

RESEARCH OUTPUTS / RÉSULTATS DE RECHERCHE

Responsabilité contractuelle et extracontractuelle face à la robotisation et à l'intelligence artificielle

George, Florence; Malengreau, Thomas; Antoine, Chloe; Cruquenaire, Alexandre

Published in:

Les responsabilités et les garanties du vendeur en droit belge et en droit français

Publication date:

2024

[Link to publication](#)

Citation for pulished version (HARVARD):

George, F, Malengreau, T, Antoine, C & Cruquenaire, A 2024, Responsabilité contractuelle et extracontractuelle face à la robotisation et à l'intelligence artificielle: rapport belge. dans *Les responsabilités et les garanties du vendeur en droit belge et en droit français: approche de droit comparé*. Bibliothèque de la Faculté de droit et de criminologie de l'Université catholique de Louvain, Larcier-Intersentia, Bruxelles, pp. 1147-1310.

General rights

Copyright and moral rights for the publications made accessible in the public portal are retained by the authors and/or other copyright owners and it is a condition of accessing publications that users recognise and abide by the legal requirements associated with these rights.

- Users may download and print one copy of any publication from the public portal for the purpose of private study or research.
- You may not further distribute the material or use it for any profit-making activity or commercial gain
- You may freely distribute the URL identifying the publication in the public portal ?

Take down policy

If you believe that this document breaches copyright please contact us providing details, and we will remove access to the work immediately and investigate your claim.

CHAPITRE 22

**RESPONSABILITÉ CONTRACTUELLE
ET EXTRA CONTRACTUELLE FACE À LA ROBOTISATION
ET À L'INTELLIGENCE ARTIFICIELLE⁽¹⁾**

Rapport belge

PAR

FLORENCE GEORGE

CHARGÉE DE COURS À L'UNAMUR-CRIDS
CHARGÉE DE COURS INVITÉE À L'UCLouvain
AVOCATE (HENRY & MERSCH)

THOMAS MALENGREAU

COLLABORATEUR SCIENTIFIQUE UCLouvain
AVOCAT (MONARD LAW JOINED BY BUYLE)

CHLOÉ ANTOINE

AVOCATE (LEXING)
CHERCHEUSE AU CRIDS/NADI (UNAMUR)

ALEXANDRE CRUQUENAIRE

CHARGÉ DE COURS INVITÉ À L'UNAMUR-CRIDS
AVOCAT (LEXING)

1. – Introduction. Il n'est plus une thématique où l'incidence de l'intelligence artificielle (ci-après, dénommée « IA ») n'est pas abordée. Progressivement, l'IA a envahi toutes les disciplines (la médecine, la musique, la construction, les mathématiques, la finance...).

(1) La présente contribution est arrêtée à la date du 14 juin 2023. Il n'est donc pas tenu compte (1) de l'adoption à la Chambre de la proposition de loi portant le livre 6 « La responsabilité extra-contractuelle » du Code civil intervenue le 1^{er} février 2024 et (2) du texte de compromis portant sur la proposition de règlement sur l'intelligence artificielle publié le 26 janvier 2024 (disponible ici : <https://data.consilium.europa.eu/doc/document/ST-5662-2024-INIT/en/pdf>), soit concomitamment aux dernières épreuves de la présente publication. On attirera donc l'attention du lecteur sur les légers changements intervenus dans la numérotation des articles.

On dénombre de nombreuses définitions de l'intelligence artificielle. La notion est tentaculaire. Parmi ces multiples définitions, on épinglera celle proposée par la Commission européenne : « L'intelligence artificielle (IA) désigne les systèmes qui font preuve d'un comportement intelligent en analysant leur environnement et en prenant des mesures – avec un certain degré d'autonomie – pour atteindre des objectifs spécifiques »⁽²⁾.

Le Parlement européen, dans sa résolution du 20 octobre 2020, définit le « système d'IA » comme « un système qui est soit fondé sur des logiciels, soit intégré dans des dispositifs matériels, et qui affiche un comportement simulant l'intelligence, notamment en collectant et traitant des données, en analysant et en interprétant son environnement et en agissant, avec un certain degré d'autonomie, pour atteindre des objectifs spécifiques »⁽³⁾.

Le monde juridique n'échappe pas à notre constat de départ. L'intelligence artificielle utilisée comme instrument de prédiction dans la fonction de juger a déjà fait couler beaucoup d'encre.

Parallèlement, l'intelligence artificielle, en tant qu'objet de recherche, a mis au jour un nouveau besoin de régulation. C'est ce deuxième volet qui retiendra notre attention.

En droit des contrats, l'on pourrait avoir tendance à envisager les questions liées à l'IA sous l'angle du contrat de vente. On songe ainsi à la vente d'un objet qui mobilise des systèmes d'IA, objet qui présenterait un caractère défectueux susceptible de causer des dommages à autrui. Or la réalité est bien plus complexe. Appréhender le phénomène de l'IA sous l'angle des garanties offertes par le vendeur est cependant trop réducteur. L'étude déborde en réalité largement le carcan du contrat de vente. Le lecteur ne sera dès lors pas étonné de retrouver, au sein de cette contribution, des développements qui excèdent manifestement le titre de l'ouvrage dans lequel cette dernière prend place.

2. – Objet de la contribution. De la conception du système d'intelligence artificielle (IA) à son utilisation par un professionnel ou un consommateur, les produits ou services reposant sur l'intelligence artificielle impliquent une chaîne d'intervenants susceptibles d'engager leur responsabilité en cas de défaillance du système d'IA.

(2) Communication de la Commission au Parlement européen, au Conseil européen, au Conseil, au Comité économique et social européen et au Comité des régions, *L'intelligence artificielle pour l'Europe*, COM(2018) 237, p. 1.

(3) Résolution du Parlement européen du 20 octobre 2020 contenant des recommandations à la Commission sur un régime de responsabilité civile pour l'intelligence artificielle (2020/2014[INL]).

Dans le cadre de la présente contribution, l'accent sera mis sur les spécificités liées à la mise en œuvre des régimes de responsabilités et de garanties dans le contexte particulier de l'IA.

Impliquant généralement l'intervention de divers acteurs, la chaîne de production et de mise sur le marché d'un système d'IA peut s'avérer complexe. Les régimes de responsabilité applicables en cas de dommage causé par un système d'IA ont par conséquent, eux aussi, tendance à se complexifier, ouvrant la voie à des recours sur plusieurs fondements selon le rôle des intervenants concernés au sein de ladite chaîne.

3. – Plan. La première partie de notre contribution consiste en une mise en contexte de l'intelligence artificielle (I). Quelques scénarios auxquels il sera recouru de manière transversale au fil de notre contribution seront tout d'abord présentés. Ensuite, nous examinerons à larges traits la proposition de règlement établissant des règles harmonisées concernant l'IA⁽⁴⁾.

La seconde partie de notre contribution sera consacrée à l'étude de l'ensemble des régimes de responsabilités (II).

Au sein de cette seconde partie, nous étudierons tout d'abord successivement les régimes de responsabilité aquilienne (A). Ceux-ci seront regroupés en fonction du fondement assigné au régime de responsabilité.

L'examen du régime de responsabilité du fait des produits défectueux – qui dépasse la distinction traditionnelle entre responsabilité civile extracontractuelle/contractuelle – sera ensuite abordé en profondeur (B).

Enfin, les régimes de responsabilités contractuelles susceptibles de s'appliquer seront développés (C).

I. – L'INTELLIGENCE ARTIFICIELLE : MISE EN CONTEXTE

A. – *Présentation de quelques scénarios pratiques*

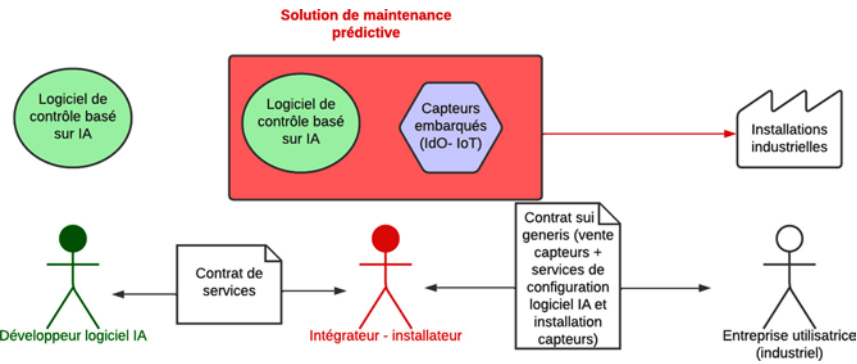
4. – Illustration du propos par différents scénarios. Afin d'apporter une dimension appliquée à notre propos, nous ferons ponctuellement référence à des scénarios mettant chacun en scène un système d'IA et le ou les acteurs intervenant dans la chaîne de production et de mise sur le marché dudit système.

(4) Proposition de règlement du Parlement européen et du Conseil établissant des règles harmonisées concernant l'intelligence artificielle (législation sur l'intelligence artificielle) et modifiant certains actes législatifs de l'Union, COM(2021) 206 final, 21 avril 2021.

5. – Scénario n° 1. Un intégrateur-installateur met sur le marché un système de gestion intelligente d'installations industrielles. Ledit système repose sur un module relevant de l'Internet des Objets⁽⁵⁾ (ci-après, « IdO »), combiné à un logiciel d'IA permettant d'interpréter les données collectées au moyen de capteurs embarqués dans les installations industrielles. Le logiciel d'IA en question a été fourni par un concepteur de logiciels avant d'être combiné au module IdO par l'intégrateur.

Une entreprise active dans le secteur industriel, désireuse d'accroître ses performances de production et de déployer des capacités de maintenance prédictive, achète à cet intégrateur un tel système de gestion intelligente d'installations industrielles.

Le fournisseur fait appel à un prestataire de services pour intégrer ledit système dans les installations industrielles de l'entreprise cliente.

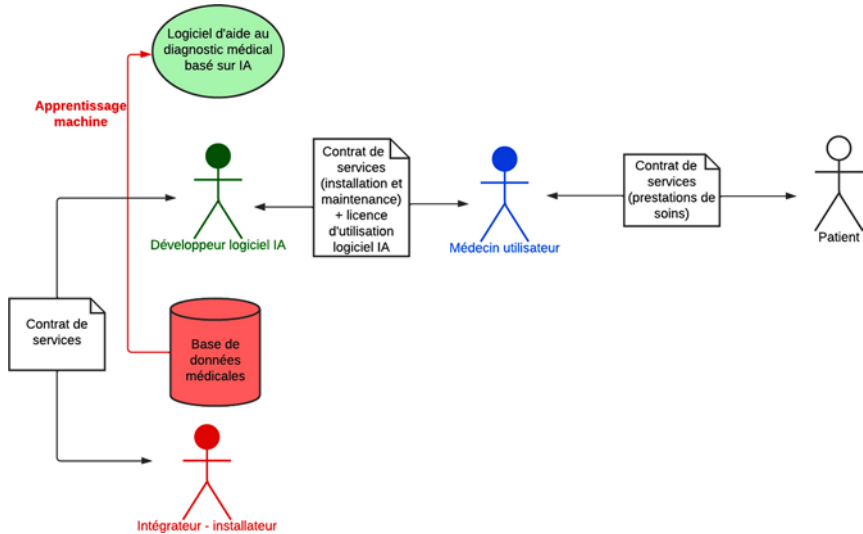


Scénario n° 2. Un médecin recourt à un système d'aide à la décision médicale permettant de l'aider à établir des diagnostics au sujet de ses patients.

Ledit système est un logiciel d'IA développé par un concepteur de logiciels sur la base d'un large éventail de données médicales fournies par une entreprise tierce. Le logiciel est en outre mis à jour et amélioré

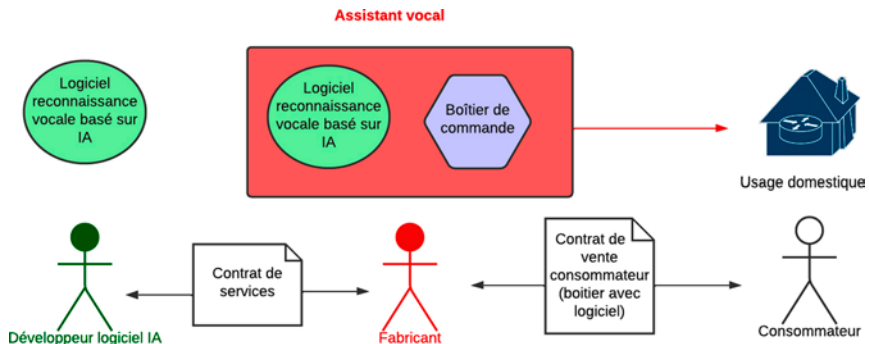
(5) L'Internet des Objets peut être défini comme « une infrastructure dynamique d'un réseau global ayant des capacités d'autoconfiguration fondées sur des protocoles de communication standards et interopérables, où les objets physiques et virtuels ont des identités, des attributs physiques, des personnalités virtuelles et utilisent des interfaces intelligentes, et sont intégrés de manière transparente dans le réseau d'information » (traduction libre de : Commission européenne, *Vision and Challenges for Realising the Internet of Things*, 2010, p. 41, disponible sur <https://op.europa.eu/en/publication-detail/-/publication/ed079554-72c3-4b4e-98f3-34d2780c28fc>).

sur la base de données complémentaires fournies par cette entreprise tierce.



6. – Scénario n° 3. Une entreprise met sur le marché des assistants virtuels reposant sur un logiciel d'IA permettant la reconnaissance vocale. Ces assistants virtuels interagissent ainsi avec leurs utilisateurs : sur demande, ils leur jouent la musique choisie par les utilisateurs, les informent de la météo prévue, leur rappellent les tâches qu'ils ont à effectuer dans la journée et les rendez-vous auxquels ils doivent se rendre...

Dans l'optique de se faciliter la vie au quotidien, un consommateur décide d'acquérir un de ces assistants virtuels.

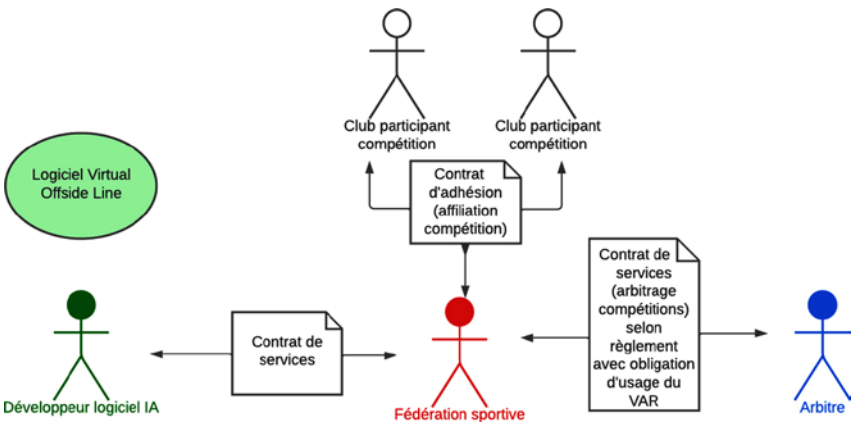


7. – Scénario n° 4. Une fédération sportive recourt aux services du VAR (*Video Assistant Referees*) lors des rencontres de sport professionnel (compétitions entre clubs au niveau européen). Le VAR permet notamment aux arbitres de déterminer si un joueur se trouve en position de hors-jeu grâce au système VOL (*Virtual Offside Line*), basé sur l'IA, qui trace à l'écran une ligne de hors-jeu virtuelle.

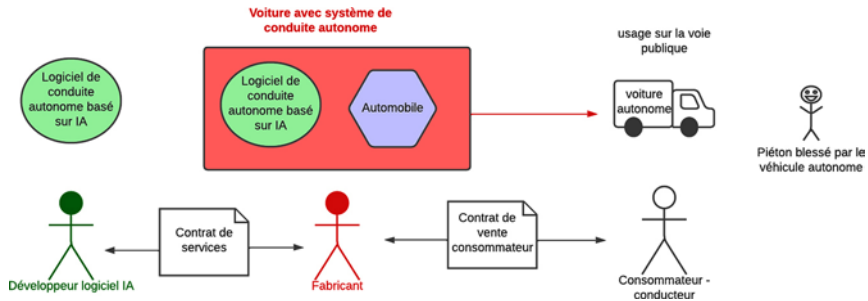
Le système VOL est développé par une société spécialisée en analyse d'images, qui a développé un outil basé sur l'IA permettant de tracer les lignes de hors-jeu en temps réel.

