

Position de l'Alliance Française des Industries du Numérique (AFNUM) sur le projet de révision de la directive de 1985 sur la responsabilité du fait des produits défectueux

Le 28 septembre 2022 la Commission Européenne publiait sa proposition de révision de la directive de 1985 harmonisant les différents droits nationaux relatifs à la responsabilité du fait des produits défectueux (Com (2022) 495 Final).

Cette proposition s'inscrit dans la volonté de l'Union de modernisation de ses législations afin de les adapter à la numérisation de l'économie. Si la directive de 1985 avait l'avantage non négligeable d'être technologiquement neutre la Commission souhaite néanmoins l'adapter en incluant notamment les logiciels dans la définition des produits, ainsi qu'en considérant les pertes de données comme des dommages matériels indemnisables.

En tant que représentant des industriels du numérique l'AFNUM souhaite contribuer au débat pour permettre l'émergence d'une réglementation effective et équilibrée.

Table des matières

I.	Objet.....	3
II.	Champ d'application.....	3
III.	Niveau d'harmonisation.....	5
IV.	Extension de la notion de « dommage ».....	5
V.	La notion de défectuosité.....	6
VI.	La responsabilité des opérateurs économiques du fait des produits défectueux.....	7
VII.	La charge de la preuve.....	9
VIII.	L'exonération de responsabilité.....	9

Synthèse

- **Le champ d’application de la Product Liability Directive devrait distinguer les logiciels intégrés des logiciels « stand-alones ».** Cette distinction est nécessaire afin de ne pas ralentir l’innovation en Europe, de ne pas impacter les performances des logiciels, d’éviter une augmentation des coûts de développement ou encore afin d’éviter des poursuites abusives à l’encontre des développeurs
- **Le niveau d’harmonisation proposée par la Commission européenne doit être maintenu** afin d’assurer une meilleure sécurité juridique.
- **La notion de dommage devrait être limitée aux dommages matériels, quantifiables.** De plus, l’indemnisation des utilisateurs en cas de perte ou de corruption des données est déjà prévue par différents textes.
- **L’inclusion de l’intelligence artificielle au sein de cette réforme devrait se faire en cohérence avec les dispositions et les définitions déjà établies dans le projet de règlement sur l’intelligence artificielle.**
- La notion de « modification substantielle » devrait être élargie afin de **prendre en considération le développement des réseaux de réparation indépendants.** La définition actuelle ferait peser sur les fabricants la responsabilité de modifications apportées en dehors de son contrôle.
- **L’exception d’exonération prévue à l’article 10§2 devrait être supprimé afin de ne pas faire peser sur le fabricant l’obligation de fournir des mises à jour pour une durée de 10 ans,** ceci en incohérence avec les obligations équivalentes d’ores et déjà prévues par la garantie légale de conformité (2 ans) ou encore le projet de règlement Cyber Resilience Act (5 ans).

I. Objet

L'article 1^{er} de la proposition de directive dispose que les règles établies en matière de responsabilité du fait des produits défectueux concernent les dommages causés à des personnes physiques. **L'AFNUM soutient l'approche formulée par la Commission en ce sens qu'elle permet de ne pas cantonner l'application de la directive à l'utilisateur final, au BtoB ou au BtoC.**

II. Champ d'application

Le champ d'application retenu par la proposition de directive inclut tous les logiciels dans la définition des « produits ». Si nous comprenons le besoin d'adapter nos règles de responsabilité civile à l'ère du numérique nous tenons à alerter les pouvoirs publics sur les risques soulevés par une telle inclusion. En effet, **il nous apparaît nécessaire de bien distinguer les logiciels intégrés aux produits des logiciels dit « stand-alones »**. Si la présence des premiers dans le champ d'application est rendue nécessaire par leur généralisation dans un grand nombre de produits nous sommes plus dubitatifs quant à l'intégration des seconds. Alors que les produits tangibles ont généralement un ensemble défini d'utilisation, et donc une gamme de risques prévisibles, **les services numériques et les logiciels peuvent être déployés dans un nombre presque illimité de scénarios et pour un large éventail d'utilisation.**

