HAL
open science

Dossier Contenus Numériques Revue Contrats, Concurrence, Consommation - Contenus Numériques

Nicolas Anciaux, Philippe Pucheral, Martine Behar-Touchais, Valérie-Laure Benabou, Geoffray Brunaux, Audrey Lefevre, Nathalie Martial-Braz, Judith Rochfeld, Natacha Sauphanor-Brouillaud, Bianca Schulz, et al.

To cite this version:

Nicolas Anciaux, Philippe Pucheral, Martine Behar-Touchais, Valérie-Laure Benabou, Geoffray Brunaux, et al.. Dossier Contenus Numériques Revue Contrats, Concurrence, Consommation - Contenus Numériques. Contrats Concurrence Consommation, 2017. hal-01432544

HAL Id: hal-01432544

https://hal.science/hal-01432544

Submitted on 11 Jan 2017

HAL is a multi-disciplinary open access archive for the deposit and dissemination of scientific research documents, whether they are published or not. The documents may come from teaching and research institutions in France or abroad, or from public or private research centers.

L'archive ouverte pluridisciplinaire **HAL**, est destinée au dépôt et à la diffusion de documents scientifiques de niveau recherche, publiés ou non, émanant des établissements d'enseignement et de recherche français ou étrangers, des laboratoires publics ou privés.

3 Contenu numérique

Philippe PUCHERAL,
professeur d'informatique à l'Université de Versailles St-Quentin, responsable de l'équipe de recherche INRIA (Institut National de Recherches dédié au Numérique)-UVSQ SMIS (Systèmes d'informations sécurisés et mobiles)
Nicolas ANCIAUX,
chercheur à l'INRIA (Institut National de Recherches dédié au Numérique) - Université de Versailles St-Quentin Paris-Saclay, membre de l'équipe SMIS (Systèmes d'informations sécurisés et mobiles)
Martine BEHAR-TOUCHAIS,
professeur à l'Université Paris I, co-directrice de l'Institut de recherche juridique de la Sorbonne (IRJS), membre fondateur du Pôle Droit des contrats, de la consommation et du commerce électronique de Trans Europe Experts
Valérie-Laure BENABOU,
professeur à l'Université d'Aix-Marseille, membre du Pôle Droit de la Propriété Intellectuelle et du numérique de Trans Europe Experts
Geoffray BRUNAUX,
maître de conférences à l'Université de Reims, membre du Pôle Droit des contrats, de la consommation et du commerce électronique de Trans Europe Experts
Audrey LEFEVRE,
avocate au barreau de Paris, membre du Pôle Droit de la Propriété Intellectuelle et du numérique de Trans Europe Experts
Nathalie MARTIAL-BRAZ,
professeur à l'Université Paris V, présidente de l'Association du Master 2 Droit des obligations civiles et commerciales (Paris-V), co-directrice du Pôle Droit de la Propriété Intellectuelle et du numérique de Trans Europe Experts
Judith ROCHFELD,
professeur à l'Université Paris I, co-directrice de l'Institut de recherche juridique de la Sorbonne (IRJS), directrice du Master 2 Droit du commerce électronique et de l'économie numérique (Paris I), membre fondateur de Trans Europe Experts, membre du Pôle Droit des contrats, de la consommation et du commerce électronique de Trans Europe Experts
Natacha SAUPHANOR-BROUILLAUD,
professeur à l'Université de Versailles St Quentin (Paris Saclay), co-directrice du Pôle Droit des contrats, de la consommation et du commerce électronique de Trans Europe Experts
Bianca SCHULZ,
responsable du CEC (Centre Européen des Consommateurs) France, membre du Pôle Droit des contrats, de la consommation et du commerce électronique de Trans Europe Experts
Juliette SENECHAL,
maître de conférences à l'Université de Lille II, co-directrice du Pôle Droit des contrats, de la consommation et du commerce électronique de Trans Europe Experts
Célia ZOLYNSKI,
professeur à l'Université de Versailles St Quentin (Paris-Saclay), co-directrice du Master 2 Propriété intellectuelle et droit des affaires numériques (Paris-Saclay), membre du Conseil National du Numérique, co-directrice du Pôle Droit de la Propriété Intellectuelle et du numérique de Trans Europe Experts

1 - Les dispositions sur le contenu numérique soulèvent des observations d'ordres technique et juridique relativement à la définition du contenu numérique (1) et à celle de contenu embarqué (2).

