

RESEARCH OUTPUTS / RÉSULTATS DE RECHERCHE

Le nouveau régime de la garantie légale de conformité applicable aux biens et aux contenus et services numériques

Delforge, Antoine; Denis, Lise-Anne

Published in:

Actualités en droit de la consommation

Publication date:

2023

Document Version

le PDF de l'éditeur

[Link to publication](#)

Citation for pulished version (HARVARD):

Delforge, A & Denis, L-A 2023, Le nouveau régime de la garantie légale de conformité applicable aux biens et aux contenus et services numériques: champs d'application et mise en oeuvre. dans *Actualités en droit de la consommation*. Commission Université-Palais, numéro 220, Anthemis, Liège, pp. 7-61.

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.

1

LE NOUVEAU RÉGIME DE LA GARANTIE LÉGALE DE CONFORMITÉ APPLICABLE AUX BIENS ET AUX CONTENUS ET SERVICES NUMÉRIQUES : CHAMPS D'APPLICATION ET MISE EN ŒUVRE

Antoine DELFORGE

doctorant au CRIDS/NADI de l'UNamur

Lise-Anne DENIS

aspirante FNRS au CRIDS/NADI de l'UNamur

Sommaire

Introduction	8
Section 1 Qualifications et champ d'application de la garantie légale de conformité	11
Section 2 Obligation de conformité des services et contenus numériques et des biens de consommation	32
Section 3 Garantie légale et charge de la preuve	45
Section 4 Droits du consommateur en cas de non-conformité	48
Section 5 Distinction entre garantie légale de conformité des biens de consommation et garantie commerciale	54
Conclusion	60

Introduction

1. Contexte. L'adoption des directives 2019/770¹ et 2019/771² le 22 mai 2019 a mené à l'introduction d'une nouvelle mouture de la garantie légale de conformité. Ces directives contribuent à un objectif global d'harmonisation du marché européen pour les biens et services de consommation ainsi que d'adaptation des règles de protection des consommateurs au contexte numérique³. Plus précisément, le but poursuivi par l'Union européenne est d'augmenter la confiance du consommateur dans le commerce électronique afin d'en stimuler la croissance^{4 5}. La directive (UE) 2019/771 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 a modernisé le régime de la garantie légale de conformité associée à la vente de bien, tandis que la directive (UE) 2019/770 relative à certains aspects concernant les contrats de fourniture de contenus numériques et de services numériques a introduit une nouvelle application de la garantie légale de conformité aux contenus et services numériques.

Ces directives sont toutes deux d'harmonisation maximale, les États membres disposant ainsi, en théorie, de peu de flexibilité⁶. Un tel degré d'harmonisation est supposé résoudre le problème de la fragmentation entre les législations nationales afin de favoriser le commerce au sein d'un marché unique

européen. Certaines libertés sont toutefois accordées aux États membres, notamment vis-à-vis de la durée de la garantie qui peut être allongée par les législateurs nationaux ou du champ d'application personnel qui peut être étendu à d'autres catégories de personnes que les consommateurs⁷.

2. Transposition en droit belge. Les nouvelles règles encadrant la garantie légale de conformité ont été transposées par la 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 économique⁸. Cette loi a ainsi été adoptée avec presque une année de retard étant donné que les directives 2019/770 et 2019/771 devaient initialement être transposées pour le 1^{er} juillet 2021 au plus tard⁹. Le nouveau régime national est entré en vigueur le 1^{er} juin 2022¹⁰.

3. Garantie légale de conformité des biens de consommation. En ce qui concerne la garantie légale de conformité applicable aux biens faisant l'objet d'un contrat de vente, elle correspond à la mise en œuvre de l'obligation de délivrance conforme imposée au vendeur dans le cadre d'un contrat de vente à l'article 1604 de l'ancien Code civil¹¹. La directive 2019/771 qui la modifie a été transposée aux articles 1649*bis* à 1649*nonies* de l'ancien Code civil belge^{12 13}.

¹ Directive (UE) 2019/771 du Parlement européen et du Conseil du 20 mai 2019 relative à certains aspects concernant les contrats de vente de biens, modifiant le règlement 2017/2394 et la directive 2009/22/CE et abrogeant la directive 1999/44/CE, *J.O.U.E.*, n° L 136, 22 mai 2019 (ci-après la « directive 2019/771 »).

² 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.U.E.*, n° L 136, 22 mai 2019 (ci-après la « directive 2019/770 »).

³ G. FRUY et G. SCHULTZ, « La nouvelle directive en matière de vente aux consommateurs (2019/771) est arrivée : quel est son champ d'application et quels critères prévoit-elle pour la conformité des biens vendus? », in Y. Ninane (dir.), *Vers des relations entre entreprises plus équilibrées et une meilleure protection du consommateur dans la vente de biens et la fourniture de services numériques?*, coll. UB³, Bruxelles, Larcier, 2021, pp. 82-83 ; considérants 1 et 3 de la directive 2019/771 ; considérants 1 et 3 de la directive 2019/770.

Voy. également 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 », COM(2015) 192 final, 6 mai 2015.

⁴ A. CASSART, Fl. LORIAUX et A. CRUQUENAIRE, « La directive 2019/770/UE du 20 mai 2019 relative à certains aspects concernant les contrats de la fourniture de contenus numériques et de services numériques », in Y. Ninane (dir.), *Vers des relations entre entreprises plus équilibrées et une meilleure protection du consommateur dans la vente de biens et la fourniture de services numériques?*, *op. cit.*, p. 210.

⁵ Le considérant 5 de la directive 2019/770 décrit la situation actuelle comme suit : « Beaucoup de consommateurs rencontrent des problèmes liés à la qualité des contenus numériques ou des services numériques ou à l'accès à ceux-ci. Il leur arrive, par exemple, de recevoir des contenus numériques ou des services numériques incorrects ou défectueux, ou de ne pas pouvoir accéder au contenu numérique ou au service numérique concerné. En conséquence, le préjudice subi par les consommateurs est à la fois financier et non financier ».

⁶ Art. 4 de la directive 2019/771 ; art. 4 de la directive 2019/770. À propos de l'harmonisation maximale souhaitée par le législateur européen, voy. S. WEATHERILL, « Is maximum harmonisation a myth? The story of directive 2019/771 on contracts for the sale of goods », *R.E.D.C.*, 2021/2, pp. 217-241.

⁷ Certains auteurs considèrent que la marge de manœuvre laissée aux États membres est en contradiction avec la pleine harmonisation invoquée à plusieurs reprises dans les considérants des directives. Ainsi, Gaëlle Fruy et Guillaume Schultz mentionnent que « les dispositions contraires » prévues par la directive 2019/771 sont nombreuses de sorte que les États membres gardent une assez grande marge de manœuvre en la matière, ce qui n'efface pas totalement le risque d'une fragmentation dans les législations des États membres » (voy. G. FRUY et G. SCHULTZ, « La nouvelle directive en matière de vente aux consommateurs (2019/771) est arrivée : quel est son champ d'application et quels critères prévoit-elle pour la conformité des biens vendus? », *op. cit.*, p. 90). À propos de cette même directive, Sophie Stijns et Sanne Jansen soulignent toutefois que la marge de manœuvre laissée aux États membres est avant tout destinée à ne pas porter atteinte à la protection des consommateurs d'ores et déjà applicable dans leur législation nationale (voy. S. STIJNS et S. JANSEN, « La nouvelle directive en matière de vente aux consommateurs (2019/771) est arrivée : quoi de neuf en matière de délais et de remèdes? », in Y. Ninane (dir.), *Vers des relations entre entreprises plus équilibrées et une meilleure protection du consommateur dans la vente de biens et la fourniture de services numériques?*, *op. cit.*, p. 134).

⁸ 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.

⁹ Art. 24 de la directive 2019/771 ; art. 24 de la directive 2019/770.

¹⁰ Art. 26 de la 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.

¹¹ Y. VAN COUTER *et al.*, « La vente aux consommateurs après la loi du 1^{er} septembre 2004 », *R.F.D.L.*, 2005/3, pp. 334-335.

¹² Ces articles devront ainsi être repris dans le nouveau Code civil. En toute logique, ils seront intégrés dans le livre 7 relatif aux contrats spéciaux qui est encore en travaux. Il faudra toutefois être attentif à d'éventuels changements du texte de ces articles qui pourraient être apportés dans cette nouvelle version du Code civil.

¹³ L'intégration de ces modifications dans le Code civil ou le Code de droit économique a fait l'objet de négociations sur la recommandation de la C.C.S. (Commission consultative spéciale) « Consommation » qui a demandé « un débat approfondi et une évaluation adéquate des conséquences en pratique si ces dispositions devaient être reprises dans le Code de droit économique, en impliquant les différents Ministres compétents ».

L'ancien régime était lui-même issu de la transposition de la directive 1999/44/CE sur certains aspects de la vente et des garanties des biens de consommation¹⁴, par la loi du 1^{er} septembre 2004¹⁵. L'un des changements majeurs introduits par la directive 2019/771 relève de la distinction entre critères subjectifs (déterminés par le contrat) et objectifs (liés à l'usage normal du bien) de conformité formant la base de la garantie, ces critères étant destinés à évaluer l'éventuelle non-conformité du bien vendu. La durée de la garantie a en outre été maintenue à deux ans¹⁶, celle-ci étant déjà imposée auparavant par la directive 1999/44/CE¹⁷ et implémentée en droit belge à l'article 1649*quater* de l'ancien Code civil¹⁸, tandis que la période de présomption d'antériorité du défaut a été étendue à un an par la directive 2019/771¹⁹ et à deux ans par le législateur belge²⁰.

4. Garantie légale de conformité des contenus et services numériques. Quant à l'application de la garantie légale de conformité aux contenus et services numériques, celle-ci est établie aux articles 1701/1 à 1701/19 de l'ancien Code civil. Il s'agit d'une application nouvelle de la garantie légale de conformité, en ce que celle-ci ne s'appliquait à l'origine pas à de tels contenus et services²¹.

5. Portée et contenu de la présente contribution. Dans le cadre de cette contribution, nous nous attacherons à présenter la transposition de ces directives en droit belge et la manière dont le régime s'applique en pratique²². Nous débiterons par l'exposé des qualifications et des champs d'application

(G. FRUY et G. SCHULTZ, «La nouvelle directive en matière de vente aux consommateurs (2019/771) est arrivée: quel est son champ d'application et quels critères prévoit-elle pour la conformité des biens vendus?», *op. cit.*, p. 84). Voy. également S. STIJNS et S. JANSEN, «La nouvelle directive en matière de vente aux consommateurs (2019/771) est arrivée: quoi de neuf en matière de délais et de remèdes?», *op. cit.*, p. 124).

¹⁴ 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.C.E.*, n° L 171, 7 juillet 1999.

¹⁵ 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.

¹⁶ On peut d'ailleurs regretter que le législateur belge n'ait pas fait le choix d'étendre la garantie à une durée supérieure, à tout le moins pour certains biens, les directives donnant la possibilité aux États membres de dépasser le délai minimum de deux ans. Une telle extension de la garantie aurait par exemple permis de lutter contre l'obsolescence prématurée. À ce sujet, voy. C. SENAY, «La lutte contre l'obsolescence programmée: une législation bientôt en vue? Une étude comparée avec le régime français», *R.D.T.I.*, 2021/4, p. 26; D. RAES, «IV. – L'obsolescence programmée: perspectives législatives», in E. Van den Haute (dir.), *Liber Amicorum François Glansdorff et Pierre Legros*, Bruxelles, Bruylant, 2013, p. 297.

¹⁷ Art. 5 de la directive 1999/44/CE.

¹⁸ Y. NINANE, «Les défauts de la chose vendue selon le régime de la garantie légale des biens de consommation», in C. Delforge et J. van Zuylen (dir.), *Les défauts de la chose – Responsabilités contractuelle et extra-contractuelle*, Limal, Anthemis, 2015, p. 53.

¹⁹ Art. 11 de la directive 2019/771.

²⁰ Art. 1649*quater*, § 4, anc. C. civ.

²¹ Il semble qu'elle ait toutefois pu s'appliquer aux contenus numériques fournis sur des supports matériels en ce que ces derniers étaient inclus dans la notion de bien par la directive 2011/83/UE (considérant 19) (*cf. infra*, n° 32).

²² Nous nous éloignerons ainsi quelque peu du cadre européen pour nous concentrer sur le contexte national. Nous nous référerons toutefois ponctuellement au texte des directives lorsque cela présente un intérêt pour la compréhension du cadre normatif belge.

respectifs de la garantie légale de conformité aux biens de consommation et aux contenus et services numériques (section 1). S'en suivra une analyse des critères de conformité subjectifs et objectifs comme établis par les directives (section 2). Nous poursuivrons en analysant le mécanisme de garantie légale de conformité et les présomptions attachées à celle-ci applicables aux différents biens et services et contenus numériques (section 3). Les droits du consommateur face à une situation de non-conformité seront ensuite présentés (section 4). Un lien avec la protection des données à caractère personnel sera également établi dans ces sections. Nous clôturerons cette contribution par une étude de la distinction entre la garantie légale de conformité et la garantie commerciale qui peut s'y ajouter (section 5).

Section 1

Qualifications et champ d'application de la garantie légale de conformité

6. Introduction. Il est tout d'abord intéressant de se pencher sur les qualifications et définitions établies par les directives susmentionnées, en ce qu'elles sont déterminantes vis-à-vis du champ d'application du nouveau régime de la garantie légale de conformité. Ainsi, le champ d'application personnel sera d'une part étudié via l'analyse des notions de consommateur et de vendeur ou de professionnel. D'autre part, nous analyserons le champ d'application matériel de la garantie légale de conformité à travers les notions de bien, de service numérique et de contenu numérique notamment. Cette partie sera clôturée par une comparaison du champ d'application de la garantie légale de conformité avec d'autres mécanismes de protection des consommateurs, à savoir la garantie des vices cachés et la responsabilité du fait des produits défectueux.

A. Champ d'application personnel

7. Introduction. La garantie légale de conformité des biens de consommation s'applique aux contrats de vente conclus entre un consommateur et un vendeur, tandis que la garantie légale de conformité des contenus et services numériques est d'application lorsque le contrat de fourniture de tels contenus ou services est conclu entre un consommateur et un professionnel. Les notions de consommateur, vendeur et professionnel doivent ainsi être définies.

1. Notion de consommateur

8. Définition. L'application de la garantie légale de conformité, tant pour les biens de consommation que pour les contenus et services numériques, est limitée aux contrats de consommation. En effet, l'article 1649*ter* de l'ancien Code civil précise que les critères destinés à évaluer la conformité des biens de

consommation avec le contrat de vente sont exclusivement applicables lorsque ces biens sont vendus à un *consommateur*, tandis que l'article 1701/2 du même Code indique que les dispositions qui encadrent la garantie de conformité des contenus et services numériques s'appliquent «à tout contrat par lequel le professionnel fournit ou s'engage à fournir un contenu numérique ou un service numérique au *consommateur*». Ainsi, la partie au contrat qui reçoit le bien, le contenu ou le service numérique doit obligatoirement pouvoir être qualifiée de consommateur afin de bénéficier de cette garantie.

La notion de consommateur est définie de la même manière pour les deux régimes: «toute personne physique qui agit à des fins qui n'entrent pas dans le cadre de son activité commerciale, industrielle, artisanale ou libérale»²³. Cette définition est identique à celle de l'article I.1, 2°, du Code de droit économique, elle-même issue de la transposition de la directive 2011/83/UE sur les droits des consommateurs²⁴.

9. Hypothèse du contrat mixte. En cas de contrat mixte, la question de l'application de la garantie légale de conformité se pose également. En effet, qu'en est-il d'un contrat de vente ou de fourniture de contenu ou service numérique qui s'inscrit également dans l'activité commerciale, industrielle, artisanale ou libérale du consommateur qui le conclut? À ce sujet, les deux directives envisagent les contrats mixtes comme des contrats conclus à des fins qui n'entrent qu'en partie dans le cadre de l'activité professionnelle de l'intéressé et vis-à-vis desquels la finalité professionnelle est si limitée qu'elle n'est pas prédominante dans le contexte global du contrat²⁵ ²⁶. Toutefois, les conséquences données à ce cas de figure varient dans la suite du texte. Là où la directive 2019/770 prévoit que, dans un tel cas, «cette personne devrait également être considérée comme un consommateur», la directive 2019/771 laisse quant à elle la liberté aux États membres de «décider si cette personne devrait également être considérée comme un consommateur et à quelles conditions».

Nous pouvons nous interroger sur la raison d'être d'une telle différence entre les deux régimes. Celle-ci pourrait éventuellement s'expliquer par le fait qu'au contraire des contrats portant sur la fourniture de contenus et services numériques, le contrat de vente est une forme contractuelle d'ores et déjà bien

²³ Art. 1649bis, § 1^{er}, 1°, et art. 1701/1, 6°, anc. C. civ.

²⁴ 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.U.E.*, n° L 304, 22 novembre 2011.

²⁵ Considérant 17 de la directive 2019/771; considérant 22 de la directive 2019/770.

²⁶ Le manque de précision des termes employés et des critères mentionnés par le législateur européen fait sans surprise l'objet de critiques de la part de plusieurs auteurs (voy. notamment A. CASSART, FL. LORIAUX et A. CRUQUENAIRE, «La directive 2019/770/UE du 20 mai 2019 relative à certains aspects concernant les contrats de la fourniture de contenus numériques et de services numériques», *op. cit.*, p. 211; G. FRUY et G. SCHULTZ, «La nouvelle directive en matière de vente aux consommateurs (2019/771) est arrivée: quel est son champ d'application et quels critères prévoit-elle pour la conformité des biens vendus?», *op. cit.*, p. 103).

établie dans les États membres et la garantie légale qui l'accompagne répond à des exigences ancrées depuis longtemps en droit national. Le législateur européen a ainsi pu vouloir laisser davantage de marge de manœuvre aux législateurs nationaux vis-à-vis de la garantie légale portant sur les biens de consommation. Leur laisser le libre choix quant à l'étendue de la notion de consommateur nous paraît toutefois inopportun. On regrette ainsi le risque de fragmentation des régimes applicables à travers l'Union européenne auquel ce genre de liberté est susceptible de mener, celui-ci étant accentué par l'absence de choix vis-à-vis de la notion de consommateur telle qu'applicable à la garantie légale de conformité des contenus et services numériques.

10. Portée de la notion en droit belge. Dans les travaux préparatoires de la loi du 20 mars 2022, le législateur belge a quant à lui fait le choix d'étendre la qualification de consommateur tel que suggéré dans la directive 2019/771, en précisant toutefois que «l'usage privé doit dépasser 50% de l'usage global du bien pour que l'acheteur soit considéré comme un consommateur»²⁷. Le législateur indique en outre que cette considération est «unaniment admise dans la doctrine et la jurisprudence»²⁸.

11. Exclusion des contrats conclus entre consommateurs. La limitation de la garantie aux contrats conclus avec les consommateurs a en outre pour effet d'exclure l'application de la garantie aux contrats conclus entre consommateurs, pourtant de plus en plus fréquents dans un contexte où l'économie de partage a une importance grandissante²⁹. Ainsi, les consommateurs acquérant des biens ou des contenus ou services numériques sur des plateformes les mettant en relation avec des vendeurs ou professionnels tiers, tels qu'un célèbre site de vente en ligne par exemple, ne bénéficieront pas de la garantie légale de conformité si ces vendeurs ou professionnels n'agissent pas dans le cadre de leur activité commerciale, industrielle, artisanale ou libérale. On peut critiquer cette exclusion, en ce que, dans ce contexte, il n'apparaît pas toujours clairement que le contrat n'est pas signé avec la plateforme de partage, mais bien avec un tiers (professionnel ou non)³⁰. Les consommateurs pourraient ainsi se voir privés de garantie légale de conformité bien qu'ils aient pu penser être couverts.

²⁷ Cette considération semble toutefois se distinguer de la notion de contrat mixte telle qu'envisagée par les considérants des directives 2019/770 et 2019/771 (*cf. supra*, n° 9), à savoir un contrat conclu à des fins qui n'entrent *qu'en partie* dans le cadre de l'activité professionnelle de l'intéressé et vis-à-vis desquels la finalité professionnelle est *si limitée* qu'elle n'est pas prédominante dans le contexte global du contrat. Or, selon le législateur belge, le consommateur sera considéré comme tel même si le contrat est conclu à 49% à titre professionnel.

²⁸ Projet de loi modifiant les dispositions de l'ancien Code civil relatives aux ventes à des consommateurs, insérant un nouveau titre *VIbis* dans le livre 3 de l'ancien Code civil et modifiant le Code de droit économique, exposé des motifs, *Doc. parl.*, Ch. repr., sess. ord. 2021-2022, n° 55-2355/001, p. 9.

²⁹ À ce sujet, voy. notamment P. VAN CLEYNENBREUGEL, «Le droit de l'Union européenne ne se prête-t-il pas (encore) à l'ubérisation des services?», *Rev. dr. ULiège*, 2018/1, pp. 108-120.

³⁰ Ce problème est toutefois en partie résolu par l'obligation d'information désormais imposée par la directive 2011/83/UE aux plateformes vis-à-vis du statut des vendeurs-tiers qui concluent des contrats par leur biais (art. 6bis). À ce sujet, voy. G. SCHULTZ, «Le contrat de vente conclu à distance au prisme des

12. Possibilité d'extension du champ d'application personnel.

Les directives 2019/771 et 2019/770 laissent finalement la possibilité aux États membres d'étendre l'application de la garantie légale de conformité à des personnes physiques et morales qui sont pourtant exclues de la définition de « consommateur »³¹. Les organisations non gouvernementales, les *startups* et les P.M.E. sont ainsi citées comme exemples. Toutefois, le législateur belge a fait le choix de ne pas user de cette liberté³².