Le droit de la responsabilité sans faute a été établi pour répondre à des situations où le niveau de risque d'atteinte aux biens et à l'intégrité des personnes est particulièrement élevé. L'AFNUM estime que, du fait de leur nature, l'intégration des logiciels « stand-alones » ne répond pas à ce besoin. Les logiciels peuvent être mise à jour plus aisément que les produits physiques, de plus ces MAJ ont un impact sur l'ensemble du logiciel contrairement à un produit physique où les MAJ ne concernent que sa partie software et ne peuvent en aucun cas résoudre une difficulté matérielle. **Cette première particularité justifie le traitement différencié dont devrait bénéficier les logiciels « stand-alone »**. En outre, les « bugs » sont une composante inhérente au développement logiciel qui, contrairement aux produits physiques, ne sont pas des événements isolés provenant de rares erreurs de conception. **Enfin, contrairement aux produits physiques, les logiciels « stand-alones » ne bénéficient pas des délais de prescription établis par le texte étant donné qu'il pourrait être « réinitialisé » à chaque mise à jour.**

L'AFNUM tient également à indiquer que les utilisateurs bénéficient déjà de régimes de protection dans le cas où une défectuosité d'un logiciel leur causerait un préjudice. Ainsi, la directive 2019/770 **relative à certains aspects concernant les contrats de fourniture de contenus numérique et de service numérique** dispose en son article 14 que, « *en cas de défaut de conformité, le consommateur a droit à*

la mise en conformité du contenu numérique ou du service numérique, à une réduction proportionnelle du prix, ou à la résolution du contrat ».

En outre, le Règlement 2016/679 relatif à la protection des personnes physiques à l'égard du traitement des données à caractère personnel assure également une protection contre la perte des données (article 82 du RGPD).

Enfin il est également possible pour les utilisateurs de s'engager la responsabilité du développeur au moyen du régime de la responsabilité civile pour faute.

L'intégration des logiciels « stand-alones » dans le régime de la responsabilité du fait des produits défectueux aurait plusieurs conséquences dont : 1) un ralentissement de l'innovation et de la numérisation de l'Europe ; 2) une diminution des performances des logiciels du fait d'un nombre très important de contrôle de sécurité ; 3) une augmentation du prix des logiciels en anticipation des frais de justice ; 4) un risque de voir les développeurs être poursuivis du fait de certaines mesures de sécurité (suppression de logiciels malveillants entraînant corrélativement la perte de certaines données).

C'est pourquoi, nous invitons les législateurs européens à revenir sur l'intégration des logiciels « stand-alones » dans ce projet de révision de la directive sur la responsabilité des produits défectueux.

Avec l'existence d'un tel régime certains logiciels n'auraient probablement pas pu être développés, nous pensons notamment aux logiciels d'analyse et de contrôle des températures, de sports ou encore de traçabilité des aliments.

En outre, la proposition actuelle de la Commission ne fournit pas une définition claire des « logiciels », en incorporant à la fois le système d'exploitation, les applications et les systèmes d'intelligence artificielle et en disposant « *que le logiciel soit stocké sur un appareil ou qu'on y accède par le biais de technologies en nuage* » (considérant 12). **Cela pourrait potentiellement faire entrer un large éventail de services numériques dans le champ d'application et contredire le fait que les services en tant que tels ne sont pas inclus.**

Une plus grande clarté sur la définition de logiciel afin que des services tels que les solutions SaaS, l'hébergement et les services en ligne, les plateformes en ligne et les moteurs de recherche (tels que définis par la loi sur les services numériques) ne soient pas considérés comme des logiciels dans le cadre de la révision de la PLD. Le Digital Services Act (DSA) et le Règlement Général sur la Protection des Données (RGPD) prévoient déjà des cadres appropriés pour traiter les dommages potentiels qui peuvent être causés par ces services (voir article 82 « Droit à réparation et responsabilité » du RGPD et article 54 « Indemnisation » du DSA).