1. La définition du contenu numérique

PROPOSITION DE DIRECTIVE concernant certains aspects des contrats de fourniture de contenu numérique COM(2015) 634	**PROPOSITION DE CORRECTION DE TRANS EUROPE EXPERTS** Proposition de directive concernant certains aspects des contrats de fourniture de contenu

	numérique ***et de services afférents au contenu numérique***.
Considérant 11 La présente directive devrait permettre de traiter les problèmes concernant les différentes catégories de contenu numérique et leur fourniture. Afin de s'adapter aux progrès technologiques rapides et de préserver le caractère évolutif du concept de contenu numérique, il convient d'utiliser ce concept, dans la présente directive, dans un sens plus large que dans la directive 2011/83/UE du Parlement européen et du Conseil 30 . Plus particulièrement, il devrait couvrir les services qui permettent la création, le traitement ou le stockage de données. (…)	**Considérant 11** La présente directive devrait permettre de traiter les problèmes concernant les différentes catégories de contenu numérique, ***les services y afférents*** et leur fourniture. Afin de s'adapter aux progrès technologiques rapides et de préserver le caractère évolutif du concept de contenu numérique, il convient d'utiliser ce concept, dans la présente directive, dans un sens plus large que dans la directive 2011/83/UE du Parlement européen et du Conseil***, ce en se fondant sur le constat que la fourniture de contenu est souvent accompagnée de manière indissociable de la fourniture de services numériques.*** Plus particulièrement, le concept devrait couvrir les services qui permettent la création, le traitement ou le stockage de données. (…)

Article 2 **Définitions** Aux fins de la présente directive, on entend par: 1. «contenu numérique»: (a) les données produites et fournies sous forme numérique, par exemple des vidéos, enregistrements audio, applications, jeux numériques et autres logiciels, (b) tout service permettant la création, le traitement ou la conservation de données sous forme numérique, lorsque ces données sont fournies par le consommateur, et tout service permettant le partage de données sous forme numérique fournies par d'autres utilisateurs de ce service ou permettant toute autre interaction avec ces données;	*Article 2* **Définitions** Aux fins de la présente directive, on entend par: 1. «***contenu numérique et services numériques y afferents***»: a) les données produites et fournies sous forme numérique ***par le fournisseur,*** par exemple des ***fichiers*** vidéos, enregistrements audio, applications, jeux numériques et autres logiciels. ***Ces données peuvent être :*** ***i) traitées localement dans l'environnement numérique du consommateur ou*** ***ii) traitées à distance sur un lieu de fourniture virtuel mettant le contenu numérique à la disposition du consommateur ou permettant à celui-ci d'y accéder.*** ***b) tout service permettant alternativement ou cumulativement :*** ***i) la création, le traitement ou la conservation de données sous forme numérique, lorsque ces données sont fournies par le consommateur,*** ***ii) le partage de données sous forme numérique, données fournies par d'autres utilisateurs de ce service ou permettant toute autre interaction avec ces données;*** ***iii) tout service permettant la communication interpersonnelle indépendante de l'usage d'un numéro.*** ***1 bis. "traitement" :*** ***"toute opération ou tout ensemble d'opérations effectuées ou non à l'aide de procédés automatisés et appliquées à des données ou des ensembles de données, telles que la collecte, l'enregistrement, l'organisation, la structuration, la conservation, l'adaptation ou la***

	modification, l'extraction, la consultation, l'utilisation, la communication par transmission, la diffusion ou toute autre forme de mise à disposition, le rapprochement ou l'interconnexion, la limitation, l'effacement ou la destruction".
Article 3 **Champ d'application** (…) 5. La présente directive ne s'applique pas aux contrats portant sur: (…) (b) les services de communications électroniques au sens de la directive 2002/21/CE;	*Article 3* Champ d'application (…) 5. La présente directive ne s'applique pas aux contrats portant sur: (…) ***(b) suppression***

2 - Les observations formulées par les membres de l'équipe de l'INRIA (A) ont permis d'élaborer des propositions de corrections substantielles sur la notion de contenu numérique (B).

A. – Observations de l'INRIA

3 - **Première dualité explicite : fourniture de données ou fourniture de service sur des données.** - La proposition de directive abandonne la définition étroite du contenu numérique qui figure dans la directive 2011/83/UE relative aux consommateurs du 25 novembre 2011 et qui cantonne le contenu numérique à la donnée numérique[1]. En effet, l'article 2.11 de celle-ci entend par contenu numérique « des données produites et fournies sous forme numérique ». Dans la nouvelle proposition, le contenu numérique s'analyse tout à la fois en de la donnée numérique (films, musique, applications) et en du service sur de la donnée (stockage, traitement ou partage de données)[2]. Ce faisant, au sein de la proposition de directive, la fourniture de logiciels ou de fichiers audio et vidéo vient côtoyer le service fourni par les réseaux sociaux de type « Facebook » ou les services de *cloud computing*. Cette dualité d'objets dans la définition du contenu numérique ne se traduit pas seulement par la mise sur le même plan d'une fourniture de données numériques et d'une fourniture de services sur la donnée. Elle se traduit également par une dualité, implicite, entre les données fournies par le fournisseur et celles fournies par le consommateur.