2. Notion de vendeur/professionnel

13. Introduction. Afin de bénéficier de la garantie légale de conformité, le consommateur doit impérativement avoir conclu le contrat avec un vendeur ou un professionnel.

14. Vendeur/professionnel – définitions. La notion de vendeur s'applique à la garantie légale des biens de consommation et est définie comme « toute personne physique ou morale, qu'elle soit privée ou publique, qui agit, y compris par l'intermédiaire d'une autre personne agissant en son nom ou pour son compte, à des fins qui entrent dans le cadre de son activité commerciale, industrielle, artisanale ou libérale »³³, tandis que la notion de professionnel s'applique à la garantie légale des contenus et services numériques et est également composée de « toute personne physique ou morale, qu'elle soit publique ou privée, qui agit, y compris par l'intermédiaire d'une autre personne agissant en son nom ou pour son compte, à des fins qui entrent dans le cadre de son activité commerciale, industrielle, artisanale ou libérale »³⁴. Ainsi, les définitions de vendeur et professionnel, reprises mot pour mot des directives 2019/770 et 2019/771, sont en tout point identiques³⁵. Aucune caractéristique liée au type d'activités menées n'est donc incluse dans la définition, ces spécificités étant précisées ultérieurement et tenant davantage à la forme du contrat donnant lieu à la garantie légale de conformité (cf. n° 17).

15. Cas des fournisseurs de plateforme. La question de la qualification du statut des fournisseurs de plateforme en tant que vendeurs ou professionnels a également été traitée dans chacune des directives. Les fournisseurs de

vulnérabilités du consommateur : état des lieux et évolutions européennes récentes», *D.C.C.R.*, 2020/2, n° 127, p. 78.

³¹ Considérant 21 de la directive 2019/771 ; considérant 16 de la directive 2019/770.

³² G. FRUY et G. SCHULTZ, « La nouvelle directive en matière de vente aux consommateurs (2019/771) est arrivée : quel est son champ d'application et quels critères prévoit-elle pour la conformité des biens vendus ? », *op. cit.*, p. 104.

³³ Art. 1649bis, § 1^{er}, 2^o, anc. C. civ.

³⁴ Art. 1701/1, 5^o, anc. C. civ.

³⁵ Elles se distinguent toutefois de la définition de la notion d'entreprise reprise à l'article I.1., 1^o, du Code de droit économique qui s'énonce comme suit : « entreprise : chacune des organisations suivantes :

(a) toute personne physique qui exerce une activité professionnelle à titre indépendant ;

(b) toute personne morale ;

(c) toute autre organisation sans personnalité juridique. [...] ».

plateforme ne sont toutefois pas définis par le législateur européen, celui-ci se contentant de mentionner qu'ils pourraient être considérés comme des vendeurs/professionnels au sens de l'une ou l'autre directive s'ils agissent à des fins liées à leurs propres activités professionnelles et en tant que partenaires contractuels directs du consommateur pour la vente de biens/la fourniture d'un contenu numérique ou d'un service numérique³⁶. Il est ensuite précisé que les États membres sont libres d'étendre l'application de la garantie légale de conformité à de tels acteurs, même s'ils ne peuvent être considérés comme vendeur ou professionnel.

Comme nous l'avons souligné au point précédent, il peut être difficile pour les consommateurs concluant un contrat via une telle plateforme de savoir si ce contrat est conclu avec un tiers et non avec la plateforme elle-même. Bien que les fournisseurs de plateforme offrent parfois une garantie commerciale même s'ils ne peuvent être qualifiés de vendeurs, le fait de les rendre obligatoirement garants de la conformité des biens vendus ou des contenus et services numériques fournis par leur biais dans certaines circonstances prédéfinies assurerait ainsi davantage de protection des consommateurs, mais pourrait également compliquer davantage le cadre légal³⁷. Le législateur belge n'a toutefois pas fait le choix d'étendre le champ d'application de la garantie de la sorte.

B. Champ d'application matériel

16. Introduction. La garantie légale de conformité des biens de consommation s'applique aux contrats de vente portant sur un bien de consommation, tandis que la garantie légale de conformité des contenus et services numériques s'applique aux contrats de fourniture de contenus et services numériques. Le champ d'application matériel de la garantie légale de conformité repose ainsi sur des notions clés dont il convient de saisir la portée. Ainsi, les contrats qui peuvent lui donner lieu, à savoir le contrat de vente ou le contrat de fourniture de contenu ou de service numérique, constituent le point de départ de son champ d'application matériel. Ensuite, l'objet de la garantie doit également être analysé : nous étudierons ainsi les notions de bien de consommation (ainsi que l'impact de l'intégration d'éléments numériques à ces biens), de contenu numérique et de service numérique.

³⁶ Considérant 18 de la directive 2019/771 ; considérant 23 de la directive 2019/770.

³⁷ G. FRUY et G. SCHULTZ, « La nouvelle directive en matière de vente aux consommateurs (2019/771) est arrivée : quel est son champ d'application et quels critères prévoit-elle pour la conformité des biens vendus ? », *op. cit.*, p. 105.

1. Notion de *contrat de vente* ou de *fourniture de contenu* ou *service numérique*

17. Contrat de vente ou contrat portant sur la fourniture de contenu et service numérique. Le type de contrat par le biais duquel le vendeur ou professionnel se lie au consommateur est en toute logique le point de départ du champ d'application matériel de la garantie légale de conformité. Pour ce qui est des biens de consommation, ce contrat est très clairement identifié : un contrat de vente doit avoir été conclu pour que le vendeur soit garant de ce bien. La situation est en revanche moins claire pour les contenus et services numériques. En effet, le législateur européen a fait le choix de s'écarter des formes contractuelles préétablies pour se concentrer davantage sur l'objet même du contrat. En ce qui concerne le contrat de vente d'un bien, sa définition, bien qu'établie dans la directive, n'est pas reprise à l'article 1649*bis* de l'ancien Code civil. En effet, l'article 1649*ter* se réfère plutôt à l'article 1604, alinéa 1^{er}, établissant l'obligation de délivrance d'une chose conforme au contrat pesant sur le vendeur. Cette obligation fait en outre partie intégrante de la définition du contrat de vente établie à l'article 1582 du même code : « la vente est une convention par laquelle l'un s'oblige à livrer une chose, et l'autre à la payer ».

Le législateur belge s'est ainsi détaché de la définition du contrat de vente établie dans le Code de droit économique pour se référer à la définition du Code civil. Il aurait en effet été malvenu d'indiquer une autre définition du contrat de vente au sein du titre du Code qui lui est consacré³⁸. Cela témoigne néanmoins d'une certaine incohérence, en ce que des règles destinées à protéger le consommateur se retrouvent mises à l'écart, hors du Code de droit économique et soumises aux principes du droit civil classique. Bien que la décision d'inclure la nouvelle mouture des règles encadrant la garantie légale de conformité des biens de consommation ait donné lieu à débat, le choix du législateur de les cantonner au Code civil est justifié par le fait que les anciennes règles y aient été originellement inscrites³⁹. On peut toutefois regretter que l'occasion n'ait pas été saisie pour assurer davantage de cohérence au sein du droit belge de la consommation. Il est possible que cela soit corrigé lors de l'intégration du régime dans le nouveau Code civil.

18. Contenus ou services numériques fournis en contrepartie de données à caractère personnel. Dorénavant, les législations européennes et belges prévoient explicitement que le droit de la consommation s'applique également lorsque le contenu ou le service numérique n'est pas fourni contre un prix, mais lorsque le consommateur fournit ou s'engage à fournir des don-

³⁸ Titre VI du livre III du Code civil (ancien).

³⁹ Projet de loi modifiant les dispositions de l'ancien Code civil relatives aux ventes à des consommateurs, insérant un nouveau titre VI*bis* dans le livre 3 de l'ancien Code civil et modifiant le Code de droit économique, exposé des motifs, *Doc. parl.*, Ch. repr., sess. ord. 2021-2022, n° 55-2355/001, p. 7.

nées à caractère personnel⁴⁰ au professionnel⁴¹. Tel est notamment le cas lorsque le service semble être « gratuit », mais où le service est en réalité financé par de la publicité personnalisée sur la base de données à caractère personnel du consommateur obtenues via diverses méthodes (i.e. des *cookies*...) ⁴². En revanche, la garantie ne s'applique pas lorsque les données à caractère personnel fournies par le consommateur sont exclusivement traitées par le professionnel pour fournir le contenu numérique ou le service numérique ou encore pour permettre au professionnel de remplir les obligations légales qui lui incombent, pour autant que le professionnel ne traite pas ces données à une autre fin⁴³. La directive 2019/770 rappelle qu'il est nécessaire que les traitements de données effectués dans ce cadre soient valides au regard du Règlement général sur la protection des données (ci-après le « R.G.P.D. ») ⁴⁴. Ce rappel n'était techniquement pas forcément nécessaire, mais la validité de pareille pratique⁴⁵ et surtout son encadrement par la législation en matière de protection des données restent fort discutés, et encore plus depuis les récentes décisions prises par l'autorité de la protection des données irlandaises dans les affaires concernant la société Meta (Facebook, Instagram...). Elle a en effet considéré que la manière dont cette entreprise encadrait sa pratique d'exploitation des données personnelles de ses clients n'était pas légale⁴⁶.

Précisons que cette extension du champ d'application ne s'applique pas pour la vente de bien. La directive 2019/771 n'en fait aucune mention. Ceci

⁴⁰ Les données à caractère personnel sont définies comme les données à caractère personnel au sens de l'article 4, point 1), du règlement (UE) 2016/679 du Parlement européen et du Conseil du 27 avril 2016 relatif à la protection des personnes physiques à l'égard du traitement des données à caractère personnel et à la libre circulation de ces données, et abrogeant la directive 95/46/CE (art. 1701/1, 8°, anc. C. civ.). Le règlement les définit comme : « toute information se rapportant à une personne physique identifiée ou identifiable ; est réputée être une « personne physique identifiable » une personne physique qui peut être identifiée, directement ou indirectement, notamment par référence à un identifiant, tel qu'un nom, un numéro d'identification, des données de localisation, un identifiant en ligne, ou à un ou plusieurs éléments spécifiques propres à son identité physique, physiologique, génétique, psychique, économique, culturelle ou sociale ».

⁴¹ Art. 1701/2, § 2, anc. C. civ.

⁴² Pour une analyse plus détaillée de la législation applicable à ce genre de services, voy. A. DELFORGE, « Paying with Personal Data : Between Consumer and Data Protection Law », in *Deep diving into data protection : 1979-2019 : celebrating 40 years of research on privacy data protection at the CRIDS*, Bruxelles, Larcier, 2021, pp. 45 et s.

⁴³ Art. 1701/2, § 2, anc. C. civ.

⁴⁴ Art. 8 et notamment les considérants 37 et 38.

⁴⁵ À l'époque du projet, cette directive avait d'ailleurs fait l'objet d'un avis de l'E.D.P.S. (*European data protection supervisor*, avis n° 4/2017 du 14 mars 2017, répété ensuite dans son avis n° 8/2018 sur le paquet législatif « Une nouvelle donne pour les consommateurs » du 5 octobre 2018) qui regrettait notamment la manière de présenter les données à caractère personnel comme « une contrepartie », alors que cela devait rester « un droit fondamental » avant tout. La version finale a retiré cette expression de « contrepartie » sans forcément que cela change le fait que ce type de pratique devenait *de facto* « acceptée », sur le principe, par la législation européenne.

⁴⁶ Décision du 31 décembre 2022 de l'autorité de protection des données irlandaise contre Meta (Facebook), prise à la suite de la décision liante d'E.D.P.B. n° 3/2022. D'autres décisions concernant Instagram et WhatsApp ont été prises ce même jour.

s'avère regrettable dans la mesure où certains objets connectés (bien comportant un service numérique bien souvent) peuvent être « donnés gratuitement », en échange d'une exploitation des données générées.

19. Site web accessible « sans contrat explicite ». L'application de cette législation aux sites web accessibles « librement », c'est-à-dire sans qu'il soit nécessaire de créer un compte client ou de conclure expressément un contrat de fourniture de service ou de contenu numérique, reste ouverte. La directive 2019/770 précise dans son considérant 25 qu'elle ne devrait pas s'appliquer lorsqu'aucun contrat n'a été conclu. Elle cite notamment les cas où seules des métadonnées (ou des historiques web) sont collectées par le professionnel ou lorsque le consommateur est uniquement exposé à de la publicité sans avoir conclu de contrat. Toutefois, le considérant laisse la possibilité pour les États membres d'étendre l'application de cette législation à ces situations, explicitement dans leur transposition nationale, ou lorsque leur législation nationale considère qu'il existe un contrat dans pareille situation. Ce considérant 25 nous semble être en contradiction avec l'idée même de vouloir intégrer les contrats conclus en échange de données à caractère personnel puisque bien souvent, les données collectées dans l'environnement web et la publicité ciblée sont des métadonnées et des historiques web. Le législateur belge n'a pas explicitement réglé cette situation dans sa transposition de la directive. Toutefois, il nous semble qu'un contrat est conclu lorsqu'un utilisateur d'une page web va sur une page et que ce dernier est obligé d'accepter les conditions d'utilisation du site⁴⁷, ou lorsqu'il doit accepter la politique « cookies » du site web qui souhaiterait le soumettre à de la publicité ciblée ou exploiter ses données à des fins commerciales⁴⁸. Il est toutefois moins clair que cela soit le cas lorsque le site web ne collecte aucune donnée et se contente de se financer avec la publicité non ciblée.

20. Particularité du champ d'application de la garantie légale applicable aux contenus et services numériques. Le champ d'application de ce nouveau régime propre aux contenus et services numériques est ainsi davantage déterminé par la qualité des parties au contrat et par son objet plutôt que par la qualification du contrat lui-même. Le choix de faire référence à un contrat innommé dans le champ d'application du régime est novateur, et

⁴⁷ Régulièrement, les conditions générales d'utilisation de sites web indiquent qu'elles s'appliquent dès la consultation du site, même sans acceptation formelle du consommateur. Considérer que ces conditions seraient opposables au consommateur s'avère discutable, mais pourrait néanmoins constituer une forme de contrat si le consommateur en a bien pris connaissance et les a acceptées (ne serait-ce qu'en continuant à consulter le site une fois celui-ci informé des conditions).

⁴⁸ Le professionnel est légalement obligé de demander un consentement et d'informer le consommateur avant le placement de certains cookies sur sa machine, en vertu de la législation « ePrivacy » (directive 2002/58/CE du Parlement européen et du Conseil du 12 juillet 2002 concernant le traitement des données à caractère personnel et la protection de la vie privée dans le secteur des communications électroniques et art. 10/2 de la loi du 30 juillet 2018 relative à la protection des personnes physiques à l'égard des traitements de données à caractère personnel). À ce sujet, voy. récemment A. DELFORGE, « Le placement de cookies sur un site web : en fin la fin de la récréation ou le début de la fin ? », *R.D.T.I.*, 2022/87, pp. 122 et s.

apporte une flexibilité indispensable aux contrats du numérique pouvant adopter des formes très variables et ne correspondant plus toujours aux qualifications contractuelles existantes de manière évidente. Il se distingue ainsi des champs d'application établis par d'autres actes et spécifiquement limités à des contrats nommés. Nous pensons notamment à la directive 2011/83/UE, transposée dans le livre VI du Code de droit économique, qui n'a vocation à s'appliquer qu'aux contrats de vente ou de service conclus avec des consommateurs, ceux-ci étant par ailleurs strictement définis⁴⁹. Le régime applicable aux contrats de fourniture de services numériques se distingue donc du régime général applicable aux contrats de services.

2. Notion de bien de consommation

21. Définition. Tel que mentionné en introduction, les articles 1649bis à 1649nonies s'appliquent à la vente de biens de consommation aux consommateurs. La notion de bien est dès lors centrale. Celle-ci est définie à l'article 1649bis, § 1^{er}, 4^o, comme « a) tout objet mobilier corporel ; l'eau, le gaz et l'électricité sont des biens de consommation au sens de la présente section lorsqu'ils sont conditionnés dans un volume délimité ou en quantité déterminée ; b) tout bien comportant des éléments numériques, étant tout objet mobilier corporel qui intègre un contenu numérique ou un service numérique ou est interconnecté avec un tel contenu ou un tel service d'une manière telle que l'absence de ce contenu numérique ou de ce service numérique empêcherait ce bien de consommation de remplir ses fonctions »⁵⁰.

22. Biens exclus. Sont par contre exclus du champ d'application de la garantie, bien qu'ils puissent entrer dans la définition des « biens de consommation », les supports matériels servant exclusivement à transporter du contenu numérique (par exemple les DVD, les CD ou les supports de certains jeux vidéo), les biens vendus sur saisie ou de quelque autre manière par autorité de justice ainsi que les animaux vivants^{51 52}.

⁴⁹ Le contrat de vente est défini comme « tout contrat en vertu duquel l'entreprise transfère ou s'engage à transférer la propriété des biens au consommateur et le consommateur paie ou s'engage à payer le prix de ceux-ci, y compris les contrats ayant à la fois pour objet des biens et des services » (art. I.8, 33^o, C.D.E.) tandis que le contrat de service est défini comme « tout contrat autre qu'un contrat de vente en vertu duquel l'entreprise fournit ou s'engage à fournir un service au consommateur, y compris un service numérique et le consommateur paie ou s'engage à payer le prix de celui-ci » (art. I.8, 34^o, C.D.E.).

⁵⁰ Cette définition est reprise mot pour mot de l'article 2, 5), de la directive 2019/771.

⁵¹ Art. 1649bis, § 3, 2^o, 3^o et 4^o, anc. C. civ.

⁵² Vis-à-vis des animaux, le choix belge est entre autres justifié par le fait que les animaux vivants sont désormais considérés comme doués de sensibilité et ayant des besoins biologiques par l'article 3.39 du livre 3 « Les biens » du nouveau Code civil (Projet de loi modifiant les dispositions de l'ancien Code civil relatives aux ventes à des consommateurs, insérant un nouveau titre VIbis dans le livre 3 de l'ancien Code civil et modifiant le Code de droit économique, exposé des motifs, *Doc. parl.*, Ch. repr., sess. ord. 2021-2022, n^o 55-2355/001, p. 17). L'application de la garantie légale de conformité aux animaux semble en outre compliquée, notamment en raison du fait que ni la réparation ni le remplacement ne semblent constituer des remèdes adéquats en cas de défaut de conformité (voy. G. FRUY et G. SCHULTZ, « La

23. Pertinence de l'ajout d'une référence à la consommation. L'inclusion d'une référence à la consommation dans la notion même de l'objet de la garantie semble impliquer automatiquement une limitation de son champ d'application aux contrats de vente conclus avec des consommateurs. Cette limitation ne se reflète cependant pas dans le texte de la définition de la notion, qui ne fait nullement mention de l'inclusion du bien dans une relation de consommation, et provient plutôt du premier alinéa de l'article 1649ter qui limite l'application des critères de conformité aux biens délivrés par le vendeur au consommateur. L'on peut dès lors s'interroger sur le bien-fondé de cette précision qui ne figure par ailleurs pas dans le texte de la directive 2019/771⁵³.

24. Biens d'occasion. Une autre notion issue de ce régime est celle de « bien d'occasion », qui n'est toutefois pas définie en droit belge. Tout bien entrant dans cette catégorie particulière peut ainsi être soumis à un régime différenciant légèrement du cadre plus global, celui-ci relevant toutefois de la liberté des États membres⁵⁴. Le législateur belge en a fait le choix (*cf.* n° 74). En toute logique, l'introduction de ce cadre spécial se justifie par un besoin de flexibilité accru lié au fait que les biens d'occasion ont eu une vie avant le début du délai de la garantie légale de conformité, ce qui entraîne davantage de risques de défaillance. Cette distinction entraîne cependant une incertitude quant à l'application du régime aux biens reconditionnés ou qualifiés de « comme neufs » par le vendeur. En effet, où placer la limite entre un bien d'occasion et un nouveau bien lorsqu'il est question d'un bien ayant subi une remise à neuf complète⁵⁵? L'introduction de critères permettant de les distinguer ou d'identifier différents degrés de reconditionnement aurait été judicieuse. Une alternative pourrait simplement être d'aligner les exigences liées à la garantie légale de conformité de tout bien d'occasion, ou certains biens d'occasion remis à neuf, avec celles de la garantie légale de conformité des biens de consommation. Une telle solution serait souhaitable d'un point de vue environnemental.

25. Biens à fabriquer. Les « biens à fabriquer » sont également visés par la garantie légale de conformité, en ce que « les contrats conclus entre un consommateur et un vendeur portant sur la fourniture de biens à fabriquer ou à produire sont également considérés comme des contrats de vente »⁵⁶. Ainsi, les

nouvelle directive en matière de vente aux consommateurs (2019/771) est arrivée: quel est son champ d'application et quels critères prévoit-elle pour la conformité des biens vendus?, *op. cit.*, pp. 99-100). Sur la question des animaux, voy. M. HIGNY, « La garantie légale des biens de consommation appliquée au défaut de conformité d'un animal », *T.B.B.R.-R.G.D.C.*, 2021/6, p. 287.

