

*Compte rendu*

## **Digital Consumers and the Law Towards a Cohesive European Framework\***

**Ghislain Roussel\*\***

*Digital Consumers and the Law – Towards a Cohesive European Framework* est un ouvrage collectif de l'Institute for Information Law de l'Université d'Amsterdam et il constitue le titre 28 de l'*Information Law Series* sous la direction de Lucie Guibault, membre du comité éditorial international des *Cahiers de propriété intellectuelle*. L'ouvrage résulte de la collaboration étroite d'une équipe multidisciplinaire de divers horizons (droits des contrats, de la consommation, des médias, de la propriété intellectuelle, des technologies de l'information, des chartes et droits fondamentaux, etc.) de deux centres de recherche (Centre pour le droit européen des contrats (CSECL) et Institute for Information Law). L'équipe était composée de Natali Helberger, Lucie Guibault, Lodewijk Pessers, Marco B. M. Loos, Chantal Mark et Bart van der Sloot et elle était appuyée par des collaborateurs de dix États membres de l'Union européenne et d'un des États-Unis d'Amérique.

L'ouvrage analyse dans tous ses aspects le droit des contrats et le droit de la consommation dans l'environnement numérique au regard du consommateur qui acquiert non plus des biens tangibles, mais des biens intangibles en ligne, à savoir des « biens numériques »

---

© Ghislain Roussel, 2103.

\* Natali Helberger, Lucie Guibault, Marco Loos, Chantal Mak, Lodewijk Pessers, Bart van der Sloot, Lucie Guibault, éd., Institute for Information Law, Information Law Series n° 28, (Wolters Kluwer, Alphen aan den Rijn, 2012), 284 pages, ISBN : 978-90-411-4049-4.

\*\* Avocat et président des Cahiers de propriété intellectuelle inc.

avec ou sans support matériel, et ce, de diverses manières et sous diverses formes dont des licences de propriété intellectuelle (podcasts, steamings, MP3, etc.). Est-ce que les directives européennes et le droit des États membres de l'Union européenne sur les contrats et la vente, conçus dans un environnement analogique et de « tangibilité » sont adaptés à l'environnement numérique ? Est-ce que le droit existant respecte les droits de ce nouveau genre de consommateurs (ci-après « consommateur numérique ») au regard non seulement du droit national et du droit communautaire des contrats et de la consommation, mais également des droits de la concurrence, des médias, de la propriété intellectuelle, des technologies de l'information, de la vie privée, etc. ?

Les marchés changent, ainsi que les modes de distribution et les conditions d'acquisition et d'accès des biens. De nouveaux joueurs, qui fixent les règles du commerce, interviennent et le consommateur numérique n'est pas nécessairement en lien direct avec ces nouveaux joueurs, tout cela dans un environnement juridique conventionnel du droit des contrats et de la consommation. Une interaction se manifeste entre le consommateur numérique et le fournisseur de biens ou de services. Une incertitude ou une insécurité juridique persiste face à l'application et à la conformité des règles communautaires et nationales conventionnelles ou traditionnelles en matière de consommation.

Il y a une opposition entre le droit privé, notamment le droit des contrats, le droit de la consommation et le droit de la propriété intellectuelle, face au droit public, dont le droit constitutionnel, les chartes et les droits fondamentaux, et l'intérêt public.

Doit-on adapter – est-il adaptable ou transposable – le droit actuel à ce nouvel environnement, créer un droit nouveau avec une nouvelle directive ou un règlement communautaire sur le sujet, etc. ? L'ouvrage fait d'ailleurs une analyse approfondie des critères ou des éléments à prendre en considération, ainsi que du projet de directive de 2011, avec la controverse qu'il soulève au regard du droit européen communautaire des contrats.

L'ouvrage est composé de huit chapitres, la plupart étant rédigés par un auteur en équipe ou parfois en collaboration (chapitre 2) portant respectivement sur :

- un portrait actuel du marché numérique et de son contenu (recherches à jour au 1<sup>er</sup> février 2012) ;

- 
- la classification du contenu numérique ;
  - le régime juridique du contenu numérique et le statut des « prosumers » (consommateur producteur professionnel de contenu) ;
  - l'obligation précontractuelle d'information des entreprises à ces nouveaux consommateurs de contenu numérique ;
  - la conformité ou non du droit actuel au contenu numérique et à sa consommation ;
  - l'éducation du législateur face à ces nouveaux consommateurs ;
  - le respect des droits fondamentaux des consommateurs « numériques » ;
  - dont le respect de la vie privée.

