partir du 13 juin 2014 (art. 28 de la directive). Pour un commentaire, voy. J. STUYCK, « La nouvelle directive relative aux droits des consommateurs », *J.D.E.*, 2012, pp. 69 et s. ; E. TERRYN, « Richtlijn 2011/83/UE betreffende consumentenrechten – Nieuwe regels op komst voor directe verkoop », *R.W.*, 2012-2013, pp. 922 et s. ; P. ROTT, « More coherence ? A higher level of consumer protection ? – A review of the new Consumer Rights Directive 2011/83/EU », *R.E.D.C.*, 2012/3, pp. 371 et s. ; Ch. TWIGG-FLESSNER, « The impact of the Consumer Rights Directive (2011/83/EU) on Consumer Sale Contracts », *R.A.E.*, 2012/3, pp. 563 et s. ; E. POILLOT, « Droit de la consommation », *J.D.E.*, 2012, pp. 22 et s. ; J. GODDAER, « De Richtlijn Consumentenrechten. Gevolgen voor de WMP en de Wet Elektronische Handel », *D.C.C.R.*, 2012/95, pp. 7 et s. ; H. JACQUEMIN, « Le droit de la vente à l'aune de la directive sur les droits des consommateurs », in *La vente. Développements récents et questions spéciales*, Bruxelles, Larcier, 2013, pp. 225 et s. ; PÔLE DE DROIT PRIVÉ DE L'UNIVERSITÉ SAINT-Louis, « La directive 2011/83/UE du 25 octobre 2011 relative aux droits des consommateurs », *R.G.D.C.*, 2013, pp. 174 et s. ; X., « La directive 2011/83/UE sur les droits des consommateurs et sa transposition en droits belge et français », *R.E.D.C.*, 2013/3-4, pp. 335 à 498. Voy. aussi Commission UE, *DG Justice Guidance document concerning Directive 2011/83/EU of the European Parliament and of the Council of 25 October 2011 on consumer rights, amending Council Directive 93/13/EEC and Directive 1999/44/EC of the European Parliament and of the Council and repealing Council Directive 85/577/EEC and Directive 97/7/EC of the European Parliament and of the Council, juin 2014*, disponible sur http://ec.europa.eu/justice/consumer-marketing/files/crd_guidance_en.pdf.

¹⁵ COM(2011) 635 final. À propos de l'instrument optionnel, voy. C. DELFORGE, « Les ventes transfrontalières aux consommateurs et aux P.M.E. belges bientôt régies par un "Code" européen de la vente en lieu et place du Code civil ? », *J.T.*, 2012, pp. 753 et s. ; B. KOHL et P. WÉRY, « La proposition de Règlement relatif à un droit commun européen de la vente », in *La vente. Développements récents et questions spéciales*, Bruxelles, Larcier, 2013, pp. 7 et s.

¹⁶ Résolution législative du Parlement européen du 26 février 2014 sur la proposition de règlement du Parlement européen et du Conseil relatif à un droit commun européen de la vente.

¹⁷ Annexe de la Communication de la Commission au Parlement européen, au Conseil, au Comité économique et social européen et au Comité des régions, « Programme de travail de la Commission pour l'année 2015 – un nouvel élan », COM(2014) 910 final, 16 décembre 2014, p. 13.

¹⁸ Ce n'est pas l'avis du Conseil des barreaux européens qui juge qu'il faudrait se limiter à la vente en ligne de biens matériels (position du CCBE sur la proposition modifiée de droit commun européen de la vente,

Dès lors qu'elles sont identiques sur ce point dans le livre VI et le livre XIV, seules les dispositions du livre VI seront mentionnées dans la présente contribution.

On précise qu'en droit belge, à une exception près (mais elle est marginale¹⁹), la notion même de « contenu numérique » ne se trouve que dans les livres précités (ainsi que le livre I, qui le définit). La notion de bien immatériel ou incorporel est utilisée plus fréquemment, par le législateur ou le juge²⁰, mais telle n'a pas été l'option terminologique retenue en droit de la consommation.

7. Définition du « contenu numérique » dans le C.D.E. Pour l'application du livre VI et du livre XIV du Code de droit économique, la nouvelle notion de « contenu numérique » désigne « les données produites et fournies sous forme numérique »²¹. Ce faisant, le législateur belge transpose fidèlement la directive sur les droits des consommateurs²².

Des exemples sont donnés au considérant n° 19 de cette directive et sont par ailleurs repris dans les travaux préparatoires de la loi belge²³. Sont ainsi visés « les programmes informatiques, les applications, les jeux, la musique, les vidéos ou les textes, que l'accès à ces données ait lieu au moyen du téléchargement ou du streaming, depuis un support matériel ou par tout autre moyen ».

La définition est particulièrement large.

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

¹⁹ 24 avril 2015, disponible sur http://www.ccbe.eu/fileadmin/user_upload/NTCdocument/20150424_FR_CCBE_pos2_1430721669.pdf. Nous ne sommes pas de cet avis, qui aurait pour effet de limiter fortement l'impact sur le commerce en ligne, alors même qu'il y a un véritable besoin d'intervenir sur ce point.

²⁰ Article 4 du décret de la Communauté flamande du 18 mars 2011 modifiant le décret du 13 juillet 2001 portant stimulation d'une politique culturelle locale qualitative et intégrale, en ce qui concerne la bibliothèque digitale, *M.B.*, 11 avril 2011.

²¹ Voy. les exemples cités par P. LECOCQ et A. PUTTEMANS, « Rapport belge provisoire – questionnaire relatif au thème n° 1 : L'immatériel et les biens », *Journées espagnoles sur l'Immatériel*, Association Henri Capitant des amis de la Culture juridique française, 19-23 mai 2014, disponible sur http://www.henricapitant.org/sites/default/files/Belgique_0.pdf, pp. 3 et 4.

²² Article I.8, 35°, (pour le livre VI) et article I.8, 32°, (pour le livre XIV) du C.D.E.

²³ Article 2, 11°, de la directive. Comp. à l'article 2, j), de la proposition de règlement DCEV, qui donne des exemples dans la définition même et exclut diverses hypothèses (telles que les services financiers ainsi que les activités et jeux d'argent, par exemple).

²⁴ *Doc. parl.*, Chambre, sess. ord. 2012-2013, n° 3018/001, p. 16.

informatique, il se matérialise, concrètement, en une suite numérique de 0 et de 1, en hexadécimal (de manière à pouvoir être lu par un ordinateur ou un appareil mobile).

8. Tenant compte de leurs caractéristiques, autres règles susceptibles de s'appliquer aux contenus numériques. Les éléments figurant dans la définition du contenu numérique et censés particulariser ce type d'information ne permettent pas, loin s'en faut, de qualifier un ensemble homogène et cohérent d'informations.

Ces contenus peuvent présenter des caractéristiques spécifiques permettant de leur ajouter une qualification et, ainsi, de leur appliquer un régime juridique additionnel (ledit régime permettant de protéger, directement ou indirectement, le consommateur). Sans prétendre à l'exhaustivité, nous mentionnons plusieurs d'entre eux. En pratique, l'articulation de ces règles avec les exigences contractuelles spécialement applicables aux consommateurs doit d'ailleurs être envisagée, en ce qu'elle peut, dans certains cas, être source de difficultés²⁴.

On peut d'abord se demander si le contenu numérique est protégé, d'une manière ou d'une autre, par un droit de propriété intellectuelle (protection par le droit d'auteur, par le droit des bases de données, le droit des programmes d'ordinateur, le droit des brevets, le droit des marques, etc.). Dans l'affirmative, il sera notamment soumis aux dispositions figurant dans le livre XI du Code de droit économique.

Les contenus numériques peuvent également constituer des données à caractère personnel, au sens de la loi du 8 décembre 1992 relative à la protection de la vie privée à l'égard des traitements de données à caractère personnel, et se voir soumis aux exigences prescrites par ce texte. Des obligations de transparence sont ainsi imposées au responsable du traitement des données, qui doit par ailleurs disposer d'une base de légitimation pour traiter celles-ci (par exemple, le consentement de la personne concernée).

Le cas échéant, les dispositions de la loi du 13 juin 2005 relative aux communications électroniques peuvent aussi trouver à s'appliquer, notamment les articles 124 et 125 concernant le secret des communications ou l'article 129 concernant les cookies.