Si un but est marqué par une équipe, l'arbitre principal peut demander aux arbitres assistants vidéo de vérifier si les joueurs de ladite équipe ne se trouvaient effectivement pas en position de hors-jeu pour pouvoir valider le but.

Le recours au système VOL est imposé dans le contrat d'adhésion entre la fédération sportive et ses membres. Il y a un contrat de services entre les arbitres et la fédération.



8. – Scénario n° 5. Un fabricant de voitures fait appel à un concepteur de logiciel de conduite autonome pour proposer cette fonctionnalité sur son nouveau véhicule. Une fois sur la voie publique, l'acheteur-conducteur décide d'activer la fonction de conduite autonome, mais, malheureusement, le véhicule dévie de sa trajectoire dans une ligne droite et renverse un piéton qui se trouvait sur le trottoir le long de la chaussée.



B. – Présentation de la proposition de Règlement IA

9. – Publication de la proposition de Règlement IA. En avril 2021, la Commission européenne a, pour la première fois, usé de son pouvoir d'initiative législative dans le domaine de l'IA en présentant une proposition de règlement établissant des règles harmonisées concernant l'IA⁽⁶⁾. Celle-ci est actuellement discutée en trilogue par le Parlement européen, le Conseil et la Commission⁽⁷⁾.

10. – Objet de la proposition. Alors que la récente proposition de directive sur la responsabilité en matière d'IA⁽⁸⁾ a vocation à introduire de nouvelles règles en matière de responsabilité civile extracontractuelle dans le domaine de l'IA, la proposition de Règlement IA a pour objet d'établir :

- (a) « des règles harmonisées concernant la mise sur le marché, la mise en service et l'utilisation de systèmes d'intelligence artificielle (ci-après, dénommés "systèmes d'IA") dans l'Union ;
- (b) l'interdiction de certaines pratiques en matière d'intelligence artificielle ;
- (c) des exigences spécifiques applicables aux systèmes d'IA à haut risque et des obligations imposées aux opérateurs de ces systèmes ;

(6) Proposition de règlement du Parlement européen et du Conseil établissant des règles harmonisées concernant l'intelligence artificielle (législation sur l'intelligence artificielle) et modifiant certains actes législatifs de l'Union, COM(2021) 206 final, 21 avril 2021.

(7) Pour plus d'informations quant à l'avancée du processus d'adoption de la proposition de Règlement IA, voy. Parlement européen, « Legislative train schedule. Proposal for a regulation on a European approach for Artificial Intelligence », disponible sur <https://www.europarl.europa.eu/legislative-train/theme-a-europe-fit-for-the-digital-age/file-regulation-on-artificial-intelligence>, publié le 20 janvier 2024, consulté le 21 février 2024.

(8) Proposition de directive du Parlement européen et du Conseil relative à l'adaptation des règles en matière de responsabilité civile extracontractuelle au domaine de l'intelligence artificielle (directive sur la responsabilité en matière d'IA), COM(2022) 496 final, 28 septembre 2022.

- (d) des règles harmonisées en matière de transparence applicables aux systèmes d'IA destinés à interagir avec des personnes physiques, aux systèmes de reconnaissance des émotions et de catégorisation biométrique, et aux systèmes d'IA utilisés pour générer ou manipuler des images ou des contenus audio ou vidéo ;
- (e) des règles relatives au suivi et à la surveillance du marché »⁽⁹⁾.

11. – Influence de la proposition. Bien que la proposition de Règlement IA n'établisse aucune règle de responsabilité en matière d'IA, elle mérite d'être brièvement synthétisée en raison de l'impact qu'elle pourrait avoir sur la mise en œuvre des régimes de responsabilité étudiés au sein de cette contribution⁽¹⁰⁾. Par ailleurs, une bonne compréhension de la logique suivie par la proposition de Règlement IA est essentielle pour appréhender correctement les contours de la proposition de directive sur la responsabilité en matière d'IA⁽¹¹⁾, en ce que cette dernière fait systématiquement référence aux notions définies dans la proposition de Règlement IA.

12. – Plan. Il sera tout d'abord question de la classification des systèmes d'IA contenue dans la proposition de Règlement IA (1), puis des principales exigences auxquelles les systèmes d'IA doivent satisfaire selon la catégorie dont ils relèvent (2) et, finalement, des acteurs intervenant dans la chaîne de valeur de l'IA auxquels incombent diverses obligations (3).

1) *La classification des systèmes d'IA*

13. – Système d'IA : définition. Au sens de la proposition de Règlement IA, un système d'IA est « un logiciel qui est développé au moyen d'une ou plusieurs des techniques et approches énumérées à l'annexe I et qui peut, pour un ensemble donné d'objectifs définis par l'homme, générer des résultats tels que des contenus, des prédictions, des recommandations ou des décisions influençant les environnements avec lesquels il interagit »⁽¹²⁾.

Les techniques et approches énumérées à l'annexe I sont les suivantes.

- (a) « Approches d'apprentissage automatique, y compris d'apprentissage supervisé, non supervisé et par renforcement, utilisant une grande variété de méthodes, y compris l'apprentissage profond.

(9) Art. 1^{er} de la proposition de Règlement IA.

(10) Voy. *infra*, II.

(11) Voy. *infra*, II A.

(12) Art. 3(1) de la proposition de Règlement IA.

- (b) Approches fondées sur la logique et les connaissances, y compris la représentation des connaissances, la programmation inductive (logique), les bases de connaissances, les moteurs d'inférence et de déduction, le raisonnement (symbolique) et les systèmes experts.
- (c) Approches statistiques, estimation bayésienne, méthodes de recherche et d'optimisation »⁽¹³⁾.

14. – Classification des systèmes d'IA. Les systèmes d'IA sont répartis en quatre catégories selon le risque qu'ils présentent, à savoir :

- un risque inacceptable : systèmes d'IA qui recourent à des techniques subliminales au-dessous du seuil de conscience d'une personne, qui exploitent les vulnérabilités dues à l'âge ou au handicap physique ou mental d'un groupe de personnes donné, qui permettent aux pouvoirs publics d'évaluer ou d'établir un classement de la fiabilité des personnes physiques en fonction de leur comportement social ou de caractéristiques personnelles ou de personnalité (*scoring social*) ou qui permettent l'identification biométrique à distance en temps réel dans des espaces accessibles au public à des fins répressives⁽¹⁴⁾ ;
- un risque élevé⁽¹⁵⁾ : systèmes d'IA destinés à être utilisés comme composants de sécurité d'un produit soumis à une évaluation de conformité par un tiers en vue de sa mise sur le marché ou de sa mise en service, systèmes d'identification biométrique en temps réel et *a posteriori* des personnes physiques, systèmes d'IA destinés à être utilisés comme composants de sécurité dans la gestion et l'exploitation des infrastructures critiques (trafic routier, fournitures de gaz, d'électricité, d'eau et de chauffage), systèmes d'IA destinés à être utilisés pour le recrutement ou la sélection de personnes physiques⁽¹⁶⁾... Par rapport au scénario n° 5, il est intéressant de noter qu'un système de conduite autonome d'un véhicule automobile devrait être qualifié de système d'IA à haut risque⁽¹⁷⁾ ;

(13) Annexe I de la proposition de Règlement IA.

(14) Nous renvoyons à l'article 5, § 1^{er}, de la proposition de Règlement IA pour plus de détails concernant les systèmes d'IA présentant un risque inacceptable et les exclusions prévues.

(15) Les systèmes d'IA présentant un risque élevé sont dénommés « systèmes d'IA à haut risque » dans la proposition de Règlement IA.

(16) Pour une liste complète des systèmes d'IA à haut risque, voy. art. 6 et annexe III de la proposition de Règlement IA.

(17) Le véhicule est en effet parmi les types de produits visés à la section B de l'annexe II de la proposition de Règlement IA. En ce sens, voy. cons. 29 de la proposition de Règlement IA (soulignant la nécessité que la réglementation sur les véhicules motorisés soit modifiée afin que les contraintes propres aux systèmes d'IA à haut risque, telles que visées par la proposition de Règlement IA, soient pleinement applicables aux composants de sécurité de ces véhicules lorsque basés sur l'IA) : « En ce qui concerne les systèmes d'IA à haut risque constituant des composants de sécurité de produits ou de systèmes, ou qui sont eux-mêmes des produits ou des systèmes entrant dans le champ d'application du [...], il convient de modifier ces actes pour veiller à ce que la Commission tienne compte, sur la base

- un risque faible : systèmes d'IA destinés à interagir avec des personnes physiques (par exemple, les *chatbots*), systèmes de reconnaissance des émotions ou de catégorisation biométrique et systèmes générant ou manipulant des contenus (également connus sous le nom de « *deep fakes* »)⁽¹⁸⁾ ;
- un risque minimal : systèmes d'IA ne relevant pas d'une des trois catégories énumérées ci-avant. Il peut, par exemple, s'agir de filtres anti-spams ou de jeux vidéo dont le fonctionnement repose sur l'IA.

15. – Les systèmes d'IA à usage général. Outre cette classification des systèmes d'IA basée sur le risque qu'ils posent, une distinction importante, qui ne ressort qu'implicitement de la proposition de Règlement IA, apparaît clairement dans l'Orientation générale du Conseil du 6 décembre 2022⁽¹⁹⁾, laquelle définit la position provisoire du Conseil à l'égard de la proposition de Règlement IA en vue des négociations avec le Parlement européen⁽²⁰⁾. Il s'agit de la distinction entre les systèmes d'IA à usage général (*general purpose AI systems*) et les systèmes d'IA ayant une destination spécifique (*intended purpose*), le terme « destination » devant être compris comme « l'utilisation

des spécificités techniques et réglementaires de chaque secteur, et sans interférer avec les mécanismes et les autorités de gouvernance, d'évaluation de la conformité et de contrôle de l'application déjà en place en vertu de ces règlements, des exigences obligatoires applicables aux systèmes d'IA à haut risque définis dans le présent règlement lors de l'adoption ultérieure d'actes délégués ou d'actes d'exécution pertinents sur la base de ces actes »). Cette qualification est confirmée par la définition de la notion de composant de sécurité, qui renvoie non seulement aux dispositifs qui contribuent à la sécurité d'un produit, mais également aux dispositifs dont le dysfonctionnement pourrait compromettre la sécurité du produit (« [...] un composant d'un produit ou d'un système qui remplit une fonction de sécurité pour ce produit ou ce système ou dont la défaillance ou le dysfonctionnement met en danger la santé et la sécurité des personnes ou des biens [art. 3(14) de la proposition de Règlement IA]. »). Dans le cas de la voiture, le dysfonctionnement du dispositif de conduite autonome est indiscutablement de nature à compromettre la sécurité des personnes par l'augmentation du risque d'accident. Enfin, le considérant 32 abonde également dans le sens d'une qualification à haut risque. En effet, il précise que pour les systèmes IA qui ne sont pas des composants de sécurité, ils doivent être classés comme IA à haut risque lorsqu'au regard de leur finalité d'utilisation, ils posent un risque de dommage à la santé et à la sécurité ou aux droits fondamentaux des personnes, en tenant compte de la gravité du dommage potentiel et de sa probabilité de réalisation, et s'ils sont utilisés dans un certain nombre de domaines spécifiques visés dans le Règlement (« [...] si, au vu de leur destination, ils présentent un risque élevé de causer un préjudice à la santé, à la sécurité ou aux droits fondamentaux des citoyens, en tenant compte à la fois de la gravité et de la probabilité du préjudice éventuel, et s'ils sont utilisés dans un certain nombre de domaines spécifiquement prédéfinis dans le règlement. La définition de ces systèmes est fondée sur la même méthode et les mêmes critères que ceux également envisagés pour les modifications ultérieures de la liste des systèmes d'IA à haut risque »). Le secteur des transports étant expressément visé par le Règlement, cela conforte la qualification en tant qu'IA à haut risque.

(18) Pour plus de détails, voy. art. 52 de la proposition de Règlement IA.

(19) Conseil de l'Union européenne, Proposition de règlement du Parlement européen et du Conseil établissant des règles harmonisées concernant l'intelligence artificielle (législation sur l'intelligence artificielle) et modifiant certains actes législatifs de l'Union – Orientation générale, 15698/22, 6 décembre 2022, disponible sur <https://data.consilium.europa.eu/doc/document/ST-14954-2022-INIT/fr/pdf> (ci-après, « Orientation générale du Conseil »).

(20) *Ibid.*, p. 1.

à laquelle un système d'IA est destiné par le fournisseur, y compris le contexte et les conditions spécifiques d'utilisation, telles que précisées dans les informations communiquées par le fournisseur dans la notice d'utilisation, les indications publicitaires ou de vente, ainsi que dans la documentation technique »⁽²¹⁾.

Le Conseil définit la notion de système d'IA à usage général comme « un système d'IA qui, indépendamment de la manière dont il est mis sur le marché ou mis en service, y compris sous la forme d'un logiciel libre, dont [*sic*] son fournisseur prévoit qu'il exécute des fonctions de portée générale telles que la reconnaissance d'images ou de la parole, la génération de contenus audio ou vidéo, la détection de modèles, le traitement de requêtes, la traduction, etc. ; un système d'IA à usage général peut être utilisé dans une pluralité de contextes et peut être intégré dans une pluralité d'autres systèmes d'IA »⁽²²⁾.

À l'instar du Conseil, le Parlement européen introduit la notion de « système d'IA à usage général » dans ses amendements à la proposition de Règlement IA votés le 14 juin 2023 en première lecture⁽²³⁾. Cette notion est définie par le Parlement comme « un système d'IA qui peut être utilisé et adapté à un large éventail d'applications pour lesquelles il n'a pas été intentionnellement et spécifiquement conçu »⁽²⁴⁾.

16. – Les modèles de fondation et les IA génératives. En plus de la notion de « système d'IA à usage général », le Parlement introduit deux nouvelles notions : celle de « modèle de fondation » (*foundation model*) et celle d'« IA générative » (*generative AI*). Un modèle de fondation est défini comme « un modèle d'IA qui est fondé sur une quantité de données à grande échelle et conçu pour produire des résultats généraux pouvant être adaptés à un large éventail de tâches spécifiques »⁽²⁵⁾. L'IA générative constitue quant à elle un « système d'IA spécifiquement destiné à générer, avec des niveaux d'autonomie variables, des contenus tels que des textes complexes, des images, du son ou des vidéos »⁽²⁶⁾.

(21) Art. 3(12) de la proposition de Règlement IA.

(22) Art. 3(1ter) de l'Orientation générale du Conseil.

(23) Parlement européen, Artificial Intelligence Act – Amendments adopted by the European Parliament on 14 June 2023 on the proposal for a regulation of the European Parliament and of the Council on laying down harmonised rules on artificial intelligence (Artificial Intelligence Act) and amending certain Union legislative acts (COM(2021)0206 – C9-0146/2021 – 2021/0106(COD)), P9_TA(2023)0236, 14 juin 2023, disponible sur https://www.europarl.europa.eu/doceo/document/TA-9-2023-0236_EN.html (ci-après « Amendements du Parlement »).

(24) Traduction libre de : art. 3, §1^{er}, (1d), des Amendements du Parlement.

(25) Traduction libre de : art. 3, §1^{er}, (1c), des Amendements du Parlement.

(26) Traduction libre de : art. 28 b, § 4, des Amendements du Parlement.