4 - **Mise en lumière d'une deuxième dualité implicite : données fournies par le fournisseur et données apportées par le consommateur.** - D'un point de vue technique, la confrontation des trois paragraphes (a, b et c) de l'article 2.1, permet de déduire que lorsque le contenu numérique est envisagé en qualité de données (article 2.1.a.), seules les données fournies par le fournisseur sont implicitement envisagées. En effet, en lisant le b) et le c) de l'article 2.1, lesquels font état de données fournies par le consommateur (b) ou par des utilisateurs (c), l'on comprend que le législateur a manifestement souhaité réserver l'article 2.1.a) aux données fournies par le professionnel. En revanche, si on lit l'article 2.1.a) isolément, on constate qu'il contient une formulation très générale et pourrait englober les

[1] *J. Sénéchal, Le contrat de fourniture de contenu numérique en droit européen et français : une notion unitaire ou duale ? : Revue de l'Union Européenne 2015, p. 443 et s.*
[2] *COM(2015), 634, final, art. 2.1, a), b), c).*

données fournies par le professionnel et celles fournies par le consommateur. Par exemple, il serait concevable que le consommateur fournisse une vidéo. Il serait donc de ce fait souhaitable de lever l'équivoque pour clairement distinguer d'une part dans le 2.1.a) les données fournies par le fournisseur et d'autre part dans les 2.1.b) et c), les données apportées par le consommateur ou les tiers.

5 - **Mise en lumière d'une nouvelle distinction : exploitation locale et exploitation *via* un service distant. –** L'actuel article 2.1.a) concerne à première vue le contenu numérique au sens strict, c'est-à-dire de la donnée produite et fournie sous format numérique. Il ne semble pas complètement adapté à la technologie actuelle, qui englobe en réalité souvent à la fois de la donnée et du service sur la donnée. En effet, si l'on prend l'exemple d'*ITunes*, la musique est la donnée et le service *ITunes* (*streaming*, écoute, accès à distance, etc.) est un service. Pourtant, c'est bien de l'actuel article 2.1.a) que cet exemple aurait vocation à relever puisque la donnée sur laquelle s'exerce le service est fournie par le professionnel. En l'état du texte cet exemple ne relève pas de l'article 2.1.b), qui ne traite que de la donnée apportée par le consommateur ou par des tiers et faisant l'objet de services par le fournisseur.

D'un point de vue informatique et pour lever ces ambiguïtés, l'article 2.1.a) devrait en réalité davantage opérer une distinction plus nette entre deux hypothèses distinctes. La première concerne l'exploitation locale : il s'agit de données téléchargées, pouvant être couvertes par une licence logiciel, que le consommateur peut « exécuter » en « local », chez lui. La spécificité de cette première hypothèse tient en ce que le consommateur sera, après son achat, indépendant du fournisseur dans l'utilisation de son contenu numérique. Il en est ainsi par exemple de l'achat d'un film sur un support DVD. Il conviendrait d'ailleurs d'ajouter le terme « fichiers » dans la définition des données produites et fournies sous forme numérique et exploitées en local par le consommateur. La seconde hypothèse concerne, elle, l'exploitation des données *via* un service distant. Ici, la spécificité réside dans le fait que l'usage que le consommateur va faire de la donnée sera constamment visible pour le fournisseur. Sans le fournisseur, le consommateur ne peut plus utiliser la donnée, que celle-ci soit une application ou un fichier vidéo, etc.

6 - **Caractère superflu d'une troisième dualité fondée sur le partage. -** Les services sur les données fournies par le consommateur sont évoqués à l'article 2.1.b) et c), qui opèrent une distinction qui semble reposer sur la notion de partage. Or il est difficile, dans la réalité informatique, de trouver des exemples qui relèveraient exclusivement du b), c'est-à-dire d'un service sur la donnée — qu'il soit de type création, traitement ou conservation —, qui ne s'accompagnerait pas de partage. Le seul cas serait l'hypothèse d'une sauvegarde-restauration opérée par le consommateur lui-même. C'est ainsi par exemple que le service « Google Drive » peut être partagé. De même, un service de *cloud computing* peut être partagé, avec des possibilités plus ou moins importantes de contrôle de ce partage.

L'article 2.1.b) ne semble donc viser qu'un seul cas précis, la sauvegarde-restauration. Sur la base de ce constat, il serait possible de maintenir les deux sous-catégories de services prévues à l'article 2.1.b) et c), mais en envisageant ces deux sous-catégories de services de manière tout autant cumulative qu'alternative.