²⁴ Pour des discussions en ce sens, voy. N. HELBERGER, M.B.M. Loos, L. GUIBAULT, C. MAK et L. PESSERS, « Digital Content Contracts for Consumers », *J. Consum. Policy*, 2013/36, pp. 44 et s. ; S. DUSOLLIER, « The relations between copyright law and consumers' rights from a European perspective », note pour le Parlement européen, 2010, disponible sur www.ssrn.com/abstract=2127736 ; H. JACQUEMIN, « La régulation de certains aspects juridiques du commerce électronique par les Communautés », rapport rédigé dans le cadre du post-doc au CSA, Bruxelles, 2011, 73 p., disponible sur http://www.csa.be/system/documents_files/1659/original/HJACQUEMIN_competence_communautés_commerceFINAL.pdf?1326376554.

On peut encore ajouter les textes adoptés principalement²⁵ au sein des entités fédérées en vue de transposer la directive sur les services de médias audiovisuels²⁶ : le décret de la Communauté flamande du 27 mars 2009 relatif à la radiodiffusion et à la télévision²⁷ ; le décret coordonné de la Communauté française du 26 mars 2009 sur les services de médias audiovisuels²⁸ et le décret de la Communauté germanophone du 27 juin 2005 sur les services de médias audiovisuels et les représentations cinématographiques²⁹. Ceux-ci contiennent en effet des règles de protection des consommateurs en matière de publicité ou relativement au contenu des programmes.

Un procédé de signature, d'horodatage ou de recommandé électronique fourni à un consommateur constitue également un contenu numérique, soumis par ailleurs aux dispositions du règlement eIDAS (dès son application) ou des législations nationales prises dans le domaine³⁰.

9. Subdivisions possibles suivant le mode de distribution des contenus numériques. Le caractère ouvert de la définition du « contenu numérique » peut encourager à chercher des éléments de différenciation entre ceux-ci (au-delà de la prise en considération d'un cadre normatif spécifique à certains contenus numériques

²⁵ Pour être précis, il faut ajouter la loi du 30 mars 1995 concernant les réseaux de communications électroniques et services de communications électroniques et l'exercice d'activités de radiodiffusion dans la Région bilingue de Bruxelles-Capitale (*M.B.*, 22 février 1996). S'agissant des prestataires établis dans la Région de Bruxelles-Capitale dont les activités en matière de radiodiffusion ne peuvent être considérées comme appartenant exclusivement à l'une ou l'autre communauté, le législateur fédéral est en effet compétent.

²⁶ Directive 2010/13/UE du Parlement européen et du Conseil du 10 mars 2010 visant à la coordination de certaines dispositions législatives, réglementaires et administratives des États membres relatives à la fourniture de services de médias audiovisuels (directive « Services de médias audiovisuels »), *J.O. L* 95 du 15 avril 2010. Sur cette directive (ou celles dont elle assure la coordination, voy. not. F. JONGEN (dir.), *La directive Services de médias audiovisuels. Le nouveau cadre juridique de l'audiovisuel européen*, Louvain-la-Neuve, Anthemis, 2010, 207 p.

²⁷ *M.B.*, 30 avril 2009. Sur ce décret, voy. not. D. STEVENS, K. LEFEVER, P. VALCKE et D. BRAECKEVELT, « Structuur en krachtlijnen van Het Nieuwe Vlaamse Mediadecreet », *A&M*, 2009, pp. 355 et s.

²⁸ *M.B.*, 24 juillet 2009. Pour un commentaire de ce décret, voy. not. M. HANOT et V. STRAETMANS, « Transposition S.M.A. en Communauté française – La révolution cachée d'un décret amendé entre tradition et innovation », *A&M*, 2009, pp. 364 et s. ; A. LEFEBVRE, « La transposition de la directive «Services de médias audiovisuels» en Communauté française de Belgique », *R.D.T.I.*, 2009/36, pp. 63 et s.

²⁹ *M.B.*, 6 septembre 2005. Sur ce décret, voy. Y. DERWAHL, « La transposition de la directive SMA et les défis de la régulation des médias audiovisuels en Communauté germanophone de Belgique », *R.D.T.I.*, 2010/38, pp. 5 et s.

³⁰ Règlement (UE) n° 910/2014 du Parlement européen et du Conseil du 23 juillet 2014 sur l'identification électronique et les services de confiance pour les transactions électroniques au sein du marché intérieur et abrogeant la directive 1999/93/CE, *J.O. L* 257 du 28 août 2014. Pour un commentaire, voy. H. JACQUEMIN, « Preuve et services de confiance dans l'environnement numérique », *Pas de droit sans technologie*, CUP, Bruxelles, Larcier, 2015, pp. 41 à 86 ; D. GOBERT, « Le règlement européen du 23 juillet 2014 sur l'identification électronique et les services de confiance (eIDAS) : évolution ou révolution », *R.D.T.I.*, 2014/56, pp. 27 et s.

– voy. *supra*, note 11) et, sur cette base, de construire une typologie des contenus numériques.

Une distinction peut ainsi être faite suivant le mode de distribution du contenu numérique : celui-ci peut en effet être fourni sur un support matériel (un DVD ou un CD-ROM, par exemple) ou indépendamment de celui (par téléchargement ou en streaming, par exemple). On verra que ces caractéristiques ont une incidence majeure sur les règles applicables (*infra*, point II).

De même, lorsque le contenu numérique est fourni aux consommateurs dans le cadre d'une relation contractuelle nouée entre ceux-ci et le prestataire, on peut se demander si une contrepartie quelconque est attendue du consommateur et, dans l'affirmative, en quoi elle consiste (paiement d'un prix, consentement à traiter des données à caractère personnel, etc.). On sait en effet que de nombreux services en ligne sont fournis sans contrepartie financière directe de la part des internautes. Cette considération n'empêche pas les prestataires de fournir leurs produits dans le cadre d'une activité économique, en recueillant de plantureuses recettes publicitaires (généralement liées à la fréquentation des sites Internet).

B. Comment articuler la notion de « contenu numérique » et d'autres notions-clés du C.D.E. ou de législations particulières ?

10. Importance des termes utilisés pour circonscrire le champ d'application des règles de protection du consommateur. Pour l'essentiel, les règles matérielles générales de protection du consommateur (obligations d'information, interdiction des pratiques commerciales déloyales ou des clauses abusives, exigences de forme, droit de rétractation, etc.) se trouvent dans le livre VI (et le livre XIV) du Code de droit économique.

À l'instar de la LPMC³¹, pour circonscrire le champ d'application de ces dispositions, il convient de procéder à une analyse au cas par cas, chapitre par chapitre, voire article par article, en se fondant sur les notions-clés auxquelles le législateur fait référence et qui sont définies dans le livre I du C.D.E. On songe aux notions de « produit », de « bien » (et de « contrat de vente »), de « service » (et de « contrat de service »), pour le domaine *ratione materiae*.

³¹ Loi du 6 avril 2010 relative aux pratiques du marché et à la protection du consommateur. Cette loi a été abrogée et remplacée par la loi introduisant le livre VI dans le Code de droit économique (art. 8 de la loi du 21 décembre 2013 portant insertion du livre VI « Pratiques du marché et protection du consommateur » dans le Code de droit économique et portant insertion des définitions propres au livre VI, et des dispositions d'application de la loi propres au livre VI, dans les livres I^{er} et XV du Code de droit économique).

On peut aussi avoir égard aux dispositions particulières du Code civil relatives aux ventes à des consommateurs, qui s'appliquent aux « biens de consommation », ou à la loi du 25 février 1991 relative à la responsabilité du fait des produits défectueux (ci-après, loi du 25 février 1991).

11. Le « contenu numérique » et les notions de « produit », « bien » et « service ». Lors de l'adoption de la LPMC, la division bipartite de la LPCC³² en « produits »³³ ou « services », a été remplacée par une distinction entre les « biens » (sont visés les « biens meubles corporels »)³⁴ et les « services » (est visée « toute prestation effectuée par une entreprise dans le cadre de son activité professionnelle ou en exécution de son objet statutaire »)³⁵. Par ailleurs, la loi définit différemment la notion de « produit », qui comprend désormais « les biens et les services, les biens immeubles, les droits et les obligations »³⁶.

Ces notions ont été intégrées dans le C.D.E., sans modification³⁷.

À la lumière de celles-ci, le contenu numérique constitue-t-il un produit, un bien et/ou un service ?

12. Produit. La notion de « produit », au sens du C.D.E., constitue une catégorie générique volontairement large qui rassemble de nombreux éléments. À notre avis, les contenus numériques doivent à tout le moins être considérés comme des « produits », soit en tant que variété de biens ou de services (à ce sujet, voy. *infra*, notes 21 et s.), soit en tant que « droits et obligations », par référence à certaines législations particulières qui déterminent les droits et les obligations applicables aux contenus numériques (en matière de propriété intellectuelle ou de traitement des données à caractère personnel, par exemple).