⁵³ Nous nous contenterons d'ailleurs parfois dans la suite de parler de « bien » pour parler de « bien de consommation ».

⁵⁴ Considérants 36 et 43 de la directive 2019/771.

⁵⁵ À ce sujet, Hervé Jacquemin émet l'hypothèse que la création d'une catégorie spéciale pour les biens reconditionnés et leur assimilation aux biens neufs sur le plan de la garantie de conformité auraient pu être utiles (voy. H. JACQUEMIN, « La conformité des biens, des contenus numériques et des services numériques, l'articulation des délais et la modification des éléments numériques », *D.C.C.R.*, 2022/2-3, n°s 135-136, p. 47).

⁵⁶ Art. 1649bis, § 2, al. 3, anc. C. civ.

contrats par lesquels l'une des parties s'engage à fabriquer un bien déterminé donnent également lieu à l'application de la garantie légale de conformité, bien qu'ils puissent également correspondre à la qualification de contrat d'entreprise en droit belge⁵⁷.

26. Comparaison avec d'autres définitions. Au vu de ces définitions, il apparaît que la notion de bien de consommation retenue se distingue des définitions du terme « bien » établies dans d'autres actes. Le livre 3 du nouveau Code civil précise par exemple que: « les biens, au sens le plus large, sont toutes les choses susceptibles d'appropriation, y compris les droits patrimoniaux »⁵⁸. L'article I.1, 6°, du Code de droit économique prévoit quant à lui que la notion de bien englobe « les biens meubles corporels »⁵⁹. L'on s'interroge également sur le croisement de cette notion de bien de consommation avec celle de produit, dont la définition s'en rapproche parfois à certains égards. En effet, bien que les produits englobent à la fois biens et services au sens de l'article I.1, 4°, du Code de droit économique, la loi du 25 février 1991 relative à la responsabilité du fait des produits défectueux définit le produit comme « tout bien meuble corporel, même incorporé à un autre bien meuble ou immeuble, ou devenu immeuble par destination »⁶⁰.

3. Impact de l'intégration d'éléments numériques sur la notion de bien

27. Constat. Comme mentionné au point précédent, la notion de « bien de consommation » telle que définie à l'article 1649bis du Code civil ancien englobe expressément tout bien « comportant des éléments numériques, [celui-ci] étant tout objet mobilier corporel qui intègre un contenu numérique ou un service numérique ou est interconnecté avec un tel contenu ou un tel service d'une manière telle que l'absence de ce contenu numérique ou de ce service numérique empêcherait ce bien de consommation de remplir ses fonctions »⁶¹. Cette inclusion est justifiée par la volonté du législateur européen d'adapter la garantie légale de conformité à une économie de plus en plus dominée par la

⁵⁷ G. FRUY et G. SCHULTZ, « La nouvelle directive en matière de vente aux consommateurs (2019/771) est arrivée: quel est son champ d'application et quels critères prévoit-elle pour la conformité des biens vendus? », *op. cit.*, p. 96.

⁵⁸ Art. 3.41 C. civ.

⁵⁹ Cet article s'éloigne ainsi quelque peu de la définition retenue dans la directive 2011/83/UE à l'article 2, 3), qui précise qu'un bien peut être défini comme « tout objet mobilier corporel, sauf les objets vendus sur saisie ou de quelque autre manière par autorité de justice; l'eau, le gaz et l'électricité sont considérés comme des "biens" au sens de la présente directive lorsqu'ils sont conditionnés dans un volume délimité ou en quantité déterminée ».

⁶⁰ Art. 2 de la loi du 25 février 1991 relative à la responsabilité du fait des produits défectueux, *M.B.*, 22 mars 1991.

⁶¹ Art. 1649bis, § 1^{er}, 4°, b), anc. C. civ.

technologie, ce qui passe par l'établissement d'un cadre global facilitant l'intégration de la dimension numérique dans le marché intérieur⁶².

28. Conditions. Deux conditions doivent ainsi être réunies pour qu'un bien comportant des éléments numériques entre effectivement dans la notion de bien de consommation : le bien est un objet mobilier corporel intégrant/étant interconnecté avec un contenu ou un service numérique (i) et cette intégration ou interconnexion est indispensable pour que ce bien remplisse ses fonctions (ii)⁶³.

29. Biens visés par la notion de biens de consommation comportant des éléments numériques. Il apparaît que l'extension de la définition de bien de consommation à cette sous-catégorie de biens en particulier a pour principale conséquence l'inclusion des biens faisant usage de l'« *Internet of Things* » (ci-après « *IoT* »), ou « internet des objets », dans le champ d'application de la garantie légale de conformité. L'*IoT* fait en effet référence à la connectivité créée entre certains objets grâce à des technologies particulières, telles que des capteurs, un logiciel dédié ou une connexion internet⁶⁴. Ces technologies permettent de récolter certaines données liées à l'utilisation de cet objet et de les communiquer ensuite à d'autres objets connectés.

L'*IoT* peut être utilisé pour assurer la connectivité d'objets variés, que l'on qualifie alors d'« intelligents » ou « *smart* », allant de nos *smartphones* ou de voitures désormais capables de communiquer entre elles⁶⁵ à des réfrigérateurs tenant un inventaire de leur contenu. Ces objets étant par essence hybrides, associant un bien tangible à un contenu ou un service numérique, leur appartenance à la catégorie des biens de consommation aurait pu faire l'objet de controverses en l'absence d'une telle clarification. L'on peut donc saluer l'ajout de cette sous-catégorie à la notion de bien de consommation.

30. Définitions des contenus et services numériques intégrés à un bien. La notion de bien comportant des éléments numériques doit être articulée avec celles de contenus et services numériques que nous étudierons ci-après. Nous pouvons toutefois d'ores et déjà indiquer qu'un contenu numérique intégré à un bien ou interconnecté avec celui-ci désigne « toutes les données qui sont produites et fournies sous forme numérique, telles que des systèmes d'exploitation, des applications et tout autre logiciel »⁶⁶.

⁶² Considérant 1 de la directive 2019/771.

⁶³ G. FRUY et G. SCHULTZ, « La nouvelle directive en matière de vente aux consommateurs (2019/771) est arrivée : quel est son champ d'application et quels critères prévoit-elle pour la conformité des biens vendus ? », *op. cit.*, p. 94.

⁶⁴ B. VÍROVÁ, « Limits of fairness and transparency in Internet of Things (IoT) contracts concluded with consumers », *R.E.D.C.*, 2020/3, p. 524.

⁶⁵ À ce sujet, voy. également B. W. SMITH, « Automated Driving and Product Liability », 1^{er} octobre 2016, disponible sur <https://ssrn.com/abstract=2923240>, p. 17.

⁶⁶ Considérant 14 de la directive 2019/771 ; A. CASSART, F. LORIAUX et A. CRUQUENAIRE, « La directive 2019/770/UE du 20 mai 2019 relative à certains aspects concernant les contrats de la fourniture de contenus numériques et de services numériques », *op. cit.*, p. 233.

Quant aux services numériques interconnectés avec un bien, ils comprennent « des services permettant de créer, de traiter et de stocker des données sous forme numérique, ou d'y accéder, tels que les logiciels à la demande proposés dans l'environnement informatique en nuage, la fourniture continue de données relatives au trafic dans un système de navigation, ou la fourniture continue de programmes d'entraînement personnalisés dans le cas d'une montre intelligente »⁶⁷.

31. Inclusion des contenus et services numériques intégrés au bien dans le contrat de vente. Quant à la question de savoir si les services et contenus numériques intégrés dans un bien ou interconnectés avec celui-ci font ou non partie du contrat de vente, le législateur européen précise que cela dépend du contenu du contrat⁶⁸. À titre d'exemple, on peut se demander si l'application associée à une montre connectée fait également partie du contrat de vente portant sur la montre. On peut considérer que le contrat de vente porte également sur ce contenu ou service numérique dans deux cas de figure : lorsque sa fourniture est explicitement requise par le contrat (i) ou lorsqu'elle est normale pour les biens de même type et que le consommateur peut raisonnablement s'y attendre eu égard à la nature des biens et compte tenu de toute déclaration publique faite par le vendeur ou d'autres personnes situées en amont dans la chaîne de transactions(ii)⁶⁹. Dans tout autre cas, le contenu ou service numérique intégré dans le bien de consommation sera couvert par la garantie légale de conformité qui lui est propre et non par celle qui s'applique aux biens de consommation.

32. Comparaison avec la notion de contenu numérique fourni sur un support matériel. Il semble intéressant à ce stade de procéder à une comparaison de cette particularité du régime de la garantie légale de conformité des biens de consommation avec l'encadrement plus global de la protection des consommateurs qui s'applique spécifiquement aux contenus et services numériques. Le considérant 13 de la directive 2019/771 distingue expressément l'hypothèse des biens comportant des éléments numériques qui requièrent un contenu numérique ou un service numérique pour fonctionner de celle des contenus numériques fournis sur un support matériel⁷⁰. Ainsi, la garantie légale de conformité des contenus et services numériques s'applique à ces derniers, de même qu'au support matériel lui-même, tandis qu'ils sont exclus du champ d'application de la garantie légale de conformité des biens de consommation.

⁶⁷ Considérant 14 de la directive 2019/771.

⁶⁸ Considérant 15 de la directive 2019/771.

⁶⁹ Le considérant 15 mentionne ainsi l'exemple de publicités présentant un téléviseur connecté comme intégrant une application vidéo donnée : celle-ci serait alors considérée comme faisant partie intégrante du contrat de vente portant sur le téléviseur, et ce, même si ce contenu ou service numérique doit être téléchargé ultérieurement sur un autre appareil.

⁷⁰ Des exemples de tels supports matériels sont les DVD, les CD, les clés USB et les cartes à mémoire (considérant 13 de la directive 2019/770).

Cette approche diffère de celle de la directive 2011/83/UE⁷¹ qui a introduit pour la première fois la notion de contenu numérique en droit de l'Union. Elle vise ainsi également les contenus numériques fournis sur support matériel, les qualifiant de «biens»^{72 73}, ce qui implique que les contrats les ayant pour objets doivent être qualifiés de contrats de vente. Ainsi, les dispositions issues du Code de droit économique et transposant cette directive qui s'appliquent aux contrats de vente s'appliqueront également aux contrats de fourniture de contenu numérique sur un support matériel, bien que ceux-ci soient couverts par une garantie légale de conformité différente de celle s'appliquant aux biens de consommation qui font l'objet de ces mêmes contrats⁷⁴. Cela ressort en outre du fait que les contenus numériques non fournis sur un support matériel sont régulièrement visés afin d'étendre le champ d'application de certaines dispositions applicables aux biens, confirmant ainsi l'inclusion des contenus numériques fournis sur des supports matériels dans cette notion⁷⁵.

La directive (UE) 2019/2161 ou directive Omnibus⁷⁶, qui modifie entre autres la directive 2011/83/UE et a été transposée en droit belge par la loi du 8 mai 2022 modifiant les livres I^{er}, VI et XV du Code de droit économique⁷⁷, n'a pas tout à fait rectifié cette situation. À propos des définitions des contenus et services numériques, le législateur européen indique toutefois que la directive 2011/83/UE devrait être alignée sur la directive 2019/770 relative à certains aspects concernant les contrats de fourniture de contenus numériques et de services numériques⁷⁸. La qualification des contrats portant sur des contenus numériques fournis sur un support matériel n'est cependant pas expressément

⁷¹ 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.U.E.*, n° L 304, 22 novembre 2011.

⁷² Considérant 19 de la directive 2011/83/UE.

⁷³ Un bien étant défini comme « tout objet mobilier corporel, sauf les objets vendus sur saisie ou de quelque autre manière par autorité de justice ; l'eau, le gaz et l'électricité sont considérés comme des "biens" au sens de la présente directive lorsqu'ils sont conditionnés dans un volume délimité ou en quantité déterminée » à l'article 2, 3), de la directive 2011/83/UE.

⁷⁴ Le régime qui s'applique aux contenus numériques fournis sur un support matériel se distingue toutefois du régime applicable aux biens en certains points. Ils bénéficient par exemple d'une exception au droit de rétractation à l'article VI.53, 13°, du Code de droit économique, qui transpose l'article 16, alinéa 1^{er}, point m), de la directive 2011/83/UE.

⁷⁵ Par exemple, l'article VI.2/1 du Code de droit économique prévoit que l'article VI.2 (imposant une obligation d'information à l'entreprise vis-à-vis du consommateur) s'applique également lorsque l'entreprise fournit ou s'engage à fournir au consommateur un *contenu numérique non fourni sur un support matériel* ou un service numérique et que le consommateur fournit ou s'engage à fournir des données à caractère personnel à l'entreprise. C'est également le cas des articles VI.44/1 ou VI.63/1 du même code.

⁷⁶ Directive (UE) 2019/2161 du Parlement européen et du Conseil du 27 novembre 2019 modifiant la directive 93/13/CEE du Conseil et les directives 98/6/CE, 2005/29/CE et 2011/83/UE du Parlement européen et du Conseil en ce qui concerne une meilleure application et une modernisation des règles de l'Union en matière de protection des consommateurs, *J.O.U.E.*, n° L 328, 18 décembre 2019 (ci-après la « directive Omnibus »).

⁷⁷ Loi du 8 mai 2022 modifiant les livres I^{er}, VI et XV du Code de droit économique, *M.B.*, 2 juin 2022.

⁷⁸ Considérant 30 de la directive Omnibus.

corrigée. Cette incohérence du droit européen de la consommation devrait être solutionnée à l'avenir.

33. Impact de cette extension de la notion de bien de consommation. L'inclusion expresse des biens comportant des éléments numériques dans la notion de bien de consommation a pour impact principal l'adaptation de critères de conformité d'ores et déjà prévus dans la directive qui encadrait précédemment la garantie légale de conformité⁷⁹. En effet, la prise en compte de ce type de bien a notamment mené à l'ajout du critère de conformité subjectif en vertu duquel le bien de consommation doit « être fourni avec des mises à jour comme prévu dans le contrat de vente »⁸⁰ ou encore à l'obligation pour le vendeur d'informer le consommateur des mises à jour nécessaires au maintien de la conformité de ce bien⁸¹ (*cf. infra*, n° 62).

4. Notion de contenu numérique

34. Définition. Un contenu numérique est défini à l'article 1649*bis*, § 1^{er}, 5°, de l'ancien Code civil comme « des données produites et fournies sous forme numérique »⁸². Cette définition est identique à celle prévue à l'article I.8, 35°, du Code de droit économique, à la suite de la transposition de la directive Omnibus par la loi du 8 mai 2022 modifiant les livres I^{er}, VI et XV du Code de droit économique⁸³.

Bien qu'elle semble relativement abstraite, le législateur européen a précisé la portée de cette définition en mentionnant comme exemples « 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 »⁸⁴.

35. Exclusions. Certaines exclusions sont en outre applicables à la garantie légale de conformité portant sur les contenus numériques. En effet, l'article 1701/2, § 7, de l'ancien Code civil indique que la garantie ne s'applique pas à la fourniture de contenu numérique lorsque le contenu numérique est mis à la disposition du grand public autrement que par la transmission de signaux, dans le cadre de spectacles ou d'événements, tels que des projections cinématographiques numériques, ainsi qu'au contenu numérique fourni par des orga-

⁷⁹ Directive 1999/44/CE.

⁸⁰ Art. 1649*ter*, § 2, 4°, anc. C. civ.

⁸¹ Art. 1649*ter*, § 5, anc. C. civ.

⁸² Cette définition est issue de l'article 2, 1), de la directive 2019/770.

⁸³ Cette notion a initialement été introduite et définie par la directive 2011/83/UE. Celle-ci définissait le contenu numérique comme « des données produites et fournies sous forme numérique » en son article 2, 11). La directive Omnibus a toutefois modifié cet article afin d'assurer une cohérence avec la directive 2019/770 (considérant 30 de la directive Omnibus). Il prévoit désormais qu'un contenu numérique est « tout contenu numérique tel que défini à l'article 2, point 1), de la directive 2019/770 du Parlement européen et du Conseil ».

⁸⁴ Considérant 19 de la directive 2011/83/UE.

nismes du secteur public des États membres conformément à la loi du 4 mai 2016 relative à la réutilisation des informations du secteur public.

Finalement, la garantie légale des biens de consommation prévaut en ce qui concerne les contenus numériques qui sont intégrés dans les biens ou interconnectés à de tels biens, et qui sont fournis avec ces biens dans le cadre d'un contrat de vente concernant ces biens (cf. *supra*, nos 27 et s.)⁸⁵.

36. Caractère technologiquement neutre de la définition. Cette définition, à l'image de l'ensemble de la directive, se veut technologiquement neutre, ce qui explique sa formulation extensive et évasive. En effet, l'objectif du législateur européen est que tant le champ d'application que les règles de fond établies par la directive 2019/770 soient adaptés aux évolutions futures⁸⁶.

37. Types de fourniture du contenu numérique. Un contenu numérique peut être fourni de manière unique ou continue, le mode de fourniture ayant des conséquences sur la mise en œuvre et la durée de la garantie (cf. *infra*, section 2). Les livres électroniques représentent un exemple de fourniture unique de contenu numérique⁸⁷, alors qu'une fourniture continue consiste par exemple en la retransmission en ligne d'une séquence vidéo⁸⁸. À ces deux types de fourniture doit également être ajoutée la fourniture consistant en une série d'opérations distinctes, par exemple un abonnement permettant d'obtenir un nombre donné de livres électroniques, qui doit être considérée comme une succession de fournitures uniques et non comme une fourniture continue⁸⁹.

La particularité de la fourniture unique de contenu numérique est liée au fait que le consommateur a ensuite la possibilité d'accéder à ce contenu et de l'utiliser indéfiniment. La fourniture continue, en revanche, limite l'usage du/l'accès au contenu numérique à la durée déterminée par le contrat ou tant que le contrat à durée indéterminée est en vigueur.

38. Support de la fourniture du contenu numérique. Le support utilisé pour fournir le contenu numérique n'a quant à lui aucune incidence sur l'application de la garantie légale de conformité. En effet, le législateur européen précise qu'au vu du nombre de moyens de fournir des contenus numériques⁹⁰, la garantie devrait s'appliquer indépendamment du support utilisé pour transmettre ou pour rendre disponible le contenu numérique ou le service numérique⁹¹. Cela confirme ainsi que les contenus numériques fournis sur

⁸⁵ Art. 1701/2, § 5, anc. C. civ.

⁸⁶ Considérant 10 de la directive 2019/770.

⁸⁷ Considérant 56 de la directive 2019/770.

⁸⁸ Considérant 57 de la directive 2019/770.

⁸⁹ Considérant 56 de la directive 2019/770.

⁹⁰ Sont par exemple mentionnés la transmission sur un support matériel, le téléchargement par les consommateurs sur leurs appareils, la retransmission en ligne (*web streaming*), l'autorisation d'accès à des capacités de stockage de contenu numérique ou l'accès à l'utilisation des médias sociaux.

⁹¹ Considérant 19 de la directive 2019/770.

des supports matériels entrent également dans le champ d'application de cette garantie et non de celle qui s'applique aux biens de consommation.

5. Notion de service numérique

39. Définition. La notion de service numérique est définie comme « a) un service permettant au consommateur de créer, de traiter ou de stocker des données sous forme numérique, ou d'y accéder; ou b) un service permettant le partage de données sous forme numérique qui sont téléversées ou créées par le consommateur ou d'autres utilisateurs de ce service, ou permettant toute autre interaction avec ces données »⁹². Cette notion n'était définie ni en droit belge ni en droit de l'Union avant l'adoption de la directive 2019/770⁹³. Cela se justifie par la dépendance croissante de notre économie et de notre société vis-à-vis des services numériques ainsi que par les risques que leur fonctionnement engendre⁹⁴.

On peut toutefois critiquer la distinction tenue entre les notions de contenu et service numérique. En effet, les définitions de ces deux notions se voulant technologiquement neutres, elles en deviennent très abstraites et ne sont finalement plus aisément différenciables. Ainsi, les services numériques impliqueront généralement « des données produites et fournies sous forme numérique », qui correspondent pourtant à la définition du contenu numérique. Cette constatation est pour lors d'ordre théorique et présente peu de conséquences pratiques au niveau de la garantie légale de conformité en ce que services et contenus numériques sont soumis au même régime, elle risque cependant de poser davantage problème si des régimes différents sont établis.

40. Exclusions. Certaines exclusions sont en outre applicables à la garantie légale de conformité portant sur les services numériques. En effet, l'article 1701/2, § 7, de l'ancien Code civil indique que la garantie ne s'applique pas à la fourniture de services autres que les services numériques, que le professionnel utilise ou non des formats ou des moyens numériques pour créer le produit du service ou pour le fournir ou le transmettre au consommateur (1°), aux services de communications électroniques à l'exception des services de communications interpersonnelles non fondés sur la numérotation visés à l'article 2, 5/4°, de la loi du 13 juin 2005 relative aux communications électroniques (2°), aux services de santé fournis par des professionnels de la santé aux patients pour évaluer, maintenir ou rétablir leur état de santé, y compris la prescription, la délivrance et la fourniture de médicaments et de dispositifs

⁹² Art. 1649bis, § 1^{er}, 5°, anc. C. civ. Cette définition est issue de l'article 2, 2), de la directive 2019/770.

⁹³ La définition a désormais été ajoutée à la directive 2011/83/UE par la directive Omnibus et transposée à l'article I.8, 40°, du Code de droit économique pour l'application du livre VI relatif aux pratiques du marché et à la protection du consommateur.