2) *Les principales exigences imposées par type de système d'IA*

16.1. – Exigences basées sur le risque. Les exigences imposées par la proposition de Règlement IA varient en fonction du type de système d'IA concerné. Plus le risque que présente le système d'IA est élevé, plus ces exigences sont strictes. Les Amendements du Parlement à la proposition de Règlement IA prévoient en outre l'application d'exigences spécifiques aux modèles de fondation et aux IA génératives.

a) *Les systèmes d'IA présentant un risque inacceptable*

17. – Interdiction des systèmes d'IA présentant un risque inacceptable. Les systèmes d'IA présentant un risque inacceptable sont purement et simplement interdits⁽²⁷⁾.

b) *Les systèmes d'IA à haut risque*

18. – Exigences à remplir par les systèmes d'IA à haut risque. Les systèmes d'IA à haut risque doivent satisfaire à un certain nombre d'exigences. Il s'agit principalement des exigences suivantes :

- être soumis à un système de gestion des risques tout au long du cycle de vie du système IA⁽²⁸⁾ ;
- être développés sur la base de jeux de données d'entraînement, de validation et de test qui répondent à différents critères de qualité⁽²⁹⁾ ;
- être accompagnés d'une documentation technique (dont le contenu est précisé à l'annexe IV de la proposition de Règlement IA)⁽³⁰⁾ ;
- être conçus et développés avec des capacités permettant l'enregistrement automatique des événements (« journalisation »)⁽³¹⁾ ;
- être conçus et développés afin que leur fonctionnement soit suffisamment transparent pour permettre aux utilisateurs d'interpréter les résultats qu'ils émettent et de les utiliser de manière appropriée (à cet effet, lesdits systèmes doivent notamment être accompagnés d'une notice d'utilisation)⁽³²⁾ ;
- être conçus et développés de manière à permettre un contrôle humain effectif durant la période où ils sont utilisés (y compris au moyen

(27) Art. 5 de la proposition de Règlement IA.

(28) Art. 9 de la proposition de Règlement IA.

(29) Art. 10 de la proposition de Règlement IA.

(30) Art. 11 de la proposition de Règlement IA.

(31) Art. 12 de la proposition de Règlement IA.

(32) Art. 13 de la proposition de Règlement IA.

- d'interfaces homme-machine appropriées), avec en particulier une possibilité de reprise en main de la machine (*human oversight*)⁽³³⁾ ;
- être conçus et développés de manière à atteindre un niveau approprié d'exactitude, de robustesse et de cybersécurité, et à fonctionner de manière cohérente à cet égard tout au long de leur cycle de vie⁽³⁴⁾ ;
 - être exploités en lien avec un système de surveillance des performances du système d'IA sur la base des données d'utilisation fournies par les utilisateurs (ou par d'autres moyens) tout au long du cycle de vie du système d'IA⁽³⁵⁾ ;
 - être accompagnés d'un mécanisme de notification des incidents sérieux survenus lors de l'utilisation du système d'IA à haut risque⁽³⁶⁾.

19. – Obligations imposées aux acteurs de la chaîne de valeur de l'IA. La proposition de Règlement IA impose diverses obligations aux acteurs intervenant dans la chaîne de valeur de l'IA, à savoir le fournisseur, l'utilisateur, le mandataire, l'importateur, le distributeur et le fabricant du produit.

20. – Exigences spécifiques applicables aux systèmes d'IA à usage général. Il convient de souligner que, dans son Orientation générale du 6 décembre 2022, le Conseil laisse entendre que les systèmes d'IA à usage général ne seraient pas systématiquement soumis à l'ensemble des exigences énoncées ci-avant.

La Commission serait en effet tenue d'adopter des actes d'exécution dans les dix-huit mois suivant l'entrée en vigueur du règlement sur l'IA pour déterminer quelles exigences – dont le contenu pourrait être adapté – seraient applicables aux systèmes d'IA à usage général susceptibles d'être utilisés comme systèmes d'IA à haut risque ou comme composants de systèmes d'IA à haut risque, et ce, compte tenu des caractéristiques de ceux-ci, des spécificités de la chaîne de valeur de l'IA, de la faisabilité technique et des évolutions du marché et des technologies⁽³⁷⁾.

En tout état de cause, le fournisseur d'un système d'IA à usage général susceptible d'être utilisé comme un système d'IA à haut risque ou

(33) Art. 14 de la proposition de Règlement IA.

(34) Art. 15 de la proposition de Règlement IA.

(35) Art. 61 de la proposition de Règlement IA.

(36) Art. 62 de la proposition de Règlement IA.

(37) Art. 4^{ter}, § 1^{er}, de l'Orientation générale du Conseil.

comme composant d'un système d'IA à haut risque se verrait imposer les obligations suivantes :

- indiquer certaines mentions (nom du fournisseur, marque ou nom commercial et adresse de contact) sur le système d'IA ou, si ce n'est pas possible, sur l'emballage dudit système ou dans la documentation technique ;
- soumettre le système d'IA, avant sa mise sur le marché ou sa mise en service, à une procédure d'évaluation de la conformité fondée sur le contrôle interne ;
- s'enregistrer et enregistrer le système d'IA dans la « base de données de l'UE pour les systèmes d'IA à haut risque énumérés à l'annexe III » ;
- prendre les mesures correctives nécessaires en cas de non-conformité du système d'IA ;
- apposer le marquage CE sur le système d'IA ;
- apporter la preuve de la conformité du système d'IA en cas de demande d'une autorité nationale compétente ;
- si le fournisseur est établi en dehors de l'Union, désigner un mandataire établi dans l'Union par mandat écrit ;
- établir une déclaration UE de conformité et tenir celle-ci à disposition des autorités nationales compétentes ;
- établir et documenter un système de surveillance après commercialisation du système d'IA ;
- tenir la documentation technique à disposition des autorités nationales compétentes ;
- coopérer avec les autres fournisseurs qui ont l'intention de mettre en service des systèmes d'IA à usage général ou de mettre lesdits systèmes sur le marché comme systèmes d'IA à haut risque ou composants de systèmes d'IA à haut risque et leur fournir les informations nécessaires en vue de leur permettre de se conformer aux obligations qui leur sont imposées (des actes d'exécution pourraient être adoptés par la Commission à cet égard)^{(38) (39)}.

(38) Cette obligation aurait vocation à s'appliquer à tous les fournisseurs de systèmes d'IA à usage général, et pas uniquement à ceux qui fournissent des systèmes d'IA susceptibles d'être utilisés comme systèmes d'IA à haut risque ou comme composants de systèmes d'IA à haut risque (voy. cons. 12^{quater} et art. 4^{ter}, § 5, de l'Orientation générale du Conseil).

(39) Art. 4^{ter}, §§ 2-5, de l'Orientation générale du Conseil.

Il convient toutefois de préciser que les obligations précitées, d'une part, et les exigences définies dans les actes d'exécution de la Commission, d'autre part, ne seraient pas applicables dans la mesure où « [...] le fournisseur a expressément exclu toutes les utilisations à haut risque dans la notice d'utilisation ou les informations accompagnant le système d'IA à usage général »⁽⁴⁰⁾, étant entendu que cette exclusion devrait alors être formulée de bonne foi et qu'elle ne serait « [...] pas réputée justifiée si le fournisseur a[vait] des raisons suffisantes de penser que le système [pouvait] être l'objet d'une mauvaise utilisation »⁽⁴¹⁾.

c) Les modèles de fondation et les IA génératives

20.1. – Exigences spécifiques applicables aux modèles de fondation et aux IA génératives. Dans les Amendements du Parlement à la proposition de Règlement IA, les modèles de fondation et les IA génératives font l'objet d'exigences spécifiques à respecter par le fournisseur.

Ainsi, le fournisseur d'un modèle de fondation est notamment tenu de « (a) démontrer, par une conception, des essais et une analyse appropriés, l'identification, la réduction et l'atténuation des risques raisonnablement prévisibles pour la santé, la sécurité, les droits fondamentaux, l'environnement, la démocratie et l'État de droit, avant et pendant le développement, au moyen de méthodes appropriées, telles que l'implication d'experts indépendants, ainsi que la documentation des risques non atténuables qui subsistent après le développement ; (b) traiter et incorporer uniquement des ensembles de données soumis à des mesures appropriées de gouvernance des données pour les modèles de fondation [...] ; (c) concevoir et développer le modèle de fondation en vue d'atteindre, tout au long de son cycle de vie, des niveaux appropriés de performance, de prévisibilité, d'interprétabilité, de correction, de sûreté et de cybersécurité [...] »⁽⁴²⁾.

Si le fournisseur utilise le modèle de fondation dans un système d'IA générative ou s'il spécialise le modèle de fondation en système d'IA générative, il sera tenu de respecter des exigences supplémentaires : (a) concevoir et développer le modèle de fondation de façon à informer les personnes physiques qu'elles interagissent avec un système d'IA ; (b) entraîner et, le cas échéant, concevoir et développer le modèle de

(40) Art. 4^{quater}, § 1^{er}, de l'Orientation générale du Conseil.

(41) Art. 4^{quater}, § 2, de l'Orientation générale du Conseil.

(42) Traduction libre de : art. 28 b, § 2, des Amendements du Parlement.

fondation de manière à assurer la mise en place de garanties adéquates contre la production de contenus illicites ; et (c) « sans préjudice de la législation nationale ou de l'Union en matière de droit d'auteur, documenter et mettre à la disposition du public un résumé suffisamment détaillé de l'utilisation des données d'entraînement protégées par la législation sur le droit d'auteur »⁽⁴³⁾.

d) *Les systèmes d'IA à faible risque*

21. – Obligations de transparence. La proposition de Règlement IA prévoit des obligations de transparence à l'égard des systèmes d'IA à faible risque.

Les systèmes d'IA destinés à interagir avec des personnes physiques doivent être « conçus et développés de manière que les personnes physiques soient informées qu'elles interagissent avec un système d'IA, sauf si cela ressort clairement des circonstances et du contexte d'utilisation »⁽⁴⁴⁾.

À l'égard des systèmes de reconnaissance des émotions ou de catégorisation biométrique, la proposition de Règlement IA impose à leurs utilisateurs d'informer les personnes physiques qui y sont exposées du fonctionnement desdits systèmes⁽⁴⁵⁾.

Enfin, les utilisateurs de systèmes d'IA générant ou manipulant des contenus présentant une ressemblance avec des personnes, des objets, des lieux ou d'autres entités ou événements existants et pouvant être perçus à tort comme authentiques ou véridiques doivent mentionner que lesdits contenus ont été générés ou manipulés artificiellement, sauf si l'utilisation desdits systèmes est nécessaire à l'exercice du droit à la liberté d'expression et du droit à la liberté des arts et des sciences et à condition que des garanties appropriées pour les droits et libertés des tiers soient alors mises en place⁽⁴⁶⁾.

22. – Exception. Il y a toutefois lieu de noter que ces obligations de transparence « ne s'applique[nt] pas aux systèmes d'IA dont la loi autorise l'utilisation à des fins de prévention et de détection des infractions pénales, d'enquêtes et de poursuites en la matière, sauf si ces systèmes sont mis à la disposition du public pour permettre le signalement d'une infraction pénale »⁽⁴⁷⁾.

(43) Traduction libre de : art. 28 b, § 4, des Amendements du Parlement.

(44) Art. 52, § 1^{er}, de la proposition de Règlement IA.

(45) Art. 52, § 2, de la proposition de Règlement IA.

(46) Art. 52, § 3, de la proposition de Règlement IA.

(47) Art. 52, §§ 1-3, de la proposition de Règlement IA.

e) *Les systèmes d'IA à risque minimal*

23. – Exclusion du champ d'application de la proposition.

Les systèmes d'IA présentant un risque minimal n'entrent pas dans le champ d'application de la proposition de Règlement IA, ce qui signifie qu'ils ne sont pas soumis aux exigences qu'elle impose.

3) *Les acteurs intervenant dans la chaîne de valeur de l'IA*

24. – Obligations imposées aux acteurs de la chaîne de valeur de l'IA. La proposition de Règlement IA identifie différents acteurs intervenant dans la chaîne de valeur de l'IA et impose à ceux-ci des obligations dont l'intensité varie selon le rôle qu'ils occupent⁽⁴⁸⁾.

25. – Identification des acteurs. Les acteurs identifiés sont les suivants :

- le fournisseur : « une personne physique ou morale, une autorité publique, une agence ou tout autre organisme qui développe ou fait développer un système d'IA en vue de le mettre sur le marché ou de le mettre en service sous son propre nom ou sa propre marque, à titre onéreux ou gratuit »⁽⁴⁹⁾ ;
- l'utilisateur : (dénommé « déployeur » dans les Amendements du Parlement) « toute personne physique ou morale, autorité publique, agence ou autre organisme utilisant sous sa propre autorité un système d'IA, sauf lorsque ce système est utilisé dans le cadre d'une activité personnelle à caractère non professionnel »⁽⁵⁰⁾ ;
- le mandataire : « toute personne physique ou morale établie dans l'Union ayant reçu mandat écrit d'un fournisseur de système d'IA pour s'acquitter en son nom des obligations et des procédures établies par le présent règlement »⁽⁵¹⁾ ;
- l'importateur : « toute personne physique ou morale établie dans l'Union qui met sur le marché ou met en service un système d'IA qui porte le nom ou la marque d'une personne physique ou morale établie en dehors de l'Union »⁽⁵²⁾ ;

(48) Ces obligations sont énumérées aux articles 16 et suivants de la proposition de Règlement IA.

(49) Art. 3(2) de la proposition de Règlement IA.

(50) Art. 3(4) de la proposition de Règlement IA.

(51) Art. 3(5) de la proposition de Règlement IA.

(52) Art. 3(6) de la proposition de Règlement IA.

- le distributeur : « toute personne physique ou morale faisant partie de la chaîne d’approvisionnement, autre que le fournisseur ou l’importateur, qui met un système d’IA à disposition sur le marché de l’Union sans altérer ses propriétés »⁽⁵³⁾ ; et
- le fabricant du produit, dont le rôle n’est pas expressément défini par la proposition de Règlement IA, mais auquel l’article 24 fait référence en ces termes : « [l]orsqu’un système d’IA à haut risque lié à des produits auxquels s’appliquent les actes juridiques énumérés à l’annexe II, section A, est mis sur le marché ou mis en service en même temps que le produit fabriqué conformément à ces actes juridiques et sous le nom du fabricant du produit, ce dernier assume la responsabilité de la conformité du système d’IA avec le présent règlement et est soumis, pour ce qui concerne le système d’IA, aux mêmes obligations que celles imposées au fournisseur par le présent règlement ».

26. – Références ultérieures aux concepts de la proposition. Par souci de clarté, si nous faisons référence à un concept propre à la proposition de Règlement IA dans le cadre du présent propos, nous prendrons le soin de le préciser en ajoutant une majuscule à la première lettre du concept utilisé (par exemple, « Système d’IA », « Fournisseur », « Utilisateur »).

II. – LES DIFFÉRENTS RÉGIMES DE RESPONSABILITÉS ÉTUDIÉS

27. – Introduction. La présente partie se décompose en trois points. Le premier traite des hypothèses de responsabilité extracontractuelle (A). Le deuxième s’intéresse à la responsabilité du fait des produits défectueux (B). La troisième aborde les régimes de responsabilité contractuelle (C).

A. – Responsabilité extracontractuelle⁽⁵⁴⁾

28. – Scénarios. Les scénarios évoqués à titre introductif permettent de mettre rapidement en lumière les situations où le droit de la responsabilité extracontractuelle pourrait être mobilisé.

⁽⁵³⁾ Art. 3(7) de la proposition de Règlement IA.

⁽⁵⁴⁾ La présente partie s’inspire très largement de la contribution publiée au GRERCA sous l’intitulé « Intelligence artificielle et responsabilité civile ».

La victime d'un dommage pourra en effet engager la responsabilité extracontractuelle d'un tiers responsable avec lequel elle n'a noué aucune relation contractuelle⁽⁵⁵⁾.

On songe :

- au client ou à un employé de l'entreprise utilisatrice de l'IdO, lequel objet a entraîné un dysfonctionnement des machines et causé un dommage ;
- au consommateur qui a suivi les conseils erronés de l'assistant virtuel, lesdits conseils ayant entraîné un dommage à un tiers ;
- au patient soigné maladroitement par un médecin qui a suivi les conseils erronés du système d'aide à la décision⁽⁵⁶⁾ ;
- au club de foot qui a été lésé par la mauvaise interprétation du VAR ;
- au piéton qui se fait renverser par un véhicule autonome.

29. – Plan. Les régimes de responsabilité extracontractuelle sont traités ci-après selon leur fondement. Dans un premier temps, nous mettons à l'épreuve les régimes de responsabilité fondés sur la faute (1).

Ensuite, nous examinerons la manière dont les nouvelles questions de responsabilité pourraient être appréhendées par les régimes de responsabilité objective (2). Nous renverrons principalement au point B consacré à la responsabilité du fait des produits défectueux, et ce, pour deux raisons. D'une part, le régime instauré par la loi du 25 février 1991 transcende la distinction entre la responsabilité contractuelle et la responsabilité extracontractuelle. Il nous a dès lors semblé plus opportun de le traiter dans une partie distincte. D'autre part, dans la mesure où le régime de responsabilité des produits défectueux semble le plus en adéquation avec les litiges éventuels liés à l'IA, il convenait de le traiter dans un volet séparé.