Recommandations de l'AFNUM :

- Limiter le régime de responsabilité sans faute aux logiciels intégrés (ou alternativement, créer une exemption pour les logiciels « stand-alones »). Exclure les services numériques du champ d'application de la directive.

III. Niveau d'harmonisation

L'article 3 de la proposition de directive précise que celle-ci est d'harmonisation maximale. L'AFNUM est en phase avec ce niveau d'harmonisation qui permet une véritable sécurité juridique tant pour les entreprises que pour les victimes. En limitant la possibilité pour les Etats membres d'introduire des dispositions plus strictes ou plus souples la Commission incite les victimes à ester en justice tout en permettant aux entreprises d'avoir une meilleure visibilité sur les coûts de telles actions.

De plus, les situations couvertes par ce type de responsabilité ne s'arrêtent pas aux frontières des Etats et ceci d'autant plus dans un contexte de numérisation de la société. **L'harmonisation maximale est donc une nécessité pour permettre à l'ensemble des parties intéressées de disposer de mesures claires et suffisamment définies.**

Recommandation de l'AFNUM :

- Maintenir un niveau d'harmonisation maximal

IV. Extension de la notion de « dommage »

La proposition de la Commission européenne élargit la notion de « *dommage* » à la « *perte ou corruption de données* ». Cette inclusion devrait être directement liée à la sécurité du produit, et il est donc essentiel de clarifier le seuil de perte/corruption de données qui rend le dommage matériel. **La mesure des dommages matériels résultant de la perte de données peut être difficile, impliquant souvent des dommages intangibles et non physiques, tels que les pertes financières, atteinte à la vie privée et à la réputation.**

Cependant, la proposition de la Commission ne définit pas ce qui constitue des dommages « *matériels* » et ne fournit pas d'orientations spécifiques sur la manière de mesurer les dommages

matériels résultants de la perte de données. Sans définitions et en l'absence de seuils permettant de justifier un recours juridictionnel, cette extension du champ d'application pourrait entraîner des vagues de demandes d'indemnisation contre des opérateurs économiques pour des motifs illégitimes. En outre, comme expliqué précédemment, **la réglementation européen existante, comme le RGPD, prévoit déjà des mécanismes de recours pour les consommateurs pour de nombreux types de dommages non matériels.**

Recommandation de l'AFNUM :

- En l'absence de seuils ouvrant un droit à indemnisation, la notion de dommage devrait être maintenue sur des « *dommages matériels* » et non immatériels comme la perte ou la corruption de données.

V. La notion de défectuosité

L'article 6 de la directive précise les conditions dans lesquelles un produit peut être considéré comme défectueux.

L'AFNUM invite les législateurs européens à préciser certaines des situations listées par cet article.

Ainsi, en disposant que la « *mauvaise utilisation* » d'un produit peut être un élément permettant de retenir son caractère défectueux la proposition de directive s'éloigne de l'esprit de la responsabilité du fait des produits défectueux. Un fabricant ne peut en aucun cas, même en l'absence de faute, être tenu responsable de la mauvaise utilisation qui peut être faite de son produit alors même qu'il aurait fourni toutes les informations nécessaires à l'utilisateur final. La réglementation européenne précise également que lors de leur mise sur le marché européen les produits sont évalués conformément à l'utilisation prévue par le fabricant. C'est par ce prisme que les autorités déterminent si le produit est conforme ou non aux exigences européennes en matière de sécurité.

C'est pourquoi, l'AFNUM estime nécessaire de modifier le b) de l'article en supprimant la mention suivante : « *ou la mauvaise utilisation* ».