Il en résulte que les dispositions du livre VI applicables aux produits doivent être respectées lorsque des contenus numériques sont fournis (*infra*, n° 26).

13. « Bien » ou « service » au sens du C.D.E. ? Il faut poursuivre l'analyse en vue d'établir si le « contenu numérique » peut (ou doit) être considéré comme un « bien » ou un « service », au sens du C.D.E.

³² Loi du 14 juillet 1991 relative aux pratiques du marché et à l'information et la protection du consommateur (cette loi a été abrogée et remplacée par la LPMC).

³³ On note d'ailleurs que le « produit » ne recevait pas la même définition à l'article 1^{er}, 1^o, (qui vise les biens meubles corporels) et aux articles 31, § 2, 1^o, et 93, 2^o, (qui visent les biens meubles corporels, les immeubles, les droits et les obligations).

³⁴ Article 2, 5^o, de la LPMC.

³⁵ Article 2, 6^o, de la LPMC : est visée « toute prestation effectuée par une entreprise dans le cadre de son activité professionnelle ou en exécution de son objet statutaire ».

³⁶ Article 2, 4^o, de la LPMC.

³⁷ Le « bien » est défini à l'article I.1, 6^o, du C.D.E., le « service » à l'article I.1, 5^o, du C.D.E. et le « produit » à l'article I.1, 4^o, du C.D.E.

La directive sur les droits des consommateurs apporte des éléments de réponse.

Elle précise en effet, en son considérant n° 19, que « si le contenu numérique est fourni sur un support matériel, tel qu'un CD ou un DVD, il devrait être considéré comme un bien au sens de la présente directive ».

Dans de nombreuses situations, et spécialement en ligne, le contenu numérique n'est toutefois pas fourni sur un support matériel. L'hypothèse n'est pas visée dans le considérant précité de la directive. À l'instar des travaux préparatoires de la loi belge de transposition, ce considérant n° 19 fait cependant référence aux *contrats* de service, en indiquant que les contrats portant sur la fourniture de contenus numériques peuvent être qualifiés de la sorte. Il paraît donc raisonnable de considérer que les contenus numériques non fournis sur un support matériel constituent des « services ». Raisonner autrement signifierait du reste qu'en matière de contrats à distance, les entreprises fournissant des contenus numériques autrement que sur un support matériel seraient dispensées de communiquer diverses informations listées à l'article VI.45 du Code. Elles ne devraient en effet fournir que les deux types de renseignements concernant spécifiquement les contenus numériques ou ceux qui ne font aucune référence aux biens ou aux services (concernant l'identité de l'entreprise et ses coordonnées, par exemple). Par contre, elles ne devraient pas informer le consommateur sur le prix ou les modalités de paiement et d'exécution. Une telle différence de traitement paraît difficilement justifiable.

Comment concilier cette analyse avec l'existence de dispositions spécifiques uniquement applicables aux contenus numériques (*infra*, n° 19 et s.) ? D'après nous, il faut considérer que, pour l'heure, le « contenu numérique » est une variété de « bien » ou de « service » (ces deux notions constituant elles-mêmes des subdivisions de la notion de « produit »). Si les dispositions du livre VI du C.D.E. font référence à la notion de « contenu numérique », cela signifie que la règle s'applique uniquement à celui-ci (à l'exclusion des autres biens ou services). Par contre, si les dispositions du livre VI du C.D.E. ne font pas référence à la notion de « contenu numérique » mais visent uniquement les « biens » ou les « services », il faut en conclure que ces dispositions s'appliquent également aux contenus numériques, respectivement fournis (ou pas) sur un support matériel.

Dans la proposition de règlement DCEV, le « contenu numérique » est également visé mais il fait l'objet de dispositions autonomes et n'est plus considéré comme une *variété* de biens. En effet, il est présenté comme une *alternative* au bien³⁸. Cette manière de faire nous paraît plus cohérente – en ce qu'elle permet

³⁸ Voy. par ex. les articles 8 (3), 13 (1), a), 14 (1), a), 16, a), 20 (1), a) ou 84, f), de l'Annexe I.

de traiter tous les contenus numériques de manière identique, peu importe l'existence d'un support.

14. Le « contenu numérique » et les notions de « bien de consommation » ou de « produit », au sens de législations spécifiques. Conformément à l'article 1649bis, § 2, 3°, le bien de consommation est « tout objet mobilier corporel, sauf :

- les biens vendus sur saisie ou de quelque autre manière par autorité de justice ;
- l'eau et le gaz lorsqu'ils ne sont pas conditionnés dans un volume délimité ou en quantité déterminée ;
- l'électricité ».

Quant au « produit » au sens de la loi du 25 février 1991, il désigne « tout bien meuble corporel, même incorporé à un autre bien meuble ou immeuble, ou devenu immeuble par destination. L'électricité est également un produit au sens de la présente loi ».

Les discussions doctrinales relatives à la qualification des logiciels, notamment dans le contexte des ventes de biens de consommation³⁹, montrent à quel point il est délicat de procéder à cet exercice. Des auteurs jugent ainsi que les logiciels sont des biens corporels dans tous les cas⁴⁰, quand d'autres se montrent plus nuancés et distinguent suivant que le logiciel est exécuté en ligne (auquel cas il est incorporel) ou enregistré sur un support physique (auquel cas, il est corporel)⁴¹.

À la lumière de l'interprétation des dispositions de la directive sur les droits des consommateurs, c'est ce dernier point de vue qui paraît confirmé⁴². Même si des

³⁹ La question s'est notamment posée pour l'application 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. L 171 du 7 juillet 1999*) et de la loi belge de transposition (la loi du 1^{er} septembre 2004 relative à la protection des consommateurs en cas de vente de biens de consommation, *M.B.*, 21 septembre 2004).

⁴⁰ M. TENREIRO et S. GÓMEZ, « La directive 1999/44/CE sur certains aspects de la vente et des garanties de biens de consommation », *R.E.D.C.*, 2000, p. 12 : « un bien électronique (qui consiste en une quantité de données et qui occupe un espace physique, par exemple dans la mémoire d'un ordinateur), doit être considéré comme bien corporel et doit donc être soumis au champ d'application de la directive. Le fait qu'il soit fourni au consommateur dans un support matériel ou à travers un réseau doit être sans importance ».

⁴¹ L. SERRANO, « Article 1^{er}. Champ d'application et définitions », in M.C. BIANCA, S. GRUNDMANN et S. STIJNS (dir.), *La directive communautaire sur la vente – Commentaire*, Bruxelles, Bruylant, Paris, L.G.D.J., 2004, p. 130. Voy. aussi Ch. BIQUET-MATHIEU, « La garantie des biens de consommation – Présentation générale », in *La nouvelle garantie des biens de consommation et son environnement légal*, Bruxelles, la Charte, 2005, pp. 64 et 65 (qui considère que les logiciels ou les enregistrements audio/vidéo vendus sur un support physique sont des biens corporels, tout en admettant que la question est controversée s'agissant des téléchargements).

⁴² Le considérant n° 19 de la directive sur les droits des consommateurs indique la signification à donner au contenu numérique « au sens de la directive ». On ne peut donc exclure qu'un même terme reçoive une acceptation différente suivant une autre directive. Par souci de cohérence, une interprétation uniforme devrait normalement être défendue, dans la mesure du possible.

différences doivent être constatées, les notions de « bien de consommation » et de « produit » (au sens de la loi du 25 février 1991) semblent constituer des variantes de la notion de « bien » au sens du C.D.E., dès lors que la corporalité est au cœur du concept choisi.

15. Le « contrat portant sur des contenus numériques » et les notions de « contrat de vente » ou « contrat de service ». Les contenus numériques peuvent faire l'objet de convention, à l'instar des biens et des services.

Suivant le considérant n° 19 de la directive sur les droits des consommateurs, « de même que les contrats portant sur la fourniture d'eau, de gaz ou d'électricité, lorsqu'ils ne sont pas conditionnés dans un volume délimité ou en quantité déterminée, ou les contrats portant sur la fourniture de chauffage urbain, les contrats relatifs à des contenus numériques non fournis sur un support matériel ne devraient être qualifiés, aux fins de la présente directive, ni comme contrats de vente ni comme contrats de service ».

Il y aurait ainsi quatre sortes de contrats régis par la directive sur les droits des consommateurs⁴³ : le contrat de vente, le contrat de service, le contrat portant sur la fourniture de service d'intérêt public et le contrat portant sur la fourniture de contenu numérique non fourni sur un support matériel.