Enfin, l'utilité d'un régime fondé sur la solidarité sera interrogée (3).

Les questions seront traitées à l'aune non seulement des règles actuellement applicables, à savoir les articles 1382 et suivants de l'ancien Code civil, mais également du futur livre 6⁽⁵⁷⁾ du Code civil dont les textes ont été déposés au Parlement.

(55) Sous réserve des hypothèses d'actions contre un agent d'exécution, laquelle action en responsabilité extracontractuelle ne sera admise qu'aux conditions du concours de responsabilité.

(56) Notons que l'existence d'un contrat médical n'empêche pas d'agir en responsabilité extracontractuelle dès lors que les conditions du concours sont réunies vu l'existence en principe d'une infraction pénale (par ex. coups et blessures ou homicides involontaires).

(57) Proposition de loi portant le livre 6 « La responsabilité extracontractuelle » du Code civil, *Doc. parl.*, Ch. repr., sess. ord. 2022-2023, n° 55-3213/001.

1) *Régimes de responsabilité fondés sur la faute*a) *La responsabilité du fait personnel : les articles 1382 et 1383 de l'ancien Code civil*

30. – Aperçu. La victime d'un dommage qui souhaite être indemnisée de son préjudice doit rapporter, en droit de la responsabilité civile extracontractuelle belge, la preuve de la réunion de trois conditions : une faute (i), en lien causal (ii) avec un dommage (iii). La charge de la preuve incombe à la personne préjudiciée (b).

Nous examinerons ces trois conditions, *de lege lata* et *de lege ferenda*, au regard des problèmes que pourrait susciter l'intelligence artificielle. L'analyse prospective s'intéressera tant à la réforme belge qu'à la proposition récente de directive de la Commission européenne⁽⁵⁸⁾.

i. *La pierre angulaire du régime : la faute*

31. – Définition et composantes. La faute civile, en dépit de son caractère incontournable, n'est pas définie par l'ancien Code civil belge. La doctrine a pallié le silence du Code de multiples façons. En guise d'essai de synthèse, X. Thunis, dans son *Traité sur la faute*, propose de définir le concept comme « la violation, imputable à son auteur, d'une norme juridiquement obligatoire lui imposant d'agir de façon déterminée ou de se comporter comme une personne normalement diligente et prudente »⁽⁵⁹⁾.

On enseigne traditionnellement que la faute se compose d'un pôle objectif et d'un pôle subjectif⁽⁶⁰⁾. Le pôle objectif renvoie à la transgression d'une norme de conduite formulée (méconnaissance d'une règle juridique imposant d'agir ou de s'abstenir de manière déterminée) ou non formulée (transgression de la règle générale de prudence et de diligence). Le pôle subjectif, quant à lui, implique la violation libre et consciente de la norme (ou imputabilité de l'acte à la personne

(58) Cette proposition de directive a vocation à s'appliquer, comme le précise l'article 1^{er}, point 2, « aux actions civiles en réparation de dommages causés par une faute extracontractuelle, dans les cas où le dommage causé par un système d'IA survient après [la fin de la période de transposition] ».

(59) X. THUNIS, « Traité général sur la faute », *Responsabilités. Traité théorique et pratique*, titre II, liv. 20, 2017, p. 26.

(60) Voy. B. GOFFAUX, « Le point sur la faute extracontractuelle et ses éléments constitutifs », *Les grandes évolutions du droit des obligations*, Limal, Anthemis, 2019, pp. 7 et s.

fautive)⁽⁶¹⁾. Cet élément subjectif ou moral de la faute est source de confusion, car il recouvre deux réalités différentes⁽⁶²⁾. *Primo*, l'auteur de la faute doit être doté de discernement⁽⁶³⁾ (*schuldbekwaamheid*). Cette capacité de discernement se définit « comme l'aptitude d'une personne à apprécier les conséquences de ses actes »⁽⁶⁴⁾. Les cas envisagés sont les enfants en bas-âge, l'inconscience passagère ainsi que les déments et malades mentaux. On se penche sur la capacité de celui qui pose l'acte au regard de la personne ou de la personnalité de l'individu⁽⁶⁵⁾. *Secundo*, la capacité de discernement de l'auteur de la faute ne doit pas avoir été « annihilée au moment où le comportement litigieux a été commis (*toerekenbaarheid*) »⁽⁶⁶⁾. Se pose la question de savoir si l'acte peut être « imputé » subjectivement à l'individu comme issu de sa volonté libre et consciente »⁽⁶⁷⁾.

Une condition de prévisibilité du dommage⁽⁶⁸⁾ – quoique contestée par certains⁽⁶⁹⁾ – s'ajoute en outre à ces deux composantes. Cette condition est généralement limitée exclusivement à la norme de bon comportement⁽⁷⁰⁾ (71).

(61) B. DUBUISSON, « Faute, illégalité et erreur d'interprétation en droit de la responsabilité civile », note sous Cass., 26 juin 1998, *R.C.J.B.*, 2001, pp. 34 et s. ; B. DUBUISSON, V. CALLEWAERT, B. DE CONINCK et G. GATHEM, *La responsabilité civile. Chronique de jurisprudence 1996-2007*, vol. 1, *Le fait générateur et le lien causal*, coll. Dossiers du J.T., n° 74, Bruxelles, Larcier, 2009, pp. 22 et s. ; T. LÉONARD, « Pour une théorie de l'acte de concurrence illicite affranchie des articles 1382 et 1383 du Code civil », *R.D.C.*, 2010, pp. 573 et s. ; J.-L. FAGNART, « Vers la faute objective », note sous Cass., 9 février 2017, *R.C.J.B.*, 2018, pp. 43 et s.

(62) W. VAN GERVEN, *Verbintenissenrecht*, Louvain, Acco, 2015, pp. 374 et s.

(63) Voy., sur la capacité de discernement, X. DANDY, « Appréciation in abstracto de la faute civile extracontractuelle », *Ann. Dr. Louvain*, vol. 70, 2007, n° 2, pp. 123 et s.

(64) B. DUBUISSON, V. CALLEWAERT, B. DE CONINCK et G. GATHEM, *La responsabilité civile. Chronique de jurisprudence 1996-2007*, vol. 1, *Le fait générateur et le lien causal*, op. cit., p. 35.

(65) T. LÉONARD, « Faute extracontractuelle et juridictions commerciales : principes et plaider pour un retour à une vision unitaire de la faute », *R.D.C.*, 2013, p. 958.

(66) X. THUNIS, *Théorie générale de la faute*, vol. 3, *La faute comme acte imputable à son auteur*, in *Responsabilité, Traité théorique et pratique*, titre II, liv. 20ter, Bruxelles, Kluwer, 2011, p. 29.

(67) T. LÉONARD, « Faute extracontractuelle et juridictions commerciales : principes et plaider pour un retour à une vision unitaire de la faute », *R.D.C.*, 2013, p. 958.

(68) Cass., 5 mai 1971, *Pas.*, 1971, I, p. 802 ; Cass., 17 avril 1975, *Pas.*, 1975, I, p. 820 ; Cass., 13 juin 1978, *Pas.*, 1978, I, p. 1169.

(69) Voy., sur cette question, B. GOFFAUX, « Le point sur la faute extracontractuelle et ses éléments constitutifs », *Les grandes évolutions du droit des obligations*, Limal, Anthemis, 2019, pp. 32 et s.

(70) Voy. Cass., 5 mai 1971, *Pas.*, 1971, I, p. 802 ; Cass., 17 avril 1975, *Pas.*, 1975, I, p. 820 ; Cass., 13 juin 1978, *Pas.*, 1978, I, p. 1169. L. Cornelis décrit « la faute comme étant la méconnaissance d'une norme générale de prudence, imputable à la personne atraite en responsabilité, qui entraîne un dommage dont la survenance était prévisible » (L. CORNELIS, *Principes du droit belge de la responsabilité extracontractuelle*, vol. I, Bruxelles, Bruylant, 1991, p. 311).

(71) Voy., sur ces questions, T. LÉONARD, « Pour une théorie de l'acte de concurrence illicite affranchie des articles 1382 et 1383 du Code civil », *R.D.C.*, 2010, p. 574 ; B. GOFFAUX, « La conscience de l'illégalité de l'acte : acte préalable à une responsabilité civile », note sous Cass., 9 février 2017, *For. Ass.*, 2017, pp. 211-212.

32. – Évolution jurisprudentielle et projet de réforme⁽⁷²⁾. Le maintien de l'élément subjectif de la faute est de plus en plus contesté par une partie de la doctrine⁽⁷³⁾. L'arrêt de la Cour de cassation du 9 février 2017⁽⁷⁴⁾ a récemment ravivé les discussions⁽⁷⁵⁾. Même si l'attendu principal de l'arrêt laisse entrevoir un abandon de l'élément subjectif, il a donné lieu à des interprétations sensiblement divergentes⁽⁷⁶⁾.

Parallèlement à cette évolution jurisprudentielle, les auteurs du projet de réforme du droit de la responsabilité civile⁽⁷⁷⁾ ont entendu franchir un cap supplémentaire par rapport à l'arrêt de Cour de cassation du 9 février 2017 en laissant tomber l'élément moral de la faute⁽⁷⁸⁾. L'élément moral est jugé superflu dès lors qu'il est abordé par « d'autres moyens juridiques » : la faute est réduite à son élément

(72) Proposition de loi portant le livre 6 « La responsabilité extracontractuelle » du Code civil, *Doc. parl.*, Ch. repr., sess. ord. 2022-2023, n° 55-3213/001.

(73) Voy. J.-L. FAGNART, « Vers la faute objective », note sous Cass., 9 février 2017, *R.C.J.B.*, 2018, pp. 42-64 avec les références citées.

(74) Cass., 9 février 2017, *R.C.J.B.*, 2018, p. 211, note J.-L. FAGNART, *For. Ass.*, 2017, p. 37, note B. GOFFAUX.

(75) L'affaire soumise initialement au juge du fond concernait le placement d'un pylône de transport électrique sur le terrain d'autrui. La société en charge de l'implantation estimait n'avoir commis aucune faute dès lors que la violation de la norme légale ou réglementaire n'était pas libre et consciente. L'argumentation fut suivie par le tribunal de commerce statuant en degré d'appel. Dans son arrêt du 9 février 2017, la Cour casse toutefois le jugement du tribunal de commerce. Elle rappelle tout d'abord que « la transgression matérielle d'une disposition légale ou réglementaire constitue en soi une faute qui entraîne la responsabilité civile de son auteur, à condition que cette transgression soit commise librement et consciemment ». Elle ajoute cependant une précision qui a retenu l'attention des commentateurs : « il n'est pas nécessaire que l'auteur de la transgression ait conscience qu'il la commet ». La Cour conclut enfin que, dans la mesure où les juges n'ont pas examiné l'existence d'une erreur invincible ou d'une autre cause de justification, ils ne pouvaient légalement décider que la violation de la norme n'avait pas été libre et consciente, de sorte que l'élément moral nécessaire à la reconnaissance d'une faute faisait défaut.

(76) Voy. B. GOFFAUX, « La conscience de l'illégalité de l'acte : acte préalable à une responsabilité civile », note sous Cass., 9 février 2017, *For. Ass.*, 2017, p. 217, qui n'y voit qu'un rappel du caractère strict de l'appréciation de l'erreur invincible. L'arrêt aurait uniquement cette vocation : rappeler que la croyance légitime de la légalité de son action n'est pas un élément déterminant. Comp. avec J.-L. FAGNART, « Vers la faute objective », note sous Cass., 9 février 2017, *R.C.J.B.*, 2018, pp. 42-64, qui considère que l'arrêt marque une avancée significative vers la théorie de la faute objective.

(77) Avant-projet de loi portant insertion des dispositions relatives à la responsabilité extracontractuelle dans le nouveau Code civil rédigé par la Commission de réforme du droit de la responsabilité instituée par l'arrêté ministériel du 30 septembre 2017, version du 28 mars 2018 ; avant-projet de loi portant insertion des dispositions relatives à la responsabilité extracontractuelle dans le Code civil, version du 1^{er} septembre 2019, <https://justice.belgium.be/fr/bwcc> ; proposition de loi portant le livre 6 « La responsabilité extracontractuelle » du Code civil, *Doc. parl.*, Ch. repr., sess. ord. 2022-2023, n° 55-3213/001.

(78) Exposé des motifs de l'avant-projet de loi portant insertion des dispositions relatives à la responsabilité extracontractuelle dans le nouveau Code civil rédigé par la Commission de réforme du droit de la responsabilité instituée par l'arrêté ministériel du 30 septembre 2017, version du 22 août 2018, p. 45 ; avant-projet de loi portant insertion des dispositions relatives à la responsabilité extracontractuelle dans le Code civil, version du 1^{er} septembre 2019, <https://justice.belgium.be/fr/bwcc>, p. 55.

objectif ou matériel⁽⁷⁹⁾. Elle est définie, au projet d'article 6.7⁽⁸⁰⁾, comme « un manquement à une règle légale imposant un comportement déterminé ou à la règle générale de prudence qui doit être respectée dans les rapports sociaux ». L'exposé des motifs confirme que la faute résulte « soit de la violation d'un devoir légal[,] soit de la méconnaissance de la règle générale de prudence qui s'impose à tous dans les rapports sociaux »⁽⁸¹⁾. L'élément subjectif n'est cependant pas totalement abandonné. D'une part, plusieurs dispositions viennent régir le cas des personnes privées de discernement (art. 6.10 à 6.12). D'autre part, l'élément moral rejaillit au stade des causes d'exonération. L'agent fautif peut toujours échapper à sa responsabilité en démontrant l'existence d'une erreur invincible, d'un état de nécessité, d'un cas de légitime défense ou de l'ordre de la loi ou de l'autorité. Des critères d'appréciation, tributaires de la source de la violation, sont ensuite expressément mentionnés à l'article 6.7 du Code. Ils feront office d'outils destinés à faciliter le travail des juges. L'article 6.7, § 2, dispose en effet que « [l]a règle générale de prudence impose d'adopter un comportement conforme à celui qu'aurait adopté une personne prudente et raisonnable placée dans les mêmes circonstances. À cet effet, peuvent notamment être pris en considération : 1° les conséquences raisonnablement prévisibles du comportement ; 2° les frais et efforts nécessaires pour éviter le dommage ; 3° l'état des techniques et des connaissances scientifiques ; 4° les règles de l'art et les bonnes pratiques professionnelles ; 5° les principes de bonne administration et de bonne organisation ».

On observe par ailleurs le remplacement de l'expression « tout fait quelconque de l'homme » par celle de « toute personne qui » afin de ne pas porter atteinte à l'égalité des genres et de permettre l'application du texte aux personnes morales⁽⁸²⁾. Cette substitution n'énerv

(79) *Ibid.*, p. 45.

(80) Proposition de loi portant le livre 6 « La responsabilité extracontractuelle » du Code civil, *Doc. parl.*, Ch. repr., sess. ord. 2022-2023, n° 55-3213/001.

(81) Proposition de loi portant le livre 6 « La responsabilité extracontractuelle » du Code civil, *Doc. parl.*, Ch. repr., sess. ord. 2022-2023, n° 55-3213/001, p. 40.

Il est en outre précisé que « l'identification de ces deux sources est directement inspirée de la distinction classique effectuée par la Cour de cassation » (voy., entre autres, Cass., 22 septembre 1988, *Pas.*, 1989, I, p. 83 ; Cass. [3^e ch.], 25 novembre 2002, *Pas.*, 2002, 2230 ; Cass., 9 février 2017, R.G. n° C.13.0528.F, Cass., 9 février 2017, *For. Ass.*, 2017, pp. 211 et s., note B. GOFFAUX « La conscience de l'illégalité de l'acte : préalable à une responsabilité civile ? »).

(82) Proposition de loi portant le livre 6 « La responsabilité extracontractuelle » du Code civil, *Doc. parl.*, Ch. repr., sess. ord. 2022-2023, n° 55-3213/001, p. 39.

évidemment en rien la règle selon laquelle « la responsabilité ne peut être imputée qu'à une personne physique ou morale et non à une chose »⁽⁸³⁾.