Nous reviendrons de manière plus détaillée sur chacun de ces chapitres.

L'ouvrage est complété par une très riche bibliographie de 44 pages et de diverses annexes, dont le projet de directive européen sur les droits des consommateurs numériques (2011/83/UE).

Le chapitre 1 situe le consommateur de contenu numérique dont la mise en marché, les caractéristiques et les défis sont nettement différents des biens dans l'environnement analogique ou des biens tangibles ; le cadre juridique à prendre désormais en considération fait intervenir simultanément diverses législations, en outre de l'intérêt public au regard du respect des droits fondamentaux et de la vie privée de ce nouveau type de consommateur, car le concept du consommateur numérique ou en ligne a des impacts également sur le respect de ses droits fondamentaux et les impacts vont au-delà des législations nationales et ils interpellent des directives européennes et des traités ou conventions à portée internationale. Les conflits portent certes sur la notion de propriété du bien intangible « acquis », mais aussi sur la propriété intellectuelle, notamment.

L'auteur de ce chapitre résume les attentes du consommateur face à l'information disponible et à sa transparence, et à son titre de propriété. Il existe une problématique réelle face aux règles existantes régissant ou encadrant les contrats de vente dans l'environnement numérique. Il ne semble d'ailleurs pas y avoir de standardisa-

tion des règles applicables en matières contractuelles et du droit de la consommation au regard des utilisations et des pratiques admises et les attentes de ce nouveau consommateur ne semblent pas comblées. Trop d'incertitude persiste.

Les problèmes diagnostiqués par ordre d'importance en ce qui concerne ce consommateur en ligne sont : i) l'accès au bien ou au service et ses contraintes, dont celles de nature légale et technique ; ii) le choix et la diversité des biens offerts ; iii) les restrictions d'utilisation, dont les mesures de protection (« DRM ») ; iv) l'information disponible et la transparence de la part des entreprises qui fournissent des biens et des services numériques ou en ligne ; v) le respect de la vie privée au regard de la collecte et de la communication de données personnelles ; vi) l'équité en matières contractuelles ; vii) la sécurité de la transaction et du bien « acquis » (logiciels, bogues, virus, mesures techniques de protection, pourriels, etc. Nous le constatons très rapidement : tout cela est d'actualité.

Le chapitre 2 se penche sur la classification du contenu numérique livré avec ou sans support tangible. Est-ce un bien, un service ? Est-ce autre chose ? Ce contenu dispose-t-il ou devrait-il disposer de ses propres règles ? Ne serait-il pas plutôt l'objet d'un contrat *sui generis* ou d'une licence de propriété intellectuelle ? Il y a confrontation ou rencontre du droit de la consommation et du droit d'auteur visant spécifiquement la gestion du contenu numérique, mais également du droit des technologies de l'information et du droit des médias.

La qualification du contrat n'est certes pas simple selon l'existence d'un support ou non dans un premier temps dans la délivrance du bien « acquis » en ligne. Il n'existe pas d'uniformité des règles et des interprétations. Le droit traditionnel des contrats et de la consommation varie d'un État à l'autre et de nombreuses variantes prévalent. Une incertitude persiste. La protection du consommateur numérique dépendra donc de la qualification du bien : droit des contrats ou droit des consommateurs (existence d'un support, épuisement, propriété) ; régime *sui generis* ; licence de droit d'auteur (aucun support, licence, utilisation licite, non-épuisement) ? Les règles varieront donc selon la qualification nationale du bien et du contrat.

L'auteur de ce chapitre conclut à l'extension des biens numériques aux droits des contrats, mais cela n'est pas si sûr. Une uniformisation des règles s'imposerait comme le projet de directive CESL,

avec prise en considération, en sus du droit des contrats et de la consommation, des droits de la propriété intellectuelle, de la vie privée, du commerce électronique, des médias, des télécommunications, avec concordance des principes et des règles de la même façon que l'environnement classique de la consommation et de l'achat de biens tangibles.

Le chapitre 3 traite du « prosumer », consommateur privé qualifié de professionnel et de « vendeur ». Les règles applicables à ce consommateur, nouvel interlocuteur dans le réseau de distribution des biens en ligne, ne sont pas claires et la recherche d'« accommodements » dans le contexte légal actuel n'est pas facile. Une liste de critères souples (plan et importance des activités, leur échelle, l'intention du « prosumer », l'impression auprès des consommateurs, l'apparence, la différenciation de l'échelle d'affaires au regard d'une entreprise, etc.) est soumise afin de pouvoir instaurer un régime légal stable face au statut de ce « prosumer ».