À l'analyse, telle n'est pas la compréhension du législateur belge : les travaux préparatoires de la loi de transposition indiquent en effet que « la fourniture de contenu numérique doit être considérée comme un contrat de vente de bien si le contenu numérique est fourni sur un support matériel, tel qu'un CD ou un DVD. Elle doit par contre être considérée comme un contrat de service si le contenu numérique n'est pas fourni sur un tel support matériel »⁴⁴. La différence d'interprétation porte ainsi sur le contenu numérique qui n'est pas fourni sur un support matériel (considéré comme un contrat de service par le législateur belge et comme un contrat à part entière par le législateur européen).

Même si le législateur belge semble tirer les conséquences qui s'imposent dans la transposition des règles matérielles (en ne visant pas, contrairement à la directive, l'hypothèse du « contrat portant sur la fourniture de contenu numérique non fourni sur un support matériel » dans les dispositions relatives au droit de rétractation), on regrette vivement cette interprétation autonome, qui donne un coup de canif dans l'harmonisation totale de la directive et engendre nécessairement des différences dans les législations des États membres.

⁴³ En ce sens, voy. Commission UE, *DG Justice Guidance document concerning Directive 2011/83/EU...*, *op. cit.*, p. 5.

⁴⁴ *Doc. parl.*, Chambre, sess. ord. 2012-2013, n° 3018/001, p. 16.

Plus grave, cette manière de faire a pour conséquence de réduire sensiblement, en droit belge, le champ d'application matériel de la notion de « contrat portant sur des contenus numériques » (par rapport à la directive européenne). En effet, eu égard à la notion de « contenu numérique » et en l'absence de définition de « contrat portant sur des contenus numériques », on doit normalement considérer que le paiement d'un prix par le consommateur n'est pas une condition d'application matérielle de la notion⁴⁵. Or, qu'il s'agisse du « contrat de service » ou du « contrat de vente », cette exigence de contrepartie financière est expressément requise. Concrètement, cela signifie que le téléchargement d'applications mobiles gratuites sur l'App Store ou Google Play ne constitue pas un contrat de service au sens du livre VI du Code de droit économique. Au sens de la directive sur les droits des consommateurs cependant, il s'agit d'un « contrat portant sur la fourniture de contenu numérique non fourni sur un support matériel », pour lequel des exigences doivent être respectées en matière de droit de rétractation. Sous réserve d'une interprétation du droit belge en conformité avec la directive, cette différence pourrait (devrait) d'après nous faire l'objet d'une question préjudicielle (voire d'un recours en manquement de la Commission européenne) devant la Cour de justice de l'Union européenne.

La proposition de règlement DCEV nous paraît préférable : l'article 5, alinéa 1^{er}, b), énonce en effet que le droit commun européen de la vente s'applique aux « contrats de fourniture d'un contenu numérique que l'utilisateur peut stocker, traiter et réutiliser, ou auquel il peut avoir accès, que ce contenu soit fourni sur un support matériel *ou par tout autre moyen*, et indépendamment du fait qu'il soit fourni en contrepartie du paiement d'un prix *ou d'une contre-prestation autre que le paiement d'un prix, ou qu'il ne soit fourni en échange d'aucune contre-prestation* »⁴⁶. Comme on peut le constater, le paiement d'un prix n'est pas requis, et le contrat portant sur la fourniture d'un contenu numérique constitue une notion à part entière.

16. Regard critique sur la qualification du « contenu numérique ». À divers égards, le régime actuellement en vigueur n'est pas satisfaisant.

On pointera d'abord la multiplicité des termes utilisés et l'exercice difficile de qualification auquel l'interprète est soumis. En se limitant au livre VI du Code de droit économique, il faut en effet distinguer les produits, les biens, les services, les contenus numériques fournis sur un support matériel, les contenus numériques qui ne sont pas fournis sur un support matériel, les contrats de vente, les contrats de service et les contrats portant sur des contenus numériques qui ne sont pas fournis sur un support

⁴⁵ Commission UE, *DG Justice Guidance document concerning Directive 2011/83/EU...*, *op. cit.*, p. 64.

⁴⁶ Les passages en italique révèlent les modifications apportées au texte initial par le Parlement européen. Voy. aussi le considérant n° 18 de la proposition de règlement DCEV.

matériel (pour ces derniers contrats, uniquement dans la directive sur les droits des consommateurs).

La complexité est encore accentuée par l'existence de termes différents ou de définitions distinctes dans d'autres législations de protection du consommateur (dispositions du Code civil en matière de biens de consommation ou loi du 25 février 1991).

On note par ailleurs que les règles de protection des consommateurs sont (partiellement) construites sur le modèle des poupées russes : le contenu numérique peut être une variété de bien ou de service, qui constituent quant à eux des subdivisions du produit ; quant aux contrats portant sur des contenus numériques, ils constituent des contrats de service ou des contrats de vente (en droit belge), des contrats de vente ou des contrats portant sur des contenus numériques qui ne sont pas fournis sur un support matériel en droit de l'UE. Concrètement, cela signifie qu'on ne trouve pas, dans une disposition spécifique (ou une subdivision de la loi), la totalité des règles applicables à chaque élément. Cette manière de procéder est loin d'être isolée en droit, puisqu'on tend généralement vers l'abstraction la plus grande possible (sauf lorsque des hypothèses spécifiques requièrent des régimes différenciés) et ce n'est normalement pas une difficulté sauf lorsque, comme en l'espèce, la multiplicité des termes est concentrée sur un nombre réduit de dispositions légales. Il faut par conséquent analyser le champ d'application des règles alinéa par alinéa, ce qui est particulièrement fastidieux et source d'erreurs potentielles, mêmes pour le juriste le plus attentif.

Enfin, des différences de traitement potentiellement contraires au principe d'égalité et de non-discrimination (art. 10 et 11 de la Constitution) ne sont pas à exclure. D'après nous, un régime cohérent devrait ainsi être appliqué à tout type de contenu numérique. Il faut en effet éviter de traiter de manière différente un même contenu numérique, en fonction de la manière dont il est transmis (sur un support matériel ou pas) et du prix éventuellement payé par le consommateur. À cet égard la proposition de règlement DCEV nous paraît préférable, puisque les contenus numériques font l'objet d'un régime propre, distinct de celui des biens. Par contre, s'agissant de son mode de fourniture, des qualifications différentes persisteront, suivant qu'il est transmis sur un support physique (CD-ROM, DVD, etc.) qui constitue un bien meuble corporel, ou non.

Telle n'est malheureusement pas l'option prise par le législateur européen dans la directive sur les droits des consommateurs. Aussi en résulte-t-il une différence de traitement, qui peut être au préjudice du consommateur : lorsqu'il est fourni sur un support matériel et considéré comme un bien, le contenu numérique peut en effet bénéficier des règles matérielles de protection spécialement applicables à ceux-ci (sur ce point, voy. aussi *infra*, point II). On songe principalement à la garantie des

biens de consommation, à la responsabilité du fait des produits défectueux ou au bénéfice d'un délai plus long pour l'exercice du droit de rétractation (le point de départ étant postposé pour les biens). À défaut (autrement dit pour le contenu numérique qui n'est pas fourni sur un support matériel), ces dispositions ne sont pas applicables. D'aucuns diront qu'il valait mieux le verre à moitié rempli que complètement vide. Nous aurions cependant préféré une réforme plus ambitieuse, à l'instar de la proposition de règlement DCEV, qui aurait étendu l'application de la garantie des biens de consommation ou de la responsabilité des produits défectueux aux contenus numériques.

Parallèlement, on doit se rappeler que l'exercice de qualification des contenus numériques n'a de sens qu'à la lumière du régime juridique que l'on souhaite leur appliquer (octroi d'un droit de rétractation, renforcement des obligations d'information ou, le cas échéant, mise en place d'un mécanisme fonctionnellement équivalent). Aussi faut-il également s'interroger sur les mécanismes de protection qui devraient s'appliquer aux contenus numériques en tant que tels ou à la manière dont ceux-ci sont fournis à leur destinataire, de sorte que la typologie choisie reflète adéquatement les conclusions auxquelles cette analyse aura mené.

II. Règles matérielles applicables aux contenus numériques

17. Plan du point II. L'exercice de qualification doit permettre d'identifier les règles de droit matériel auxquelles une hypothèse donnée est soumise. Dès lors que la notion de « contenu numérique » est comprise dans d'autres notions, plus larges, notre analyse des règles matérielles de protection du consommateur va du particulier (le contenu numérique en tant que tel – A) au général (le bien ou le service, d'abord, le produit ensuite – B).