7 - **Suppression de l'ambiguïté du terme « traitement ». -** En informatique, on appelle traitement tout ce qu'un programme informatique peut faire sur les données. La notion de traitement est d'ailleurs définie dans le règlement 2016/679 du 27 avril 2016. Son article 4.2. énonce que le traitement est « toute opération ou tout ensemble d'opérations effectuées ou non à l'aide de procédés automatisés et appliquées à des données ou des ensembles de données à caractère personnel, telles que la collecte, l'enregistrement, l'organisation, la structuration, la conservation, l'adaptation ou la modification, l'extraction, la consultation, l'utilisation, la communication par transmission, la diffusion ou toute autre forme de mise à disposition, le rapprochement ou l'interconnexion, la limitation, l'effacement ou la

destruction ». Le seul problème de cette définition est qu'elle s'applique spécifiquement au traitement des données personnelles. Or, elle pourrait être réutilisée dans la proposition de directive « contenu numérique » et appliquée à des données qui seraient personnelles ou non personnelles.

B. Observations de TEE

8 - **Première proposition. Revenir à une distinction claire entre le contenu numérique au sens strict et le service sur le contenu numérique. –** La dualité du contenu numérique envisagée à l'article 2.1 [3] est contestable. Elle revient à englober sous une même dénomination, d'une part, les données produites et fournies sous forme numérique — que ce soit sur support matériel (DVD, CD) ou de manière dématérialisée (films, musique, applications, logiciels dématérialisés) — et, d'autre part, des services portant sur des données transmises par le consommateur (services de *cloud computing*, de partage de données…). Elle conduit ainsi à assimiler le service et l'objet sur lequel il porte, à savoir le contenu, ou plus exactement la donnée[4]. Or, on devrait considérer que le contenu numérique n'est pas un service, mais l'objet d'un service, et revenir à la définition stricte du contenu numérique issue de l'article 2.11 de la directive 2011/83/UE relative aux droits des consommateurs qui assimile le contenu à de la donnée. Il convient donc d'être vigilant d'autant que le terme « contenu numérique » va servir de précédent et de définition pour les autres textes.
En outre, une définition entraînant l'application d'un régime, l'intégration d'un « service » dans le contenu conduira à l'application du régime corrélé. Or, des conséquences non désirées pourraient s'en induire, notamment s'agissant de la taxation. Par exemple, la législation fiscale sur le livre et le livre numérique taxe à 5,5% la vente de bien et à 20 % le service.
Il pourrait donc être souhaitable de revenir à une distinction entre le contenu numérique au sens strict et le service sur les contenus numériques. La directive deviendrait, ce faisant, la directive sur les contrats de fourniture de contenu numérique et sur les contrats de fourniture de services afférents au contenu numérique.
9 - **Seconde proposition complémentaire découlant de l'articulation entre les observations des juristes et celles des informaticiens. –** Les informaticiens ont proposé de mettre en lumière la dualité implicitement présente dans la proposition de directive entre les données fournies par le fournisseur et les données apportées par le consommateur ou des tiers. En outre, ils ont proposé de créer une nouvelle distinction au sein de l'article 2.1.a) relative aux données produites et fournies sous forme numérique par le fournisseur, tels que les fichiers vidéo, enregistrements audio, applications, jeux numériques et autres logiciels, ces données pouvant être soit traitées localement dans l'environnement numérique du consommateur, soit traitées à distance sur un lieu de fourniture virtuel mettant le contenu numérique à la disposition du consommateur ou permettant à celui-ci d'y accéder.
Ce faisant, en mettant en lumière l'hypothèse d'un traitement à distance des données fournies par le fournisseur, ils ont fait apparaître l'hypothèse d'un service de traitement à distance (*streaming*, accès distant…) afférent à ce type de données.
En d'autres termes, ils ont mis en lumière le lien étroit, et parfois indissociable, pouvant exister entre la fourniture de la donnée et la fourniture du service s'opérant sur celle-ci. Il pourrait donc être possible de modifier l'article 2.1 de la proposition de directive et de procéder à la définition conjointe du contenu numérique et des services numériques y afférents, en distinguant les données livrées par le fournisseur et celles apportées par le consommateur et les tiers. On proposerait également de préciser, pour chacune de ces deux

[3] V. *supra*, § 3.
[4] *V.-L. Bénabou, Entrée par effraction d'une notion juridique nouvelle et polymorphe : le contenu numérique : Dalloz IP/IT, 01/2017, p. 7 et s.*

catégories de données, si un service fourni par le fournisseur s'opère sur celles-ci et, dans l'affirmative, de quelle nature est ce service. Pour illustration, il n'y aura pas de service indissociablement lié à la donnée dans l'hypothèse de données fournies par le fournisseur et traitées localement par le consommateur (par exemple, la lecture d'un DVD dans l'environnement numérique local du consommateur) : dans ce cas, il n'y a aucune nécessité de recourir à un service à distance du fournisseur. A l'inverse, il y aura du service indissociablement lié à la donnée dans l'hypothèse où une donnée est fournie par le fournisseur et ne peut être traitée qu'à distance. Ce sont les hypothèses d'une lecture en streaming d'un fichier vidéo, d'un accès distant à un logiciel de type « software as a service » ou encore de services de traitement, de création, de stockage ou de partage de données apportées par le consommateur ou des tiers (par exemple, des services de partage et de stockage de fichiers tels que Dropbox ou Google drive…).