⁹⁴ Considérant 1 du règlement (UE) 2022/2065 du Parlement européen et du Conseil du 19 octobre 2022 relatif à un marché unique des services numériques et modifiant la directive 2000/31/CE (règlement sur les services numériques), *J.O.U.E.*, n° L 277, 27 octobre 2022.

médicaux (3°), aux services de jeux d'argent et de hasard, à savoir les services impliquant une mise ayant une valeur pécuniaire dans des jeux de hasard, y compris les jeux impliquant un élément de compétence, tels que les loteries, les jeux de casino, les jeux de poker et les transactions portant sur des paris, qui sont fournis par voie électronique ou par toute autre technologie permettant de faciliter la communication et à la demande individuelle d'un destinataire de tels services (4°), au service financier visé à l'article I.8, 18°, du Code de droit économique (5°) et aux logiciels proposés par le professionnel sous licence libre et ouverte, lorsque le consommateur ne s'acquitte pas d'un prix et que les données à caractère personnel fournies par le consommateur sont exclusivement traitées par le professionnel pour améliorer la sécurité, la compatibilité ou l'interopérabilité de ces logiciels spécifiques (6°).

Finalement, la garantie légale des biens de consommation prévaut en ce qui concerne les services numériques qui sont intégrés dans les biens ou interconnectés à de tels biens, et qui sont fournis avec ces biens dans le cadre d'un contrat de vente concernant ces biens (*cf. supra*, n°s 27 et s.)⁹⁵.

41. Exemples de services numériques. Des exemples de services numériques sont les réseaux sociaux⁹⁶ ainsi que les applications pouvant être utilisées sur des *smartphones* ou d'autres appareils connectés⁹⁷.

42. Types de fourniture du service numérique. Tout comme pour les contenus numériques, deux manières de fournir un service numérique sont également distinguées et présentent des conséquences différentes sur la mise en œuvre ultérieure de la garantie légale de conformité qui s'y applique. Ainsi, un service numérique peut faire l'objet d'une fourniture unique ou continue. La fourniture continue d'un service numérique prendra par exemple la forme d'un contrat de deux ans pour le stockage en nuage⁹⁸ ou l'adhésion pour une durée indéterminée à un réseau social⁹⁹. Il nous semble en revanche plus compliqué d'identifier des exemples de fourniture unique de services numériques. En effet, les exemples qui viennent spontanément en tête peuvent également être qualifiés de contenus numériques faisant l'objet d'une fourniture unique¹⁰⁰. Aucun exemple n'a en outre été mentionné par le législateur européen. Cette difficulté

⁹⁵ Art. 1701/2, § 5, anc. C. civ.

⁹⁶ Considérant 2 du règlement (UE) 2022/2065.

⁹⁷ Considérant 21 de la directive 2019/770.

⁹⁸ Les multiples références au « stockage en nuage » dans la directive 2019/770 peuvent être critiquées en ce qu'elles ne sont pas technologiquement neutres (voy. A. CASSART, Fl. LORIAUX et A. CRUQUENAIRE, « La directive 2019/770/UE du 20 mai 2019 relative à certains aspects concernant les contrats de la fourniture de contenus numériques et de services numériques », *op. cit.*, p. 212).

⁹⁹ Considérant 57 de la directive 2019/770.

¹⁰⁰ L'utilisation de convertisseurs de documents en ligne, permettant de convertir des documents d'un format vers un autre, pourrait par exemple représenter un service numérique faisant l'objet d'une fourniture unique, à condition que le consommateur fournisse des données à caractère personnel dans le processus (ce qui est le cas si le site internet utilise des « cookies »). Cependant, le résultat du recours à ce type de convertisseur aboutit à la fourniture d'un contenu numérique par le consommateur, à savoir son document au format voulu.

est due à l'absence de distinction franche entre les deux notions mentionnée au point précédent. À nouveau, cette remarque a toutefois peu d'impact en pratique.

43. Support de la fourniture du service numérique. La remarque formulée au point précédent vis-à-vis de l'absence d'incidence du support utilisé pour transmettre le contenu numérique s'applique également aux services numériques (*cf. supra*, n° 38).

C. Comparaison du champ d'application de la garantie légale de conformité avec d'autres régimes de protection

44. Champ d'application de la garantie légale de conformité des biens de consommation. Le champ d'application de la garantie légale de conformité des biens de consommation, tel que modifié par la directive 2019/771 relative à certains aspects concernant les contrats de vente de biens, peut être résumé comme suit : la garantie s'applique à tout bien de consommation s'inscrivant dans un contrat de vente conclu entre un vendeur et un consommateur. À la suite de l'analyse détaillée de chacune de ces notions qui a été réalisée dans les points précédents, il apparaît que les champs d'application tant personnel que matériel de cette garantie sont assez étendus.

45. Champ d'application de la garantie légale de conformité des contenus et services numériques. Le champ d'application de la garantie légale de conformité des contenus et services numériques, introduite par la directive 2019/770, peut être résumé comme suit : la garantie s'applique à tout contenu ou service numérique fourni dans le cadre d'un contrat conclu entre un professionnel et un consommateur¹⁰¹.

46. Objet de la présente section. Dès lors que le champ d'application de la garantie a été dressé, il est désormais intéressant de le préciser au regard d'autres régimes avec lesquels il peut être confondu. L'objectif de cette section est ainsi d'établir une comparaison entre le régime de la garantie légale de conformité et le régime de la garantie des vices cachés (i) ainsi que le régime de la responsabilité du fait des produits défectueux (ii).

47. Comparaison de la garantie légale de conformité des biens de consommation avec la garantie des vices cachés. La garantie des vices cachés est encadrée par les articles 1641 à 1649 de l'ancien Code civil en vertu desquels le vendeur « est tenu de la garantie à raison des défauts cachés de la

¹⁰¹ Le fait d'appliquer le même régime aux contenus et services numériques sans tenir compte des différences qui existent entre ces deux notions peut également faire l'objet de critiques. À ce sujet, voy. D. BROUS-SOLLE, « Vers une nouvelle définition de la prestation de services », *R.E.I.D.F.*, 2021/3, p. 337. Nous considérons toutefois que la distinction tenue entre les définitions de ces deux notions poserait problème si des régimes différents leur étaient consacrés (*cf. supra*, n° 39).

chose vendue qui la rendent impropre à l'usage auquel on la destine, ou qui diminuent tellement cet usage, que l'acheteur ne l'aurait pas acquise, ou n'en aurait donné qu'un moindre prix, s'il les avait connus»¹⁰². Le champ d'application de cette garantie ne semble *a priori* pas très éloigné de celui de la garantie légale de conformité des biens de consommation, si ce n'est qu'il ne se limite pas aux contrats de consommation¹⁰³. À ce sujet, l'article 1649*quater*, § 5, dispose que la garantie des défauts cachés de la chose vendue est applicable à l'échéance des délais durant lesquels court la garantie légale de conformité¹⁰⁴. La distinction entre les deux régimes est ainsi principalement liée aux délais couverts par chacune des garanties¹⁰⁵. L'on peut se demander si cette distinction sera conservée en l'état dans le livre du nouveau Code civil qui y sera consacré¹⁰⁶.

48. Comparaison de la garantie légale de conformité des biens de consommation avec la responsabilité du fait des produits défectueux¹⁰⁷. La responsabilité du fait des produits défectueux, établie par la loi du 25 février 1991¹⁰⁸ qui transpose la directive 85/374/CE, rend le producteur responsable du dommage causé par le défaut de son produit¹⁰⁹, un produit étant défini comme « tout bien meuble corporel, même incorporé à un autre bien meuble ou immeuble, ou devenu immeuble par destination »¹¹⁰. Il est ainsi probable qu'un défaut de conformité puisse entraîner l'application tant de la garantie légale de conformité, que de la responsabilité du producteur si ce même défaut a entraîné un dommage¹¹¹.

Les conséquences de l'application de ces deux régimes divergent toutefois : là où la garantie légale de conformité permet le remplacement ou la réparation

¹⁰² Art. 1641 anc. C. civ.

¹⁰³ B. KOHL, *La loi Breyne*, coll. Tiré à part du Répertoire notarial, Bruxelles, Larcier, 2022, p. 521 ; Y. NINANE, « Les défauts de la chose vendue selon le régime de la garantie légale des biens de consommation », *op. cit.*, p. 53.

¹⁰⁴ S. STIJNS et S. JANSEN, « La nouvelle directive en matière de vente aux consommateurs (2019/771) est arrivée : quoi de neuf en matière de délais et de remèdes ? », *op. cit.*, p. 128.

¹⁰⁵ La Cour de cassation française a quant à elle considéré que la frontière entre la notion de vice caché et celle de non-conformité était également d'ordre matériel. Ainsi, les vices cachés seraient limités aux défauts qui rendent la chose impropre à sa destination normale, tandis que la non-conformité résulterait seulement d'une différence entre la chose promise et la chose livrée (voy. L. VOGEL et J. VOGEL, *Traité de droit économique*, tome 3 : Droit de la consommation, 2^e éd., Bruxelles, Bruylant, 2020, pp. 211-212). Il nous semble toutefois que ces deux notions peuvent se recouvrir, étant donné que la chose promise dans le contrat est, par principe, une chose exempte de vices cachés...

¹⁰⁶ L'encadrement de la garantie légale de conformité sera très probablement intégré au livre 7 du nouveau Code civil. Ce dernier est actuellement toujours en travaux.

¹⁰⁷ Nous ne présentons que les différences et points communs des deux régimes les plus marquants dans le cadre de cette contribution.

¹⁰⁸ Loi du 25 février 1991 relative à la responsabilité du fait des produits défectueux.

¹⁰⁹ Art. 1^{er} de la loi du 25 février 1991 relative à la responsabilité du fait des produits défectueux.

¹¹⁰ Art. 2 de la loi du 25 février 1991 relative à la responsabilité du fait des produits défectueux.

¹¹¹ Conformément à l'article 6 de la loi du 25 février 1991, un produit est défectueux lorsqu'il n'offre pas la sécurité à laquelle on peut légitimement s'attendre compte tenu de toutes les circonstances et notamment : de la présentation du produit, de l'usage normal ou raisonnablement prévisible du produit, du moment auquel le produit a été mis en circulation.

du bien de consommation qui présente ce défaut, la responsabilité du fait des produits défectueux permettra que le dommage causé par ce défaut soit compensé, et non le défaut lui-même¹¹². Finalement, la responsabilité du producteur pourra être engagée même en l'absence de relation contractuelle entre lui et la victime. À ce sujet, la directive 2019/771 précise en son article 2, § 2, que le régime de la garantie légale de conformité ne devrait pas porter atteinte aux dispositions du droit national prévoyant, en cas de défaut de conformité des biens, des recours non contractuels pour le consommateur contre des personnes situées en amont dans la chaîne de transactions¹¹³. Ainsi, la mise en œuvre de la garantie légale de conformité n'empêchera pas le recours contre le producteur si le défaut a occasionné un dommage.

49. Intersections entre la garantie légale de conformité des contenus et services numériques et la garantie des vices cachés. Le régime de la garantie légale de conformité des contenus et services numériques est entièrement neuf étant donné que les contenus et services numériques n'étaient auparavant pas couverts par la garantie légale de conformité applicable aux biens de consommation et qu'aucun régime propre ne leur était consacré. Toutefois, en raison de l'inclusion des contenus numériques fournis sur un support matériel dans la notion de bien applicable aux règles encadrant la protection des consommateurs (*cf. supra*, n° 32), les contrats qui assurent leur fourniture sont qualifiés de contrats de vente vis-à-vis de ces mêmes règles. Nous pouvons dès lors nous interroger sur une application éventuelle de la garantie des vices cachés à ce type de contenu, étant donné qu'il n'est pas exclu de la notion de contrat de vente telle qu'elle est définie dans l'ancien Code civil.

50. Intersections entre la garantie légale de conformité des contenus et services numériques et la responsabilité du fait des produits défectueux. La même réflexion peut être formulée vis-à-vis du régime de la responsabilité du fait des produits défectueux. En effet, les contenus numériques fournis sur un support matériel étant inclus dans la notion de bien, ce support pourrait être défectueux et occasionner un dommage impliquant ainsi la responsabilité du producteur.

¹¹² En effet, l'article 11 de la loi du 25 février 1991 indique que : « § 1^{er}. L'indemnisation qui peut être obtenue en application de la présente loi couvre les dommages causés aux personnes, y compris les dommages moraux et, sous réserve des dispositions qui suivent, les dommages causés aux biens.

§ 2. Les dommages causés aux biens ne donnent lieu à indemnisation que s'ils concernent des biens qui sont d'un type normalement destiné à l'usage ou à la consommation privés et ont été utilisés par la victime principalement pour son usage ou sa consommation privés.

Les dommages causés au produit défectueux lui-même ne donnent pas lieu à indemnisation. [...] ».

¹¹³ G. FRUY et G. SCHULTZ, « La nouvelle directive en matière de vente aux consommateurs (2019/771) est arrivée : quel est son champ d'application et quels critères prévoit-elle pour la conformité des biens vendus ? », *op. cit.*, pp. 101-102.

Obligation de conformité des services et contenus numériques et des biens de consommation

51. Obligations de base : livrer un bien ou fournir un contenu ou service numérique conforme. L'obligation première et la plus fondamentale pour un vendeur (vente de bien) ou un professionnel (fourniture de service ou contenu numérique) est de fournir un bien, un contenu ou un service numérique conforme (A)¹¹⁴. Cette conformité s'appréciera en fonction de plusieurs critères (B) : quatre critères objectifs et quatre critères subjectifs.

A. Obligation de fourniture et de livraison

52. Obligation de délivrance des services et contenus numériques. Le professionnel est tenu de fournir le contenu ou le service numérique « sans retard injustifié », précise l'article 1701/3 de l'ancien Code civil. Cela signifie que le professionnel doit fournir le contenu ou le service numérique dans les délais auquel il s'était engagé. Concrètement, il doit le faire immédiatement après la conclusion du contrat si rien n'est précisé, dans un certain délai ou à une certaine date s'il en a été convenu autrement dans le contrat entre les parties.

Il est possible, dans certains cas, de recourir à la législation en matière de pratique commerciale trompeuse si le délai indiqué n'est pas respecté¹¹⁵.

Pour être fourni valablement, l'élément numérique¹¹⁶ doit être mis à la disposition ou accessible au consommateur¹¹⁷, dans un lieu (physique ou virtuel) choisi par ce dernier. Tel ne sera pas le cas lorsque le lieu n'a pas été choisi par le consommateur, si le consommateur n'avait qu'une seule possibilité comme lieu de délivrance, ou encore lorsque le lieu reste sous le contrôle du professionnel¹¹⁸. Ainsi, on peut admettre comme type de délivrance le téléchargement du contenu sur le matériel du consommateur, l'accès aux services proposés sur une page web (i.e. *streaming* de film, accès à un réseau social...), ou la mise à disposition du contenu sur un service *cloud* géré par un tiers. Dans ce dernier cas, la

¹¹⁴ Art. 1649*quater* et art. 1701/4 anc. C. civ.

¹¹⁵ Considérant 41 de la directive 2019/770 ; art. VI.92 et s. C.D.E. ; H. JACQUEMIN et P. LIMBRÉE, « La garantie légale applicable aux biens, aux contenus numériques et aux services numériques », *R.D.T.I.*, 2022/87, p. 65.

¹¹⁶ Par « élément numérique » nous entendons « contenus ou services numériques ». Ce concept est notamment utilisé pour parler des « biens comportant des éléments numériques », à savoir des biens comportant des services ou des contenus numériques.

¹¹⁷ Art. 1701/3, § 2, anc. C. civ. : « Le professionnel s'est acquitté de l'obligation de fourniture lorsque : 1° le contenu numérique, ou tout moyen approprié pour accéder au contenu numérique ou le télécharger est rendu disponible ou accessible pour le consommateur ou en un lieu physique ou virtuel choisi par le consommateur à cet effet ; 2° le service numérique est rendu accessible au consommateur ou en un lieu physique ou virtuel choisi par le consommateur à cet effet ».

¹¹⁸ Considérant 41 de la directive 2019/770.

responsabilité du professionnel se limite à fournir le contenu au tiers, à charge pour lui d'assurer le bon fonctionnement de son service de *cloud*¹¹⁹.

Le professionnel sera néanmoins responsable de l'intégration du contenu ou du service numérique, si ce dernier est chargé (contractuellement par exemple) de son installation ou de son intégration, si celle-ci est effectuée sous sa responsabilité, ou encore si les consignes d'installation sont inadaptées pour un consommateur moyen¹²⁰.

Enfin, précisons que le professionnel est, *sauf convention contraire*, tenu de fournir la version la plus récente du contenu ou service numérique disponible au moment de la conclusion du contrat¹²¹.

53. Obligation de livraison d'un bien. Ni la directive 2019/771, ni l'ancien Code civil ne réglementent la manière dont le bien doit être livré, et dans quel délai cela doit être fait. Il faut se tourner vers la directive 2011/83 et les articles VI.43 et VI.44 du Code de droit économique. Ceux-ci prévoient une livraison « sans retard injustifié » et, au plus tard, trente jours après la conclusion du contrat (sauf dérogations conventionnelles).

54. Obligation de livraison d'un bien lié à un contenu numérique. Comme nous l'avons analysé précédemment¹²², il existe deux cas où un bien (matériel) est lié à un contenu numérique : les biens servant uniquement de support à un contenu numérique (pour lesquels la législation applicable aux contenus numériques s'applique), et les biens comportant un élément numérique (pour lesquels la législation applicable aux biens s'applique). Malheureusement, compte tenu de la différence de définition entre le Code de droit économique et l'ancien Code civil, il est compliqué de savoir exactement quelles sont les règles applicables dans ces deux cas. Il nous semble que l'article VI.43 devrait s'appliquer à l'ensemble des biens, en ce compris le DVD servant de support pour un contenu numérique ou la montre connectée interagissant avec un service numérique de suivi d'activité. Cet article s'applique en effet à tout *bien* au sens du Code de droit économique¹²³.

B. Critères de conformité

55. Introduction. Face à l'évolution technologique et la plus grande présence d'éléments numériques, les critères de conformités existant précédemment ont été complétés pour ce qui est des biens et la directive 2019/770 a également transposé ces critères de conformité pour les éléments numériques.

¹¹⁹ *Ibid.*

¹²⁰ Art. 1649*ter*, § 8, et art. 1701/7, anc. C. civ. À ce sujet, voy. H. JACQUEMIN et P. LIMBRÉE, « La garantie légale applicable aux biens, aux contenus numériques et aux services numériques », *op. cit.*, p. 77 et références citées.

¹²¹ Art. 1701/6, § 6, anc. C. civ.

¹²² *Cf. supra*, n°s 29 et s.

¹²³ *Cf. supra*, n°s 29 et s.

Aujourd'hui, les critères applicables aux biens et aux éléments numériques sont presque similaires, ce qui évite les éventuels problèmes liés à la classification de certains biens ou éléments numériques. Ils seront donc analysés en parallèle. Il existe huit critères : quatre critères subjectifs, et quatre critères objectifs.

Précisons d'avance que certains critères objectifs et subjectifs portent parfois sur les mêmes choses, mais les uns visent ce qui est prévu dans le contrat entre les parties (critères subjectifs), tandis que les autres visent ce qui est « normalement » attendu (critères objectifs) pour ce type de biens, contenus ou services numériques. Ainsi, le professionnel/vendeur est tenu de fournir ce qui est « normalement » attendu de lui par rapport à ce type de bien ou d'élément numérique, sous réserve de ce qui a été conclu dans le contrat avec le consommateur.

1. Quatre critères subjectifs de conformité

56. Conforme à ce qui est convenu dans le contrat. Les premiers critères pour apprécier la conformité du bien concernent la volonté des parties. Pour le dire autrement, le professionnel est tenu de fournir le bien ou l'élément numérique conformément à ce qui a été convenu dans le contrat qu'il a conclu avec le consommateur. Les articles 1701/5 et 1649*ter*, § 2, de l'ancien Code civil prévoient ainsi quatre critères subjectifs. Ces critères sont non exhaustifs (« notamment ») et non obligatoires si cela n'est pas pertinent (« le cas échéant »).

57. Méthode d'interprétation du contrat en cas de doute. Dans la mesure où ces contrats sont des contrats de consommation, et généralement des contrats d'adhésion (sans possibilité pour le consommateur de le négocier)¹²⁴, il y a lieu de tenir compte des règles prévues à l'article VI.37 du Code de droit économique¹²⁵. En vertu de cet article, « en cas de doute sur le sens d'une clause, l'interprétation la plus favorable au consommateur prévaut ».

58. Obligation d'information du consommateur et transparence¹²⁶. Afin d'éviter que le professionnel/vendeur ne soit tenté de rédiger des contrats de manière trop favorable pour lui, surtout dans le cas de contrats d'adhésion, et qu'il soit indiscutable que certains éléments et caractéristiques essentiels sur le bien ou l'élément numérique faisant l'objet du contrat soient indiqués au consommateur, le Code de droit économique impose une obligation d'information du consommateur¹²⁷. Ainsi, il est obligatoire qu'une série d'éléments soient mentionnés, ce qui permettra de faciliter l'objectivation de la

¹²⁴ Art. 5.10 C. civ.

¹²⁵ Cette règle est rappelée à l'article 5.66, alinéa 2, du Code civil.

¹²⁶ Sur ce sujet, nous renvoyons pour les nouveautés en la matière à la contribution de C. BOURGUIGNON et P. WILLEM et à celle d'E. MARIQUE dans le présent ouvrage.