Le point c) quant à lui indique « *l'effet sur le produit de toute capacité à poursuivre son apprentissage après le déploiement* ». Nous estimons nécessaire d'une part, de supprimer le terme déploiement et de le remplacer par une notion connue des industriels (mise sur le marché, mise à disposition etc...), et d'autre part de préciser le terme « *d'apprentissage* ». En effet, la notion « *d'apprentissage* » peut renvoyer à un grand nombre de techniques et de produits différents sous un prisme unique « *d'intelligence artificielle* ». Nous estimons indispensable d'aligner ce terme sur la définition retenue dans le cadre des négociations portant sur l'AI Act, cet alignement est nécessaire pour assurer la sécurité juridique des fabricants mais également des consommateurs.

Le point d) de ce même article mentionne « *l'effet sur le produit d'autres produits dont on peut raisonnablement s'attendre à ce qu'ils soient utilisés en même temps que le produit* ». Ce critère de défautuosité bien trop flou et peu compréhensible, est source d'une grande insécurité juridique. Il est donc proposé de revoir la rédaction de cet alinéa pour le simplifier, l'explicitier et lui donner une portée plus restrictive.

Enfin, le f) de l'article 6 fait référence aux « *exigence en matière de sécurité des produits, y compris les exigences de cybersécurité pertinentes pour la sécurité* ». L'AFNUM s'interroge sur l'étendue des exigences de sécurité dont il est fait référence et préconise de reprendre les textes de référence mentionnés au considérant 24 de la proposition de directive.

Recommandations de l'AFNUM :

- Enlever la « *mauvaise utilisation* » des conditions permettant de justifier la défautuosité d'un produit
- Préciser la notion « *d'apprentissage* » et aligner ce terme sur les travaux en cours sur le projet de règlement sur l'IA.
- Remplacer le terme de « *déploiement* » par des notions connues des industriels (mise sur le marché, mise à disposition sur le marché etc...).
- Préciser et restreindre la portée du point d) de l'article 6 ;

VI. La responsabilité des opérateurs économiques du fait des produits défectueux

L'article 7 de la directive garantie au plaignant une identification d'un responsable pour le produit en Europe. Pour parvenir à cette identification il reprend la hiérarchie de responsabilité des opérateurs économiques selon leur rôle dans la chaîne de responsabilité.

L'AFNUM soutient l'approche choisit par la Commission européenne, en effet, en incluant les différents acteurs responsables de la conformité et de la sécurité intervenant dans la chaîne de valeur la proposition de directive aligne le régime de la mise en conformité avec celui de la responsabilité du fait des produits défectueux. Cet alignement permet, tant d'assurer la sécurité juridique des consommateurs que celle des fabricants qui sauront quel opérateur est responsable.

Le point 4 de cet article 7 mentionne les modifications substantielles opérées sur un produits en dehors du contrôle du fabricant initial et rend la personne à l'origine de ces modifications responsable des

dommages causés par le produits modifiés. **L'AFNUM salue ce changement dans la législation et cette adaptation aux nouvelles normes de consommation** (reconditionné, seconde-main etc...).

Cependant, pour que cet apport soit pleinement effectif, des précisions doivent être apportées à ce qui est entendu par « *modification substantielle* ». **L'AFNUM estime nécessaire de prendre en considération le développement des réseaux de réparateurs non agréés**, des « repairs café » ainsi que des réparations effectuées par les utilisateurs eux-mêmes. **Il est donc indispensable que chaque acteurs, personne physique ou morale, soit pleinement conscient des conséquences qui pourraient résulter des modifications qu'il opère sur les produits**. En effet, l'approche retenue par la Commission n'est pas adaptée aux nouveaux mode de consommation. La notion de « *modifications substantielles* » n'appréhende pas les produits reconditionnés ou de seconde main et le Guide Bleu précise bien que les produits réparés sortent du cadre de la modification substantielle (Section 2.1 « Produits concernés » - Réparations et modifications des produits).

Or, un produit peut être mal réparé et provoquer un dommage sans que le fabricant ne soit en cause. Plus spécifiquement, un fabricant ne peut pas être tenu responsable de l'effet que des composants, des pièces détachées ou une réparation pourraient avoir sur son produit dès lors que ces choix et opérations sont effectués en dehors de son contrôle.