On l'a vu, le contenu numérique vise la totalité de ce qui se trouve sur l'Internet ainsi que de nombreux contenus échangés dans le monde traditionnel. Eu égard à l'objet très précis de la présente contribution, nous pouvons difficilement étendre l'analyse à toutes les autres règles de droit matériel susceptibles de s'appliquer aux contenus numériques (nous en avons listées quelques-unes précédemment, *supra*, n° 8). Aussi nous concentrerons-nous sur les principales règles de protection du consommateur en matière contractuelle.

A. Règles applicables aux contenus numériques en tant que tels

18. Deux mécanismes de protection. Deux mécanismes de protection sont mobilisés par le législateur dans le livre VI du Code de droit économique, au bénéfice du

consommateur de contenus numériques : le renforcement des obligations d'information (1) et, dans une moindre mesure, le droit de rétractation (2).

1. Renforcement des obligations d'information

19. Double exigence d'information complémentaire. Lorsqu'un contrat a pour objet des contenus numériques, des informations spécifiques doivent désormais être fournies par l'entreprise au consommateur. Elles sont requises en matière de contrats à distance⁴⁷, de contrats hors établissement⁴⁸ et, de manière générale, pour tout autre contrat que ceux-ci⁴⁹.

L'information porte d'abord sur les « fonctionnalités du contenu numérique, y compris les mesure de protection technique applicables ». Suivant le contenu concerné, les fonctionnalités peuvent viser la langue de celui-ci, la manière de le fournir au consommateur (par *streaming*, téléchargement, etc.), la durée (pour un film par exemple), la taille (pour des fichiers) ou toute limitation concernant l'utilisation (avec l'exigence de paiements additionnels pour bénéficier d'éléments du contenu, par exemple)⁵⁰. L'information concerne également « toute interopérabilité pertinente du contenu numérique avec certains matériels ou logiciels et autres services dont l'entreprise a ou devrait raisonnablement avoir connaissance ». Sur ce point, le considérant n° 19 de la directive sur les droits des consommateurs indique qu'« on entend les informations relatives au matériel standard et à l'environnement logiciel avec lesquels le contenu numérique est compatible, par exemple le système d'exploitation, la version nécessaire et certaines caractéristiques de matériel »⁵¹.

Dans ses *Guidelines*, la Commission européenne donne utilement des exemples de la manière dont ces informations peuvent être fournies, sur un site Internet ou avec un Smartphone⁵².

20. Regard critique sur cette obligation d'information. Considérant visiblement que le cadre normatif en vigueur avant la directive sur les droits des consommateurs ne permettait pas de protéger efficacement le consommateur de contenus numériques, à l'aune de sa faiblesse spécifique dans ce cas de figure (*supra*, n° 3), le

⁴⁷ Article VI.45, 18° et 19°, du C.D.E.

⁴⁸ Article VI.67, 17° et 18°, du C.D.E.

⁴⁹ Article VI.2, 8° et 9°, du C.D.E.

⁵⁰ À ce sujet, voy. Commission UE, *DG Justice Guidance document concerning Directive 2011/83/EU...*, *op. cit.*, pp. 67 et 68.

⁵¹ On peut aussi mentionner les travaux préparatoires de la loi belge, qui indiquent qu'« on vise ici l'information à fournir au consommateur concernant, par exemple, la compatibilité entre des programmes et des logiciels ; l'utilisation exclusive de tel logiciel pour faire fonctionner le programme, etc. » (*Doc. parl.*, Chambre, sess. ord. 2012-2013, n° 3018/001, p. 34).

⁵² Commission UE, *DG Justice Guidance document concerning Directive 2011/83/EU...*, *op. cit.*, pp. 69 et s.

législateur a allongé la liste des informations à fournir. Sur le plan de la sécurité juridique, c'est probablement la solution la plus sûre même si d'aucuns auraient sans doute pu prétendre que ces informations étaient implicitement comprises, en matière de contrats à distance, dans l'obligation générale d'information sur les caractéristiques des biens et des services⁵³, ou dans l'interdiction des pratiques commerciales déloyales⁵⁴ (omissions trompeuses).

De lege ferenda, on aurait également pu espérer que le législateur européen promeuve des mécanismes fonctionnellement équivalents aux obligations d'information. Pour lever les obstacles formels à la conclusion des contrats par voie électronique, la théorie des équivalents fonctionnels a été consacrée. Suivant celle-ci, on s'attache davantage aux objectifs et aux fonctions poursuivis par la règle de forme qu'aux caractéristiques matérielles des procédés utilisés dans l'environnement traditionnel. Concrètement, si le procédé utilisé dans l'environnement numérique (un document au format PDF envoyé par courriel, par exemple) permet au moins d'atteindre les fonctions traditionnellement reconnues au support papier, il est jugé fonctionnellement équivalent et il produit les mêmes effets, sur le plan juridique⁵⁵.

On appliquerait le même raisonnement aux obligations d'information : plus précisément, l'absence de référence explicite, dans le cadre du processus de commande, aux fonctionnalités du contenu numérique ou à toute interopérabilité pertinente ne devrait pas être sanctionnée s'il est démontré que des mécanismes fonctionnellement équivalents ont été mis en place. On songe par exemple à la possibilité, pour le consommateur, de tester une version « test » du jeu vidéo, de visionner la bande annonce du film ou d'écouter un court extrait de la chanson. De même, on peut craindre que les consommateurs ne soient pas les mieux à même de juger de l'interopérabilité d'un contenu numérique, dès lors qu'ils ne connaissent pas forcément les caractéristiques techniques de leur matériel. Techniquement, le module de commande devrait être capable de détecter ces caractéristiques et d'orienter le consommateur en conséquence vers les produits les plus adaptés.

Même en l'absence de référence explicite à ce type de raisonnement dans une disposition légale (à l'instar de celle qui figure à l'article XII.15 du C.D.E.), nous restons

⁵³ Article 4 de la directive 97/7/CE du Parlement européen et du Conseil du 20 mai 1997 concernant la protection des consommateurs en matière de contrats à distance, *J.O. L* 144 du 4 juin 1997.

⁵⁴ Articles 6 et 7 de la directive 2005/29/CE sur les pratiques commerciales déloyales à l'égard des consommateurs et article VI.99 du C.D.E.

⁵⁵ Cette théorie a été consacrée par le législateur belge à l'article XII.15 du C.D.E. (pour les obstacles formels), sous l'influence des travaux de la CNUDCI et de ses lois-types sur le commerce électronique (1996) et sur la signature électronique (2001). À ce propos, voy. H. JACQUEMIN, *Le formalisme contractuel... op. cit.*, n° 253 et s., et les références citées ; M. DEMOULIN, *Droit du commerce électronique et équivalence fonctionnelle*, Bruxelles, Larcier, 2014.

d'avis qu'il devrait être mis en œuvre par les juridictions chargées de juger de la conformité d'un processus de commande, en tant que principe général.

Par ailleurs, quitte à allonger la liste des informations à fournir, on peut se demander s'il n'aurait pas été utile d'indiquer d'autres mentions (sans préjudice d'autres obligations d'information, prescrites par ailleurs, en vertu de législations spécifiques – voy. *supra*, n° 8). L'objet particulier du contrat – les contenus numériques – tend en effet à renforcer l'asymétrie informationnelle du consommateur.

On constate ainsi que les applications téléchargées sur les appareils mobiles (tablettes ou Smartphones) contiennent de nombreuses informations (constituant par ailleurs des données à caractère personnel), pour lesquelles les traitements restent peu transparents. Des informations précises devraient être fournies en ce sens, spécialement lorsque lesdits traitements constituent la contrepartie à la mise à disposition, sans paiement d'un prix, des contenus numériques. La durée des contrats mériterait aussi d'être davantage détaillée, avec les moyens d'y mettre fin (suffit-il de supprimer l'application ? d'autres mesures doivent-elles être prises ?) et les conséquences d'une dissolution éventuelle, notamment sur les données. Enfin, on constate fréquemment des restrictions géographiques dans l'utilisation des applications et le consommateur belge devrait par exemple être informé qu'il ne pourra plus regarder ses séries préférées sur Netflix lorsqu'il sera en vacances en Grèce.

2. Droit de rétractation

21. Objectif du mécanisme. Le consommateur bénéficie d'un droit de rétractation en matière de contrats à distance ou hors établissement, ainsi que dans certains domaines spécifiques (notamment en matière de crédit à la consommation).