10 - **Articulation de la définition du contenu numérique avec les communications utilisant des techniques numériques.** – Par ailleurs, la proposition de Code des communications électroniques du 14 septembre 2016[5] crée une nouvelle catégorie de service de communication interpersonnelle, qui se divise en deux sous-catégories : les communications interpersonnelles basées sur des numéros (type annuaire) et les communications utilisant des techniques numériques, telles que les communications par Skype et WhatsApp. Il est observé que le téléchargement de Skype peut altérer l'environnement numérique des consommateurs. Or, l'article 3.5,b) de la proposition de directive relative au contrat de fourniture de contenu numérique exclut les services de communications électroniques au sens de la directive 2002/24/UE de son champ d'application, laquelle directive sera remplacée par le futur Code des communications électroniques. Ce dernier considère que les services de communications interpersonnelles non fondées sur la numérotation ne seront soumis à des obligations que lorsque des intérêts d'ordre public nécessiteront l'application d'obligations de régulation spécifiques à tous les types de services de communications interpersonnelles, qu'ils utilisent ou non des numéros. Par conséquent, les services de communications interpersonnelles non fondés sur des numéros seront tout à la fois exclus des obligations posées par la proposition de directive sur le contenu numérique et par le futur Code des communications électroniques. Il est donc proposé de les réintégrer dans la proposition de directive « Contenu numérique », afin de ne pas créer de distorsion entre ces services et ceux basés sur des numéros. Certes, les communications interpersonnelles non fondées sur des numéros sont déjà appréhendées dans la proposition de directive à travers le concept de données, et plus particulièrement d'applications (art. 2. 1. a)) que le consommateur téléchargera (application Skype par exemple) afin de bénéficier du service de communication. Cependant, pour éviter toute difficulté d'interprétation, il serait souhaitable d'intégrer expressément ces services à l'article 2.1. de la proposition de directive relative au contrat de fourniture de contenu numérique (ou alternativement dans un nouveau considérant de ladite proposition) par un ajout au sein du 2.b), iii, de tout service permettant la communication interpersonnelle indépendante de l'usage d'un numéro[6]. Il est suggéré par conséquent de procéder à la suppression de l'article 3.5.b).

2. Le contenu embarqué (incorporé)

[5] *Proposition de directive établissant le Code des communications électroniques européen, COM(2016) 590*.
[6] Actuellement la définition de ce type de service est celle du « OTT (over the top) service or content ».

PROPOSITION DE DIRECTIVE concernant certains aspects des contrats de fourniture de contenu numérique COM(2015) 634	**PROPOSITION DE CORRECTION DE TRANS EUROPE EXPERTS**
Considérant 11 La présente directive devrait permettre de traiter les problèmes concernant les différentes catégories de contenu numérique et leur fourniture (…) Il n'est pas souhaitable d'établir des distinctions entre les différentes catégories existant sur ce marché en mutation technologique rapide car cela aboutirait quasi inévitablement à des discriminations entre les fournisseurs. L'objectif recherché devrait être d'instaurer des conditions de concurrence équitables entre les fournisseurs de différentes catégories de contenu numérique. **Toutefois, la présente directive ne devrait pas s'appliquer au contenu numérique qui est incorporé dans des produits de telle sorte qu'il opère en tant que partie intégrante desdits produits et que ses fonctions sont subordonnées aux principales fonctionnalités des produits.** **Considérant 12** Afin de répondre aux attentes des consommateurs et d'assurer un cadre juridique simple et sans ambiguïté pour les fournisseurs de contenu numérique proposé sur support durable, en ce qui concerne les exigences de conformité et les modes de dédommagement à la disposition des consommateurs en cas de non-conformité, la présente directive devrait s'appliquer aux produits tels que les DVD et CD, lesquels intègrent du contenu numérique de telle sorte qu'ils ne fonctionnent qu'en tant que transporteur de contenu numérique. Elle devrait s'appliquer au contenu numérique fourni sur support durable, qu'il fasse l'objet de vente à distance ou en face à face, afin d'éviter la fragmentation entre les différents canaux de distribution. (…)	**Considérant 11** La présente directive devrait permettre de traiter les problèmes concernant les différentes catégories de contenu numérique, ***ainsi que les services numériques y afférents*** et leur fourniture (…). Il n'est pas souhaitable d'établir des distinctions entre les différentes catégories existant sur ce marché en mutation technologique rapide car cela aboutirait quasi inévitablement à des discriminations entre les fournisseurs. L'objectif recherché devrait être d'instaurer des conditions de concurrence équitables entre les fournisseurs de différentes catégories de contenu numérique. ***La présente directive devrait s'appliquer au contenu numérique incorporé dans des produits de telle sorte qu'il opère en tant que partie intégrante desdits produits et que ses fonctions sont subordonnées aux principales fonctionnalités des produits, sauf lorsque le fournisseur démontre que le défaut a clairement pour origine le support matériel comprenant le contenu numérique.*** **Considérant 12** Maintien à l'identique
Considérant 17 Le contenu numérique a une grande importance dans le contexte de **l'Internet des objets**. Il convient cependant d'aborder les questions de responsabilité spécifiques à l'Internet des objets, y compris la	**Considérant 17** Le contenu numérique a une grande importance dans le contexte de **l'Internet des objets**. ***Les questions de responsabilité spécifiques à l'Internet des objets, y compris la responsabilité en matière de données et***