33. – Le concept de faute à l'épreuve de l'intelligence artificielle. La prise de décision automatique qu'impliquent les systèmes d'IA heurte de plein fouet le libellé de l'article 1382 de l'ancien Code civil⁽⁸⁴⁾ qui traite du « fait de l'homme ».

Les difficultés se cristallisent d'emblée à l'endroit de la composante subjective de la faute. Par ailleurs, la faute, même perçue uniquement sous sa composante objective, doit pouvoir être rattachée à un individu⁽⁸⁵⁾.

Fort heureusement, on constate que les processus gérés par des systèmes d'IA qui sont à la source d'un dommage « ont presque toujours comme point de départ une personne qui développe, déploie ou perturbe un système »⁽⁸⁶⁾. L'on ne voit d'ailleurs pas encore d'hypothèse concrète dans laquelle une personne ne serait pas, d'une manière ou d'une autre, à l'initiative d'un système d'IA. Bien que des IA soient en mesure de programmer d'autres IA ou de se comporter de manière autonome, les humains demeurent à la base du déploiement.

Lorsque le préjudice est causé par un tiers identifiable, l'article 1382 de l'ancien Code civil offre une protection satisfaisante. Il suffit, par exemple, de penser au préjudice causé par un pirate informatique identifiable⁽⁸⁷⁾. De même, l'utilisation fautive d'un système d'IA qui cause un dommage à autrui engage également la responsabilité de l'utilisateur⁽⁸⁸⁾. Songeons à l'hypothèse de l'utilisateur qui n'a pas été suffisamment vigilant dans le cadre de l'utilisation d'un robot ou d'une machine

(83) Proposition de loi portant le livre 6 « La responsabilité extracontractuelle » du Code civil, *Doc. parl.*, Ch. repr., sess. ord. 2022-2023, n° 55-3213/001, p. 39.

(84) L'article 1382 de l'ancien Code civil dispose : « Tout fait quelconque de l'homme, qui cause à autrui un dommage, oblige celui par la faute duquel il est arrivé, à le réparer. »

(85) Voy., en ce sens, J.-B. HUBIN, « La responsabilité du fait des robots », *Responsabilités et numérique*, Limal, Anthemis, 2018, p. 263, qui affirme que « le concept de faute est indéfectiblement lié l'activité humaine ».

(86) Voy. Résolution du Parlement européen du 20 octobre 2020 contenant des recommandations à la Commission sur un régime de responsabilité civile pour l'intelligence artificielle (2020/2014[INL]). Voy. aussi H. DE PAGE qui, dans son *Traité de droit civil belge*, énonce que « le fait de la chose mue par l'homme au moment de la réalisation du dommage, actionnée par lui, et qui ne constitue par conséquent que le prolongement de lui-même, de son corps, et de son action (automobile, bâton, fusil, etc.) [...] » (t. III, 3^e éd., Bruxelles, Bruylant, 1964, p. 93, cité par J.-B. HUBIN, « La responsabilité du fait des robots », *Responsabilités et numérique*, *op. cit.*, p. 263).

(87) Voy. Résolution du Parlement européen du 20 octobre 2020 contenant des recommandations à la Commission sur un régime de responsabilité civile pour l'intelligence artificielle (2020/2014[INL]).

(88) Voy. H. JACQUEMIN et J.-B. HUBIN, « Aspects contractuels et de responsabilité civile en matière d'intelligence artificielle », *Intelligence artificielle et droit*, coll. CRIDS, n° 41, Bruxelles, Larcier, 2017, pp. 117-118.

intelligente sur laquelle il garde un pouvoir d'intervention ou encore au conducteur d'un véhicule autonome qui négligerait de respecter les instructions élémentaires. Sont également visés les utilisateurs de produits d'IA, qui, malgré les dangers et les risques dénoncés, décident d'avoir recours à un système d'IA totalement autonome⁽⁸⁹⁾.

En dehors de ces hypothèses, la détermination de l'acteur de la chaîne à l'origine directe du dommage et, plus fondamentalement, l'identification de la faute à l'origine du préjudice peuvent malheureusement s'avérer très complexes. Une des solutions proposées consisterait à tenir « pour responsables l'ensemble des personnes qui, tout au long de la chaîne de valeur, créent, entretiennent ou contrôlent le risque associé au système d'IA »⁽⁹⁰⁾.

Au niveau de l'élément objectif de la faute, la proposition de Règlement IA en ce qu'elle impose de nombreuses obligations aux différents acteurs de la chaîne (fabricants, distributeurs, importateurs, utilisateurs...) permettra également d'épingler un « acte ou une abstention qui, sous réserve d'une cause de justification, méconnaît une règle juridique – une norme de droit national ou une norme de droit international ayant des effets directs dans l'ordre juridique interne – imposant de s'abstenir ou d'agir de manière déterminée »⁽⁹¹⁾.

L'autre possibilité consiste, au regard des circonstances du cas d'espèce, à vérifier l'existence d'un manquement à la règle générale de prudence et de diligence. L'état des connaissances scientifiques, que l'on retrouve comme critère d'appréciation dans le projet de réforme, devra sans aucun doute être pris en considération. En présence de systèmes qui se fondent sur du « *machine learning* », et plus spécifiquement encore, du « *deep learning* »⁽⁹²⁾ – lequel exacerbe l'opacité de l'IA –, le recours à ce critère se révélera souvent favorable à l'auteur du fait dommageable. De même, le (non-)respect des normes de conformité, l'obligation de recourir ou non à l'IA, voire l'existence d'une atteinte à la confiance légitime d'autrui pourront jouer un rôle significatif.

(89) *Ibid.*, p. 117.

(90) Voy. la Résolution du Parlement européen du 20 octobre 2020 contenant des recommandations à la Commission sur un régime de responsabilité civile pour l'intelligence artificielle (2020/2014[INL]).

(91) F. GEORGE et R. JAFFERALI (coord.), *Manuel de droit de la responsabilité civile*, Limal, Anthemis, 2022, p. 85.

(92) Voy., sur ces termes, C. VILLANI, « Donner un sens à l'intelligence artificielle. Pour une stratégie nationale et européenne », Mission confiée par la Premier ministre, <https://www.vie-publique.fr/rapport/37225-donner-un-sens-lintelligence-artificielle-pour-une-strategie-nation> ; A. BENSSOUSSAN et J. BENSSOUSSAN, *IA, robots et droit*, Bruxelles, Bruylant, 2019, p. 89.

La preuve de la prévisibilité du dommage constituera également un obstacle à l'indemnisation des victimes. Le degré de sophistication et la complexité de l'IA peuvent, en effet, rendre le dommage imprévisible.

Dans son exposé des motifs, la proposition de directive sur la responsabilité en matière d'IA souligne d'ailleurs : « Compte tenu des caractéristiques spécifiques de l'IA, notamment la complexité, l'autonomie et l'opacité (l'effet dit de "boîte noire"), il peut être difficile ou excessivement coûteux pour les victimes d'identifier la personne responsable et d'apporter la preuve des conditions requises pour obtenir gain de cause. En particulier, dans le cadre d'une action en réparation, les victimes pourraient supporter des coûts initiaux très élevés et faire face à des procédures judiciaires beaucoup plus longues que dans le cas d'affaires ne concernant pas l'IA. De ce fait, les victimes peuvent être dissuadées de demander une indemnisation »⁽⁹³⁾.

Il est également fait état de ces difficultés probatoires dans le considérant 3 de la proposition de directive qui énonce encore que, « [t]outefois, lorsque l'IA s'interpose entre l'acte ou l'omission d'une personne et le dommage, les caractéristiques spécifiques de certains systèmes d'IA, telles que l'opacité, le comportement autonome et la complexité, peuvent rendre excessivement difficile, voire impossible, l'acquiescement de cette charge de la preuve par la personne lésée. En particulier, il peut être excessivement difficile de prouver qu'une donnée spécifique entrée par la personne potentiellement responsable a conduit le système d'IA à produire un résultat spécifique à l'origine du dommage en cause »⁽⁹⁴⁾.

Le considérant 17 ajoute encore que « [l]e grand nombre de personnes généralement impliquées dans la conception, le développement, le déploiement et l'exploitation de systèmes d'IA à haut risque fait qu'il est difficile, pour les personnes lésées, d'identifier la personne potentiellement responsable du dommage causé et de prouver que les conditions d'une action en réparation sont réunies »⁽⁹⁵⁾.

(93) Proposition de directive du Parlement européen et du Conseil relative à l'adaptation des règles en matière de responsabilité civile extracontractuelle au domaine de l'intelligence artificielle (directive sur la responsabilité en matière d'IA), Commission européenne, 28 septembre 2022 (2022/0303 [COD]), exposé des motifs, pp. 1-2.

(94) Proposition de directive du Parlement européen et du Conseil relative à l'adaptation des règles en matière de responsabilité civile extracontractuelle au domaine de l'intelligence artificielle (directive sur la responsabilité en matière d'IA), Commission européenne, 28 septembre 2022 (2022/0303 [COD]), p. 19.

(95) Proposition de directive du Parlement européen et du Conseil relative à l'adaptation des règles en matière de responsabilité civile extracontractuelle au domaine de l'intelligence artificielle (directive sur la responsabilité en matière d'IA), Commission européenne, 28 septembre 2022 (2022/0303 [COD]), p. 22.

ii. *Le dommage*

34. – Évolution de la notion. Le dommage se définit actuellement comme la lésion d'un intérêt stable et légitime⁽⁹⁶⁾ qui doit présenter un caractère personnel. Plus récemment, la Cour de cassation semble insister sur le fait qu'une telle lésion implique une comparaison entre la situation réelle dans laquelle la victime se trouve depuis que la faute (ou le fait générateur) s'est produite et la situation hypothétique dans laquelle la victime se serait trouvée si cette faute ne s'était pas produite⁽⁹⁷⁾.

Avec le projet de réforme⁽⁹⁸⁾, une vision « plus structurante et dynamique » du dommage est proposée. Elle dérive, selon les auteurs de la proposition de loi, non d'un bouleversement, mais d'une « volonté de clarification et de remise en ordre ». On distingue, d'une part, l'atteinte à un intérêt juridiquement protégé et, d'autre part, les répercussions de cette atteinte. L'atteinte vise notamment l'atteinte à l'intégrité physique, à la santé, à la vie, à un bien dont on est propriétaire, à un droit intellectuel ou à un droit de la personnalité, à une liberté... Le dommage vise, en revanche, conformément au projet d'article 6.25, § 1^{er}, « les répercussions économiques ou non économiques d'une atteinte à un intérêt juridiquement protégé ». Partant, l'existence d'une atteinte n'entraîne pas nécessairement avec elle de dommage⁽⁹⁹⁾. On notera que la preuve du lien de causalité sera double : elle concernera tant la causalité entre le fait générateur et l'atteinte que la causalité entre l'atteinte et le dommage.

35. – Application à l'intelligence artificielle. La preuve de l'existence d'un dommage ne présente pas de difficultés particulières en matière d'intelligence artificielle tant sous l'empire du système actuel que dans le cadre de la réforme. C'est davantage sur le terrain du lien de causalité et du fait dommageable que pourraient se nouer

(96) Voy. P. COLSON, « La définition du dommage comme lésion d'un intérêt stable et légitime ? », in R. ROBAYE (coord.), *Questions spéciales relatives à la réparation du dommage*, Limal, Anthemis, 2017, pp. 7-80. Voy. Cass., 16 janvier 1939, *Pas.*, 1939, I, p. 25 ; Cass., 15 février 1990, *J.T.*, 1990, p. 216, note.

(97) Cass., 14 novembre 2014, *R.D.S.*, 2014-2015, p. 186, note A. HUYGENS, *J.L.M.B.*, 2015, p. 264, note G. GENICOT ; Cass., 17 octobre 2016, *R.G.* n° C.11.0062.F., *R.G.A.R.*, 2017, n° 15388, *R.D.S.*, 2016-2017, p. 311, note G. GENICOT.

(98) Proposition de loi portant le livre 6 « La responsabilité extracontractuelle » du Code civil, *Doc. parl.*, Ch. repr., sess. ord. 2022-2023, n° 55-3213/001.

(99) Proposition de loi portant le livre 6 « La responsabilité extracontractuelle » du Code civil, *Doc. parl.*, Ch. repr., sess. ord. 2022-2023, n° 55-3213/001, p. 120, qui cite l'exemple suivant : je traverse le terrain d'autrui à son insu sans causer de dommage à sa propriété.

des discussions. L'origine du dommage peut en effet tantôt résulter d'une défaillance dans la programmation des algorithmes, tantôt dans le processus d'apprentissage lui-même, voire encore d'un usage inadéquat⁽¹⁰⁰⁾.

iii. *Le lien de causalité*

36. – Théorie applicable. La théorie de l'équivalence des conditions demeure la seule théorie de la causalité consacrée par notre Cour suprême⁽¹⁰¹⁾. Elle a toutefois montré ses limites. Même si elle offre à la victime la possibilité d'agir contre un plus grand nombre de responsables, une application à la lettre du test de la *conditio sine qua non*⁽¹⁰²⁾ peut aboutir à des solutions parfois injustes. Il n'est dès lors pas rare de voir certaines décisions s'en écarter en privilégiant d'autres théories sans nécessairement subir les foudres de la Cour de cassation⁽¹⁰³⁾. Ce constat est relayé par les auteurs du projet qui considèrent que « cette méthode de raisonnement n'apparaît plus comme le moyen unique permettant de déterminer l'existence de la relation causale »⁽¹⁰⁴⁾. Ils entendent dès lors y remédier sans se départir des acquis. Le projet d'article 6.19⁽¹⁰⁵⁾, alinéa 1^{er}, maintient l'exigence

(100) J.-B. HUBIN, « La responsabilité du fait des robots », *Responsabilités et numérique, op. cit.*, p. 259.

(101) Voy., entre autres, Cass., 8 décembre 1983, *Pas.*, 1984, I, p. 338 ; Cass., 2 juin 1987, *Dr. circ.*, 1987, p. 277 ; Cass., 12 janvier 2007, *Pas.*, 2007, p. 62 ; Cass., 11 octobre 1989, *R.G.A.R.*, 1992, n° 12007 ; Cass., 15 mai 1990, *Pas.*, 1990, I, p. 1054 ; Cass., 23 mai 1990, *Pas.*, 1990, I, p. 1079 ; Cass., 26 juin 1990, *Pas.*, 1990, I, p. 1126 ; Cass., 8 octobre 1992, *Pas.*, 1992, I, p. 1124 ; Cass., 15 novembre 2006, *Pas.*, 2006, p. 2336 ; Cass., 14 décembre 2006, *Pas.*, 2006, p. 2667.

(102) « Il y a un lien de causalité lorsque le dommage tel qu'il s'est produit *in concreto* ne serait pas survenu ou ne serait pas survenu de la même manière sans le fait générateur de responsabilité » (voy. Cass., 12 octobre 2005, *Pas.*, 2005, I, p. 442 ; Cass., 12 mai 2006, *J.T.*, 2006, p. 491 ; Cass., 3 janvier 2007, *Pas.*, 2007, p. 4, concl. J. GENICOT ; Cass., 4 février 2008, *Pas.*, 2008, p. 239, *R.W.*, 2009-2010, p. 1561, note B. WEYTS ; Cass., 21 septembre 2009, *Pas.*, 2009, p. 1952 ; Cass., 18 juin 2010, R.G. n° C.08.0211.F, *www.cass.be* ; Cass., 17 décembre 2009, *R.D.C.*, 2010, p. 278 ; Cass., 19 septembre 2011, *Pas.*, 2011, 1994 ; Cass., 9 novembre 2012, R.G. n° C.11.0563.N, *www.cass.be*, concl. G. DUBRULLE ; Cass., 14 novembre 2012, R.G. n° P.11.1611.F, *www.cass.be* ; Cass., 31 mai 2013, R.G. n° C.12.0399.N, *www.cass.be* ; Cass., 7 mars 2013, R.G. n° C.10.0741.F, *www.cass.be* ; Cass., 12 juin 2017, AR n° C.16.0428N/2 ; Cass., 8 janvier 2018, AR n° C.17.0075.F/1 ; Cass., 28 juin 2018, AR n° C.17.0696.N/1, cité dans l'exposé des motifs, 2019, p. 106).