¹²⁷ Art. VI.2 et s. C.D.E. notamment. Les considérants 26 de la directive 2019/771 et 42 de la directive 2019/770 le rappellent explicitement. Peuvent s'appliquer d'autres règles spécifiques en fonction du type de contrat.

volonté des parties, en forçant le professionnel ou le vendeur à indiquer clairement ce à quoi chacune des parties s'engage. La législation en matière de pratique commerciale trompeuse pourra également être amenée à s'appliquer¹²⁸.

59. Conforme à la description prévue dans le contrat. Concernant ce premier critère, le bien ou l'élément numérique doit « correspondre à la description, la quantité et la qualité et présenter la fonctionnalité, la compatibilité, l'interopérabilité et d'autres caractéristiques, comme prévu dans le contrat »¹²⁹. Il s'avère donc nécessaire que le bien ou l'élément numérique corresponde à la description faite dans le contrat. Ce terme de « description » n'est pas défini, mais doit être entendu comme un terme général reprenant l'ensemble des éléments utilisés dans le contrat pour définir les caractéristiques (techniques...) de l'objet du contrat. Par exemple, ne sera pas considéré comme conforme à sa description un bien vendu en tant que bien neuf, alors que celui-ci est un bien d'occasion. Dans la même logique, une voiture d'occasion vendue comme étant « en bon état » ne sera pas considérée comme conforme à sa description, si celle-ci tombe en panne après avoir roulé deux kilomètres¹³⁰.

Derrière l'expression « fonctionnalité », on entend la « capacité [...] à remplir [sa] fonction eu égard à [sa] finalité »¹³¹. Non seulement le bien ou l'élément numérique doit correspondre à sa description, mais il doit aussi pouvoir effectuer les tâches qui sont décrites dans le contrat. Cela vise notamment à interdire à un professionnel/vendeur de proposer des biens ou des éléments numériques dont les caractéristiques techniques correspondent à ce à quoi il s'engage dans le contrat, mais ne permettent pas de remplir la fonction pour laquelle le bien ou service est vendu. Précisons que le professionnel/vendeur n'est pas formellement tenu d'indiquer la finalité dans le contrat. On tiendra donc compte de la finalité « normalement attendue »¹³² pour ce type de bien ou élément numérique, ce qui pourrait parfois faire l'objet de débat pour certains biens ou services multi-usages.

Les termes de compatibilité et d'interopérabilité¹³³ visent explicitement la capacité d'un bien, d'un contenu ou d'un service numérique à pouvoir interagir avec d'autres éléments numériques spécifiques avec lesquels ce type de bien ou élément numérique est normalement utilisé. Cela vise tant les contraintes *hardware* (liées au matériel « physique » informatique utilisé) que *software* (liées au logiciel utilisé)¹³⁴. On peut d'ailleurs regretter que ces définitions de compati-

¹²⁸ Art. VI.92 et s. C.D.E.

¹²⁹ Art. 1649*ter*, § 2, 1^o, et art. 1701/5, 1^o, anc. C. civ. Pour les biens, l'article ajoute que cela « doit correspondre [...] au type ».

¹³⁰ Liège, 25 mars 2011, *R.D.T.I.*, 2012/46, p. 67, note J.-Fr. HENROTTE.

¹³¹ Art. 1649*bis*, § 1^{er}, 8^o, et art. 1701/1, 11^o, anc. C. civ.

¹³² Cela fait alors référence au volet objectif de ce critère de finalité (*cf. infra*, n^o 65) Pour la finalité attendue spécifiquement par le consommateur, voir le critère suivant.

¹³³ Tous deux sont définis aux articles 1649*bis*, § 1^{er}, 7^o et 9^o, et 1701/1, 10^o et 12^o.

¹³⁴ H. JACQUEMIN, « La conformité des biens, des contenus numériques et des services numériques, l'articulation des délais et la modification des éléments numériques », *op. cit.*, p. 32.

bilité et d'interopérabilité se limitent à des questions numériques. Il peut arriver que, pour des biens non numériques, il existe des problèmes de compatibilité entre différentes marques de produits (dosette de café avec machine à café, cartouche d'encre et imprimante, embouts pour outils de bricolage et visseuse, par exemple).

Le considérant 48 de la directive 2019/770 prévoit également que pourrait s'avérer non conforme un service numérique pour lequel « un professionnel s'engage explicitement dans le contrat à respecter une obligation, ou [dans lequel] le contrat peut être interprété comme tel, et où cette obligation est également liée aux obligations du professionnel prévues par le règlement (UE) 2016/679 ». Nous semblent assez rares les cas où un professionnel s'engage « volontairement » à respecter cette législation. Toutefois, cela pourrait être le cas d'un professionnel, responsable du traitement, qui s'engagerait contractuellement à ne pas procéder à certains traitements avec les données personnelles collectées, alors qu'il serait en droit de le faire¹³⁵.

60. Conforme à la finalité spécifiquement exprimée par le consommateur. Le bien ou l'élément numérique devra également répondre à la « finalité spécifique recherchée par le consommateur », pour autant que celui-ci l'ait indiquée au professionnel/vendeur et que celui-ci l'ait accepté¹³⁶. Non seulement le bien ou l'élément numérique devra donc être à même de remplir les fonctions (les finalités) « normalement » attendues de lui, mais les autres finalités demandées par le consommateur et acceptées par le professionnel/vendeur. Ceci s'avère particulièrement intéressant pour le consommateur dans un environnement, numérique notamment, où les biens et les services proposés deviennent de plus en plus complexes, interconnectés et difficiles à comprendre, en particulier pour des consommateurs peu familiers avec le produit acheté¹³⁷.

Néanmoins, en pratique, ce critère ne devrait pas être fréquemment rencontré. En effet, le consommateur n'exprime que rarement (clairement) son besoin auprès du professionnel/vendeur ou se trouve dans l'impossibilité de faire indiquer cette fonctionnalité dans le contrat (contrat d'adhésion). De plus, si cette finalité spécifique n'a été signalée et acceptée qu'à l'occasion d'une discussion orale avec le vendeur, il s'avérera très compliqué pour le consommateur de prouver que le bien acheté n'est pas conforme à ce qui avait été convenu¹³⁸.

¹³⁵ Et encore, on pourrait considérer qu'en vertu du R.G.P.D., cela constitue une violation du principe de transparence et de loyauté (art. 5 du R.G.P.D.), donc la violation d'une norme légale. Ceci semblerait alors davantage correspondre à une non-conformité par rapport au critère objectif relatif à la qualité (cf. *infra*, n° 68).

¹³⁶ Art. 1649ter, § 2, 2°, et art. 1701/5, 2°, anc. C. civ.

¹³⁷ Pour reprendre un exemple, certes très caricatural, pensons à une personne âgée qui souhaite faire l'achat de matériel informatique, *smartphone* ou ordinateur, « pour prendre des nouvelles de ses petits enfants qui n'ont plus de téléphone fixe ».

¹³⁸ J. STUYCK, « La notion de conformité et l'articulation des délais », in *La nouvelle garantie des biens de consommation et son environnement légal*, Bruxelles, la Charte, 2005, pp. 116-117; H. JACQUEMIN, « La conformité

61. Conforme par rapport aux accessoires et instructions mentionnés dans le contrat. Le professionnel ou le vendeur devra également veiller à fournir l'ensemble des accessoires¹³⁹ (juridiques également¹⁴⁰) et des instructions nécessaires, notamment d'installation, mentionnés dans le contrat¹⁴¹. L'assistance à la clientèle est également mentionnée pour les contenus et services numériques (mais pas pour les biens), ce qui peut surprendre dans la mesure où l'assistance clientèle peut être utile pour les biens, notamment les biens interconnectés à un service numérique. Toutefois, il faut être attentif au niveau de qualité du service d'assistance à la clientèle auquel s'engage le professionnel.

62. Conforme par rapport aux mises à jour mentionnées dans le contrat. Ce dernier critère subjectif prévoit que le professionnel et le vendeur sont tenus de fournir les mises à jour mentionnées dans le contrat et dans les délais indiqués¹⁴². Celles-ci peuvent « améliorer et renforcer l'élément du bien constitué par le contenu numérique ou le service numérique, étendre leurs fonctionnalités, les adapter aux évolutions techniques, les protéger contre les nouvelles menaces en matière de sécurité ou servir d'autres finalités »¹⁴³. On appréciera donc la conformité non pas uniquement au moment de la fourniture de l'élément numérique ou de la livraison du bien, mais également par la suite pour s'assurer que les mises à jour mentionnées ont bien été proposées, et ce dans les délais mentionnés dans le contrat. La durée peut être longue dans le cas où le service numérique proposé est fourni de manière continue. Il peut donc arriver qu'un service numérique, un contenu numérique ou un bien soit conforme lors de sa délivrance, mais ne le soit plus suite à une mise à jour ultérieure¹⁴⁴.

Précisons que le consommateur a le droit, sous certaines conditions, de refuser une mise à jour si celle-ci dépasse ce qui est nécessaire au maintien de la conformité du contenu ou service numérique auquel il a souscrit¹⁴⁵.

des biens, des contenus numériques et des services numériques, l'articulation des délais et la modification des éléments numériques », *op. cit.*, p. 33.

¹³⁹ On peut penser à certains outils spécifiques au montage ou à l'installation d'un meuble, aux prises d'alimentation et aux chargeurs...

¹⁴⁰ Mentionné dans les travaux préparatoires de la loi de transposition belge (*Doc. parl.*, Ch. repr., sess. ord. 2021-2022, n° 55-2355/001, p. 19). On peut penser aux licences d'utilisation nécessaires au fonctionnement d'un bien ou d'un service numérique. Cela semble être une forme de transposition de l'article 9 de la directive 2019/771 et de l'article 10 de la directive 2019/770 qui garantissent au consommateur un recours si « des droits de tiers » limitaient l'utilisation de son bien, contenu ou service numérique.

¹⁴¹ Art. 1649ter, § 2, 3°, et art. 1701/5, 3°, anc. C. civ.

¹⁴² Art. 1649ter, § 2, 4°, et art. 1701/5, 4°, anc. C. civ.

¹⁴³ Considérant 28 de la directive 2019/771.

¹⁴⁴ Considérant 28 de la directive 2019/771 et considérant 44 de la directive 2019/770.

¹⁴⁵ Art. 1701/17 anc. C. civ. Cf. *infra*, n° 69 et s.

2. Quatre critères objectifs de conformité

63. Critères objectifs de conformité. À côté de ce qui est explicitement prévu dans le contrat entre le consommateur et le professionnel (ou le vendeur), il existe quatre autres critères objectifs de conformité n'ayant pas comme référence ce qui est indiqué dans le contrat, mais les caractéristiques normales et les standards auxquels les biens, les contenus ou services numériques du même type répondent en principe (critères de conformité « attendus »¹⁴⁶).

64. Caractère supplétif des critères objectifs de conformité. Le début des articles 1701/6 et 1649^{ter} semble indiquer que ces critères de conformité doivent être respectés, ce qui paraît signifier que ces critères sont impératifs. Ce n'est pourtant pas le cas. Ces articles contiennent tous deux un paragraphe spécifique indiquant qu'il est possible de s'écarter de ces critères de conformité objectifs si (i) le consommateur a été spécifiquement informé de cela au moment de la conclusion du contrat et (ii) qu'il a « expressément et séparément » accepté cet écart au moment de la conclusion du contrat¹⁴⁷. Ceci sera plus fréquent pour les biens d'occasion où, parfois, un bien peut être vendu non fonctionnel, avec des pièces manquantes... sans que cela ne pose de problème si le consommateur l'a clairement compris et accepté (par exemple, pour l'achat de pièces détachées ou pour réparer lui-même l'objet). Dans ces cas-là, il peut également arriver que certains documents d'explication, accessoires ou notices soient absents. Cela ne constituera pas forcément un défaut de conformité s'il l'est clairement mentionné dans le contrat. Précisons que cette possibilité de s'écarter contractuellement de ces critères ne peut être de nature à vider le contrat de sa substance.

65. Conforme à la finalité attendue. Les biens, les contenus et les services numériques doivent être « adaptés aux finalités auxquelles serviraient normalement des biens de consommation [(ou contenu et services numériques)] de même type »¹⁴⁸. Pour qualifier un bien ou élément numérique de non conforme, il faudra donc avoir égard aux biens ou éléments numériques de même type et vérifier qu'ils permettent d'effectuer les mêmes tâches que ces derniers. Pour comparer objectivement, on devra le comparer avec un bien/élément numérique présentant des caractéristiques proches. Il n'y aurait ainsi pas de sens à comparer un bien d'occasion vendu « dans un état correct » avec

¹⁴⁶ G. FRUY et G. SCHULTZ, « La nouvelle directive en matière de vente aux consommateurs (2019/771) est arrivée : quel est son champ d'application et quels critères prévoit-elle pour la conformité des biens vendus? », *op. cit.*, p. 113.

¹⁴⁷ Art. 1649^{ter}, § 7, et art. 1701/6, § 5, anc. C. civ. Ces termes « expressément et séparément » semblent signifier que le consommateur doit marquer son accord de manière bien spécifique sur cet élément, au moyen d'une case particulière à cocher par exemple, lors d'achat en ligne. Le professionnel sera tenu de prouver ce consentement explicite (voy. considérant 36 de la directive 2019/771 et considérant 49 de la directive 2019/770).

¹⁴⁸ Art. 1649^{ter}, § 3, 1^o, anc. C. civ. La définition est la même pour les contenus et services numériques, d'où l'ajout par nos soins de ces termes (voy. art. 1701/6, § 1^{er}, 1^o, anc. C. civ.).

un bien parfaitement neuf. À l'inverse, peut se poser la question de la pertinence de comparer un bien d'occasion (éventuellement reconditionné par le vendeur) vendu « comme neuf » avec un véritable bien neuf. Selon nous, cela aurait du sens dans la mesure où le consommateur peut s'attendre à ce que, sur les éléments importants du bien permettant à celui-ci de fonctionner tel qu'il le faudrait, il n'existe pas de différence notable entre un bien neuf et un bien « comme neuf ». Doivent également être utilisés pour apprécier cette conformité, toutes dispositions légales, normes techniques, ou, le cas échéant, code de conduite¹⁴⁹.

Dans la mesure où l'esprit de cette règle demeure le même que dans l'ancien régime, on peut continuer de s'inspirer de la jurisprudence en la matière¹⁵⁰. La directive 2019/770 précise également, et ce explicitement, qu'il est possible de considérer dans certains cas qu'une violation de certaines règles en matière de traitement de données à caractère personnel peut être considérée comme une forme de non-conformité liée à la finalité attendue¹⁵¹. Tel serait par exemple le cas d'un logiciel de stockage de données personnelles ou d'envoi de données personnelles qui aurait un « bug », ayant pour conséquence que les données soient envoyées ou rendues accessibles à des personnes non autorisées¹⁵². Nous ne développerons pas davantage ici ce type de situation, dans la mesure où cela relèvera plus généralement d'un autre critère de conformité (critère de qualité, cf. *infra*, n^o 68).

66. Conforme à l'échantillon et à la version d'essai. Le bien vendu doit présenter et correspondre (au moins) au niveau de qualité de l'échantillon ou du modèle mis à la disposition du consommateur avant la conclusion du contrat¹⁵³. Pour les contenus et services numériques, l'idée est exactement la même, mais on parle plutôt de « version d'essai » et « d'aperçu »¹⁵⁴. Ainsi, dans le cas où un professionnel présenterait une version bêta d'un logiciel à ses clients qui serait de qualité supérieure à ce qui pourra réellement être proposé par le

¹⁴⁹ Précisé dans les deux mêmes articles.

¹⁵⁰ Tel est le cas d'animaux présentant une maladie ou un handicap quelques jours après leur adoption, ou celui d'un appareil électroménager qui prend feu (exemples repris des cas de jurisprudence cités par G. FRUY et G. SCHULTZ, « La nouvelle directive en matière de vente aux consommateurs (2019/771) est arrivée : quel est son champ d'application et quels critères prévoit-elle pour la conformité des biens vendus? », *op. cit.*, p. 114).

¹⁵¹ Considérant 48, alinéa 2, de la directive 2019/770. La directive 2019/771 ne mentionne pas cette possibilité, mais cela ne signifie pas que l'on puisse considérer qu'un service interconnecté à un bien (balance connectée à une application de suivi du poids) qui envoie les données sur le compte d'une mauvaise personne soit non conforme sur la base du critère de finalité et donc que ce bien (par contamination) soit lui-même considéré comme non conforme.

¹⁵² Exemple inspiré du cas cité dans le considérant 48, alinéa 2, de la directive 2019/770.

¹⁵³ Art. 1649^{ter}, § 3, 2^o, anc. C. civ. Certains y voient davantage un critère subjectif (voy. H. JACQUEMIN, « La conformité des biens, des contenus numériques et des services numériques, l'articulation des délais et la modification des éléments numériques », *op. cit.*, p. 36; S. JANSEN et S. STIJNS, « La directive nouvelle est arrivée : conformiteitsbegrip, overmacht, kennisgeving, termijnen en remedies in de richtlijn consumentenkoop 2019/771 », *D.C.C.R.*, 2020, n^o 128, pp. 9 et 11).

¹⁵⁴ Art. 1701/6, § 1^{er}, 4^o, anc. C. civ.

logiciel une fois celui-ci commercialisé, le logiciel final pourrait être considéré comme non conforme (l'inverse n'étant pas problématique, naturellement)¹⁵⁵. Ce type de pratique pourrait également tomber dans la liste des pratiques commerciales trompeuses¹⁵⁶.

67. Conforme par rapport aux accessoires, y compris l'emballage et les instructions attendues. Les accessoires, y compris l'emballage et les instructions d'installation ou autres instructions, que le consommateur peut raisonnablement s'attendre à recevoir avec le bien, doivent être livrés avec celui-ci¹⁵⁷. Pour les contenus et services numériques, on ne cite que les accessoires et les instructions et on ne mentionne pas, assez logiquement, les emballages¹⁵⁸.

Quand on parle « d'attente raisonnable du consommateur », il y a lieu d'apprécier cela de manière « objective, compte tenu de la nature et de la finalité du contrat, des circonstances du cas d'espèce et des usages et pratiques des parties concernées »¹⁵⁹. Rappelons qu'il demeure possible pour les parties de déroger contractuellement à ces attentes raisonnables¹⁶⁰.

Si l'on peut assez aisément considérer qu'il est raisonnable de s'attendre à recevoir le mode d'emploi du bien, pour les accessoires cela devient de plus en plus difficile de pouvoir anticiper quel accessoire sera livré et dans quel format (papier, fichier PDF, QR code renvoyant à un tutoriel sur YouTube).

Pour prendre un autre exemple, doit-on encore raisonnablement s'attendre à ce que les câbles d'alimentation soient fournis avec tous les appareils? La réponse ne paraît plus aussi évidente qu'il y a quelques années. En effet, dans une optique écologique, et depuis l'adoption de la directive 2022/2380¹⁶¹ qui vise à imposer un chargeur universel afin d'éviter la fourniture systématique de chargeur et de limiter donc leur nombre, de plus en plus souvent le chargeur n'est plus fourni (et cela est souvent mentionné dans le descriptif du bien, pour éviter toute ambiguïté). Pour les contenus et services numériques, cela est encore plus difficile à anticiper. De fait, ce qui est souvent considéré comme un accessoire pour un bien devient régulièrement une information accessible via une FAQ mise à disposition sur le site web du contenu ou service numé-

¹⁵⁵ L'éditeur d'un jeu vidéo célèbre (Cyberpunk 2077) a d'ailleurs fait l'objet d'actions en justice pour avoir diffusé très largement des vidéos promotionnelles qui ne reflétaient pas du tout la qualité finale du jeu, sorti avec énormément de soucis techniques, et avec une qualité de graphisme bien inférieure à ce qui avait été présenté (voy. <https://jv.jeuxonline.info/actualite/59012/cd-projekt-collimateur-autorite-polonaise-protection-consommateurs>, 11 février 2023).

¹⁵⁶ Art. VI.97 et s. C.D.E.

¹⁵⁷ Art. 1649ter, § 3, 3°, anc. C. civ.

¹⁵⁸ Art. 1701/6, § 1^{er}, 3°, anc. C. civ.

¹⁵⁹ Considérant 24 de la directive 2019/771. Le considérant 46 de la directive 2019/770 dit quasiment la même chose.

¹⁶⁰ Cf. *supra*, n° 64.

¹⁶¹ Directive (UE) 2022/2380 du Parlement européen et du Conseil du 23 novembre 2022 modifiant la directive 2014/53/UE relative à l'harmonisation des législations des États membres concernant la mise à disposition sur le marché d'équipements radioélectriques, *J.O.U.E.*, n° L 315, 7 décembre 2022.

rique. Certains parlent d'ailleurs « de fonctionnalités complémentaires »¹⁶², qui devraient alors être considérées comme obligatoires.

68. Conforme à la quantité, qualité et aux caractéristiques de performance attendues. Le dernier critère vise à garantir que le bien vendu (i) soit en quantité et (ii) présente les qualités et d'autres caractéristiques (y compris en termes de durabilité, de fonctionnalité, de compatibilité et de sécurité), normales pour des biens de même type et auxquelles le consommateur peut raisonnablement s'attendre¹⁶³. Pour les contenus et services numériques, les exigences sont relativement proches¹⁶⁴ puisque l'ancien Code civil parle, les concernant, de « qualités et caractéristiques de performance, notamment en ce qui concerne la fonctionnalité, la compatibilité, l'accessibilité, la continuité et la sécurité[...] »¹⁶⁵.