Ainsi, en renvoyant l'appréciation du caractère substantiel de la modification aux « *règles de l'Union ou de règles nationales applicables en matière de sécurité des produits* » et au faite qu'elle soit « *entreprise en dehors du contrôle du fabricant* », le projet de directive fait peser un risque d'insécurité juridique majeur sur les fabricants sans pour autant appréhender la nouvelle économie circulaire. **Un élargissement de la notion de « *modifications substantielles* » nous apparaît dès lors nécessaire tant pour la sécurité juridique des fabricants que pour celle des consommateurs.**

Recommandations de l'AFNUM :

- Maintenir la chaîne de responsabilité établie par la proposition de la Commission tout en laissant la liberté contractuelle pour allouer la responsabilité des acteurs impliqués ;
- Elargir la notion de « *modifications substantielles* » afin de prendre en considération les réparations apportées au produit les réseaux de réparateurs.

VII. La charge de la preuve

L'article 9 du projet de directive dispose que la charge de la preuve pèse sur le plaignant suivant le principe de l'établissement d'un lien de causalité entre le dommage subi et la défectuosité alléguée. Il instaure également un présomption réfragable (1) de (2) du lien de causalité.

Le maintien de la charge de la preuve sur le plaignant est une nécessité d'autant que la proposition, en créant des présomptions de défectuosité et de lien de causalité, a très largement simplifié l'accès à la réparation pour les victimes.

Par exemple, l'alinéa 4 ouvre une présomption en cas de « *difficultés excessives en raison d'une certaine complexité technique ou scientifiques* ». **L'AFNUM estime qu'en matière d'intelligence artificielle cet alinéa devrait être limité aux systèmes d'IA à haut risque, tels que définis par le projet de règlement sur l'intelligence artificielle.**

En outre, l'alinéa 2(c) de ce même article dispose qu'une présomption de défectuosité a lieu si « *le demandeur établit que le dommage a été causé par un dysfonctionnement manifeste du produit lors d'une utilisation normale ou dans des circonstances normales* ». L'AFNUM s'interroge sur la nature du test permettant de caractériser le « dysfonctionnement manifeste » d'un produit, un tel dysfonctionnement est-il synonyme de défectuosité ?

Recommandations de l'AFNUM :

- Maintenir la charge de la preuve sur le plaignant.
- Limiter la présomption de défectuosité des systèmes d'IA uniquement aux IA à haut risque.
- Clarifier les critères permettant de qualifier le dysfonctionnement manifeste d'un produit.

VIII. L'exonération de responsabilité

Le projet de directive prévoit en son article 10 différents cas d'exonération de responsabilité, si la preuve est rapportée par l'opérateur économique responsable.

La première exonération (point a.) vise le cas où le fabricant ou l'importateur n'a pas mis le produit sur le marché ni ne l'a mis en service. **Afin de reprendre la hiérarchie de responsabilité, il conviendrait d'y ajouter le mandataire.**

Nous saluons le maintien de l'exonération pour risque de développement au point 1.e). Les fabricants ne peuvent anticiper toutes les évolutions technologiques et ceci est d'autant plus vrai dans une

économie numérisée où les techniques des cyberattaquants progressent de jours en jours et sont, de fait, imprévisibles.

Néanmoins, l'imprévisibilité et la difficulté d'anticiper les cyberattaques ne découlent pas uniquement des avancées technologiques, il est également possible de subir des attaques sans que celles-ci ne découlent d'une technique nouvelle. C'est pourquoi, **nous estimons que la dérogation du paragraphe 1 point c) prévue au paragraphe 2 devrait être supprimée de la proposition de directive.**