responsabilité en matière de données et de contrats de machine à machine, séparément.	***de contrats de machine à machine, feront, dans le futur, l'objet d'un texte séparé.***
Article 2 **Définitions** (…) 11. **«support durable»:** tout instrument permettant au consommateur ou au fournisseur de stocker des informations qui lui sont adressées personnellement d'une manière permettant de s'y reporter ultérieurement, pendant un laps de temps adapté aux fins auxquelles les informations sont destinées et qui permet la reproduction à l'identique des informations stockées.	**Article 2** **Définitions** (…) 11. **«support durable»:** tout instrument permettant au consommateur ou au fournisseur de stocker des informations qui lui sont adressées personnellement d'une manière permettant de s'y reporter ultérieurement, pendant un laps de temps adapté aux fins auxquelles les informations sont destinées et qui permet la reproduction à l'identique des informations stockées. ***11 bis*** ***« support matériel » : tout bien matériel portant un contenu numérique.***
Article 3 **Champ d'application** **(…)** 3. À l'exception des articles 5 et 11, la présente directive s'applique également à **tout support durable comprenant un contenu numérique, lorsque ce support durable sert exclusivement à transporter le contenu numérique.**	**Article 3** **Champ d'application** **(…)** 3. À l'exception des articles 5 et 11, la présente directive s'applique également *à* ***tout support matériel comprenant un contenu numérique, que ce support matériel serve exclusivement à transporter le contenu numérique ou que le contenu numérique opère en tant que partie intégrante dudit support et que ses fonctions soient subordonnées aux principales fonctionnalités du support.*** ***Par exception, la présente directive ne s'applique pas dans l'hypothèse où le défaut de conformité a clairement son origine dans le support matériel.*** ***Dans les situations où le professionnel ne peut apporter la preuve de l'origine du défaut, la présente directive s'applique.*** ***N.B. : Cette dernière recommandation pourrait changer en fonction de la version définitive des textes adoptés.***

11 - L'analyse du texte actuel permet de constater l'exclusion du contenu embarqué, c'est-à-dire incorporé dans un objet corporel, du champ d'application de la proposition de directive sur le contenu numérique (A). Ce constat ainsi que les observations des informaticiens de l'INRIA (B) ont permis à TEE de formuler des propositions de corrections substantielles des dispositions consacrées au contenu embarqué (C).

A. – Constat

12 - L'article 3.3, relatif au champ d'application de la proposition de directive et concernant le contrat de fourniture de contenu numérique, précise que le texte s'applique « à tout support durable comprenant un contenu numérique, lorsque ce support durable sert exclusivement à transporter le contenu numérique ». Le terme « support durable » est malheureusement plus équivoque que le terme « support matériel ». En outre, en complément, le considérant 12 précise que la directive « devrait s'appliquer aux produits tels que les DVD et CD, lesquels intègrent du contenu numérique de telle sorte qu'ils ne fonctionnent qu'en tant que transporteur de contenu numérique ». Encore faut-il que le support matériel n'ait pour autre finalité que de transporter le contenu ainsi que le précise l'article 3.3. de la proposition. Ce faisant, les objets qui ont un contenu numérique embarqué (le terme « incorporé » est utilisé dans le considérant 11 de la proposition de texte) de type logiciel, mais qui ont d'autres fonctions que de le véhiculer (laver le linge, laver la vaisselle, prendre des mesures, calculer …) semblent exclus de cette proposition. En effet, si le contenu numérique « opère en tant que partie intégrante desdits produits et que ses fonctions sont subordonnées aux principales fonctionnalités des produits » (considérant 11), il aura vocation à relever davantage des deux autres textes potentiellement applicables. Une seconde proposition de directive, également du 9 décembre 2015, porte ainsi sur l'achat en ligne d'objets mobiliers corporels et se propose de modifier incidemment la directive 1999/44/CE[7]. Celle-ci ne traiterait plus que les contrats de vente hors ligne de biens mobiliers corporels, ainsi que les garanties afférentes, à l'exclusion des contrats de vente à distance. Ces deux textes seraient donc applicables au contenu embarqué dans un objet corporel, selon que la vente a ou non lieu à distance.