Le chapitre 4 aborde l'obligation du « vendeur » ou des divers intervenants dans la chaîne de distribution au chapitre de leur obligation précontractuelle d'information et de transparence envers le consommateur d'un contenu numérique. L'auteur de ce chapitre souligne l'écart entre l'information disponible et les attentes du consommateur et il identifie quelques problèmes. Il soumet divers critères afin de fournir à ce consommateur une information conforme selon le droit communautaire et les législations nationales, aspects portant sur l'accès au contenu, sa qualité, sa fonctionnalité au regard des mesures techniques de protection (« DMR », entre autres), les conditions de la licence d'utilisation du contenu, l'éthique ou la gouvernance de l'entreprise ou du fournisseur, etc.

Tout d'abord, les lois nationales et les directives européennes en la matière s'appliquent-elles et, si oui, sont-elles satisfaisantes, conformes ou respectueuses ? La réponse est encore loin d'être claire, compte tenu de la multiplicité des sources de droit, des structures, des interprétations judiciaires : une sorte de « patchwork ». L'incertitude persiste là encore. Au regard de l'acquis communautaire, des directives prévalent et des règles existent tant à l'égard des biens tangibles que d'autres catégories de biens. La difficulté réside dans la mise en œuvre de ces règles par les États membres. Il s'agit davantage d'un problème d'application que de pertinence et d'adéquation des règles en vigueur. La solution ne consisterait pas dans l'augmentation des standards, mais bien dans l'uniformisation de ceux en

place sous une seule autorité, de préférence. Un souhait exprimé, à tout le moins.

Le chapitre 5 scrute et valide le test de conformité du droit communautaire, dont la réglementation actuelle sur le droit des contrats ou de vente, et de diverses législations nationales face à la protection du consommateur de biens numériques. Il s'attarde également au projet de règlement européen du droit de la vente (« CSL » – « sales law »). Le test de la conformité est souvent manipulé par des intervenants dans la chaîne de la consommation en ligne de biens relativement aux problèmes d'accès, à l'inter-opérationnalité, à la fonctionnalité, à la qualité, aux mesures techniques de protection. L'auteur de ce chapitre reprend la discussion sur la qualification du contenu numérique, un « bien », selon la directive, inclus dans le droit des contrats, donc application ou extension des mêmes règles que le bien tangible, avec toutefois des considérations abstraites sur la vie privée et quant à l'intérêt public. L'auteur fait aussi état des attentes des consommateurs face aux entreprises et il identifie de nouveau les problèmes du consommateur individuel sur l'accès, la compatibilité, la fonctionnalité, la qualité, la sécurité, chaque État membre disposant de ses propres règles.

Selon l'auteur, le test de conformité doit revêtir un concept évolutif, quels que soient le temps, le support, la mise à jour du bien « acquis », et une obligation continue de conformité doit être soumise au vendeur ou à l'entreprise, à savoir pérennité du bien et récurrence du service, quels que soient le changement de support, les mises à jour. Sinon, avec la manipulation du test de conformité, le consommateur perdra confiance et il n'obtiendra pas de réponse à ses attentes. Une clause sur le test de conformité est nécessaire dans le temps et le projet de directive CESL devrait s'étendre au contenu numérique dans un cadre juridique clair et cohérent.

Le chapitre 6 s'attarde à la protection du consommateur mineur ou non émancipé (« underage »), en soulignant que le consommateur traditionnel n'est plus nécessairement celui dans l'environnement numérique. Il n'y a pas que l'âge qui importe, car le mineur est un consommateur aguerri et même averti, mais l'est-il suffisamment ? Le profil de ce consommateur « underage » est difficile à cerner et à saisir et il comporte des sous-groupes.

Il est nécessaire de protéger les clientèles vulnérables eu égard à l'inexistence de règles uniformes au sein de l'Union européenne et dans les États-membres. Il y a fragmentation des principes, règles et

pratiques. La capacité contractuelle du consommateur doit être un élément à prendre en considération dans le droit de la consommation et des contrats à l'échelle européenne lors de l'uniformisation des concepts dans l'avenir et le concept d'« émancipation » doit être revu. Le législateur doit se pencher sur une réforme juridique rapide et efficace, vu l'hétérogénéité des règles concernant les consommateurs. L'auteur de ce chapitre émet cependant des doutes sur l'actualisation des règles existantes en matière d'émancipation et des pratiques actuelles de consommation et il rappelle le rejet dans le passé du projet de réglementation communautaire sur la capacité légale du sujet dans le « Cadre commun de référence » (projet de « CFR »). Le législateur a certes un rôle à jouer, mais aussi les divers intervenants dont les réseaux de distribution dans le commerce électronique et la transparence des outils de vérification et des systèmes de paiement sont d'une importance primordiale en vue d'une protection du consommateur « underage ».