(103) Cass., 14 juin 1996, *J.L.M.B.*, 1997, p. 280, note D. PHILIPPE.

(104) Proposition de loi portant le livre 6 « La responsabilité extracontractuelle » du Code civil, *Doc. parl.*, Ch. repr., sess. ord. 2022-2023, n° 55-3213/001, p. 9.

(105) « § 1^{er}. Un fait est la cause d'un dommage s'il est une condition nécessaire de ce dernier. Tel est le cas lorsque, sans ce fait, le dommage ne se serait pas produit tel qu'il s'est produit dans les circonstances concrètes présentes lors de l'événement dommageable. Si un fait générateur de responsabilité n'est pas une condition nécessaire du dommage pour la seule raison qu'un ou plusieurs autres faits, ensemble ou séparément, sont une condition suffisante de ce même dommage, il constitue néanmoins une cause de celui-ci. § 2. Toutefois, il n'y a pas de responsabilité si le lien entre le fait générateur de responsabilité et le dommage est à ce point distendu qu'il serait manifestement déraisonnable d'imputer ce dommage à la personne dont la responsabilité est invoquée. Dans cette

d'un lien de causalité et confirme le principe du test de la *conditio sine qua non*. La théorie de l'équivalence des conditions demeure la référence, tandis que la jurisprudence selon laquelle l'existence du lien de causalité peut être déduite de la constatation qu'une faute ou un autre fait générateur de responsabilité est la seule explication possible du dommage est entérinée.

Un premier mécanisme correctif⁽¹⁰⁶⁾ est toutefois apporté dans le second paragraphe. Lorsque le lien qui existe entre le fait générateur de responsabilité et le dommage est à ce point distendu que l'on ne peut de manière raisonnable conclure à la responsabilité, aucune responsabilité ne peut être retenue⁽¹⁰⁷⁾. Deux critères d'appréciation spécifiques complètent le régime échafaudé par les auteurs du projet. Il s'agit du « caractère imprévisible du dommage à la lumière des effets normaux du fait générateur de responsabilité » et de « la circonstance que ce fait n'a pas augmenté de manière significative le risque de la survenance du dommage, ou, en d'autres termes, lorsqu'il n'a pas contribué de manière significative à la survenance du dommage »⁽¹⁰⁸⁾. Le régime suggéré s'inspire des écrits de H. Bocken⁽¹⁰⁹⁾, M. Van Quickenborne⁽¹¹⁰⁾ ainsi que de W. Van Gerven et A. Van Oevelen⁽¹¹¹⁾. Les rédacteurs du projet prennent le soin de préciser, dans les travaux préparatoires, que, « [c]ontrairement à ce qui est d'application aux Pays-Bas et à ce qui est proposé par les Principes de droit européen de la responsabilité, le fondement de la responsabilité et la nature du dommage ne sont pas pris en considération dans l'appréciation du lien de causalité »⁽¹¹²⁾.

appréciation, il est tenu compte, en particulier, du caractère imprévisible du dommage au regard des conséquences normales du fait générateur de responsabilité et de la circonstance que ce fait n'a pas contribué de manière significative à la survenance du dommage. »

(106) Voy., pour une analyse de droit comparé des correctifs apportés à la théorie de l'équivalence des conditions, exposé des motifs de l'avant-projet de loi portant insertion des dispositions relatives à la responsabilité extracontractuelle dans le nouveau Code civil rédigé par la Commission de réforme du droit de la responsabilité instituée par l'arrêté ministériel du 30 septembre 2017, version du 22 août 2018, pp. 97 et s. Les critères et facteurs utilisés dans le DCFR et les PETL sont notamment détaillés.

(107) Proposition de loi portant le livre 6 « La responsabilité extracontractuelle » du Code civil, *Doc. parl.*, Ch. repr., sess. ord. 2022-2023, n° 55-3213/001, p. 82.

(108) *Ibid.*, p. 100.

(109) H. BOCKEN, « Toerekening van de aansprakelijkheid op grond van de equivalentieeler », in B. TILLEMANS et I. CLAEYS (eds), *Buitencontractuele aansprakelijkheid in Recht en onderneming*, Bruges, die Keure, 2004, p. 245.

(110) M. VAN QUICKENBORNE, « Oorzakelijk verband tussen onrechtmatige daad en schade », in *Recht en Praktijk*, n° 47, Malines, Kluwer, 2007, p. 27.

(111) W. VAN GERVEN et A. VAN OEVELEN, *Verbintenissenrecht*, Louvain, Acco, 2015, p. 449.

(112) Proposition de loi portant le livre 6 « La responsabilité extracontractuelle » du Code civil, *Doc. parl.*, Ch. repr., sess. ord. 2022-2023, n° 55-3213/001, p. 94.

Un second tempérament – même si certains y voient plutôt un prolongement de la théorie de l'équivalence des conditions qu'une théorie à part entière⁽¹¹³⁾ – ressort de l'exposé des motifs qui avalise le recours à la théorie de l'alternative légitime⁽¹¹⁴⁾.

37. – Le lien de causalité analysé à l'aune de l'intelligence artificielle. Appliquée à l'intelligence artificielle, la théorie de l'équivalence des conditions ouvre la voie à une indemnisation très large des victimes. Le premier correctif qu'apporte le projet de réforme pourrait cependant venir restreindre les droits de ces dernières. L'utilisateur fautif de l'IA n'hésitera en effet pas à se retrancher derrière le caractère imprévisible du dommage à la lumière des effets normaux du fait générateur de responsabilité pour contester sa responsabilité et démontrer le caractère distendu du lien de causalité.

L'appréciation du lien de causalité sera d'autant plus malaisée que les interlocuteurs potentiels sont nombreux. En amont de l'utilisateur, le système d'IA est souvent développé par plusieurs sociétés, ou en assemblant différents éléments de code. Par ailleurs, ce système doit également s'entraîner sur différents ensembles de données, parfois fournis par des entreprises spécialisées. Enfin, le système IA est amené à « tourner » sur une infrastructure informatique qui est parfois gérée par une société tierce.

Les hypothèses de responsabilité proportionnelle en cas de perte de chance et de causalité alternative prévues dans les projets d'articles 6.23 et 6.24 pourraient également être mobilisées avec succès. Le premier article dispose que, « [l]orsqu'il n'est pas prouvé que la faute commise par la personne dont la responsabilité est invoquée est la cause du dommage, mais qu'il existe néanmoins une chance réelle que le dommage ne se serait pas produit si cette personne s'était comportée de manière licite, la personne lésée a droit à une réparation partielle du dommage en proportion de la probabilité que cette faute ait causé le dommage ». Quant au second article, il prévoit que, « [s]i plusieurs faits

(113) On note en effet que la théorie de l'alternative légitime n'est pas présentée par la Commission comme un tempérament à la théorie de l'équivalence des conditions, mais plutôt comme le prolongement de celle-ci.

(114) Voy., sur cette théorie, R. JAFFERALI, « L'alternative légitime dans l'appréciation du lien causal, corps étranger en droit de la responsabilité ? », in F. GLANSDORFF (dir.), *Droit de la responsabilité. Questions choisies*, coll. CUP, vol. 157, Bruxelles, Larcier, 2015, pp. 97-164 ; B. DUBUISSON, « L'arrêt de la Cour de cassation du 14 novembre 2014 sur la vie préjudiciable. L'être ou le néant : l'alternative illégitime », *J.T.*, 2015, pp. 209-219 ; B. DUBUISSON, « Les mystères de l'alternative légitime », in *Liber amicorum Paul Alain Foriers – Entre tradition et pragmatisme*, Bruxelles, Larcier, 2021, pp. 343-368.

de même nature dont sont responsables des personnes différentes ont exposé la personne lésée au risque de survenance du dommage qui s'est effectivement produit, sans qu'il soit possible de démontrer lequel de ces faits a causé le dommage, chacune de ces personnes est responsable en proportion de la probabilité que le fait dont elle répond ait causé le dommage. Celle qui prouve que le fait dont elle répond n'est pas une cause du dommage n'est toutefois pas responsable ».

b) La preuve des trois conditions de la responsabilité civile

i. De lege lata : le nouveau livre 8 du Code civil

38. – La charge de la preuve. Conformément aux articles 870 du Code judiciaire et 8.4 du Code civil⁽¹¹⁵⁾, il incombe à la personne préjudiciée qui entend mettre en cause la responsabilité d'un tiers de prouver les faits qu'elle allègue et notamment la réunion des conditions d'application du régime de responsabilité. C'est donc la personne préjudiciée qui supporte le fardeau de la preuve de la faute, du lien causal et du dommage.

Les parties ont cependant l'obligation de collaborer à la bonne administration de la preuve (art. 8.4, al. 2). Ce devoir de collaboration s'applique même en l'absence d'injonction du juge⁽¹¹⁶⁾. Il s'agit d'un véritable devoir de « coopération à la manifestation de la vérité » qui prend place avant que n'opère la charge de la preuve⁽¹¹⁷⁾.

Même s'il a vocation à s'appliquer de manière plus large, l'article 8.4, alinéa 5, permet de sanctionner un manquement fautif à cette obligation de collaborer. Il introduit en effet une « soupape de sécurité dans l'application des règles relatives à la charge de la preuve »⁽¹¹⁸⁾.

(115) L'article 8.4, alinéas 1^{er} et 2, réaffirme – tout en toilettant sa formulation – la règle inscrite actuellement aux articles 1315 de l'ancien Code civil et 870 du Code judiciaire. Ainsi, « [c]elui qui veut faire valoir une prétention en justice doit prouver les actes juridiques ou faits qui la fondent », tandis que « [c]elui qui se prétend libéré doit prouver les actes juridiques ou faits qui soutiennent sa prétention ».

(116) Voy., sur les courants existant en droit belge, W. VANDENBUSSCHE, « “Je t'aime..., moi non plus”. Over de loyale medewerking aan de bewijsvoering in het buitencontractueel aansprakelijkheidsrecht », in T. VANSWEEVELT et B. WEYTS (eds), *Actuele ontwikkelingen in het aansprakelijkheidsrecht en verzekeringsrecht*, Anvers, Intersentia, 2015, pp. 91 et s.

(117) G. DE LEVAL, « Les techniques d'approche de la vérité judiciaire en matière civile », in G. DE LEVAL, *La preuve et la difficile quête de vérité judiciaire*, coll. CUP, vol. 126, Liège, Anthemis, 2011, pp. 32-33.

(118) Projet de loi portant insertion du livre 8 « La preuve » dans le nouveau Code civil, *Doc. parl.*, Ch. repr., sess. ord. 2018-2019, n° 3349/001, p. 14.

Aux termes de cet alinéa, « [l]e juge peut déterminer, par un jugement spécialement motivé, dans des circonstances exceptionnelles, qui supporte la charge de prouver lorsque l'application des règles énoncées aux alinéas précédents serait manifestement déraisonnable. Le juge ne peut faire usage de cette faculté que s'il a ordonné toutes les mesures d'instruction utiles et a veillé à ce que les parties collaborent à l'administration de la preuve, sans pour autant obtenir de preuve suffisante ».

Afin d'éviter les dérives que pourrait entraîner cette disposition, les pouvoirs du juge sont clairement balisés. Tout d'abord, le juge ne pourra en faire usage qu'en motivant spécialement son jugement. Il devra expliquer clairement les raisons pour lesquelles il s'écarte des règles légales⁽¹¹⁹⁾. Ensuite, seule l'existence de circonstances exceptionnelles justifie le recours à l'article 8.4, alinéa 5. Comme le précisent les travaux préparatoires, « la simple impossibilité matérielle de rapporter la preuve n'est pas automatiquement un motif pour renverser la charge de la preuve »⁽¹²⁰⁾. En outre, la répartition libre de la charge de la preuve n'est de mise que lorsque l'application des principes généraux serait manifestement déraisonnable. L'application de cette faculté doit être limitée « par la considération du but pratique qui l'a fait édicter »⁽¹²¹⁾. Enfin, il est prévu expressément que « [l]e juge ne peut faire usage de cette faculté que s'il a ordonné toutes les mesures d'instruction utiles et a veillé à ce que les parties collaborent à l'administration de la preuve, sans pour autant obtenir de preuve suffisante ». Cette dernière limite, qui apparaissait uniquement dans les travaux préparatoires de la première mouture du projet, figure désormais, en réponse aux remarques formulées par le Conseil d'État⁽¹²²⁾, dans le texte de loi⁽¹²³⁾. Elle revêt un intérêt tout particulier, en ce qu'elle fait de la mesure une disposition subsidiaire, qui ne peut être utilisée qu'en dernier recours. Comme

(119) Projet de loi portant insertion du livre 8 « La preuve » dans le nouveau Code civil, *Doc. parl.*, Ch. repr., sess. ord. 2018-2019, n° 3349/001, p. 15.

(120) Projet de loi portant insertion du livre 8 « La preuve » dans le nouveau Code civil, *Doc. parl.*, Ch. repr., sess. ord. 2018-2019, n° 54-3349/001, p. 14.

(121) Voy. V. RONNEAU, « La charge de la preuve : dix ans d'évolution (2009-2019) et une réforme », in F. GEORGE, B. HAVET et A. PÜTZ (coord.), *Les grandes évolutions du droit des obligations*, Limal, Anthemis, 2019, p. 241, qui cite P. VANDER EYCKEN, *Méthode positive de l'interprétation juridique*, Bruxelles, Librairie Falk Fils, 1907, p. 196.

(122) Avis n° 63.445/2 du 27 juin 2018 de la section de législation du Conseil d'État sur un avant-projet de loi portant insertion du livre 8 « La preuve » dans le nouveau Code civil, <http://www.raadvst-consetat.be>, p. 8/42.

(123) F. GEORGE et J.-B. HUBIN, « La réforme du droit de la preuve », in F. GEORGE, B. HAVET et A. PÜTZ (coord.), *Les grandes évolutions du droit des obligations*, Limal, Anthemis, 2019, p. 186, et V. RONNEAU, « La charge de la preuve : dix ans d'évolution (2009-2019) et une réforme », in F. GEORGE, B. HAVET et A. PÜTZ (coord.), *Les grandes évolutions du droit des obligations*, op. cit., pp. 241 et s.

le précisent les travaux préparatoires, « il n'y a pas lieu à renverser la charge de la preuve lorsque l'élément de preuve décisif se trouve entre les mains de la partie adverse et que celle-ci est en mesure de le produire devant le tribunal, parce que dans ce cas, la collaboration à l'administration de la preuve ou une mesure d'instruction peut offrir une solution »⁽¹²⁴⁾. Ces critères sont cumulatifs.

39. – L'objet de la preuve et le principe de la preuve libre. L'objet de la preuve ne porte que sur les faits et actes qui sont contestés. L'article 8.3, alinéa 1^{er}, le confirme en ces termes : « Hormis les cas où la loi en dispose autrement, les faits ou actes juridiques doivent être prouvés lorsqu'ils sont allégués et contestés. »

En termes d'admissibilité de la preuve, on notera que, lorsque la preuve porte sur des faits matériels et juridiques, on applique le système de la preuve libre (art. 8.8).

40. – Le degré de preuve. La preuve doit être rapportée de manière certaine, sachant qu'il s'agit d'une certitude judiciaire et non absolue (art. 8.5). Une exception est prévue pour la preuve des faits négatifs ou de faits positifs d'une nature telle qu'il serait impossible déraisonnable d'exiger une preuve certaine (art. 8.6). Le degré de preuve exigé est allégé dès lors que, dans ces deux hypothèses, une preuve par vraisemblance suffit.

La distinction entre le principe – une certitude judiciaire qui renvoie à un haut degré de vraisemblance – et l'exception – une preuve par vraisemblance – pouvait toutefois apparaître sibylline. En réponse aux remarques formulées par le Conseil d'État⁽¹²⁵⁾, le législateur prend le soin d'apporter les éclairages suivants. Pour la preuve par vraisemblance, « [s]i on devait parler en pourcentage de certitude, on pourrait mentionner 75 %, c'est-à-dire qu'il existe des éléments sérieux dans le dossier qui accréditent les allégations et que les alternatives, bien que pas complètement impossibles, n'apparaissent pas vraisemblables »⁽¹²⁶⁾. Entre le concept de prépondérance de la preuve applicable en *common law* qui renvoie à un pourcentage de 51 % et

(124) Projet de loi portant insertion du livre 8 « La preuve » dans le nouveau Code civil, *Doc. parl.*, Ch. repr., sess. ord. 2018-2019, n° 54-3349/001, p. 14.

