

Commentaires du CCBE sur le rapport IMCO/JURI portant sur la proposition de directive concernant certains aspects des contrats de fourniture de contenu numérique

23/02/2017

Le Conseil des barreaux européens (CCBE) représente les barreaux de 32 pays membres et 13 pays associés et observateurs, soit plus d'un million d'avocats européens. Le CCBE répond régulièrement au nom de ses membres aux consultations sur les politiques qui concernent les citoyens et les avocats européens.

Le CCBE est favorable au [projet de rapport](#) soumis par la commission du marché intérieur et de la protection des consommateurs (IMCO) et la commission des affaires juridiques (JURI) du Parlement européen portant sur la proposition de directive concernant certains aspects des contrats de fourniture de contenu numérique (COM(2015) 634).

Compte tenu de sa position adoptée en mars 2016 concernant les dispositions des contrats de ventes en ligne de biens et de contenu numérique (COM(2015) 634 et 635)¹, le CCBE souhaite apporter les remarques suivantes quant au projet de rapport :

- 1) L'insertion des « *services numériques* » dans les articles 1 et 2 paragraphe 1 bis (définition)² et, entre autres, dans le considérant n°11³ comme nouvelle pierre angulaire outre la fourniture de « *contenu numérique* » semble hautement pertinente en vue de mieux préserver les intérêts du consommateur au sein d'un marché en forte expansion et donc de mieux couvrir les problèmes contractuels liés au stockage en nuage et à l'hébergement de fichiers. Il en va de même pour l'inclusion des « *contrats à double finalité* » (considérant 7 bis) dans le champ d'application de la directive. Ces deux amendements accroîtront sans nul doute le degré de protection du consommateur (article 114 paragraphe 3 TFUE)⁴.

¹ [Position du CCBE concernant les dispositions des contrats de ventes en ligne de biens et de contenu numérique](#), 18 mars 2016.

² On entend par « *service numérique* » (a) tout service permettant la création, le traitement ou la conservation de données sous forme numérique, lorsque ces données sont fournies ou créées par le consommateur, et (b) tout service permettant le partage de données sous forme numérique fournies ou créées par le consommateur et/ou d'autres utilisateurs de ce service ou permettant toute autre interaction avec ces données. »

³ « [...] Afin de veiller à la cohérence avec l'acquis, la notion de contenu numérique devrait correspondre à celle utilisée dans la directive 2011/83/UE du Parlement européen et du Conseil et couvrir, par exemple, les contenus vidéo et audio, les applications, les jeux vidéo et tout autre logiciel. Afin de s'adapter aux progrès technologiques rapides et de donner un caractère évolutif à la présente directive, celle-ci devrait également couvrir les services numériques qui permettent la création, le traitement ou le stockage en nuage ou les services d'hébergement de fichiers. [...] »

⁴ Si la délégation britannique approuve la reconnaissance du besoin de tenir compte du fait que le concept de consommateur n'est pas toujours clair, en particulier pour les commerçants individuels et les PME, elle propose d'y procéder de manière moins lourde en changeant simplement la définition du consommateur, tant dans la proposition que dans la directive relative aux droits des consommateurs, plutôt que d'envisager un nouveau type de contrat. En outre, une définition plus cohérente du terme « consommateur » serait possible en la modifiant de la façon suivante : « ...qui (...) agit uniquement ou principalement à des fins qui n'entrent pas dans le cadre de son activité commerciale, industrielle, artisanale ou libérale ». Le considérant 7 bis suggère également qu'une personne sera toujours considérée comme consommateur lorsque le contrat est conclu à des fins qui n'entrent qu'en partie dans le cadre de l'activité professionnelle, ce qui est inapproprié étant donné que cela permettrait aux transactions relevant de l'entreprise d'être soumises aux règles relatives aux consommateurs.