S'agissant spécifiquement des contrats à distance (un contenu numérique téléchargé en ligne, par exemple), le mécanisme s'explique par la position de faiblesse – supposée – du consommateur par rapport à son cocontractant⁵⁶. Par définition, les parties

⁵⁶ Sur les objectifs de protection du droit de rétractation, voy. aussi E. MONTERO et M. DEMOULIN, « La formation du contrat depuis le Code civil de 1804 : un régime en mouvement sous une lettre figée », in P. WÉRY (dir.), *Le droit des obligations conventionnelles et le bicentenaire du Code civil*, Bruxelles, la Charte, 2004, p. 106, n° 51 ; L. VANDENHOUTEN, « Délai de réflexion et droit de repentir », in M. FONTAINE (dir.), *Le processus de formation du contrat. Contributions comparatives et interdisciplinaires à l'harmonisation du droit européen*, Bruxelles, Bruylant, Paris, L.G.D.J., 2002, p. 561, n° 7 ; F. DOMONT-NAERT, « Les relations entre professionnels et consommateurs en droit belge », in J. GHESTIN et M. FONTAINE (dir.), *La protection de la partie faible dans les rapports contractuels. Comparaisons franco-belges*, Paris, L.G.D.J., 1996, pp. 227 à 229, n° 18 à 21 ; P. WÉRY, « L'acte unilatéral destiné à mettre fin à une convention en l'absence de faute de l'autre partie », *La volonté unilatérale dans le contrat*, Bruxelles, Éd. du Jeune Barreau, 2008, p. 281, n° 21 ; E. TERRYN, « Le droit de rétractation, les principes de l'acquis communautaire et le projet de cadre commun de référence », in *Le droit de rétractation. Une analyse de droit comparé – Droits européen, allemand, français, néerlandais et belge*,

ne sont pas en présence physique l'une de l'autre, ce qui peut conduire à un manque de connaissance sur des éléments de fait du rapport contractuel. On conçoit sans peine que, lors de l'achat d'un produit quelconque (un vêtement, par exemple) sur un site web, le consommateur n'a pas l'opportunité de vérifier la couleur, la matière ou la taille du bien, comme il a la possibilité de le faire dans un local commercial, en essayant le vêtement en question, en le touchant ou en l'exposant à la lumière du jour. En conséquence, le risque existe qu'au moment de la conclusion du contrat, le consentement exprimé ne soit pas aussi *éclairé* qu'il aurait pu l'être quand le contrat est conclu en présence physique des parties, dans un magasin traditionnel. Dans une moindre mesure, des achats impulsifs sont aussi à craindre ; le consentement pourrait dès lors être moins *réfléchi* que lorsqu'il est donné dans l'environnement traditionnel. L'octroi d'un droit de rétractation permet de lutter efficacement contre la faiblesse du consommateur puisqu'il a la possibilité de revenir sur son engagement, sans pénalité et sans indication de motif : comme le relève la Cour de justice dans l'arrêt *Messner*, « le droit de rétractation est [...] censé compenser le désavantage résultant pour le consommateur d'un contrat à distance, en lui accordant un délai de réflexion approprié pendant lequel il a la possibilité d'examiner et d'essayer le bien acquis »⁵⁷ (point 20).

Avant la directive sur les droits des consommateurs et sa transposition en droit belge, c'était précisément pour l'exercice du droit de rétractation que la qualification du contenu numérique – en bien ou en service – se posait⁵⁸, compte tenu des différences pour le point de départ du délai ou les exceptions. Le législateur européen a tranché en introduisant une nouvelle notion, partiellement dotée d'un régime propre (et, comme on l'a vu, le législateur belge a plus ou moins suivi – *supra*, n° 10 et s.).

22. Circonstances modalisant l'application du droit de rétractation. À l'instar de la directive sur les droits des consommateurs, l'article VI.47, § 1^{er}, énonce le principe suivant lequel le consommateur dispose d'un délai de 14 jours pour se rétracter d'un contrat à distance.

Pour le point de départ du délai, cette disposition fait référence aux notions de « contrat de vente » et de « contrat de service ». La directive traite quant à elle de

Bruxelles, Larcier, 2008, p. 126, n° 6 ; J. CALAIS-AULOY et F. STEINMETZ, *Droit de la consommation*, 7^e éd., Paris, Dalloz, 2006, p. 117, n° 105 ; G. PAISANT, « La rétractation du consommateur en droit français », in E. TERRYN (dir.), *Le droit de rétractation. Une analyse de droit comparé – Droits européen, allemand, français, néerlandais et belge*, Bruxelles, Larcier, 2008, pp. 66 et s., n° 6 et s.

⁵⁷ C.J.C.E., 3 septembre 2009, aff. C-489/07, *Messner*.

⁵⁸ H. JACQUEMIN, « Les nouvelles règles applicables aux contrats à distance et l'incidence des technologies de l'information et de la communication sur certaines pratiques du marché », in H. JACQUEMIN (coord.), *La protection du consommateur après les lois du 6 avril 2010*, Louvain-la-Neuve, Anthemis, 2010, pp. 63 et s.

l'hypothèse du « contrat portant sur la fourniture de contenu numérique non fourni sur un support matériel ».

Aussi faut-il faire une distinction suivant que le contenu numérique est fourni sur un support matériel ou pas, tout en tenant compte du fait que l'exécution du contrat a commencé (ou pas).

Eu égard aux particularités des contenus numériques (musique, films, jeux vidéo, etc.), on conçoit sans peine que le mécanisme du droit de rétractation est nettement moins efficient que pour les biens traditionnels (et qu'en général, il restera très théorique). Sans téléchargement, même partiel, du morceau de musique, le consommateur ne peut pas apprécier correctement si son consentement a été donné en pleine connaissance de cause. D'un autre côté, si l'exécution du contrat commence et que la musique est téléchargée sur l'appareil mobile du consommateur, les intérêts de l'entreprise seront probablement méconnus puisque, si le droit de rétractation est exercé, l'entreprise devrait normalement rembourser le consommateur sans avoir la garantie qu'il a supprimé le contenu. Sans réelle surprise, et avec raison, le législateur a privilégié les intérêts des entreprises en privant le consommateur de droit de rétractation dans ce cas de figure.

Le régime prévu par la proposition de règlement DCEV nous paraît plus simple, puisque le contenu numérique fait l'objet d'un régime propre, distinct de celui des biens. Le point de départ du droit de rétractation est ainsi déterminé par la date à laquelle le consommateur a pris livraison du support matériel (si le contenu numérique est fourni sur un tel support) ou par le jour de la conclusion du contrat (s'il n'est pas fourni sur un tel support)⁵⁹.

23. Principe : octroi d'un droit de rétractation aussi longtemps que l'exécution du contrat n'a pas commencé. *Aussi longtemps que l'exécution du contrat n'a pas commencé*, le consommateur possède un droit de rétractation – plus théorique que pratique... – de 14 jours, comme pour les contrats de vente et les contrats de service (le dernier album a été commandé et payé mais la musique n'est pas encore téléchargée).

Pour les contenus numériques non fournis sur un support matériel, la directive sur les droits des consommateurs prévoit expressément que ce délai commence à courir du jour de la conclusion du contrat (comme pour les contrats portant sur la fourniture d'eau, de gaz et d'électricité lorsqu'ils ne sont pas conditionnés dans un volume délimité ou en quantité déterminée, ainsi que de chauffage urbain)⁶⁰. L'article VI.47, § 1^{er}, 3^o, du Code reprend les termes de la directive pour ces autres contrats mais ne

⁵⁹ Article 42 (1), f) et g), de l'Annexe I.

⁶⁰ Article 9 (2), c), de la directive sur les droits des consommateurs.

mentionne pas les contenus numériques. On comprend que cet « oubli » du législateur belge est justifié par le fait qu'il considère, à tort, selon nous, que le contrat portant sur un contenu numérique non fourni sur un support matériel est un contrat de service (*supra*, n° 15). Le régime du droit de rétractation n'est toutefois pas affecté puisque, pour les services, le point de départ est également fixé au moment de la conclusion du contrat.

Le contenu numérique fourni sur un support matériel – le film fourni sur un DVD – est assimilé à un bien. Le contrat portant sur celui-ci est donc qualifié de « contrat de vente » (*supra*, n° 15). Dans ce cas, le délai de rétractation commence à courir au moment où le consommateur prend physiquement possession du bien⁶¹.

24. Absence de droit de rétractation lorsque l'exécution du contrat a commencé. Dans la majorité des cas, le consommateur voudra profiter immédiatement du contenu numérique mis à sa disposition (regarder le film, jouer au jeu vidéo, télécharger l'app sur son Smartphone, etc.). Il souhaitera donc que *l'exécution du contrat commence immédiatement (et en tout cas, avant la fin du délai de rétractation)*, ce qui aura pour conséquence de le priver de son droit de rétractation.