(125) Avis n° 63.445/2 du 27 juin 2018 de la section de législation du Conseil d'État sur un avant-projet de loi « portant insertion du livre 8 “La preuve” dans le nouveau Code civil », <http://www.raadvst-consetat.be>, pp. 8-9. On notera que l'intitulé de l'article a été revu.

(126) Projet de loi portant insertion du livre 8 « La preuve » dans le nouveau Code civil, *Doc. parl.*, Ch. repr., sess. ord. 2018-2019, n° 54-3349/001, p. 17.

le modèle germanique plus exigeant, c'est le second qui semble avoir retenu la préférence du législateur⁽¹²⁷⁾.

Ce pourcentage n'est pas sans rappeler les principes et pourcentages octroyés dans le cadre de la théorie de la perte d'une chance qui devrait être remplacée par la responsabilité proportionnelle. On peut en effet s'interroger sur l'articulation de ces deux mécanismes : responsabilité proportionnelle, d'une part, et preuve par vraisemblance, d'autre part. Cette question revêt un intérêt non négligeable. Tandis que la preuve par vraisemblance laisse intact le principe de la réparation intégrale, la responsabilité proportionnelle n'aboutit qu'à une indemnisation partielle du dommage réellement subi. La question demeure toujours ouverte⁽¹²⁸⁾.

41. – Application à l'intelligence artificielle. Comme nous l'avons indiqué, la complexité et l'opacité afférentes aux systèmes d'intelligence artificielle peuvent rendre excessivement difficile et coûteuse, dans le chef des victimes, la preuve de la réunion des conditions d'application de la responsabilité civile.

L'insertion d'un régime exceptionnel de « preuve par vraisemblance » pourrait permettre de solutionner, partiellement à tout le moins, les difficultés probatoires. La consécration de l'obligation – qui existait en tant que principe général de droit⁽¹²⁹⁾ – pour les parties de collaborer à la bonne administration de la preuve constitue un palliatif. Ces deux mécanismes ne pourront toutefois répondre de manière tout à fait satisfaisante à l'ensemble des problèmes rencontrés.

Quant au renversement de la charge de la preuve, la sévérité de ses conditions d'application laisse présager une utilisation réduite à peau de chagrin.

Le législateur européen a toutefois souhaité rééquilibrer la situation en mobilisant, en faveur des victimes, le droit de la preuve (voy. *infra*, sur la proposition de directive).

(127) M. SCHWEIZER, « The civil standard of proof – What is it, actually? », Max Planck Institute for Research on Collective Goods, 2013, http://homepage.coll.mpg.de/pdf_dat/2013_12online.pdf.

(128) C. JOISTEN, « L'incidence des nouveaux mécanismes probatoires sur le lien causal en matière de responsabilité extracontractuelle », *R.G.D.C.*, 2020, pp. 490-504.

(129) Voy. entre autres Cass., 25 septembre 2000, *Arr. Cass.*, 2000, p. 1424 ; Cass., 10 décembre 204, *Pas.*, 2004, p. 1962 ; Cass., 18 janvier 2007, *Res. jur. imm.*, 2007, p. 27.

ii. De lege ferenda : *la proposition de directive*

42. – Approche adoptée. La commission, dans sa proposition de directive sur la responsabilité en matière d'IA, suggère une approche par étapes.

La première étape consiste à adopter des mesures relatives à la charge de la preuve (responsabilité objective, renversement de la charge de la preuve ou allègement de la charge de la preuve sous la forme de présomptions irréfragables ou réfragables)⁽¹³⁰⁾.

Plus exactement, le législateur entend alléger « la charge de la preuve de manière très ciblée et proportionnée en recourant à la divulgation et aux présomptions réfragables ».

La directive prévoit, d'une part, « pour les personnes demandant réparation des dommages, la possibilité d'obtenir que les informations sur les systèmes d'IA à haut risque soient enregistrées/documentées conformément à la législation sur l'IA »⁽¹³¹⁾. D'autre part, « grâce aux présomptions réfragables, la charge de la preuve incombant aux personnes souhaitant introduire une demande en réparation pour des dommages causés par des systèmes d'IA sera plus raisonnable et la procédure aura une chance d'aboutir si l'action en responsabilité est justifiée »⁽¹³²⁾.

Ces deux volets sont repris à l'article 1^{er}, point 1, de la proposition rédigée en ce sens :

« La présente directive établit des règles communes concernant :

(a) la divulgation d'éléments de preuve sur les systèmes d'intelligence artificielle (IA) à haut risque afin de permettre à un demandeur d'étayer une action civile en réparation de dommages causés par une faute extracontractuelle ;

(b) la charge de la preuve en cas d'actions civiles fondées sur une faute extracontractuelle introduites devant les juridictions nationales pour des dommages causés par un système d'IA. »

(130) Proposition de directive du Parlement européen et du Conseil relative à l'adaptation des règles en matière de responsabilité civile extracontractuelle au domaine de l'intelligence artificielle (directive sur la responsabilité en matière d'IA), Commission européenne, 28 septembre 2022 (2022/0303 [COD]), p. 7, note 23.

(131) Proposition de directive du Parlement européen et du Conseil relative à l'adaptation des règles en matière de responsabilité civile extracontractuelle au domaine de l'intelligence artificielle (directive sur la responsabilité en matière d'IA), Commission européenne, 28 septembre 2022 (2022/0303 [COD]), p. 13.

(132) Proposition de directive du Parlement européen et du Conseil relative à l'adaptation des règles en matière de responsabilité civile extracontractuelle au domaine de l'intelligence artificielle (directive sur la responsabilité en matière d'IA), Commission européenne, 28 septembre 2022 (2022/0303 [COD]), p. 13.

Dans une seconde phase, l'opportunité d'harmoniser d'autres éléments des demandes d'indemnisation ou d'autres outils afférents aux actions en responsabilité sera réévaluée⁽¹³³⁾.

43. – La divulgation des éléments de preuve : disposition légale en projet. L'article 3, intitulé « Divulgation d'éléments de preuve et présomption réfragable de non-respect », de la proposition dispose :

« 1. Les États membres veillent à ce que les juridictions nationales soient habilitées, soit à la demande d'un demandeur potentiel qui a précédemment demandé à un fournisseur, à une personne soumise aux obligations incombant au fournisseur en vertu de [l'article 24 ou de l'article 28, paragraphe 1, de la législation sur l'IA] ou à un utilisateur de divulguer les éléments de preuve pertinents qu'il détient concernant un système d'IA à haut risque spécifique soupçonné d'avoir causé un dommage, mais dont la demande a été refusée, soit à la demande d'un demandeur, à ordonner la divulgation de ces éléments de preuve par ces personnes. À l'appui de cette demande, le demandeur potentiel doit présenter des faits et des éléments de preuve suffisants pour étayer la plausibilité d'une action en réparation.

2. Dans le cadre d'une action en réparation, la juridiction nationale n'ordonne la divulgation des éléments de preuve par l'une des personnes visées au paragraphe 1 que si le demandeur a mis en œuvre tous les moyens proportionnés pour collecter les éléments de preuve pertinents auprès du défendeur.

3. Les États membres veillent à ce que les juridictions nationales, à la demande d'un demandeur, soient habilitées à ordonner des mesures spécifiques pour conserver les éléments de preuve visés au paragraphe 1.

4. Les juridictions nationales limitent la divulgation d'éléments de preuve à ce qui est nécessaire et proportionné pour étayer une action ou une action potentielle en réparation, et la conservation de ces éléments de preuve à ce qui est nécessaire et proportionné pour étayer une telle action en réparation. Afin de déterminer si une injonction de divulgation ou de conservation d'éléments de preuve est proportionnée, les juridictions nationales tiennent compte des intérêts légitimes de toutes les parties, y compris des tiers concernés, notamment pour ce qui est de la protection des secrets d'affaires au sens de l'article 2, paragraphe 1, de la directive (UE) 2016/943 et des informations confidentielles, telles que les informations liées à la sécurité publique ou nationale. Les États membres veillent à ce que, lorsque la divulgation d'un secret d'affaires ou d'un secret d'affaires allégué que la juridiction a qualifié de confidentiel au sens de l'article 9, paragraphe 1, de la directive (UE) 2016/943 est ordonnée, les juridictions nationales soient habilitées, à la demande dûment motivée d'une partie ou de leur propre initiative, à prendre les mesures spécifiques nécessaires pour préserver la confidentialité lorsque ces éléments de preuve sont utilisés ou mentionnés au cours d'une procédure judiciaire. Les États membres veillent également à ce que la personne ayant reçu l'injonction de divulguer ou de conserver les éléments de preuve visés aux paragraphes 1 ou 2 dispose de voies de recours procédurales appropriées en réponse à cette injonction.

(133) *Ibid.*

5. Lorsqu'un défendeur ne se conforme pas à une injonction de divulguer ou de conserver des éléments de preuve qu'il détient, prononcée en vertu des paragraphes 1 ou 2 par une juridiction nationale dans le cadre d'une action en réparation, la juridiction nationale présume le non-respect, par le défendeur, d'un devoir de vigilance pertinent, en particulier dans les circonstances visées à l'article 4, paragraphes 2 ou 3, que les éléments de preuve demandés étaient destinés à prouver aux fins de l'action en réparation concernée. Le défendeur a le droit de renverser cette présomption. »

44. – La divulgation des éléments de preuve : objectif, détermination du créancier et du débiteur de l'obligation, portée, sanction. L'objectif poursuivi par la disposition précitée consiste à « permettre aux personnes lésées de vérifier le bien-fondé d'une action en réparation »⁽¹³⁴⁾. À cette fin, « il convient d'octroyer aux demandeurs potentiels le droit de demander à une juridiction d'ordonner la divulgation des éléments de preuve pertinents avant l'introduction d'une telle action en réparation »⁽¹³⁵⁾. « Dans le même temps, ces moyens permettent d'exclure les défendeurs potentiels identifiés à tort, ce qui constitue un gain de temps et une économie de coûts pour les parties concernées et contribue à réduire l'engorgement des tribunaux »⁽¹³⁶⁾.

La mesure est réservée « aux personnes qui introduisent une action en réparation pour des dommages causés par des systèmes d'IA à haut risque »⁽¹³⁷⁾.

La demande est dirigée contre la personne soumise à l'obligation au titre de la législation sur l'IA, laquelle a accès aux éléments de preuve. Cependant, « le demandeur ne peut demander la divulgation de preuves par un fournisseur ou un utilisateur qui n'agit pas en qualité de défendeur que si toutes les tentatives proportionnées pour recueillir des éléments [de] preuves auprès du défendeur ont échoué »⁽¹³⁸⁾.

Cette divulgation ne sera en principe ordonnée que « lorsque le demandeur potentiel présente des faits et des informations suffisants pour étayer la plausibilité d'une demande en réparation et qu'il

(134) Voy. cons. 17.

(135) Voy. cons. 17.

(136) Proposition de directive du Parlement européen et du Conseil relative à l'adaptation des règles en matière de responsabilité civile extracontractuelle au domaine de l'intelligence artificielle (directive sur la responsabilité en matière d'IA), Commission européenne, 28 septembre 2022 (2022/0303 [COD]), pp. 14-15.

(137) Proposition de directive du Parlement européen et du Conseil relative à l'adaptation des règles en matière de responsabilité civile extracontractuelle au domaine de l'intelligence artificielle (directive sur la responsabilité en matière d'IA), Commission européenne, 28 septembre 2022 (2022/0303 [COD]), p. 14.

(138) Art. 3, § 2.

a préalablement adressé au fournisseur, à la personne soumise aux obligations incombant au fournisseur ou à l'utilisateur une demande, qui a été refusée, de divulgation des éléments de preuve qu'ils détiennent au sujet des systèmes d'IA à haut risque spécifiques soupçonnés d'avoir causé le dommage »⁽¹³⁹⁾.

Le non-respect de l'obligation de divulgation ordonnée par le juge entraîne le déclenchement d'une présomption réfragable de *non-respect, par le défendeur, d'un devoir de vigilance pertinent*.

Partant, le défendeur doit avoir refusé de se conformer à l'obligation ordonnée par le juge. « Le refus de la part du fournisseur, de la personne soumise aux obligations incombant au fournisseur ou de l'utilisateur, avant la demande adressée à la juridiction, de divulguer des éléments de preuve ne devrait pas déclencher la présomption de non-respect des devoirs de vigilance pertinents par la personne qui refuse cette divulgation »⁽¹⁴⁰⁾.

Quant à l'étendue de l'obligation, seuls les éléments de preuve nécessaires et proportionnés doivent être divulgués. Le législateur a souhaité rechercher un juste « équilibre entre les droits du demandeur et la nécessité de veiller à ce qu'une telle divulgation soit accompagnée de garanties visant à protéger les intérêts légitimes de toutes les parties concernées, tels que les secrets d'affaires ou les informations confidentielles »⁽¹⁴¹⁾.

45. – L'instauration d'une présomption de causalité en cas de faute : base légale. L'article 4, intitulé « Présomption réfragable d'un lien de causalité en cas de faute », instaure une présomption de causalité en cas de faute. Il énonce :

« 1. Sous réserve des exigences énoncées au présent article, les juridictions nationales présumant, aux fins de l'application des règles de responsabilité à une action en réparation, le lien de causalité entre la faute du défendeur et le résultat produit par le système d'IA ou l'incapacité de celui-ci à produire un résultat, lorsque toutes les conditions suivantes sont remplies :

(a)⁽¹⁴²⁾ le demandeur a démontré ou la juridiction a présumé, conformément à l'article 3, paragraphe 5, la faute du défendeur ou d'une personne dont le comportement relève de sa responsabilité, consistant en un manquement à un devoir de vigilance

(139) Voy. cons. 17.

(140) Voy. cons. 17.

(141) Proposition de directive du Parlement européen et du Conseil relative à l'adaptation des règles en matière de responsabilité civile extracontractuelle au domaine de l'intelligence artificielle (directive sur la responsabilité en matière d'IA), Commission européenne, 28 septembre 2022 (2022/0303 [COD]), pp. 14-15.

(142) Le a) est ajouté par nos soins car il ne se retrouve pas dans la proposition de directive.

prévu par le droit de l'Union ou le droit national visant directement à protéger contre le dommage survenu⁽¹⁴³⁾ ;

(b) il peut être considéré comme raisonnablement probable, compte tenu des circonstances de l'espèce, que la faute a influencé le résultat du système d'IA ou l'incapacité de celui-ci à produire un résultat ;

(c) le demandeur a démontré que le résultat du système d'IA ou l'incapacité de celui-ci à produire un résultat est à l'origine du dommage.

2. Dans le cas d'une action en réparation contre le fournisseur d'un système d'IA à haut risque soumis aux exigences énoncées au titre III, chapitres 2 et 3, de [la législation sur l'IA] ou contre une personne soumise aux obligations qui incombent au fournisseur en vertu de [l'article 24 ou de l'article 28, paragraphe 1, de la législation sur l'IA], la condition énoncée au paragraphe 1, point a), n'est remplie que si le plaignant a démontré que le fournisseur ou, le cas échéant, la personne soumise aux obligations qui incombent au fournisseur n'a pas respecté l'une des exigences suivantes, énoncées dans lesdits chapitres, compte tenu des mesures prises dans le cadre du système de gestion des risques et des résultats de ce système conformément à [l'article 9 et à l'article 16, point a), de la législation sur l'IA] :

(a) le système d'IA est un système qui fait appel à des techniques qui impliquent l'entraînement de modèles au moyen de données et qui n'a pas été développé sur la base de jeux de données d'entraînement, de validation et de test qui satisfont aux critères de qualité visés à [l'article 10, paragraphes 2 à 4, de la législation sur l'IA] ;

(b) le système d'IA n'a pas été conçu et développé d'une manière qui réponde aux exigences de transparence énoncées à [l'article 13 de la législation sur l'IA] ;

(c) le système d'IA n'a pas été conçu et développé de manière à permettre un contrôle effectif par des personnes physiques pendant la période d'utilisation du système d'IA conformément à [l'article 14 de la législation sur l'IA] ;

(d) le système d'IA n'a pas été conçu et développé de manière à atteindre, compte tenu de sa destination, un niveau approprié d'exactitude, de robustesse et de cybersécurité conformément à [l'article 15 et à l'article 16, point a), de la législation sur l'IA] ; ou

(e) les mesures correctives nécessaires n'ont pas été prises immédiatement pour mettre le système d'IA en conformité avec les obligations énoncées au [titre III, chapitre 2, de la législation sur l'IA] ou pour le retirer ou le rappeler, selon le cas, conformément à [l'article 16, point g), et à l'article 21 de la législation sur l'IA].