- 2) Les problèmes qui sont apparus en lien avec l'applicabilité de la directive 2015/634 dans les cas où le « fournisseur » a livré du contenu numérique « intégré » dans du matériel informatique (CD/DVD)⁵ sont désormais mieux pris en compte sur la base de l'amendement n°34 (article 3 bis)⁶, étant donné que le nouveau texte proposé dans le projet de rapport offre davantage de sécurité juridique que la proposition de la Commission.
- 3) Le nouveau texte de l'article 3 paragraphe 4⁷ pose de nombreux problèmes et ne remplit pas les conditions préalables à une protection adéquate et efficace du consommateur dans les cas où celui-ci fournit des données personnelles relatives à l'exécution d'un contrat.
- 3.1. Compte tenu des conditions préalables à la protection du consommateur, il est de la plus haute importance que la fourniture de données personnelles soit qualifiée de « *contrepartie* » et que celle-ci soit équivalente à un paiement, tel que prévu en vertu de l'article 3 paragraphe 1 de la proposition⁸. Il est reconnu que la fourniture par des consommateurs de données personnelles constitue le pilier de nombreuses entreprises qui grandissent rapidement et s'érigent en nouveaux géants du capitalisme d'Internet. Néanmoins, les consommateurs fournissent leurs données personnelles sans rémunération adéquate. Ce déséquilibre est pris en compte dans l'article 3 paragraphe 1 de la proposition de directive 2015/634 (ainsi que dans l'article 3 paragraphe 1 tel qu'amendé dans ce projet de rapport⁹) qui prévoit que la fourniture de données personnelles en échange de contenu ou de services numériques entrera dans le champ d'application de ladite directive.
- 3.2. D'une manière générale, la corrélation juridique entre la proposition de directive 2015/634 et le règlement général sur la protection des données (UE) n°2016/679 (RGPD) est que ce dernier régira l'ensemble des problèmes contractuels et autres problèmes juridiques portant sur la fourniture de données personnelles qui entrent dans son champ d'application. Cela est également abordé dans l'article 3 paragraphe 8 du projet de rapport selon lequel « *La présente directive est sans préjudice de la protection des données à caractère personnel prévue par la directive 95/46/CE et le règlement (UE) 2016/679.* »
- 3.2.1 Par conséquent, il convient de garder à l'esprit que l'article 6 paragraphe 1b¹⁰ dudit règlement ne remplit pas de manière adéquate les conditions préalables de protection du consommateur, étant donné que la fourniture de données personnelles ne dépend pas du consentement explicite du consommateur (article 7 du règlement 2016/679) que celui-ci peut retirer à tout moment s'il le juge opportun.
- 3.2.2 Au contraire, l'article 6 paragraphe 1b dudit règlement précise que le traitement de données personnelles fournies par un consommateur sera qualifié de « *licite* » dans la mesure où il s'avère « *nécessaire à l'exécution d'un contrat auquel la personne*

La délégation autrichienne ne soutient pas l'inclusion de « contrats à double finalité » car le champ d'application de la directive devrait strictement se limiter aux contrats entre fournisseur et consommateur. En outre, le libellé proposé est trop vague et entraînerait sans aucun doute à de nombreux différends quant à sa portée et créerait alors des insécurités juridiques.

⁵ Voici la définition prévue par l'article 2 paragraphe 2 du projet de rapport : « *contenu ou service numérique intégré* » : *tout contenu numérique préinstallé qui constitue une partie intégrante des biens et ne peut être aisément installé par le consommateur ou qui est nécessaire pour la conformité du bien avec le contrat* »

⁶ « *La présente directive s'applique aux produits qui intègrent du contenu numérique, sauf si le fournisseur prouve que le défaut se trouve dans la partie matérielle du produit.* »

⁷ « *La présente directive ne s'applique pas lorsque les données à caractère personnel ou autres données fournies par le consommateur sont exclusivement utilisées par le fournisseur pour fournir le contenu ou service numérique [...].* »

⁸ « *La présente directive s'applique à tout contrat par lequel un fournisseur fournit un contenu numérique au consommateur ou s'engage à le faire, en échange duquel un prix doit être acquitté ou une contrepartie non pécuniaire, sous la forme de données personnelles ou de toutes autres données, doit être apportée de façon active par le consommateur.* »

⁹ « *La présente directive s'applique à tout contrat par lequel un fournisseur fournit ou s'engage à fournir un contenu ou service numérique au consommateur en échange d'un paiement et/ou de données à caractère personnel ou d'autres données fournies par le consommateur ou collectées par le fournisseur ou un tiers dans l'intérêt du fournisseur.* »

¹⁰ « *Le traitement n'est licite que si, et dans la mesure où, au moins une des conditions suivantes est remplie : a) la personne concernée a consenti au traitement de ses données à caractère personnel pour une ou plusieurs finalités spécifiques ; b) le traitement est nécessaire à l'exécution d'un contrat auquel la personne concernée est partie [...].* »

concernée est partie ». Cela implique qu'en raison de la prévalence du règlement 2016/679 relatif à la directive 2015/634, l'article 6 paragraphe 1b de ce règlement, qui ne requiert aucun consentement explicite du consommateur quant au traitement des données personnelles qu'il a fournies, régira la quasi-totalité des contrats dans le cadre desquels le consommateur a fourni ses données en vue de « l'exécution d'un contrat ». L'existence même d'un tel « contrat » qualifie le traitement des données personnelles fournies en vertu de l'article 6 paragraphe 1b du règlement 2016/679 comme « licite ».