S'il s'agit d'un contenu numérique *qui n'est pas fourni sur un support matériel*, l'hypothèse est prévue à l'article VI.53, 13°, du C.D.E. : « le consommateur ne peut exercer le droit de rétractation prévu à l'article VI.47, pour [...] la fourniture d'un contenu numérique non fourni sur un support matériel si l'exécution a commencé avec l'accord préalable exprès du consommateur, lequel a également reconnu qu'il perdra ainsi son droit de rétractation ».

Pour « compenser » cette perte du droit de rétractation, le législateur exige que deux conditions complémentaires soient satisfaites avant la conclusion du contrat : « (1) le consommateur doit donner un accord préalable et exprès à l'exécution du contrat et (2) il doit reconnaître que ce faisant, il perd son droit de rétractation ». Après la conclusion du contrat, il est également requis que l'entreprise fournisse au consommateur la confirmation du contrat conclu, sur un support durable, et que cette confirmation contienne, outre les informations visées à l'article VI.45 (sauf exception), « la confirmation de l'accord préalable exprès et la reconnaissance par le consommateur conformément à l'article VI.53, 13° » (art. VI.47, § 7, du C.D.E.).

À défaut, une sanction spécifique est prévue. Suivant l'article VI.51, § 4, 2°, du C.D.E., le consommateur n'est redevable d'aucun coût lorsque « a) [il] n'a pas donné son accord préalable exprès pour que l'exécution commence avant la fin du délai de 14 jours visé à l'article VI.47 ; ou b) [il] n'a pas reconnu perdre son droit de rétractation en donnant son accord ; ou c) l'entreprise a omis de fournir une

⁶¹ Article VI.47, § 2, 2°, du C.D.E.

confirmation conformément à l'article VI.46, § 7 ». Telle que formulée, la sanction manque assurément de clarté. On comprend des termes employés que le consommateur est en tout cas en droit de postuler le remboursement des sommes payées pour le contenu numérique fourni en méconnaissance de ces conditions. Au-delà, la question se pose de l'incidence sur le contrat conclu. Est-il dissous ou seulement modifié (voire converti), le consommateur conservant par ailleurs la possibilité de continuer à utiliser le contenu numérique préalablement fourni, en exécution de la convention ? La logique semble commander d'opter pour cette dernière possibilité, en tout cas lorsque les droits – de propriété intellectuelle, notamment – octroyés au consommateur en contrepartie du montant payé par le consommateur le permettent. Raisonner autrement signifierait que le consommateur obtient remboursement sans pouvoir utiliser davantage le contenu numérique, ce qui équivaut à lui octroyer un droit de rétractation... Cette mesure aurait du sens mais, si telle avait été la volonté du législateur, la sanction aurait dû être formulée de la sorte (« le consommateur dispose du droit de se rétracter si... »), *quod non*. Nous sommes donc d'avis que la sanction devrait normalement permettre au consommateur de continuer à utiliser le contenu numérique, dans les conditions prévues initialement par le contrat (spécialement les conditions de la licence, s'il s'agit d'un contenu soumis par ailleurs à des droits de propriété intellectuelle)⁶². Cela signifie que, si le contenu numérique est de la musique pour laquelle il recevait un droit d'utilisation à durée illimitée (sous forme de licence), il peut conserver le morceau. S'il s'agissait par contre d'un film qu'il pouvait visionner en streaming pendant 24 h, son droit s'éteint en tout état de cause à l'issue de cette période (ce qui rend la sanction plus théorique).

Par ailleurs, rien n'est dit sur le délai dans lequel la sanction doit être mise en œuvre par le consommateur, ce qui tend à penser que sauf abus de droit, c'est le délai de prescription de droit commun qui s'applique.

Tenant compte de cette sanction potentielle (et des risques qui en résultent), il est recommandé aux entreprises de mettre en place, dans le tunnel contractuel, les procédures garantissant que les exigences ont bien été observées, spécialement avant la conclusion du contrat. En pratique, la meilleure manière de faire, pour l'entreprise, consiste à ajouter une case à cocher à l'issue du processus de commande (et juste

⁶² Comp. à la sanction prévue à l'article VI.38 du C.D.E., en cas de pratique commerciale déloyale. Celle-ci permet en effet au consommateur d'obtenir le remboursement des sommes payées sans restitution du produit livré. S'agissant des biens (pour lesquels le paiement a été réalisé une fois pour toutes), cela signifie que le consommateur pourra généralement continuer à les utiliser. Pour les services, par contre, il est douteux que la mesure s'applique également pour l'avenir (elle ne devrait en effet couvrir que l'exécution du service réalisée en contrepartie des montants payés par le consommateur et remboursés par l'entreprise).

avant la validation de celle-ci⁶³), assortie de la mention suivant laquelle : « *j'accepte que, pour les contenus numériques, l'exécution du contrat commence dès la validation de la commande et reconnais que, ce faisant, je perds mon droit de rétractation* ». Cette manière de faire est toutefois assez lourde et sera généralement accueillie avec peu d'enthousiasme par les commerciaux chargés de concevoir la plateforme... Une « simple » acceptation des conditions générales – par une case à cocher spécifique – contenant la clause requise, perdue au milieu des autres dispositions contractuelles, ne nous paraît pas suffisante pour répondre à l'exigence de l'accord exprès. La *ratio legis* commande en effet de mettre l'accent sur la clause, de sorte que le consommateur comprenne précisément sa portée et les conséquences susceptibles d'en résulter. Il nous paraît par contre acceptable de faire apparaître la clause, de manière bien visible, au moment du récapitulatif de la commande, et de rédiger celle-ci de manière telle que le consommateur soit bien conscient qu'en cliquant sur le boutant suivant lequel il valide l'achat, il donne également son accord à ce propos.

S'agissant par contre d'un *contenu numérique fourni sur un support matériel*, il faudra tenir compte d'une autre exception au droit de rétractation concernant « la fourniture d'enregistrements audio ou vidéo scellés ou de logiciels informatiques scellés et qui ont été descellés après livraison »⁶⁴. La pratique est bien connue, et du reste utilisée depuis de nombreuses années : si le consommateur brise le film plastique qui entoure l'emballage du DVD ou du CD-ROM, il perd son droit de rétractation. À partir de ce moment, il est en effet impossible à l'entreprise de savoir si le consommateur a conservé une copie du contenu ou l'a utilisé au-delà que ce qui est raisonnablement permis pour garantir un consentement éclairé. Si les entreprises veillent généralement à informer le consommateur des conséquences du descellement après livraison, on observe que, contrairement aux contenus numériques non fournis sur un support matériel, aucune obligation spécifique d'information n'est imposée, ni *a fortiori* de sanction prévue en cas de non-respect. C'est d'après nous une différence de traitement potentiellement contraire au principe d'égalité et de non-discrimination (art. 10 et 11 de la Constitution).

25. Regard critique sur le régime du droit de rétractation en matière de contenus numériques. Sur le plan des principes, et s'il faut absolument choisir entre la politique du tout ou rien, il nous paraît raisonnable de considérer que le consommateur ne devrait pas disposer d'un droit de rétractation lors de la fourniture d'un contenu numérique (qu'il soit fourni sur un support matériel ou pas). Dans l'environnement traditionnel, cela correspond d'ailleurs à la pratique communément admise :

⁶³ Elle peut par exemple figurer dans le récapitulatif de la commande, à l'endroit où le consommateur doit par ailleurs cocher les cases suivant lesquelles il a lu et accepte les conditions générales d'utilisation et la charte vie privée.

⁶⁴ Article VI.53, 9°, du C.D.E.

lors de l'achat d'un film ou d'un jeu vidéo sur DVD, le consommateur n'a généralement pas la possibilité de l'essayer, comme il l'aurait fait pour une paire de chaussures. Dans certains magasins, il est certes possible d'écouter l'un ou l'autre morceau, voire de jouer quelques instants à un jeu vidéo spécifiquement mis à disposition mais les hypothèses restent très ciblées et relèvent davantage d'une politique de marketing que d'un souci de garantir un consentement informé dans le chef du consommateur. Du reste, s'il est finalement mécontent de son acquisition, le consommateur a toujours la possibilité de donner ou de revendre le support (et le contenu). On ajoutera aussi que, conformément au système établi par la directive pour les contenus numériques, même si le droit de rétractation existe, on peut sérieusement douter qu'il soit effectivement mis en œuvre par un consommateur (celui-ci préférant généralement que l'exécution du contrat commence immédiatement).

En choisissant de nager entre deux eaux, comme l'a fait le législateur européen dans la directive sur les droits du consommateur (et davantage encore le législateur belge, en introduisant des modifications contestables), on prend le risque d'avancer en eaux troubles, dans un système qui ne sert pas les intérêts des consommateurs et qui complique inutilement la tâche des entreprises. On rappelle à cet égard les subtils distinguos qui doivent être faits entre les contenus numériques fournis ou pas sur un support matériel, dont l'exécution a commencé, ou pas encore, avec les exigences additionnelles pour certains d'entre eux... Tout cela aurait pu être évité en établissement une fois pour toute que le consommateur n'a pas de droit de rétractation.