Derrière cette longue liste de termes visant à circonscrire au mieux les éléments pertinents pour apprécier la conformité d'un bien, d'un contenu ou d'un service numérique par rapport aux caractéristiques auxquelles le consommateur peut s'attendre, certains voient un critère global de qualité, une disposition « *catch all* »¹⁶⁶. Dans ce souci d'être le plus général possible et le plus exhaustif, on y retrouve d'ailleurs certains critères déjà évoqués précédemment (fonctionnalité...).

Sans revenir sur l'ensemble des termes déjà analysés précédemment vis-à-vis des critères subjectifs¹⁶⁷, on remarque qu'il est ici fait mention, pour les biens uniquement et non pour les contenus ou services numériques, d'une caractéristique de « durabilité ». Ce nouveau concept est défini comme « la capacité du bien de consommation à maintenir les fonctions et performances requises dans le cadre d'un usage normal »¹⁶⁸. Autrement dit, il est attendu d'un bien qu'il maintienne dans le temps (au moins deux ans, le délai de la garantie légale) ses

¹⁶² H. JACQUEMIN, « La conformité des biens, des contenus numériques et des services numériques, l'articulation des délais et la modification des éléments numériques », *op. cit.*, p. 36.

¹⁶³ Art. 1649ter, § 3, 4°, anc. C. civ. Le point 4° se poursuit en expliquant comment apprécier cette attente raisonnable (voy. n° précédent).

¹⁶⁴ Certaines caractéristiques ne sont pas reprises dans les deux cas, sans forcément que cela puisse se justifier. Toutefois, ces différences ne sont pas forcément un réel problème, dans la mesure où la liste de ces caractéristiques est non exhaustive (« notamment », « y compris ») et qu'il reste possible dès lors d'intégrer ces caractéristiques manquantes dans les cas où cela s'avérerait nécessaire pour évaluer la conformité d'un bien, d'un contenu ou d'un service numérique par rapport aux attentes raisonnables d'un consommateur.

¹⁶⁵ Art. 1701/6, § 1^{er}, 2°, anc. C. civ. L'expression « caractéristique de performance » ne nous semble pas une précision nécessaire, sauf à considérer que cela vise à exclure certaines caractéristiques non liées à la performance, et ainsi créer une différence nette entre « qualité » et « performance », de sorte que les caractéristiques non liées à la performance sont exclues de cette appréciation de conformité, sauf à les réintégrer dans le critère de qualité.

¹⁶⁶ S. JANSEN et S. STIJNS, « La directive nouvelle est arrivée : conformiteitsbegrip, overmacht, kennisgeving, termijnen en remedies in de richtlijn consumentenkoop 2019/771 », *op. cit.*, p. 12. Dans le même sens, voy. H. JACQUEMIN, « La conformité des biens, des contenus numériques et des services numériques, l'articulation des délais et la modification des éléments numériques », *op. cit.*, p. 37.

¹⁶⁷ Cf. *supra*, n°s 59 et s.

¹⁶⁸ Art. 1649bis, § 1^{er}, 12°, anc. C. civ.

fonctions et performances pour un usage normal¹⁶⁹. Cela vise à lutter contre une obsolescence (prématurée¹⁷⁰) des biens de consommation et ainsi adopter une consommation écologiquement plus responsable. Toutefois, la comparaison avec les autres biens du même type pourrait malheureusement fortement diminuer le niveau d'exigence attendu, dans la mesure où il pourrait arriver que l'ensemble des biens comparables ne soit pas plus « durable », à tel point qu'il devienne compliqué de justifier que le consommateur pouvait raisonnablement s'attendre à ce que le bien acheté ne se dégrade pas aussi rapidement.

Il est également fait référence aux caractéristiques liées à la « sécurité » du bien, du contenu ou du service numérique¹⁷¹. À l'heure actuelle, la sécurité ne se limite plus à l'aspect physique¹⁷² et englobe également la sécurité informatique. On pense notamment aux objets connectés qui ne seraient pas suffisamment sécurisés, de sorte qu'il serait possible pour une personne mal intentionnée d'activer les micros pour espionner une maison par exemple¹⁷³. Dans pareil cas, il paraît manifeste que le niveau de sécurité attendu n'est pas atteint.

Enfin, concernant les éléments numériques (uniquement), la référence à des « caractéristiques de performance »¹⁷⁴ ne nous semble pas une terminologie adéquate, sauf à considérer que cela vise à exclure du type de caractéristique pertinente certaines caractéristiques non liées à la performance¹⁷⁵, et ainsi créer une différence nette entre « qualité » et « performance » (deux des sous-critères évoqués). Si tel est le cas, alors les caractéristiques non liées à la performance seraient exclues de cette appréciation, et tomberaient davantage dans l'évaluation liée à la « qualité ». En soi, cela n'a pas de réelle incidence, mais cette distinction nous semblerait assez superficielle.

La conformité avec la législation en matière de protection des données (R.G.P.D. et législation ePrivacy) est également un des éléments cités dans la directive 2019/770¹⁷⁶ comme pouvant entrer en ligne de compte pour apprécier la conformité de l'élément numérique par rapport à la qualité¹⁷⁷ attendue de celui-ci. Le non-respect du R.G.P.D. peut signifier différentes choses (violation d'un principe de base impliquant l'illicéité du traitement, violation d'une

¹⁶⁹ Cela n'interdit pas qu'il soit parfois nécessaire de procéder à un entretien ou au remplacement de certaines pièces d'usure (filtres...), voy. le considérant 32 de la directive 2019/771.

¹⁷⁰ Sur ce concept, nous renvoyons aux travaux d'Anaïs Michel, et notamment « Actualité sur le droit de la consommation en matière d'obsolescence prématurée », *D.C.C.R.*, 2020/1, pp. 86-92.

¹⁷¹ Il est même spécifiquement fait mention de la disponibilité et de l'accessibilité qui sont bien souvent considérées comme des composantes de la notion de sécurité.

¹⁷² Qui relèveront également bien souvent d'autres législations (*cf. supra*, n^{os} 46 et s.).

¹⁷³ Tel était notamment le cas de jouets connectés qui ont été retirés du marché, en Allemagne.

¹⁷⁴ Art. 1701/6, § 1^{er}, 2^o, anc. C. civ.

¹⁷⁵ En ce sens, voy. H. JACQUEMIN, « La conformité des biens, des contenus numériques et des services numériques, l'articulation des délais et la modification des éléments numériques », *op. cit.*, p. 38.

¹⁷⁶ Considérants 48 et 51 de la directive.

¹⁷⁷ Le R.G.P.D. impose certaines normes en matière de sécurité, de disponibilité... Cela peut donc également tomber dans d'autres caractéristiques mentionnées précédemment.

règle de *compliance*...) ¹⁷⁸, de sorte qu'il ne semble pas forcément systématique qu'une violation du R.G.P.D. entraîne une non-conformité de l'élément numérique. Tel pourra cependant être le cas, lorsqu'il existe un défaut de sécurité¹⁷⁹, ou lorsque le traitement de données ne devrait pas avoir lieu, celui-ci n'étant pas fondé sur une base de licéité prévue à l'article 6 (pas de consentement ni d'intérêt légitime) ou en cas de non-respect de certains droits de la personne concernée (droit à l'effacement, à la portabilité...) ¹⁸⁰. Toutefois, la législation¹⁸¹ ne permettant pas d'imposer la mise en conformité lorsque celle-ci s'avère trop compliquée pour le professionnel/le vendeur¹⁸² (tel sera le cas si le *business model* concerné est déclaré illégal en vertu du R.G.P.D.), les organisations représentatives des consommateurs préfèrent davantage agir sur la base du R.G.P.D. devant les autorités de la protection des données, ou devant les autorités judiciaires sur la base des clauses abusives ou des pratiques commerciales trompeuses pour lutter contre le non-respect de règles en matière de protection des données¹⁸³.

Pour apprécier la conformité au regard de ce dernier critère, il faut évaluer celle-ci par rapport à « l'attente raisonnable du consommateur ». Cette attente raisonnable du consommateur sera fondée sur deux éléments : la comparaison avec d'autres biens (contenu ou services numériques) de même nature (comparer un bien d'occasion avec un autre bien d'occasion de même nature par exemple) et les déclarations publiques faites par le vendeur (ou le professionnel) ou une personne située en amont dans la chaîne de contrat (le producteur, le développeur...). Cela inclut notamment les publicités et les étiquettes. Le vendeur ou le professionnel ne sera pas tenu par ces déclarations dans trois cas : (i) si le vendeur (ou le professionnel) n'était pas au courant des déclarations publiques (du producteur par exemple), et ne pouvait pas raisonnablement l'être, (ii) si la déclaration a été rectifiée avant la conclusion du contrat, et ce dans des conditions comparables à la déclaration initiale, ou (iii) s'il peut prouver que le consommateur n'avait pas été influencé par cette annonce lors de son choix de contracter à ces conditions.

69. Mises à jour nécessaires au maintien de la conformité. En matière de contenus ou services numériques, et de biens comportant des éléments numériques, il peut s'avérer parfois nécessaire de procéder à des mises à

¹⁷⁸ Dans le premier cas, cela devrait en principe mener à une déclaration de non-conformité. Dans le second, cela paraît peu probable dans la mesure où cela n'est pas de nature à avoir forcément un impact direct sur la qualité du bien, service ou contenu numérique lui-même.

¹⁷⁹ Pour rappel, la sécurité est déjà mentionnée comme critère à prendre en compte.

¹⁸⁰ Sur l'applicabilité de ces droits dans les cas où les données sont traitées dans le cadre de la directive 2019/770, voy. A. DELFORGE « Paying with Personal Data: Between Consumer and Data Protection Law », *op. cit.*, pp. 54 et s. Précisons que depuis les décisions récentes de l'autorité irlandaise précitées (n^o 18), il n'est dorénavant plus envisageable de fonder le traitement sur un contrat pour les services financés par de la publicité ciblée.

¹⁸¹ *Cf. infra*, n^{os} 76 et s.

¹⁸² Possibilité alors de résoudre le contrat et d'obtenir, le cas échéant, des dommages et intérêts.

¹⁸³ A. DELFORGE « Paying with Personal Data: Between Consumer and Data Protection Law », *op. cit.*, pp. 49 et s.

jour pour continuer à garantir la sécurité et la conformité du bien, du contenu ou du service numérique. Dans ce cas, le professionnel et le vendeur sont tenus de les fournir au consommateur et de l'avertir de l'existence de ces mises à jour¹⁸⁴. La durée de couverture de cette obligation varie en fonction des cas. Si la prestation est de nature continue, les mises à jour doivent être fournies durant toute la durée du contrat¹⁸⁵. Si l'opération est unique, le délai n'est pas clairement défini et il faudra tenir compte des attentes légitimes du consommateur, des caractéristiques du bien, du contenu ou du service numérique concernés, et du type de contrat¹⁸⁶. Selon les directives 2019/770 et 2019/771, le consommateur semble s'attendre à une durée au moins égale à la durée légale de conformité, mais cela pourrait être plus long dans certains cas¹⁸⁷.

Si le professionnel est tenu de proposer ces mises à jour, le consommateur n'est pas obligé de les accepter et de les installer. Dans ce cas, le professionnel ne pourra plus être tenu d'un défaut de conformité lié au refus de procéder à ces mises à jour (ou à une installation tardive), si (i) le consommateur a dûment été informé de l'existence de celles-ci et des conséquences néfastes possibles en cas de refus de les installer, et si (ii) cette non-installation ou cette installation incorrecte par le consommateur ne sont pas dues à des instructions inadaptées¹⁸⁸.

70. Mises à jour non nécessaires au maintien de la conformité. Le professionnel peut modifier le contenu ou le service numérique qu'il fournit, même au-delà de ce qui est nécessaire au maintien de la conformité (objective ou subjective). Toutefois, il devra respecter plusieurs conditions¹⁸⁹. Ces conditions visent à éviter que le consommateur soit forcé d'accepter un service numérique, par exemple, qui ne lui conviendrait plus. Le professionnel pourra donc faire évoluer son élément numérique si (i) cela est prévu dans le contrat qu'il a avec le consommateur, si (ii) cela se fera sans surcoût pour ce dernier, et si (iii) ce dernier a parfaitement été informé de ces modifications (conséquence, calendrier des mises à jour...). Si le consommateur refuse ces modifications, il peut alors demander la résolution du contrat dans le cas où « la modification a une incidence négative sur l'accès du consommateur au contenu numérique ou au service numérique ou sur l'utilisation par le consommateur du contenu

¹⁸⁴ Cela risque d'être compliqué pour le vendeur dans la mesure où généralement ce n'est pas lui qui assure le suivi, le développement... de l'élément numérique embarqué.

¹⁸⁵ Art. 1649ter, § 5, 1°, et art. 1701/6, § 2, 2°, anc. C. civ.

¹⁸⁶ Art. 1649ter, § 5, 2°, et art. 1701/6, § 2, 1°, anc. C. civ.

¹⁸⁷ Considérant 31 de la directive 2019/771 et considérant 47 de la directive 2019/770.

¹⁸⁸ Art. 1649ter, § 6, et art. 1701/6, § 3, anc. C. civ.

¹⁸⁹ L'article 1701/17 de l'ancien Code civil prévoit quatre conditions : « 1° le contrat autorise une telle modification et en fournit une raison valable ; 2° une telle modification est effectuée sans coût supplémentaire pour le consommateur ; 3° le consommateur est informé de la modification de façon claire et compréhensible ; et 4° dans les cas visés au paragraphe 2, le consommateur est informé, raisonnablement à l'avance et sur un support durable, des caractéristiques et du calendrier de la modification ainsi que de son droit à la résolution du contrat conformément au paragraphe 2, ou de la possibilité dont il dispose de conserver le contenu numérique ou le service numérique sans cette modification, conformément au paragraphe 4 ».

numérique ou du service numérique, sauf si cette incidence négative n'a qu'un caractère mineur»¹⁹⁰. Comme incidence négative, nous pouvons envisager une évolution non désirable de la manière dont certaines données à caractère personnel sont exploitées par le professionnel. À côté de cette possibilité de résolution, le professionnel peut sinon permettre au consommateur de conserver le contenu ou le service en l'état, sans l'implémentation de ces modifications non désirées¹⁹¹. Tel serait le cas si la mise à jour reste facultative.

Section 3

Garantie légale et charge de la preuve

71. Principe de la garantie légale. Le consommateur bénéficie d'une garantie légale sur les biens et contenus numériques qu'il achète et les services numériques auxquels il souscrit. Concrètement, cela signifie que le vendeur/le professionnel est tenu non seulement de fournir un bien (un contenu ou un service numérique) conforme au moment de la livraison (la fourniture), mais également de garantir la conformité de son bien/élément numérique durant une période déterminée. Durant celle-ci, le consommateur bénéficie de certaines présomptions et certains recours spécifiques. Cette période de garantie légale et le type de présomption varient en fonction de la nature de l'objet du contrat (bien, bien comportant des éléments numériques, contenu et service numériques) et de la méthode de délivrance (opération unique ou continue). Au-delà de cette période, le vendeur/professionnel n'est plus soumis à ces règles spécifiques, mais peut demeurer contractuellement responsable vis-à-vis du consommateur selon les règles classiques du droit des contrats, ou en vertu d'une garantie commerciale.

72. Délai de notification du défaut et prescription de l'action. Le consommateur est tenu d'informer le vendeur dans un délai de deux mois à compter de la découverte du défaut de son bien. Ce délai peut contractuellement être allongé¹⁹². Cette règle n'est pas assortie de sanction, sauf à prévoir contractuellement une déchéance dans ce cas¹⁹³. Il n'existe pas de pareille règle pour les contenus et services numériques, ce qui n'empêcherait donc pas l'existence de clause contractuelle à ce sujet.

En plus de ce délai de notification, le consommateur dispose pour agir, d'un an à compter de la découverte du défaut. La règle est la même pour les biens ou les contenus et services numériques, qu'ils soient fournis en une opé-

¹⁹⁰ Art. 1701/17, § 2, anc. C. civ. Pour plus d'explication et d'analyse à ce sujet, voy. H. JACQUEMIN, « La conformité des biens, des contenus numériques et des services numériques, l'articulation des délais et la modification des éléments numériques », *op. cit.*, pp. 55 et s.

¹⁹¹ Le consommateur n'a pas le droit d'exiger ceci.

¹⁹² Art. 1649quater, § 2, anc. C. civ.

¹⁹³ J. STUYCK, « La notion de conformité et l'articulation des délais », *op. cit.*, p. 124.

ration unique ou durant une certaine période¹⁹⁴. Il s'agissait d'une volonté du législateur belge¹⁹⁵.

73. Suspension des délais en cas de mise en conformité. Les délais qui vont être mentionnés sont suspendus «le temps nécessaire à la réparation ou au remplacement du bien, ou en cas de négociations entre le vendeur et le consommateur en vue d'un accord amiable»¹⁹⁶. Le même type de suspension s'applique pour les contenus et services numériques¹⁹⁷.

A. Règles applicables aux biens (ne comportant pas d'élément numérique)

74. Durée de la garantie légale. Le consommateur bénéficie d'une garantie légale contre tout défaut de conformité durant les deux ans suivant la délivrance du bien¹⁹⁸. Ce délai peut être contractuellement réduit à un an pour les biens d'occasion, si le consommateur en a été informé de manière claire et non équivoque, faute de quoi le délai reste de deux ans¹⁹⁹.

75. Mécanisme de présomption et charge de la preuve. Pour pouvoir bénéficier de cette garantie, le consommateur doit prouver (i) l'existence de ce défaut, et (ii) le fait que ce défaut existait déjà au moment de la délivrance du bien. Vu la difficulté pour ce dernier de prouver l'antériorité du défaut, il bénéficie d'une présomption, durant deux ans, que le défaut qui apparaîtrait durant ce délai existait déjà au moment de la délivrance du bien²⁰⁰. Cette présomption ne s'appliquera toutefois pas lorsque «[elle] n'est pas compatible avec la nature du bien ou la nature du défaut de conformité, en tenant compte notamment du caractère neuf ou d'occasion du bien»²⁰¹. On pense notamment à des biens qui périssent (nourriture, plantes...) ou s'usent rapidement (filtres). Les biens d'occasion ne sont pas, par nature, forcément exclus de ce mécanisme de présomption, mais risquent de l'être plus souvent qu'un bien neuf²⁰².

¹⁹⁴ Art. 1649quater, § 3, art. 1701/8, § 2, al. 4, et art. 1701/8, § 3, al. 4, anc. C. civ.

¹⁹⁵ *Doc. parl.*, Ch. repr., sess. ord. 2021-2022, n° 55-2355/001, p. 28.

¹⁹⁶ Art. 1649quater, § 1^{er}, al. 3, anc. C. civ. Cette règle vise également les biens comportant un élément numérique.

¹⁹⁷ Art. 1701/8, § 2, al. 3, et § 3, al. 3, anc. C. civ.

¹⁹⁸ Art. 1649quater, § 1^{er}, anc. C. civ. Les États membres pouvaient prévoir un délai plus long (art. 10, § 3, de la directive 2019/771). Le législateur belge n'a pas jugé cela pertinent vu le délai de deux ans qui a été maintenu dans de nombreux États (*Doc. parl.*, Ch. repr., sess. ord. 2021-2022, n° 55-2355/001, p. 24).

¹⁹⁹ Art. 1649quater, § 1^{er}, al. 4 et 5, anc. C. civ. La charge de la preuve de cette information reste à la charge du vendeur.

²⁰⁰ Art. 1649quater, § 2, anc. C. civ. La directive 2019/771 (art. 11, § 2) ne prévoyait qu'un délai d'un an pour cette présomption, mais laissait la possibilité de prolonger ce délai, ce qu'a fait le législateur belge, facilitant ainsi fortement l'application de cette garantie légale.

²⁰¹ Art. 1649quater, § 4, anc. C. civ.

²⁰² C. DELFORGE et Y. NINANE, «La garantie de conformité des biens de consommation», in P. Wéry (dir.), *Théorie générale des obligations et contrats spéciaux, Questions choisies*, coll. CUP, vol. 168, Bruxelles, Larcier,

B. Règles applicables aux contenus et services numériques fournis à l'occasion d'une opération unique

76. Durée de la garantie légale. Concernant les contenus et services numériques fournis à l'occasion d'une opération unique, ou d'opérations distinctes successives, le délai de garantie légale est également de deux ans à compter de la fourniture du contenu ou du service²⁰³.

77. Mécanisme de présomption et charge de la preuve. Dans ce cas-ci, le consommateur doit toujours prouver l'existence d'un défaut, mais durant la première année à compter de la date de fourniture, c'est au professionnel de prouver que le défaut n'était pas présent au moment de la fourniture²⁰⁴. Toutefois, cette charge ne lui incombera pas s'il peut démontrer que «l'environnement numérique du consommateur n'est pas compatible avec les exigences techniques du contenu numérique ou du service numérique et que le professionnel a informé le consommateur de ces exigences de façon claire et compréhensible avant la conclusion du contrat»²⁰⁵. Dans ce cas, le professionnel pourra également compter sur la coopération du consommateur «dans la mesure où cela est raisonnablement possible et nécessaire» pour identifier la cause de l'incompatibilité. Si le consommateur, malgré l'avertissement du professionnel à ce sujet, ne coopère pas, il devra alors lui-même prouver l'antériorité du défaut²⁰⁶.