13 - En outre, le sort du contenu numérique embarqué au sein d'objets intelligents, c'est-à-dire connectés à Internet, reste incertain à la lecture de la proposition de directive. En effet, dans son considérant 17, la proposition précise qu'il « convient d'aborder les questions de responsabilité spécifiques à l'Internet des objets, y compris la responsabilité en matière de données et de contrats de machine à machine, séparément », c'est-à-dire dans un quatrième texte. Ce faisant, à l'heure du développement exponentiel de l'Internet des objets, cette incise fragilise la structuration tripartite de la règlementation des contrats de fourniture que les deux propositions de directive du 9 décembre 2015 viennent de poser. En effet, une part croissante des objets assortis de contenus embarqués sont, ou ont vocation à être à brève échéance, connectés à Internet (ordinateur, télévision, montre, tablette, pèse-personne, poupée, réfrigérateur, voiture, compteurs d'électricité, de gaz…). En conséquence et en ce domaine, les trois textes précités sont susceptibles d'être évincés au profit d'un quatrième texte qui n'est encore, pour l'heure, qu'en gestation.

B. - Observations de l'INRIA

14 - **Contenu numérique embarqué et objet connecté.** - La proposition de directive distingue le contenu embarqué dans un bien et qui est indispensable à son fonctionnement (auquel la directive ne s'applique pas) du contenu embarqué que le bien permet d'utiliser (qui entre dans le champ de la directive). Cette distinction est a priori introduite pour des questions de garantie de conformité du contenu, attachée ou non à celle du bien en question (voir la section suivante 'Observations TEE'). Cependant, cette distinction peut indéniablement avoir également un impact important sur les données personnelles collectées en contrepartie du contenu numérique fourni par le fournisseur. Pour comprendre cet impact, il convient de distinguer d'un point de vue informatique, les systèmes ouverts (ex. *smartphones*) et les systèmes fermés (ex. calculettes). De nombreux objets ou dispositifs connectés constituant l'environnement informatique d'un consommateur (smartphone, centrale domotique, bracelet

[7] V. *supra*, dossier 2, Présentation générale des propositions de directive, spéc., n° 6.

connecté, etc.) et sur lesquels peut être installé un contenu numérique, sont des systèmes ouverts, i.e., capables de collecter des informations sur leur environnement, d'interagir avec ce dernier et de transmettre ces informations de façon transparente et en continue à un fournisseur. Ils sont pour cela dotés de périphériques de capture (cellule photographique ou vidéo, microphone, accéléromètre, capteur GPS, de température, rythme cardiaque ou pression artérielle, etc.) et sont communicants (module radio, wifi, BLE, réseau bas débit type SIGFOX, etc). L'enjeu principal est alors non seulement de distinguer l'objet connecté de l'objet non connecté, mais aussi de savoir si l'exploitation du contenu numérique induit la transmission de données personnelles au fournisseur.
Cet enjeu est important puisque les trames d'informations produites (prise d'images et de son, fréquence cardiaque, géolocalisation, fonctionnement des appareils électriques, etc.) révèlent des données personnelles très riches, à partir desquelles le fournisseur peut "profiler" finement le consommateur selon ses habitudes et activités, son état de santé, etc., et si certains fournisseurs collaborent entre eux, ils peuvent connaitre l'union de tout cela. D'un point de vue technique, un rapprochement doit donc également être opéré entre la consécration de la fourniture de données personnelles ou non personnelles par le consommateur en tant que contrepartie au contrat de fourniture — consécration qui intervient au sein de la proposition de directive analysée[8] — et les objets connectés. Si l'objet connecté exploite des données personnelles, il y aurait une logique à ce qu'il entre dans le champ de la proposition de directive relative aux contenus numériques et que l'on tienne compte, à ce titre, de cette exploitation de données comme contrepartie.
Peuvent à cet égard être cités un certain nombre d'exemples pour lesquels il convient de s'interroger sur l'applicabilité de la proposition de directive : *tracker* de voiture, relié à l'assureur automobile ; centrale domotique de maison, reliée à des fournisseurs externes (comme Alexa d'Amazon Echo) avec laquelle le consommateur peut interagir vocalement ou via son *smartphone* pour augmenter le chauffage ou lancer la lecture d'un contenu numérique, montre connectées, etc.