3.2.3 À cet égard, peu importe de savoir si ce type de contrat prévoit une ou plusieurs « finalités » qui rendent « nécessaire » le traitement de données personnelles fournies par un consommateur en vertu de l'article 6 paragraphe 1b. Tant qu'un tel contrat a été conclu et que le fournisseur en précise les « finalités » respectives (dans tous les cas prévus par les conditions générales fournies) qui rendent « nécessaire » le traitement de données personnelles en vue de l'exécution dudit contrat, le dispositif de protection du consommateur prévu en vertu des dispositions de la directive 2015/634 ne sera pas applicable. La protection du consommateur repose alors sur les dispositions relatives à la protection des données en vertu du règlement 2016/679.

3.2.4 Il s'agit là, formulée de manière assez stricte, de la position adoptée par le projet de rapport dans l'article 3 paragraphe 4 amendé¹¹. Néanmoins, certaines incertitudes d'ordre pratique subsistent quant à savoir si la version amendée de l'article 3 paragraphe 4 répond mieux aux besoins légitimes de la protection du consommateur lorsque celui-ci a fourni ses données personnelles « gratuitement » dans le cadre d'un contrat que la version prévue dans la proposition de directive 2015/634¹². Alors que le projet de rapport exige que les données personnelles fournies soient « exclusivement utilisées » en vue d'en fournir le contenu numérique, la proposition de la Commission concernant la directive 2015/634 se penche sur ce problème en employant les termes « strictement nécessaire à l'exécution du contrat. »

3.2.5 Le manque de protection adéquate des consommateurs dans ces cas devient évident lorsque l'on prend l'exemple d'un contrat à long terme dans le cadre duquel le consommateur a fourni ses données personnelles en contrepartie d'un contrat donné, offrant ainsi « gratuitement » certains « services ». Prenons pour exemple le « contrat » proposé par Facebook : cette entreprise propose un large éventail de « services » qui entrent tous dans le champ d'application d'un seul et même contrat, et ceux-ci sont tous destinés à en faire bénéficier le consommateur. De nouveaux « services » peuvent même être proposés par Facebook au consommateur en tant que partie au cours d'un contrat de ce type. La bonne exécution de chacun de ces « services » sera régie par l'article 3 paragraphe 4 tel qu'amendé dans le projet de rapport, étant donné que tous les « services » (« finalités ») seront « exclusivement utilisés par le fournisseur pour fournir le contenu ou service numérique ». Par conséquent, les exigences en matière de protection des consommateurs se limiteront aux règles en matière de protection des données du règlement 2016/679, dont l'article 6 paragraphe 1b, n'exigeant aucun consentement explicite du consommateur en vue d'utiliser les données personnelles qu'il aura fournies.

3.3. Le CCBE est d'avis que l'amendement apporté à l'article 3 paragraphe 4 contenu dans le projet de rapport et ses limitations sont trop sévères (voir l'exposé des motifs du projet de rapport). La version relativement plus stricte de la Commission répond davantage aux besoins d'une protection adéquate des consommateurs en prévoyant que la directive 2015/634 reste d'application lorsque le consommateur fournit ses données personnelles en

¹¹ Voir note de bas de page n°4. En l'occurrence, la version amendée de l'article 3 paragraphe 8 devrait également être prise en compte (voir 3.2 ci-dessus).