C. Règles applicables aux contenus et services numériques fournis pendant une certaine durée

78. Durée de la garantie légale. Concernant les éléments numériques fournis durant une certaine durée, la garantie légale court pendant toute la durée de la fourniture du contenu ou du service numérique²⁰⁷.

79. Mécanisme de présomption et charge de la preuve. Dans ce cas-ci, le professionnel doit lui-même prouver la conformité de son contenu ou service numérique, tout au long de la durée du contrat²⁰⁸. Ce mécanisme qui inverse et complète la charge de la preuve s'explique par le fait qu'il peut s'avérer extrêmement compliqué pour un consommateur de prouver la

2016, p. 392; H. JACQUEMIN, «La conformité des biens, des contenus numériques et des services numériques, l'articulation des délais et la modification des éléments numériques», *op. cit.*, p. 52.

²⁰³ Art. 1701/8, § 2, al. 1^{er}, anc. C. civ.

²⁰⁴ Art. 1701/8, § 2, al. 2, anc. C. civ. Dans ce cas-ci, il n'était pas laissée la possibilité aux États membres de prolonger ce délai. Passé ce délai, la tâche se compliquera fortement pour le consommateur, ce qui nuit fortement à l'efficacité de la garantie légale après un an.

²⁰⁵ Art. 1701/8, § 4, anc. C. civ.

²⁰⁶ Art. 1701/8, § 4, *in fine*, anc. C. civ.

²⁰⁷ Art. 1701/8, § 3, al. 1^{er}, anc. C. civ.

²⁰⁸ Art. 1701/8, § 3, al. 2, anc. C. civ.

non-conformité de ce type de service, qui par nature reste sous le contrôle du professionnel²⁰⁹.

Le renversement de la charge et l'obligation de coopération du consommateur sont également prévus dans le cas où la non-conformité serait liée à l'incompatibilité de l'environnement numérique du consommateur²¹⁰.

D. Règles applicables aux biens comportant des éléments numériques

80. Durée de la garantie légale. L'article 1649^{quater}, alinéa 2, de l'ancien Code civil règle cette question et prévoit que le délai est de deux années si le contenu ou service est fourni pendant une certaine durée (inférieure à deux ans ou non déterminée), pour les éléments numériques du bien. Pour les contrats portant sur une durée plus longue, la conformité doit être garantie aussi longtemps que le contrat dure.

En cas de défaut sur le bien lui-même, les règles propres aux biens s'appliquent.

81. Présomption et charge de la preuve. Il faudra *a priori* appliquer les règles classiques des biens pour les biens fournis à l'occasion d'une opération unique²¹¹ et appliquer la même règle que les services et contenus numériques pour les biens comportant des éléments numériques défectueux fournis durant une certaine période²¹².

Section 4

Droits du consommateur en cas de non-conformité

82. Introduction. En cas de non-conformité, le consommateur bénéficie de plusieurs recours spécifiques, qui s'ajoutent aux recours classiques en matière de responsabilité contractuelle. Nous allons passer en revue sommairement les principales possibilités offertes au consommateur qui considérerait qu'on ne lui a pas fourni un bien, un contenu ou un service numérique conforme²¹³.

²⁰⁹ En ce sens, voy. le considérant 59 de la directive 2019/770.

²¹⁰ Art. 1701/8, § 4, anc. C. civ.; cf. *supra*, n° 74.

²¹¹ H. JACQUEMIN, «La conformité des biens, des contenus numériques et des services numériques, l'articulation des délais et la modification des éléments numériques», *op. cit.*, p. 53.

²¹² Art. 1649^{quater}, § 4/1, anc. C. civ.

²¹³ Nous nous limiterons ici à une explication sommaire des actions possibles contre le vendeur/professionnel en cas de non-conformité, et en particulier aux nouveautés à ce sujet. Nous n'analyserons donc pas l'action récursoire possible contre le producteur, le droit à la réparation de son dommage, ou les recours plus «classiques» en vertu de la théorie générale des contrats. Pour plus de détails sur ceux-ci, nous renvoyons vers S. STIJNS et S. JANSEN, «La nouvelle directive en matière de vente aux consommateurs (2019/771) est arrivée: quoi de neuf en matière de délais et de remèdes?», *op. cit.*, pp. 142 et s.; B. TILLEMANS et Fr. VAN DEN ABELE, «Remedies in het nieuwe consumenten(koop)recht: een (her)nieuw(d)

A. Recours en cas de défaut de livraison d'un bien ou fourniture d'un contenu ou service numérique

83. Cadre légal. Il est nécessaire de se tourner vers le Code de droit économique pour les biens (art. VI.43, § 2), et vers l'ancien Code civil pour les contenus et services numériques (art. 1701/9). Les règles divergent quelque peu même si, globalement, les principes restent les mêmes²¹⁴.

84. Dernière injonction du consommateur et résolution. Avant de procéder à une éventuelle résolution du contrat, le consommateur est tenu d'enjoindre son cocontractant à tenir ses engagements et donc à livrer le bien ou fournir le contenu ou le service numérique demandé, dans les délais. Concernant le bien, le consommateur est tenu de lui accorder un délai supplémentaire raisonnable compte tenu des circonstances. Pour les contenus et services numériques, le consommateur n'a pas l'obligation de prévoir ce délai supplémentaire, mais il peut être négocié entre les parties. Passé ce délai (éventuel), le consommateur a droit à la résolution du contrat.

85. Résolution immédiate. Le consommateur pourra, sans avertissement, exiger la résolution du contrat dans certains cas. Cela sera notamment possible si le respect des délais était un élément essentiel du contrat (de par sa nature) ou si cela avait clairement été indiqué par le consommateur. Il pourra également bénéficier de la résolution du contrat s'il est clair que le bien, le contenu ou le service numérique ne pourrait être fourni (compte tenu des circonstances, ou à la suite d'une déclaration du vendeur/professionnel).

B. Recours en cas de défaut de conformité

86. Différents recours possibles. Si le bien (le contenu ou le service numérique) est fourni, mais qu'il n'est pas conforme, plusieurs recours sont possibles. Premièrement, il faudra privilégier la mise en conformité, et ce n'est que si cette dernière s'avère impossible ou trop coûteuse que d'autres recours sont possibles²¹⁵.

87. En priorité, la mise en conformité (réparation, correction des bugs). Le consommateur a le droit de demander la réparation de son bien ou son remplacement, sans que cela ne lui occasionne de frais²¹⁶. Ainsi, les frais

getrapt systeem», *D.C.C.R.*, 2022/2-3, nos 135-136, pp. 59-102. Pour les aspects plus spécifiquement liés au droit de la protection des données à caractère personnel, et notamment les conséquences d'une demande de retrait de consentement sur le contrat de service numérique, voy. A. DELFORGE, «Paying with Personal Data: Between Consumer and Data Protection Law», *op. cit.*, pp. 60 et s.

²¹⁴ Rappelons que ce dispersement des règles peut poser problème concernant la notion de biens (et biens comportant des éléments numériques). Cf. *supra*, n° 26.

²¹⁵ H. JACQUEMIN et P. LIMBRÉE, «La garantie légale applicable aux biens, aux contenus numériques et aux services numériques», *op. cit.*, p. 82.

²¹⁶ Art. 1649^{quinquies}, § 2, anc. C. civ.

d'expédition seront à la charge exclusive du vendeur. Idéalement, la réparation est préférable au remplacement, mais cela n'est pas une obligation pour le vendeur et le consommateur pourrait d'ailleurs choisir, sauf si l'une des options est impossible à mettre en œuvre ou exagérément plus coûteuse que l'autre²¹⁷. L'idée est la même pour les contenus et services numériques; on parlera toutefois de « mise en conformité »²¹⁸, qui pourra se matérialiser par la mise à jour du contenu en vue de corriger des *bugs*, la réinstallation du logiciel ou le téléchargement du contenu. Ceci doit se faire sans frais supplémentaires pour le consommateur, dans un délai raisonnable et en évitant que cette mise en conformité ne soit trop pénalisante pour lui. Tout comme pour les biens, le professionnel pourra refuser une pareille mise en conformité si celle-ci s'avère trop coûteuse²¹⁹ ou impossible pour des raisons techniques ou juridiques²²⁰.

88. Dans un second temps, la résolution du contrat ou la réduction proportionnelle du prix. Si le consommateur ne parvient pas à obtenir une mise en conformité de son bien, contenu ou service numérique, ce dernier peut alors exiger une réduction proportionnelle du prix ou la résolution du contrat²²¹. En cas de défaut mineur²²², seule la réduction proportionnelle du prix pourra être exigée²²³.

Dans un cas comme dans l'autre, « tout remboursement au consommateur peut être réduit pour tenir compte de l'usage conforme que celui-ci a eu du bien depuis sa livraison »²²⁴. Pour les services et contenus numériques, rien n'est précisé au niveau belge sur cette possibilité qui serait offerte au vendeur. Il ne peut néanmoins pas réclamer de paiement pour la période durant laquelle le contenu ou service numérique n'était pas conforme²²⁵, ce qui semble logique.

La résolution du contrat peut se faire par simple déclaration unilatérale au vendeur/professionnel²²⁶.

²¹⁷ Considérant 48 de la directive 2019/771.

²¹⁸ Art. 1701/11, § 1^{er}, anc. C. civ.

²¹⁹ Par rapport notamment aux prix demandés et à la gravité du défaut.

²²⁰ On pense notamment à la difficulté pour les services financés par de la publicité ciblée de se mettre en conformité avec le R.G.P.D. si les traitements de données opérés ne reposent sur aucune base de licéité et qu'il devenait nécessaire de repasser par un consentement du consommateur qu'il peut refuser de donner.

²²¹ Art. 1649quinquies, § 5, et 1701/12, § 1^{er}, anc. C. civ. Ces deux articles énumèrent une liste de cas spécifiques.

²²² Charge au professionnel/vendeur de le prouver.

²²³ Cette réduction sera calculée proportionnellement, en prenant en compte la valeur de l'élément si celui-ci était conforme par rapport à sa valeur avec ce défaut (art. 1649quinquies, § 6, et art. 1701/12, § 2, anc. C. civ.).

²²⁴ Art. 1649quinquies, § 7, al. 3, anc. C. civ. La directive 2019/771 laisse les États membres libres sur cette question (considérant 15) qui avait fait couler beaucoup d'encre à une époque (voy. S. STIJNS et S. JANSEN, « La nouvelle directive en matière de vente aux consommateurs (2019/771) est arrivée : quoi de neuf en matière de délais et de remèdes? », *op. cit.*, pp. 147 et s.).

²²⁵ Art. 1701/14, § 3, et art. 1701/13, § 1^{er}, anc. C. civ.

²²⁶ Art. 1649quinquies, § 7, et art. 1701/12, § 2, al. 2, anc. C. civ.

Naturellement, le recours à une réduction du prix ne peut avoir lieu que si un prix était demandé. Cela n'est donc pas possible dans le cas, par exemple, de services numériques financés non pas par le paiement d'un prix, mais par la fourniture de données à caractère personnel. Dans pareil cas, seule la résolution du contrat sera possible²²⁷.

C. Les conséquences d'une résolution du contrat

89. Un cadre européen d'harmonisation minimale et supplétif. Sur la question des modalités et conséquences en cas de résolution du contrat, les deux directives qui nous intéressent laissent les États membres libres de continuer d'appliquer leurs règles nationales en la matière²²⁸. Cela peut notamment s'expliquer par le fait qu'actuellement, il n'existe pas encore de droit commun des contrats au niveau européen.

90. Restitution des prestations reçues. Comme le résume assez bien le considérant 59 de la directive 2019/771, en cas de résolution d'un contrat, chacune des parties a l'obligation « de restituer les prestations reçues. Ainsi, le vendeur [sera] obligé de rembourser le prix payé par le consommateur et le consommateur [devra] restituer les biens ».

L'idée est exactement la même concernant les services et contenus numériques. Toutefois, de par leur nature immatérielle (donc duplicable), le législateur a davantage clarifié les choses en précisant clairement les obligations réciproques des parties. Ainsi, le professionnel se doit de rembourser la somme perçue pour la période où le service ou le contenu numérique n'ont pas été conformes et, le cas échéant, la somme perçue à l'avance pour toute période du contrat qui serait restée en l'absence de résolution du contrat²²⁹.

De son côté, le consommateur « s'abstient d'utiliser le contenu numérique ou le service numérique et de le rendre accessible à des tiers »²³⁰. Le professionnel peut également exiger, à ses propres frais, que lui soit restitué le support matériel²³¹.

91. Le sort des données, des contenus fournis et générés, et des données à caractère personnel. Bien souvent, lorsqu'un contenu ou un service numérique est fourni, de nombreuses données sont générées par l'usage

²²⁷ Considérant 67 de la directive 2019/770.

²²⁸ Considérant 15 de la directive 2019/771. La directive 2019/770 ne le dit pas aussi clairement, mais de nombreux considérants précisent que cette directive ne vise pas à harmoniser certaines règles en matière de droit commun des contrats (validé, nullité, rescision...).

²²⁹ Art. 1701/13, § 1^{er}, anc. C. civ.

²³⁰ Art. 1701/14, § 1^{er}, anc. C. civ. Cette obligation nous semble bien difficile à contrôler si le professionnel n'est pas en mesure de bloquer lui-même l'accès au contenu ou au service, ce qu'il est autorisé à faire, en désactivant notamment le compte (art. 1701/13, § 5, anc. C. civ.).

²³¹ Art. 1701/14, § 2, anc. C. civ. Il dispose d'un délai de quinze jours à compter de la date à laquelle il a été informé par le consommateur de sa décision de résoudre le contrat.

qu'en fait le consommateur. En effet, le professionnel monitorise généralement le comportement des consommateurs²³². Le consommateur fournit également lui-même des données²³³.

Il y a donc lieu de réglementer ce que doit, ou peut, en faire le professionnel, une fois le contrat résolu. La législation en matière d'éléments numériques y a consacré un article ; concernant les biens, il n'est absolument rien précisé à ce sujet, alors que ces questions se posent pour les biens comportant des éléments numériques. Nous pourrions alors avoir tendance à vouloir appliquer les mêmes règles à ces éléments numériques liés à un bien²³⁴.

92. Les droits de « copie » du consommateur. Premièrement, le consommateur a le droit de les récupérer, gratuitement, dans un délai raisonnable et dans un format numérique permettant de les réutiliser facilement par la suite^{235 236}. Cela semble logique, chacun récupérant ce qu'il a « fourni ».

93. Le sort des données : une question complexe. Concernant la possibilité pour le professionnel de continuer à exploiter ces données, la réponse est différente en fonction de la nature des données. Dans certains cas, certes limités, le professionnel peut continuer, après la résolution du contrat d'exploiter des contenus générés dans le cadre d'un contrat résolu, alors qu'il n'aurait aucune difficulté technique à les effacer. On peut donc en déduire que le professionnel peut, au final, continuer à tirer des bénéfices d'un contrat résolu, alors que ce n'est pas le cas pour le consommateur. Il nous aurait semblé plus logique qu'il doive supprimer l'ensemble des données qu'il est en mesure d'effacer.

94. Le sort des données à caractère personnel. Pour celles-ci, la directive 2019/770 (et l'article 1701/13, § 2, de l'ancien Code civil) laisse le soin au lecteur de tirer les conséquences des règles contenues dans le R.G.P.D. Cela n'est pas très éclairant, mais cela a le mérite de ne pas créer de contradiction entre les différents corpus législatifs. En vertu des règles du R.G.P.D., notamment du principe de finalité et de minimisation²³⁷, ces données ne peuvent être

²³² Pour un service de VOD, il analysera et mémorisera quelles vidéos ont été visionnées, à quel moment..., il cherchera parfois à générer des profils utilisateur en fonction de ces informations.

²³³ Durant sa phase d'inscription, en publiant des contenus sur un réseau social...

²³⁴ Nous sommes plus catégoriques pour le sort des données à caractère personnel, dans la mesure où le R.G.P.D. reste la référence en la matière.

²³⁵ Art. 1701/13, § 4, anc. C. civ. L'article mentionne plus précisément « un format couramment utilisé et lisible par machine ». Le format devra varier en fonction du type de données et du contexte dans lequel elles sont généralement exploitées. Il est prévu trois exceptions à ce cas de figure pour les données non personnelles. Ces exceptions visent principalement des cas où une copie est devenue impossible ou n'aurait que très peu d'utilité pour le consommateur.

²³⁶ Ce droit à la « portabilité des données » vient historiquement du R.G.P.D. (art. 20), dorénavant également consacré pour les données non personnelles depuis le règlement (UE) 2018/1807 du Parlement européen et du Conseil du 14 novembre 2018 établissant un cadre applicable au libre flux des données à caractère non personnel dans l'Union européenne. À ce sujet, voy. Th. TOMBAL et M. LEDGER, « Le droit à la portabilité dans les textes européens : droits distincts ou mécanisme multi-facettes ? », *R.D.T.I.*, 2018/72, pp. 25 et s.

²³⁷ Art. 5 du R.G.P.D.

conservées dans la mesure où le contrat dans lequel elles s'inscrivaient n'existe plus. On peut également considérer que ces traitements de données seront bien souvent obtenus via un consentement qui sera ultérieurement retiré, impliquant alors l'obligation pour le professionnel de supprimer les données à caractère personnel collectées²³⁸. Il ne pourrait, *a priori*, conserver ces données, pour d'autres fins que celles imposées par la loi (obligation de conservation en matière fiscale...).

95. Le sort des données non personnelles. Si les données ne sont pas à caractère personnel, le professionnel peut continuer à utiliser « tout contenu [...] fourni ou créé par le consommateur »²³⁹ dans quatre cas de figure²⁴⁰.

Il est donc clair que cette interdiction vise ce qui a activement été fourni par la personne (téléchargé, encodé...). *A contrario*, cela signifie que le professionnel devrait pouvoir continuer à utiliser ce qu'il a pu générer par lui-même comme données non personnelles²⁴¹.

À cela s'ajoute quatre catégories de contenu que le professionnel peut continuer à utiliser : celui qui « 1° n'est d'aucune utilité en dehors du contexte du contenu numérique ou du service numérique fourni par le professionnel ; 2° n'a trait qu'à l'activité du consommateur lorsqu'il utilise le contenu numérique ou le service numérique fourni par le professionnel ; 3° a été agrégé avec d'autres données par le professionnel et ne peut être désagrégé, ou ne peut l'être que moyennant des efforts disproportionnés ; ou 4° a été généré conjointement par le consommateur et d'autres personnes et d'autres consommateurs peuvent continuer à en faire usage »²⁴². Ces catégories visent principalement les données agrégées²⁴³.

Sans revenir en détail sur la distinction entre données à caractère personnel et données anonymisées, il nous semble que l'exception relative au contenu ayant trait « à l'activité du consommateur lorsqu'il utilise le contenu numérique ou le service numérique fourni par le professionnel », ne peut viser que des données qui seraient alors anonymisées (ce qui pourrait être difficile à faire, vu le niveau d'exigence actuel pour considérer une donnée comme anonymisée),

²³⁸ Art. 17 du R.G.P.D. parlant du droit à l'effacement. Voy. E. POILLOT, « La protection des données personnelles par le droit européen de la consommation », in M. Combet (dir.), *Le droit européen de la consommation au XXI^e siècle*, Bruxelles, Bruylant, 2022, p. 328.

²³⁹ Art. 1701/13, § 3, anc. C. civ.

²⁴⁰ Précisons qu'à travers les termes « fourni ou créé par le consommateur » et les quatre exceptions, le législateur a probablement tenté d'éviter l'épineux débat sur la qualification de certains types de données « générées lors de l'utilisation du service par le consommateur ». Ce débat date de l'adoption du R.G.P.D. où la question de l'applicabilité à ce type de données du droit à la portabilité a été posée à la suite d'une formulation du texte peu précise (voy. notamment les lignes directrices du Groupe de travail « Article 29 » sur la protection des données, *Guidelines on the right to data portability*, adoptées le 13 décembre 2016, révisées en avril 2017, et approuvées par l'E.D.P.B. en 2018).

²⁴¹ Par exemple, des profils d'utilisateurs, des tendances globales...

²⁴² Art. 1701/13, § 3, 1° à 4°, anc. C. civ.

²⁴³ Données venant de consommateurs différents mises ensemble pour dégager des tendances...

sous peine de tomber dans le régime spécifique du R.G.P.D. Si cela devait bien être le cas, il aurait été préférable de l'indiquer plus clairement.

Section 5

Distinction entre garantie légale de conformité des biens de consommation et garantie commerciale

96. Introduction. Outre la garantie légale de conformité qui leur est imposée, les vendeurs ont également le loisir de prévoir une garantie commerciale assortissant les biens qu'ils vendent. L'encadrement de cette garantie a également été modifié par la directive 2019/771 et, partant, en droit belge (cette possibilité n'étant pas encadrée vis-à-vis des contenus et services numériques). Bien que l'article original ait été entièrement remplacé par la loi du 20 mars 2022²⁴⁴, les modifications apportées sont minimales et concernent majoritairement la structure de l'article 1648^{septies} de l'ancien Code civil^{245 246}. Cet article donne ainsi la possibilité de prévoir une garantie commerciale dans le cadre de la vente de biens de consommation.

La garantie commerciale est ainsi définie comme « tout engagement du vendeur ou d'un producteur, également appelé le "garant", à l'égard du consommateur, en plus de ses obligations légales tenant à la garantie de conformité, en vue du remboursement du prix d'achat, du remplacement ou de la réparation du bien de consommation ou de la prestation de tout autre service en relation

²⁴⁴ 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.