C. Observations TEE

15 - **Première proposition : intégration du contenu numérique embarqué dans le champ de la proposition de directive « contenu numérique ». -** Les contenus embarqués dans un objet corporel, lorsque ce dernier n'est pas uniquement le véhicule, ou en d'autres termes le support du contenu, sont en l'état exclus du champ d'application de la proposition de directive « contenu numérique »[9]. Au regard de la rédaction actuelle des deux propositions (contenu numérique et vente en lignes), si des logiciels sont préinstallés dans un ordinateur ou un téléphone, l'ensemble s'analyse en un bien soumis à la proposition de directive « vente en ligne » ou à la directive 1999/44/CE. En revanche, si l'application est installée *a posteriori* dans un ordinateur ou un téléphone, elle semblerait soumise à la directive « contenu numérique ».
Cette situation crée des difficultés, notamment au regard de la garantie de conformité. En effet, si le contenu numérique n'est pas embarqué dans un bien corporel, la garantie de conformité est illimitée. Le considérant 43 de la proposition de directive « contenu numérique » énonce à ce titre : « De par sa nature, le contenu numérique ne s'use pas lorsque que l'on s'en sert et il est souvent fourni sur une certaine période de temps plutôt que de manière ponctuelle. Il est donc justifié de ne pas prévoir de durée pendant laquelle le fournisseur devrait être tenu responsable de tout défaut de conformité existant au moment de

[8] V. *infra*, dossier 4, Données.
[9] *COM2015 (635 final), Consid. 13.*

la fourniture du contenu numérique. Par conséquent, les États membres devraient s'abstenir de maintenir ou d'instaurer une telle durée de responsabilité. Ils devraient rester libres d'invoquer leurs règles nationales en matière de prescription afin de garantir la sécurité juridique relativement aux réclamations pour défaut de conformité du contenu numérique ». A l'inverse, si le contenu est embarqué (comme un logiciel dans un véhicule), la garantie de conformité est de deux ans puisque le contenu est alors régi par la directive 99/44 ou par la proposition de directive sur les contrats de vente en ligne[10].
Pour déterminer quel texte a vocation à s'appliquer (dans l'hypothèse d'une absence de fusion future des différentes textes et propositions sur la vente de biens et la fourniture de contenu numérique), il pourrait être souhaitable de prendre en compte l'origine de la défectuosité : s'il s'agit d'une défectuosité matérielle, le régime de la directive sur la vente en ligne ou de la directive 1999/44/CE devrait s'appliquer ; s'il s'agit d'une défectuosité numérique, il conviendrait d'appliquer des garanties et remèdes prévus par la proposition de directive sur le contenu numérique.
Demeure néanmoins le problème de la preuve de l'origine du défaut, qui devrait en principe peser sur le fournisseur. Il est observé que ce n'est pas tant la charge de la preuve que le risque de la preuve qui est important. Ce faisant, il conviendrait d'appliquer au professionnel, en cas d'impossibilité pour celui-ci de démontrer si le défaut est imputable au bien ou au contenu, le texte le plus favorable au consommateur. Cependant, il est actuellement difficile de déterminer le texte le plus favorable dès lors que lors que les propositions de directive sur la vente en ligne et sur le contenu numérique sont en cours de négociation. Néanmoins, aujourd'hui et en l'état des propositions, le texte qui apparait le plus favorable, en particulier au regard de la durée d'action, est le projet de directive « contenu numérique ». En l'état donc, dans les hypothèses où le professionnel ne pourrait pas apporter la preuve de l'origine du défaut, le groupe de travail recommande en conséquence l'application du régime « contenu numérique ». Cette recommandation pourrait néanmoins changer en fonction de la version définitive des textes adoptés.

16 - **Clarification du sort juridique de l'Internet des objets**. - Le considérant 17 traite de la question de l'Internet des objets en énonçant que « Le contenu numérique a une grande importance dans le contexte de l'Internet des objets. Il convient cependant d'aborder les questions de responsabilité spécifiques à l'Internet des objets, y compris la responsabilité en matière de données et de contrats de machine à machine, séparément ».
La rédaction de ce considérant est équivoque et pourrait laisser penser que les objets connectés n'ont d'ores et déjà plus vocation à être régis par la proposition de directive sur le contenu numérique, alors même qu'un texte dédié à cette question n'a pas encore été rendu public par la Commission.
Ce faisant, tous les objets intelligents (ordinateur, télévision, montre, tablette, pèse-personne, poupée, réfrigérateur, voiture, compteurs d'électricité, de gaz..) erreraient dans un *no man's land* juridique en attendant l'arrivée du futur texte les concernant.
Les objets intelligents et connectés doivent en réalité pouvoir être soumis au texte sur le contenu numérique, tant qu'un nouveau texte spécifique concernant l'Internet des objets n'est pas intervenu. Le considérant 17 devrait donc lever l'équivoque sur ce point.

[10] *COM 2015(635 final), art. 14 ; Dir. 1999/44/CE, art. 5.*