En effet, ce paragraphe dispose que « *par dérogation au paragraphe 1, point c), un opérateur économique n'est pas exonéré de responsabilité lorsque la défektivité du produit est due à l'un des éléments suivants, à condition qu'il soit sous le contrôle du fabricant* ». Parmi les éléments listés, l'on retrouve les services connexes au produit, les logiciels et leurs mises à jour, l'absence de mises à jour nécessaire au maintien de la sécurité. **Ainsi, et au regard des délais de prescription prévus par la directive (article 14), les fabricants seraient tenus de fournir des mises à jour pour une durée de 10 ans.** Cette obligation ne s'aligne avec aucune des prescriptions déjà présentes en droit national (article L217-19 du code de la consommation) ou en droit européen (Digital Content Directive)). **Outre cette distorsion avec le cadre législatif existant cette disposition ne prend pas non plus en compte la réalité économique des fabricants.**

Les mises à jour ne sont pas des fonctionnalités gratuites et aisément réalisables découlant de la seule volonté du fabricant. Elles dépendent d'un nombre important d'acteurs (fabricant du produit, fournisseur du processeur de l'appareil, développeurs du système d'exploitation) et sont dépendantes de contrats régissant tant leur nombre que leur durée de fourniture.

Il est structurellement impossible pour le fabricant de s'aligner sur une telle obligation sans remettre en cause l'intégralité du système économique actuel. Les premières touchées par cette obligation seraient les TPE/ETI françaises et européennes.

Enfin, **la précision relative au « contrôle » du fabricant** sur le service connexe, ou la fourniture de la mise à jour, **ne lui permet en aucun cas de s'extraire de sa responsabilité.** En effet, le considérant 15 de la proposition de directive précise que ces services sont considérés comme étant sous le contrôle du fabricant dès lors qu'ils « *sont fournis par le fabricant lui-même ou que le fabricant les recommande ou influence d'une quelconque autre manière leur fourniture par un tiers* ». **Une telle définition est bien trop large et laisse place à une grande part d'interprétation synonyme d'insécurité juridique.**

Par exemple, dans le cadre d'un smartphone le fabricant fournit bien la mise à jour de son système d'exploitation sans pour autant l'avoir développé. **La simple fourniture ne traduit en aucun cas un contrôle effectif mais représente simplement le moyen le plus simple pour atteindre l'utilisateur final.**

En outre, si les consommateurs ne devraient pas être encouragés à rejeter les mises à jour logicielles, nous soutenons la mise en place d'une exemption de responsabilité lorsque l'absence de mise à jour ou de mise à niveau est indépendante de la volonté du fabricant. Le fait que les consommateurs n'acceptent pas les mises à jour ou les mises à niveau, y compris le fait d'ignorer ou de désactiver les

mises à jour automatiques, qui amélioreraient la sûreté ou la sécurité de leurs appareils, devrait également être considéré comme une cause exonératoire de responsabilité pour les fabricants.

Recommandations de l'AFNUM :

- Maintenir l'exonération de responsabilité du fait du développement technologique ;
- Supprimer le paragraphe 2 de l'article 10.

A propos de l'AFNUM

L'AFNUM (Alliance Française des Industries du Numérique) représente, en France, les industriels du secteur IT, des réseaux, de l'électronique grand public, de l'impression, de la photographie et des objets connectés. Les adhérents de l'AFNUM constituent le « socle numérique » qui permet à toutes les couches supérieures du numérique - logicielles, d'infrastructure ou cloud - d'exister. Créateurs de richesse et de croissance en France et en Europe, les adhérents de l'AFNUM innovent et développent les produits, les applications et les usages du futur. Santé, mobilité, industrie 4.0, environnement, culture, formation : grâce à la numérisation croissante de nombreux secteurs de l'économie, le socle numérique est au cœur des enjeux à venir, fondement d'un futur attractif pour la société, réducteur d'empreinte carbone et durablement porteur de valeur.

Le poids économique des entreprises adhérentes de l'AFNUM est de 100.000 emplois (dont 31.000 emplois directs et plus de 5000 emplois en R&D) pour 28 milliards d'euros de chiffre d'affaires générés en France.

L'AFNUM est membre de la FIEEC, du MEDEF et de Digitaleurope.