²⁴⁵ L'ancien article 1649^{septies}, introduit par la loi du 1^{er} septembre 2004 relative à la protection des consommateurs en cas de vente de biens de consommation et modifié par la loi du 20 septembre 2018 visant à harmoniser les concepts de signature électronique et de support durable et à lever des obstacles à la conclusion de contrats par voie électronique, prévoyait :

« § 1^{er}. Toute garantie lie celui qui l'offre selon les conditions fixées dans la déclaration de garantie et dans la publicité y afférente.

§ 2. La garantie doit :

- indiquer que le consommateur a des droits légaux au titre de la législation nationale applicable régissant la vente des biens de consommation et indiquer clairement que ces droits ne sont pas affectés par la garantie ;
- établir, en termes simples et compréhensibles, le contenu de la garantie et les éléments essentiels nécessaires à sa mise en œuvre, notamment sa durée et son étendue territoriale, ainsi que le nom et l'adresse du garant.

§ 3. À la demande du consommateur, la garantie lui est remise sur un support durable, mis à sa disposition et auquel il a accès.

En tout cas, lorsque le contrat de vente est écrit, il contient les informations visées au § 2.

§ 4. La non-conformité d'une garantie aux exigences énoncées aux §§ 2 et 3 n'affecte pas le droit du consommateur d'en exiger le respect.

Il en va de même si la garantie n'est pas conforme aux exigences prévues à l'article 13, alinéa 1^{er}, de la loi du 14 juillet 1991 sur les pratiques du commerce et sur l'information et la protection du consommateur.»

²⁴⁶ D. BERLIN, *Politiques de l'Union européenne*, 2^e éd., Bruxelles, Bruylant, 2020, p. 737.

avec le bien de consommation si ce dernier ne répond pas aux spécifications ou à d'autres critères éventuels non liés à la conformité énoncés dans la déclaration de garantie ou dans la publicité correspondante faite au moment de la conclusion du contrat ou avant celle-ci»²⁴⁷.

97. Réflexion quant à la notion de «garantie commerciale de durabilité». L'article 17 de la directive 2019/771 et l'article 1649^{septies} de l'ancien Code civil qui le transpose mentionnent les termes de «garantie commerciale de durabilité». L'ajout du terme «durabilité» est curieux : qualifie-t-il toute garantie commerciale, ou s'agit-il d'un autre type de garantie commerciale spécifiquement lié à la durée de vie du bien ? En l'absence de définition d'une notion distincte de «garantie commerciale de durabilité» ou d'autres références dans la directive, nous penchons plutôt pour la première solution. Toutefois, le «producteur» est mentionné comme étant à l'origine d'une garantie commerciale de durabilité, tandis que le «garant» est mentionné en lien avec la garantie commerciale.

La durabilité est définie par la directive comme «la capacité des biens à maintenir les fonctions et performances requises dans le cadre d'un usage normal»²⁴⁸ ; cette définition semble cependant s'appliquer principalement à la durabilité comme critère objectif de conformité²⁴⁹. Il ressort en outre des documents issus de la procédure d'adoption de la directive que la notion de «garantie de durabilité» proposée par le producteur a fait l'objet d'une suggestion d'amendement par le Parlement européen²⁵⁰ et a ensuite été intégrée dans le texte final sous la forme de «garantie commerciale de durabilité». Il est également intéressant de constater que la version du texte précédant l'intégration de ces amendements mentionnait explicitement le vendeur²⁵¹, cette mention ayant été supprimée dans la version finale. L'objectif poursuivi par le Parlement via cet amendement était-il initialement de créer une garantie commerciale propre au producteur ? La question reste ouverte.

98. Garanties légale et commerciale et pratiques commerciales trompeuses. Il n'est pas rare que la communication autour des garanties proposées par le vendeur ou le producteur d'un bien de consommation représente une pratique commerciale trompeuse. En effet, il peut être tentant de présenter

²⁴⁷ Art. 1649^{bis}, § 1^{er}, 11^o, anc. C. civ.

²⁴⁸ Art. 2, 13^o, de la directive 2019/771 et art. 1649^{bis}, § 1^{er}, 12^o, anc. C. civ.

²⁴⁹ Art. 7, § 1^{er}, d), de la directive 2019/771 et art. 1649^{ter}, § 3, 4^o, anc. C. civ.

²⁵⁰ Rapport sur la proposition modifiée de directive du Parlement européen et du Conseil concernant certains aspects des contrats de vente de biens, modifiant le règlement (CE) n° 2006/2004 du Parlement européen et du Conseil et la directive 2009/22/CE du Parlement européen et du Conseil et abrogeant la directive 1999/44/CE du Parlement européen et du Conseil, COM(2017)0637 – C8-0379/2017 – 2015/0288(COD), p. 55.

²⁵¹ Art. 15 de la proposition modifiée de directive du Parlement européen et du Conseil concernant certains aspects des contrats de vente de biens, modifiant le règlement (CE) n° 2006/2004 du Parlement européen et du Conseil et la directive 2009/22/CE du Parlement européen et du Conseil et abrogeant la directive 1999/44/CE du Parlement européen et du Conseil, COM(2017) 637 final.

la garantie légale de conformité comme une garantie commerciale que le producteur ou le vendeur a lui-même choisi d'offrir, profitant de l'ignorance du consommateur vis-à-vis de ce à quoi il a légalement droit pour le convaincre d'acheter le bien. Cette éventualité a été envisagée par le législateur belge et a mené à la modification du Code de droit économique dans le cadre de la transposition des directives 2019/770 et 2019/771²⁵² ²⁵³.

Ainsi, induire en erreur le consommateur moyen en ce qui concerne « les droits du consommateur, en particulier le droit de remplacement ou de remboursement d'un bien, d'un contenu numérique ou d'un service numérique conformément aux articles 1649*bis* à 1649*nonies* et 1701/1 à 1701/19 de l'ancien Code civil, ou les risques qu'il peut encourir » peut représenter une pratique commerciale trompeuse²⁵⁴.

99. Contenu de la présente section. La dernière partie de cette contribution vise à présenter ce qui distingue la garantie commerciale de la garantie légale de conformité. Nous aborderons les principales différences qui les séparent, à savoir leur caractère obligatoire ou facultatif (A), leur nature légale ou contractuelle (B), leur champ d'application (C), ainsi que les critères de conformité (D) et les remèdes (E) qui peuvent être appliqués en cas de non-conformité du bien de consommation.

A. Caractère impératif ou facultatif

100. Constat. Les garanties commerciale et légale se distinguent principalement par leur caractère contraignant ou non pour le vendeur. En effet, un consommateur bénéficie d'une garantie légale de conformité sur tout bien de consommation qu'il acquiert dès l'instant où les champs d'application personnel et matériel de la garantie sont rencontrés (*cf. supra*, section 1). Le vendeur est ainsi contraint à garantir les biens qu'il vend pendant une durée de deux ans, et ce vis-à-vis de tous les critères de conformité établis par la loi. La garantie commerciale, en revanche, relève d'un choix du vendeur, qui demeure libre de se porter garant pour une durée supplémentaire à la durée de deux ans légalement obligatoire²⁵⁵. L'article 1649*bis* de l'ancien Code civil précise ainsi que la garan-

²⁵² Art. 16 de la loi du 20 mars 2022 modifiant les dispositions de l'ancien Code civil relatives aux ventes à des consommateurs, insérant un nouveau titre VI*bis* dans le livre III de l'ancien Code civil et modifiant le Code de droit économique.

²⁵³ Le législateur belge indique que l'article 16 de la loi du 20 mars 2022 fait partie des articles visant à respecter les articles 19 et 21 des directives 2019/771 et 2019/770 qui exigent que les États membres veillent à ce qu'il existe des moyens adéquats et efficaces permettant d'assurer le respect de la directive (voy. Projet de loi modifiant les dispositions de l'ancien Code civil relatives aux ventes à des consommateurs, insérant un nouveau titre VI*bis* dans le livre 3 de l'ancien Code civil et modifiant le Code de droit économique, commentaire des articles, *Doc. parl.*, Ch. repr., sess. ord. 2021-2022, n° 55-2355/001, p. 71).

²⁵⁴ Art. VI.97, 7°, C.D.E.

²⁵⁵ Art. 1649*quater*, § 1^{er}, anc. C. civ.

tie commerciale doit être définie comme « tout engagement du vendeur [...] *en plus* de ses obligations légales tenant à la garantie légale de conformité [...] »²⁵⁶.

101. Conséquence. Le caractère facultatif de la garantie commerciale a en outre pour effet qu'elle ne peut commencer à courir qu'au terme du délai couvert par la garantie légale de conformité.

B. Nature légale ou contractuelle

102. Constat. Une deuxième caractéristique qui distingue les garanties légale et commerciale découle de la manière dont leurs mises en œuvre sont encadrées. La garantie légale de conformité, comme son nom l'indique, est mise en œuvre par la loi, qui en définit la durée, les critères de conformité ainsi que les remèdes et sanctions applicables en cas de non-conformité. En revanche, la mise en œuvre de la garantie commerciale est prévue contractuellement. En effet, bien que l'article 1649*septies* de l'ancien Code civil en trace les contours, le contenu même de la garantie relèvera *in fine* de la volonté des parties au contrat.

103. Mentions obligatoires dans la déclaration de garantie commerciale. Certaines mentions doivent néanmoins obligatoirement apparaître dans le contrat encadrant une garantie commerciale. Ainsi, l'article 1649*septies* impose que la déclaration de garantie commerciale contienne une déclaration claire indiquant que le consommateur a légalement droit à des recours contre le vendeur, sans frais, en cas de défaut de conformité du bien de consommation, et que la garantie commerciale est sans effet sur ces recours (1°), le nom et l'adresse du garant (2°), la procédure à suivre par le consommateur pour obtenir la mise en œuvre de la garantie commerciale (3°), la désignation du bien de consommation auquel s'applique la garantie commerciale (4°) et les conditions de la garantie commerciale (5°). Elle doit également être rédigée en termes simples et intelligibles dans une langue que le consommateur comprend et être fournie sur un support durable au plus tard au moment de la livraison du bien de consommation²⁵⁷. Une protection légale supplémentaire est également fournie au consommateur en ce que les conditions présentées dans une publicité correspondant à la garantie devront être respectées par le vendeur ou le producteur du bien si les conditions du contrat sont moins avantageuses²⁵⁸ ²⁵⁹.

104. Conséquence. Le fait que la garantie commerciale doive être encadrée par un contrat donne également la possibilité au vendeur ou producteur d'en faire un supplément payant proposé au consommateur. Dans ce contexte,

²⁵⁶ Art. 1649*bis*, § 1^{er}, 11°, anc. C. civ. Souligné par nos soins.

²⁵⁷ Art. 1649*septies*, § 2, anc. C. civ.

²⁵⁸ Art. 1649*septies*, § 1^{er}, anc. C. civ.

²⁵⁹ Cela a pour conséquence que « [l]a publicité est donc explicitement considérée comme un engagement contractuel, ce qui permet naturellement de mieux protéger le consommateur » (voy. C. CASTETS-RENARD, *Droit du marché unique numérique et intelligence artificielle*, Bruxelles, Bruylant, 2020, p. 87).

la garantie s'apparente alors à un service supplémentaire que le consommateur est libre d'accepter.

105. Lien avec les critères subjectifs de conformité. Malgré cette différence entre les deux régimes, le contrat garde néanmoins toute son importance dans la garantie légale car l'application des critères subjectifs de conformité dépend directement de son contenu.

C. Champ d'application

1. Champ d'application personnel

106. Champ d'application personnel de la garantie commerciale. En ce qui concerne le champ d'application personnel de la garantie commerciale, il se rapproche de celui de la garantie légale de conformité en ce qu'il se limite aux contrats de consommation²⁶⁰. Il s'en distingue toutefois en ce qu'il s'applique aux producteurs des biens de consommation couverts par la garantie et non aux vendeurs. Il n'est toutefois pas exclu que le producteur soit également le vendeur du bien²⁶¹.

107. Définition. Dans le cadre de la garantie commerciale, le producteur est défini comme «le fabricant d'un bien de consommation, l'importateur d'un bien de consommation dans l'Union ou toute personne qui se présente comme un producteur en apposant sur le bien de consommation son nom, sa marque ou un autre signe distinctif»²⁶².

2. Champ d'application matériel

108. Champ d'application matériel de la garantie commerciale. Le champ d'application matériel de la garantie commerciale telle qu'encadrée par l'ancien Code civil est limité aux biens de consommation. En effet, la possibilité d'offrir une garantie commerciale pour la fourniture de contenus et services numériques n'est pas envisagée au titre VI^{bis} du livre III de l'ancien Code civil. La directive 2019/770 n'en fait pas mention. Malgré cette absence d'encadrement, il n'est toutefois pas interdit de proposer une garantie commerciale s'ajoutant à la garantie légale dans les contrats de fourniture de contenus et services numériques.

²⁶⁰ L'article 1649septies qui encadre la garantie commerciale fait en effet partie de la section IV du titre VI du livre III du Code civil qui s'applique exclusivement aux contrats conclus avec les consommateurs.

²⁶¹ Il peut également arriver que des plateformes en ligne offrent de telles garanties sans être partie aux contrats de vente conclus par leur biais. Dans un tel cas, la garantie légale de conformité imposée au vendeur pourrait ainsi être cumulée avec la garantie commerciale offerte par la plateforme d'intermédiation, voire également avec la garantie commerciale offerte par le producteur.

²⁶² Art. 1649bis, § 1^{er}, 3^o, anc. C. civ.

109. Définition. Pour ce qui est des biens de consommation pouvant être couverts par les deux types de garanties, ceux-ci répondent à la même définition tant pour la garantie légale de conformité que pour la garantie commerciale. Les mêmes exclusions sont également valables dans les deux cas. En effet, les définitions reprises à l'article 1649bis, § 1^{er}, ainsi que les exclusions prévues par le troisième paragraphe du même article s'appliquent à l'ensemble de la section²⁶³ de l'ancien Code civil qui encadre les deux types de garanties.

D. Critères de conformité

110. Inapplication des critères objectifs et subjectifs de conformité à la garantie commerciale. En raison de sa nature contractuelle, la garantie commerciale variera dans sa mise en œuvre, et notamment vis-à-vis des critères de conformité permettant de l'invoquer. Ainsi, les critères subjectifs et objectifs de conformité comme établis vis-à-vis de la garantie légale de conformité (*cf. supra*, section 2) ne s'appliquent pas à la garantie commerciale.

111. Conditions de la garantie commerciale. L'article 1649septies, § 1^{er}, prévoit en effet que toute garantie commerciale lie le garant conformément aux conditions prévues dans la déclaration de garantie commerciale, ces conditions devant ainsi obligatoirement y figurer²⁶⁴. Le vendeur ou producteur est dès lors libre de prévoir les conditions qui lui semblent appropriées et dans lesquelles le consommateur pourra bénéficier de la mise en œuvre de la garantie. Il devra toutefois respecter les autres mécanismes de protection des consommateurs qui lui sont imposés, tels que l'interdiction des pratiques commerciales déloyales (*cf. supra*, n^o 64), le régime des clauses abusives²⁶⁵ ou la règle de l'interprétation favorable au consommateur en cas de doute sur le sens d'une clause²⁶⁶.

E. Remèdes

112. Constat. Finalement, un dernier point de comparaison des garanties commerciale et légale réside dans les remèdes qui peuvent être exigés par le consommateur en cas de non-conformité du bien de consommation garanti. Certains de ces remèdes sont identiques pour les deux types de garanties : il s'agit de la réparation et du remplacement. À ce sujet, l'article 1649septies de l'ancien Code civil précise en effet que le producteur est directement responsable vis-à-vis du consommateur, pendant toute la durée de la garantie commerciale, en ce qui concerne la réparation ou le remplacement du bien de consommation.

²⁶³ Section IV du titre VI du livre III de l'ancien Code civil.

²⁶⁴ Art. 1649septies, § 2, 5^o, anc. C. civ.

²⁶⁵ Art. VI.82 à VI.87 C.D.E.

²⁶⁶ Art. VI.37 C.D.E.

113. Inapplication de la hiérarchie des remèdes à la garantie commerciale. La garantie légale se distingue de la garantie commerciale en ce que des remèdes supplémentaires sont envisagés et qu'ils forment un ensemble hiérarchisé, cette hiérarchie étant imposée tant au consommateur qu'au vendeur (cf. *supra*, n^{os} 87 et s.). En effet, outre la réparation et le remplacement, le consommateur pourra également requérir une réduction proportionnelle du prix ou la résolution du contrat²⁶⁷. La réparation ou le remplacement doivent impérativement être demandés en premier lieu, le consommateur ne pouvant exiger la réduction de prix ou la résolution du contrat que dans certains cas précisément définis²⁶⁸. Aucun des deux régimes ne prévoit toutefois de hiérarchie entre la réparation et le remplacement. Une garantie commerciale peut donc elle-même prévoir une priorité dans les remèdes.

114. Similarités entre les garanties légale et commerciale vis-à-vis de la réparation et du remplacement. En ce qui concerne la réparation et le remplacement auxquels la mise en œuvre de la garantie peut donner lieu, ils doivent remplir les mêmes conditions tant pour la garantie légale de conformité que pour la garantie commerciale²⁶⁹. En effet, l'article 1649septies de l'ancien Code civil prévoit expressément l'application de l'article 1649quinquies, § 3 (issu du régime applicable à la garantie légale de conformité), à la réparation ou au remplacement du bien de consommation dont est responsable le producteur dans le cadre de la garantie commerciale.

Conclusion

115. Une modernisation nécessaire. Il était temps de moderniser le cadre légal en la matière. Dans un monde de plus en plus numérique, où les industriels développent de plus en plus d'objets connectés (biens comportant des éléments numériques), il devenait nécessaire de revoir la législation applicable aux biens et d'encadrer ce qu'on appelle dorénavant les contenus et services numériques. Cette révision n'est cependant pas de nature à changer fondamentalement les règles en la matière. On peut donc davantage parler d'une évolution que d'une révolution.

116. Un cadre à affiner et quelques incohérences. Si cette modernisation du cadre s'avère salutaire, comme dans toute réforme, elle reste imparfaite (tant au niveau européen que dans sa transposition belge). Le choix d'avoir créé des régimes différents pour les biens, contenus et services numériques, n'est pas sans poser certaines difficultés dans l'application des règles spécifiques à un des

²⁶⁷ Art. 1649quinquies, § 1^{er}, anc. C. civ.

²⁶⁸ Cf. *supra*, n^{os} 82 et s.

²⁶⁹ La réparation ou le remplacement doivent notamment être effectués sans frais, dans un délai raisonnable à compter du moment où le vendeur a été informé par le consommateur du défaut de conformité, et sans inconvénient majeur pour le consommateur, compte tenu de la nature du bien de consommation et de l'usage recherché par ce dernier.

régimes, notamment concernant la notion de bien qui n'a pas exactement la même définition dans le Code de droit économique et l'ancien Code civil. Tel est également le cas pour la distinction entre contenu et services numériques, dans un monde où bon nombre de services consistent à fournir des contenus. Certes, cela reste relativement théorique dans la mesure où les régimes sont fort proches, mais alors pourquoi ne pas avoir tenté de créer un régime global, avec certaines spécificités en fonction du type d'objet du contrat? Cela aurait notamment évité certaines difficultés posées par le bien comportant des contenus numériques, ou les supports physiques de contenus numériques. Nous pouvons également regretter le choix de certains termes parfois peu clairs (notamment garantie commerciale *de durabilité*, critère de caractéristique *de performances*) ou certaines lacunes que la jurisprudence ne manquera pas de combler.

117. Une harmonisation presque maximale. La volonté d'avoir opté pour une directive d'harmonisation maximale semble également une bonne chose dans une économie aussi européanisée. Toutefois, celle-ci n'est pas maximale sur tous les points, notamment sur les délais applicables à la garantie légale. Si nous ne pouvons qu'approuver le choix du législateur européen d'avoir laissé aux États membres la possibilité d'allonger la durée de certains mécanismes de protection du consommateur, et le choix de la Belgique de recourir à cette possibilité dans certains cas, cela est toutefois de nature à perturber un consommateur qui aura de plus en plus tendance à penser que les règles sont devenues les mêmes quel que soit le pays européen auquel le site internet qu'il visite est rattaché.

118. Un cadre tourné vers les attentes raisonnables du consommateur. La volonté d'adopter de plus en plus souvent le point de vue du consommateur (et de ses attentes raisonnables) peut sembler une mesure protectrice pour ce dernier, et cela l'est. Néanmoins, ce n'est pas sans poser des difficultés au moment d'identifier clairement celles-ci. Il semble en effet fort compliqué d'*objectiver* le niveau de ces attentes. Dans ce contexte, la distinction entre critères objectifs et critères subjectifs de conformité paraît parfois un peu artificielle.

119. Un petit goût de trop peu. Enfin, dans un monde qui souhaite davantage prendre en compte l'écologie et la protection des données à caractère personnel, nous ne pouvons que voir une occasion manquée. Ces deux préoccupations restent trop peu intégrées dans ces deux directives, comme dans leur transposition en droit belge. La notion de durabilité est certes mentionnée à certains moments, tout comme il est rappelé l'importance de respecter la législation en matière de protection des données, mais peu de règles claires, précises et ambitieuses viennent implémenter cela.