¹² « La présente directive ne s'applique pas au contenu numérique fourni en échange d'une contrepartie non pécuniaire dans la mesure où le fournisseur demande au consommateur de lui procurer des données à caractère personnel, dont le traitement est strictement nécessaire à l'exécution du contrat [...] »

contrepartie, à moins que le traitement de ces données soit « *strictement nécessaire à l'exécution du contrat.* »

- 3.4. Néanmoins, outre cet argument, le CCBE estime que les besoins d'une protection adéquate des consommateurs exigent que la directive 93/13/CEE du Conseil concernant les clauses abusives dans les contrats soit élargie aux besoins de la numérisation. En prenant pour exemple le « *contrat* » proposé par Facebook (voir 3.2.5 ci-dessus), il apparaît obligatoire d'ajouter une nouvelle restriction caractérisée selon laquelle chaque (nouveau) « *service* » (« *finalité* ») relevant du champ d'application d'un « *contrat* » dans le cadre duquel le consommateur est tenu de fournir ses données personnelles exige un consentement contractuel distinct. Autrement dit, les contrats à long terme qui couvrent plus qu'un ou une variété de « *services* » (« *finalités* ») ne peuvent être « *créés* » en vertu des conditions générales.
- 4) Le CCBE convient que la version amendée de l'article 5 paragraphe 2 du projet de rapport est mieux conçue¹³ pour répondre aux besoins pratiques en matière de protection des consommateurs étant donné que la fourniture de contenu ou de services numériques sera effectuée « *sans retard indu, et au plus tard 30 jours après la date de la conclusion du contrat* ». Ce texte offre au consommateur une meilleure position pour estimer si le fournisseur accuse ou non un retard, et ce dernier dispose du temps nécessaire en vue de procéder à la fourniture du contenu ou des services numériques.
- 5) Le fait que l'amendement apporté à l'article 4 bis¹⁴ du projet de rapport constitue de tout point de vue un progrès est contestable.
- 5.1 En premier lieu et en termes strictement juridiques, il semble problématique de consigner les conséquences légales d'une violation d'un règlement dans le champ d'application d'une directive (dérivée). En second lieu, tant que l'article 6 paragraphe 1b du règlement 2016/679 juge que le traitement de données personnelles est « *licite* » dans la mesure où ce traitement est jugé « *nécessaire à l'exécution d'un contrat* », il ne reste virtuellement aucune place pour des conditions générales violant le dispositif du règlement 2016/679.
- 5.2. Par conséquent, l'approche la plus rationnelle semble consister, tel que cela a été proposé ci-dessus, en l'amendement du champ d'application de la directive 93/13/CEE du Conseil concernant les clauses abusives dans les contrats à l'aide d'une liste noire au vu des risques imminents de numérisation, au détriment de la valeur fondamentale du libre arbitre et de la liberté du consommateur d'une manière générale. Il a désormais été prouvé à maintes reprises qu'il est fort probable que le libre arbitre du consommateur soit manipulé en raison de l'influence croissante des algorithmes informatiques chargés du traitement des données personnelles du consommateur et soumis aux intérêts commerciaux de leurs fournisseurs ou de leurs clients. Ce risque doit être endigué de plein droit dans le champ d'application de la directive 93/13/CEE, étant donné que le règlement 2016/679 n'est pas en mesure de fournir une protection aussi adéquate concernant les clauses abusives dans les contrats.

¹³ Selon le texte de la Commission : « *Le fournisseur fournit le contenu numérique immédiatement après la conclusion du contrat, sauf convention contraire des parties.* »

¹⁴ Voici le libellé de l'article 4 bis du projet de rapport : « *Le consommateur n'est tenu par aucun terme contractuel qui porte sur le traitement personnel de données à caractère personnel fournies par le consommateur au fournisseur ou collectées par le fournisseur dans le contexte de la conclusion ou de l'exécution du contrat et qui viole les droits accordés aux consommateurs en tant que personnes concernées par les données au titre de la directive 95/46/CE et du règlement (UE) 2016/679, notamment toute clause fixant les caractéristiques de fonctionnalité et autres caractéristiques de performance du contenu ou du service numérique d'une façon conforme à la directive 95/46/CE ou au règlement (UE) 2016/679. [...]* »

- 6) le CCBE est favorable aux amendements apportés à l'article 15 de la proposition de directive étant donné que le projet de rapport semble plus favorable au consommateur. Pour autant qu'un contrat à long terme ait été passé entre un fournisseur et un consommateur, tout changement apporté à la « *fonctionnalité, l'interopérabilité et les autres principales caractéristiques de performance du contenu ou service numérique* » incombera uniquement au fournisseur, à condition que : a) « *le contrat autorise une telle modification et donne une raison valable* »¹⁵ et que (point a bis) « *le consommateur peut raisonnablement s'attendre à une telle modification* »¹⁶. La proposition de directive n'offrait pas ces garanties importantes.

¹⁵ Le texte proposé par la Commission indiquait « *le contrat le prévoit* ».

¹⁶ Le texte proposé par la Commission n'offrait pas de telle garantie.