Pour garantir un consentement informé et réfléchi dans son chef, des mécanismes différents, mais fonctionnellement équivalents (suivant la même logique que pour l'obligation d'information) auraient pu être encouragés, voire imposés. On peut une fois encore songer aux versions tests ou bandes annonces mises à sa disposition, et qui lui permettent de s'engager en pleine connaissance de cause. Parallèlement, la possibilité pourrait lui être donnée de transmettre le contenu à des tiers (comme pour les contenus acquis sur un support matériel et qui passent facilement de main en main). Cette solution soulève cependant des difficultés évidentes en termes de propriété intellectuelle, dans le détail desquelles nous pouvons difficilement entrer ici.

B. Règles applicables aux contenus numériques par leur qualification en « produits », « biens » et/ou « services »

26. Règles applicables aux produits. De nombreuses dispositions du livre VI du Code de droit économique – et non des moindres – déterminent leur application par référence à la notion de « produit » (qui, comme on l'a vu, devrait au moins comprendre les contenus numériques, *supra*, n° 12).

Il s'agit notamment de l'interdiction des clauses abusives⁶⁵ et des pratiques commerciales déloyales⁶⁶ ou de certaines dispositions générales du titre consacré aux contrats avec les consommateurs (la règle de l'interprétation la plus favorable au consommateur⁶⁷ ou l'interdiction de certains paiements supplémentaires⁶⁸).

Eu égard aux sanctions civiles susceptibles d'être mises en œuvre en cas de violation, il s'agit de mécanismes assez efficaces en termes de protection du consommateur. La clause abusive – une clause limitative ou exonératoire de responsabilité illégale, en ce qu'elle exclurait toute responsabilité du prestataire de cloud en cas de perte des données à caractère personnel de la personne concernée, par exemple – peut ainsi être annulée⁶⁹ ; le consommateur peut demander au juge de sanctionner la pratique commerciale déloyale en lui permettant de conserver le produit tout en obtenant remboursement de celui-ci⁷⁰ et, en cas de paiement supplémentaire à la rémunération convenue au titre de l'obligation contractuelle principale du contrat, il peut obtenir le remboursement des montants additionnels payés s'il n'a pas consenti expressément à ceux-ci⁷¹.

Le même constat vaut pour les dispositions du livre VI applicables de manière uniforme aux biens et aux services. On peut sur ce point citer les règles relatives aux offres conjointes⁷² ou à la publicité comparative⁷³.

27. Règles uniquement applicables aux biens. Dès lors que les contenus numériques qui sont fournis sur un support matériel sont assimilés aux « biens » (*supra*, n° 13), ils bénéficient des mécanismes de protection du livre VI dont le domaine d'application est déterminé par référence à cette notion. On peut par exemple citer les obligations en matière de délai livraison⁷⁴ ou de transfert des risques⁷⁵.

En considérant que la qualification en bien vaut également pour l'application des dispositions légales qui n'ont pas été prises pour transposer la directive sur les droits des consommateurs (ce qui paraît cohérent), il faut ajouter les règles du Code civil relatives à la garantie des biens de consommation et celles de la loi du 25 février 1991.

⁶⁵ Articles VI.82 et s. du C.D.E.

⁶⁶ Articles VI.92 et s. du C.D.E.

⁶⁷ Article VI.37 du C.D.E.

⁶⁸ Article VI.41 du C.D.E.

⁶⁹ Article VI.84 du C.D.E.

⁷⁰ Article VI.38 du C.D.E.

⁷¹ Article VI.41 du C.D.E.

⁷² Article VI.80 du C.D.E.

⁷³ Article VI.17 du C.D.E.

⁷⁴ Article VI.43 du C.D.E.

⁷⁵ Article VI.44 du C.D.E.

Les articles 1649bis et suivants du Code civil offrent un mécanisme de protection efficace au consommateur, en lui permettant, en cas de défaut de conformité⁷⁶, d'exiger la réparation du bien ou son remplacement ou, à défaut, une réduction adéquate du prix ou la résolution du contrat⁷⁷. Le consommateur pourrait ainsi se plaindre que le logiciel sur CD-ROM qu'il vient d'installer sur son ordinateur ne correspond pas à la description donnée par le vendeur ou qu'il ne présente pas les qualités et prestations habituelles d'un bien du même type auquel le consommateur peut légitimement s'attendre (un logiciel bancaire qui présenterait des failles de sécurité, par exemple).

Quant à la loi du 25 février 1991, elle fait peser sur le producteur d'un « produit » un régime de responsabilité objective pour certains dommages résultant de sa mise en circulation lorsqu'il s'avère défectueux.

Nous sommes favorables à une extension du champ d'application de ces dispositions de sorte que tous les contenus numériques bénéficient désormais de ce régime de protection. C'est du reste l'option privilégiée, avec raison, par la proposition de règlement DCEV : les articles 99 de l'Annexe I portent sur la conformité du bien ou du contenu numérique, et déterminent notamment les critères à prendre en considération dans ce cadre. Le cas échéant, des adaptations de forme ou, plus rarement de fond, ne doivent pas être exclues, pour tenir compte du caractère immatériel des contenus numériques.

En l'état actuel, leur application limitée aux contenus numériques fournis sur un support matériel constitue d'après nous une différence de traitement contraire au principe d'égalité et de non-discrimination (art. 10 et 11 de la Constitution). Comment justifier, en effet, qu'un même logiciel soit assorti, ou pas, de la garantie des biens de consommation figurant dans le Code civil, suivant qu'il est fourni sur un CD-ROM ou téléchargé en ligne depuis le site Internet du prestataire ?

Conclusion

28. Nouvelle notion aux contours encore flous. À l'aune de son importance économique et des risques potentiels pour le consommateur, il est heureux que le législateur européen ait introduit une notion nouvelle pour viser spécifiquement le contenu numérique et le doter, à divers égards, d'un régime propre.

Si l'objectif est louable, la manière de faire reste très perfectible. L'articulation avec les notions proches (bien, service, produit, contrat de vente, contrat de service, etc.) constitue en effet un exercice de haute voltige, en droit de l'Union et, à plus forte

⁷⁶ Les conditions à respecter pour qu'un bien soit réputé conforme au contrat sont énoncées à l'article 1649ter du Code civil.

⁷⁷ Article 1649*quinquies* du Code civil.

raison encore, en droit belge, puisque le législateur belge a assimilé purement et simplement le contrat portant sur la fourniture de contenus numériques non fournis sur un support matériel à un contrat de service (le législateur européen visant l'hypothèse de manière distincte). Les conséquences susceptibles d'en résulter ne sont d'ailleurs pas à l'abri d'un recours, pour violation du principe d'égalité et de non-discrimination.

On peut aussi se demander pour quelle raison le législateur européen n'a pas suivi l'option privilégiée dans la proposition de règlement DCEV, où le contenu numérique fait l'objet d'un régime propre et, dans la mesure du possible, uniforme (qu'il soit ou pas fourni sur un support matériel, moyennant ou pas le paiement d'un prix) et distinct de celui des biens, et qui nous paraît nettement plus clair.

29. Existence de règles de protection, à renforcer ponctuellement. Le contenu numérique fait l'objet de règles de protection spécifiques (renforcement de l'obligation d'information et, dans une moindre mesure, octroi d'un droit de rétractation) et est par ailleurs soumis au régime respectivement applicable aux produits, aux biens ou aux services.

Aussi n'échappe-t-il pas aux nombreux mécanismes promus par le législateur européen (et belge) pour protéger le consommateur (interdiction des pratiques commerciales déloyales et des clauses abusives, règle d'interprétation favorable au consommateur, etc.) même si on peut regretter, en l'état actuel, des différences de traitement difficilement justifiables, suivant que le contenu numérique est fourni sur un support matériel et considéré comme un bien (avec l'application de la garantie des biens de consommation, par exemple), ou pas. Une fois encore, nous sommes davantage convaincu par l'option privilégiée par la proposition de règlement DCEV.

Diverses améliorations nous paraissent souhaitables, notamment en matière d'obligation d'information, de manière à construire progressivement un régime simple mais efficace de protection du consommateur de contenu numérique, qui s'inscrit de manière cohérente au cœur du dispositif légal également applicable à celui-ci (en matière de vie privée ou de propriété intellectuelle, par exemple) et qui prend sérieusement en considération les intérêts des entreprises.