Le chapitre 7 analyse la situation des droits fondamentaux des consommateurs dans l'environnement numérique. Pour un, ce ne sont pas tous les Européens qui ont accès à un tel contenu présentement si l'on s'attarde à l'exercice de la liberté d'information. Cela affecte les relations contractuelles. Les principes de base en vigueur respectent théoriquement les droits fondamentaux des consommateurs numériques, mais des suggestions sont faites en vue de transcender le conflit droit privé – droit public soulevé par la pluralité des sources de droit, des interprétations nationales et des autorités judiciaires. La reconnaissance de ces droits existe, mais un problème demeure au chapitre de leur application.

Il devient nécessaire de rechercher un équilibre des intérêts et de concevoir une infrastructure juridique dans l'application des droits fondamentaux dans le droit contractuel européen : renforcement des droits d'accès, de la non-discrimination, de respect de la vie privée, protection des données personnelles, etc.

Le chapitre 8 de l'ouvrage porte sur un éventuel cadre légal de protection de la vie privée et de la protection des données personnelles dans le contexte de la consommation numérique. Le droit de la vie privée, de droit vertical qu'il était, est devenu un droit dit « horizontal » dans l'environnement numérique. Les pratiques dans ce domaine ne sont pas nécessairement conformes ou elles sont en conflit avec les règles communautaires existantes sur les contrats ; de plus, elles sont insuffisantes pour protéger adéquatement la vie privée du consommateur numérique. Une alternative doit être

recherchée ou un nouveau modèle d'affaires doit être pensé, en retournant aux principes de base du droit sur la vie privée et en se fondant sur le principe d'équité. Il faudra tenir compte désormais non plus du sujet de la donnée, mais de la personne ou de l'entreprise qui traite les données, le « processor ».

En conclusion, il faut rendre tout le crédit aux auteurs de cet ouvrage qui aborde des questions d'actualité de première importance qui ne sont pas simples à résoudre et qui ont été peu traitées de manière aussi exhaustive ou substantielle. C'est déjà complexe sous notre propre régime juridique. Il est alors aisé de saisir la complexité de la tâche face à un encadrement juridique de marchés conventionnels faisant intervenir vingt-cinq États et la mise en application et l'interprétation nationale d'outils communautaires de régulation. Des encadrements de marchés traditionnels s'étendent ou peuvent s'étendre aux nouveaux marchés en ligne, mais encore faut-il que tous s'entendent et aient la même lecture et la même interprétation des dispositions applicables, ce qui est loin d'être le cas.

D'où la nécessité d'une certaine uniformisation des règles du jeu afin de protéger adéquatement le consommateur dans l'environnement numérique, incluant le jeune consommateur. La tâche s'annonce énorme, car doivent être prises en considérations de nouvelles, sinon d'autres problématiques aiguës, dont les droits de propriété intellectuelle et la protection de la vie privée et des renseignements personnels. Là où une solution conventionnelle est applicable ou étendue par interprétation ou autrement, nous constatons rapidement que le commerce et la vente de biens – dans son acception la plus large – dans cet environnement numérique ou du commerce individuel en ligne interpellent au premier chef les droits de propriété intellectuelle.

Et la règle première qui semble prévaloir est la transparence des règles du jeu à tous égards sans manipulation par les divers intervenants ou nouveaux joueurs avec lesquels le consommateur numérique individuel transige. Mais ils ne sont pas nécessairement les ayants droit ou les personnes qui devraient répondre au premier chef aux attentes des consommateurs au chapitre de la qualité, de la fonctionnalité, de la sécurité du bien acquis et de sa pérennité.

Une critique qui peut être formulée à propos de cet ouvrage réside dans le fait de la rédaction de l'ouvrage en collaboration par un ou des auteurs différents qui reprennent çà et là des thèmes qui ont pu avoir été effleurés ou traités précédemment par un auteur



---

dans un autre chapitre de manière plus détaillée, mais pas dans tous les cas. Nous avons ainsi l'impression de relire parfois la même chose à deux ou trois reprises, quelquefois davantage. Mais cela n'enlève rien à la qualité des aspects analysés et de pistes de solution mises de l'avant.

Pour un lecteur pressé, les conclusions de parties de chaque chapitre et des divers chapitres de cet ouvrage constituent d'excellents résumés au contenu clair et exhaustif.