3. Dans le cas d'une action en réparation contre un utilisateur d'un système d'IA à haut risque soumis aux exigences énoncées au titre III, chapitres 2 et 3, de [la législation sur l'IA], la condition énoncée au paragraphe 1, point a), est remplie lorsque le demandeur prouve que l'utilisateur :

(a) ne s'est pas conformé aux obligations qui lui incombent d'utiliser ou de surveiller le système d'IA conformément à la notice d'utilisation jointe ou, le cas échéant, de suspendre ou d'interrompre son utilisation en vertu de [l'article 29 de la législation sur l'IA] ; ou

(b) a exposé le système d'IA à des données d'entrée sous son contrôle qui ne sont pas pertinentes au regard de la destination du système conformément à [l'article 29, paragraphe 3, de la législation sur l'IA].

(143) On retrouve ici la théorie de la relativité aquilienne condamnée encore récemment en droit belge, Cass., 13 janvier 2022, R.G. n° C.21.0345.N, www.juportal.be.

4. Dans le cas d'une action en réparation concernant un système d'IA à haut risque, une juridiction nationale n'applique pas la présomption énoncée au paragraphe 1 lorsque le défendeur démontre que le demandeur peut raisonnablement accéder à une expertise et à des éléments de preuve suffisants pour prouver le lien de causalité visé au paragraphe 1.

5. Dans le cas d'une action en réparation concernant un système d'IA qui n'est pas à haut risque, la présomption énoncée au paragraphe 1 ne s'applique que si la juridiction nationale estime qu'il est excessivement difficile pour le demandeur de prouver le lien de causalité visé au paragraphe 1.

6. Dans le cas d'une action en réparation contre un défendeur qui a utilisé le système d'IA dans le cadre d'une activité personnelle à caractère non professionnel, la présomption énoncée au paragraphe 1 ne s'applique que si le défendeur a interféré matériellement avec les conditions d'exploitation du système d'IA ou s'il était tenu en mesure de définir lesdites conditions et ne l'a pas fait.

7. Le défendeur a le droit de renverser la présomption énoncée au paragraphe 1. »

46. – L'instauration d'une présomption de causalité en cas de faute : conditions d'application et exclusions. Vu les difficultés que la victime pourrait éprouver à rapporter la preuve d'un lien de causalité entre la faute (le non-respect d'un devoir de vigilance) et le dommage, le législateur prévoit une présomption réfragable ciblée concernant ce lien de causalité. Le défendeur sera donc admis à la réfuter, « notamment en démontrant que sa faute ne peut avoir causé le dommage »⁽¹⁴⁴⁾.

47. – Première condition : faute consistant en un manquement à un devoir de vigilance. Le demandeur doit, tout d'abord, prouver la faute commise par le défendeur (ou la personne dont il répond) consistant en un manquement à un devoir de vigilance prévu par le droit de l'Union ou le droit national visant directement à protéger contre le dommage survenu.

La condition selon laquelle le devoir de vigilance doit viser à protéger contre le dommage survenu est illustrée dans le considérant 22.

Ainsi, il est exposé que « [l]e manquement aux devoirs de vigilance qui n'étaient pas directement destinés à protéger contre le dommage survenu n'entraîne pas l'application de la présomption. Par exemple, le fait qu'un fournisseur n'ait pas déposé les documents requis auprès des autorités compétentes n'entraînerait pas l'application de ladite présomption en cas d'action en réparation pour dommage corporel »⁽¹⁴⁵⁾.

Le considérant 24 précise que « [t]ous les régimes nationaux de responsabilité prévoient des devoirs de vigilance, et adoptent comme norme de conduite différentes expressions de la manière dont une

(144) Voy. cons. 30.

(145) Voy. cons. 22.

personne raisonnable devrait agir, ce qui garantit également la sécurité du fonctionnement des systèmes d'IA afin d'éviter toute atteinte à des intérêts juridiques reconnus. Ces devoirs de vigilance pourraient, par exemple, obliger les utilisateurs de systèmes d'IA à choisir, pour certaines tâches, un système d'IA particulier présentant des caractéristiques concrètes ou à exclure certaines tranches d'une population de l'exposition à un système d'IA particulier. Le droit national peut également introduire des obligations spécifiques visant à prévenir les risques pour certaines activités, applicables indépendamment du fait que l'IA soit utilisée pour l'activité en question. Il peut s'agir par exemple de règles de circulation ou d'obligations spécifiquement conçues pour les systèmes d'IA, telles que des exigences nationales supplémentaires pour les utilisateurs de systèmes d'IA à haut risque conformément à l'article 29, paragraphe 2, de la législation sur l'IA ».

En droit belge, on visera donc en principe un manquement au devoir général de prudence et de diligence pour autant que l'on prouve que ce dernier vise à protéger contre le dommage survenu.

Sous l'angle du droit européen, une telle faute pourrait être établie en cas de non-respect d'un devoir de vigilance prévu par la législation sur l'IA ou par d'autres règles établies au niveau de l'Union.

À titre d'illustration, les règles régissant le recours à des systèmes de surveillance et de prise de décision automatisés pour le travail via une plateforme ou celles régissant l'exploitation d'aéronefs sans équipage à bord sont mentionnées dans la proposition⁽¹⁴⁶⁾. De même, une faute pourrait découler de la présomption qui trouve à s'appliquer en cas de non-respect de l'injonction judiciaire de divulgation.

48. – Première condition : faute consistant en un manquement à un devoir de vigilance (lien avec la législation sur l'IA). La proposition, au niveau de la faute consistant en un manquement à un devoir de vigilance, jette des ponts avec la législation sur l'IA. Une distinction est opérée selon que les actions intentées le sont contre, d'une part, un fournisseur d'un système d'IA à haut risque (ou contre une personne soumise aux obligations qui incombent au fournisseur en vertu de la législation sur l'IA) et, d'autre part, contre l'utilisateur de tels systèmes.

(146) Proposition de directive du Parlement européen et du Conseil relative à l'adaptation des règles en matière de responsabilité civile extracontractuelle au domaine de l'intelligence artificielle (directive sur la responsabilité contractuelle et extracontractuelle face à la robotisation et à l'intelligence artificielle (2022/0303 [COD]), pp. 15-16.

Dans la **première hypothèse (action contre le fournisseur d'un système à haut risque)**, la victime (ou ses ayants droit) peut se contenter, pour rapporter la preuve d'une faute au sens explicité ci-avant, de démontrer le non-respect d'une des exigences suivantes (critères non cumulatifs) :

- (a) le système d'IA est un système qui fait appel à des techniques qui impliquent l'entraînement de modèles au moyen de données et qui n'a pas été développé sur la base de jeux de données d'entraînement, de validation et de test qui satisfont aux critères de qualité visés à l'article 10, paragraphes 2 à 4, de la législation sur l'IA ;
- (b) le système d'IA n'a pas été conçu et développé d'une manière qui réponde aux exigences de transparence énoncées à [l'article 13 de la législation sur l'IA] ;
- (c) le système d'IA n'a pas été conçu et développé de manière à permettre un contrôle effectif par des personnes physiques pendant la période d'utilisation du système d'IA conformément à [l'article 14 de la législation sur l'IA] ;
- (d) le système d'IA n'a pas été conçu et développé de manière à atteindre, compte tenu de sa destination, un niveau approprié d'exactitude, de robustesse et de cybersécurité conformément à [l'article 15 et à l'article 16, point a), de la législation sur l'IA] ; ou
- (e) les mesures correctives nécessaires n'ont pas été prises immédiatement pour mettre le système d'IA en conformité avec les obligations énoncées au [titre III, chapitre 2, de la législation sur l'IA] ou pour le retirer ou le rappeler, selon le cas, conformément à [l'article 16, point g), et à l'article 21 de la législation sur l'IA].

La présomption ne sera cependant pas appliquée si le défendeur démontre que le demandeur peut raisonnablement accéder à une expertise et à des éléments de preuve suffisants pour prouver le lien de causalité⁽¹⁴⁷⁾.

Dans la **seconde hypothèse (action contre l'utilisateur d'un système à haut risque)**, le demandeur peut se contenter de prouver que l'utilisateur :

- (a) ne s'est pas conformé aux obligations qui lui incombent d'utiliser ou de surveiller le système d'IA conformément à la notice d'utilisation

(147) Voy. cons. 27.

jointe ou, le cas échéant, de suspendre ou d'interrompre son utilisation en vertu de [l'article 29 de la législation sur l'IA] ; ou

- (b) a exposé le système d'IA à des données d'entrée sous son contrôle qui ne sont pas pertinentes au regard de la destination du système conformément à [l'article 29, paragraphe 3, de la législation sur l'IA].

49. – Deuxième condition. La deuxième condition d'application de la présomption consiste pour le demandeur à démontrer qu'il peut être considéré comme raisonnablement probable, compte tenu des circonstances de l'espèce, que la faute a influencé le résultat du système d'IA ou l'incapacité de celui-ci à produire un résultat.

50. – Troisième condition. Enfin, au rang des conditions, il est encore requis que le demandeur démontre que le résultat du système d'IA ou l'incapacité de celui-ci à produire un résultat est à l'origine du dommage.

51. – Exclusions. La présomption ne pourra toutefois jouer :

- en présence d'un système d'IA à haut risque, lorsque le défendeur démontre que le demandeur peut raisonnablement accéder à des éléments de preuve et à une expertise suffisants pour prouver le lien de causalité.

« Cette possibilité peut inciter le défendeur à se conformer à l'obligation de divulgation qui lui incombe, aux mesures prévues par la législation sur l'IA pour garantir un niveau élevé de transparence de l'IA ou aux exigences en matière de documentation et d'enregistrement ».

Le considérant 27 énonce que « Bien que les caractéristiques spécifiques de certains systèmes d'IA, telles que l'autonomie et l'opacité, puissent rendre excessivement difficile l'acquittement de la charge de la preuve par le demandeur, de telles difficultés pourraient ne pas se poser dans les cas où le plaignant dispose d'une expertise et d'éléments de preuve suffisants pour prouver l'existence d'un lien de causalité. Tel pourrait être le cas, par exemple, pour les systèmes d'IA à haut risque pour lesquels le demandeur pourrait raisonnablement accéder à une expertise et à des éléments de preuve suffisants en raison des exigences en matière de documentation et de journalisation prévues par [la législation sur l'IA]. Dans de telles situations, la juridiction ne devrait pas appliquer la présomption » ;

- en présence d'un système d'IA qui n'est pas à haut risque, lorsque la juridiction estime qu'il n'est pas excessivement difficile pour le demandeur de prouver le lien de causalité ;

- en cas d'utilisation, par le défendeur, du système d'IA dans le cadre d'une activité personnelle à caractère non professionnel, « si le défendeur a matériellement perturbé les conditions d'utilisation du système d'IA ou s'il était tenu de déterminer lesdites conditions de fonctionnement du système d'IA, en mesure de le faire et ne l'a pas fait »⁽¹⁴⁸⁾.

Le considérant 27 précise qu'« [u]n utilisateur non professionnel qui achète un système d'IA et le lance simplement conformément à sa finalité, sans interférer matériellement avec les conditions d'exploitation, ne devrait pas être couvert par la présomption de causalité prévue par la présente directive. Toutefois, si une juridiction nationale constate qu'un utilisateur non professionnel a interféré matériellement avec les conditions d'exploitation d'un système d'IA ou était tenu et en mesure de définir lesdites conditions et ne l'a pas fait, la présomption de causalité devrait s'appliquer, si toutes les autres conditions sont remplies. Tel pourrait être le cas, par exemple, lorsque l'utilisateur non professionnel ne se conforme pas à la notice d'utilisation ou à d'autres devoirs de vigilance applicables lors du choix du domaine d'exploitation ou de la définition des conditions d'exécution du système d'IA. Cela est sans préjudice du fait que le fournisseur devrait définir la destination du système d'IA, y compris le contexte et les conditions spécifiques d'utilisation, et éliminer ou réduire au minimum les risques liés au système, selon le cas, au moment de la conception et du développement, en tenant compte des connaissances et de l'expertise de l'utilisateur visé ».

52. – Une plus-value par rapport au droit belge ? L'analyse du dispositif européen ne nous semble pas constituer un apport substantiel. Le droit belge connaît en réalité de nombreux dispositifs qui permettent déjà de pallier l'incertitude causale. Il suffit de songer à la preuve par vraisemblance (art. 8.6), à l'obligation de collaborer à l'administration de la preuve (art. 8.4, al. 3), au renversement de la charge de la preuve (art. 8.4, al. 5), aux présomptions de responsabilité (voy. notamment *infra* c)) ainsi qu'à la future responsabilité proportionnelle (art. 6.23 et 6.24).

(148) Proposition de directive du Parlement européen et du Conseil relative à l'adaptation des règles en matière de responsabilité civile extracontractuelle au domaine de l'intelligence artificielle (directive sur la responsabilité en matière d'IA), Commission européenne, 28 septembre 2022 (2022/0303 [COD]), pp. 15-16.

c) *Responsabilité du fait d'autrui*

53. – Les trois hypothèses de responsabilité du fait d'autrui. Les cas de responsabilité du fait d'autrui, qui permettent notamment de contourner les risques d'insolvabilité de l'auteur de la faute, sont limitativement énumérés aux alinéas 2, 3 et 4 de l'article 1384 de l'ancien Code civil. Malgré les remous⁽¹⁴⁹⁾ causés en Belgique par l'arrêt *Blieck*⁽¹⁵⁰⁾, la Cour de cassation belge a toujours refusé de consacrer l'existence d'un principe général de responsabilité du fait d'autrui⁽¹⁵¹⁾.

Seuls les parents, instituteurs (et artisans) et commettants sont respectivement responsables des dommages causés par leurs enfants mineurs⁽¹⁵²⁾, les élèves (et apprentis) qu'ils ont sous leur surveillance⁽¹⁵³⁾ et les préposés qui ont commis une faute dans l'exercice de leurs fonctions⁽¹⁵⁴⁾.

Les présomptions de responsabilité qui pèsent sur les parents, instituteurs et commettants, pour autant que soit prouvé la faute ou l'acte objectivement illicite⁽¹⁵⁵⁾ de la personne dont ils répondent⁽¹⁵⁶⁾, ne pourront être invoquées que par le tiers victime.

54. – Le projet de réforme⁽¹⁵⁷⁾. Dans le projet de réforme, deux nouvelles catégories de personnes chargées de la surveillance d'autrui sont désormais la cible d'une présomption de responsabilité. D'une part, le paragraphe 1^{er} de l'article 6.14 instaure une présomption de responsabilité des personnes physiques ou morales chargées de contrôler, de manière globale et durable, le mode de vie d'une autre personne.

(149) Mons, 27 décembre 1995, *J.L.M.B.*, 1996, p. 510, *R.G.A.R.*, 1996, n° 12578, avec obs. Th. DEMESSE, « Le nouveau principe général de responsabilité aquilienne du fait d'autrui ».

(150) Cass. fr. (ass. plén.), 29 mars 1991, *J.T.*, 1991, p. 600. Voy. aussi G. VINEY, « Vers un élargissement de la catégorie des “personnes dont on doit répondre” : la porte entrouverte sur une nouvelle interprétation de l'article 1384, alinéa 1^{er}, du Code civil », *D.*, 1991, chron., pp. 157-161.

(151) Cass., 19 juin 1997, *J.T.*, 1997, p. 582, *J.L.M.B.*, 1997, p. 1122, note Th. PAPART ; I. MOREAU-MARGRÈVE, « Prudente sagesse... », *J.T.*, 1997, pp. 705-706 ; J.-F. ROMAIN, « Existe-t-il un principe général de responsabilité présumée pour autrui en matière extracontractuelle (article 1384, alinéa 1^{er}, du Code civil) ? », *R.G.A.R.*, 1997, n° 12.851 ; J. HIRSCH, « Est-il justifié d'étendre la responsabilité du fait des personnes dont on doit répondre ? », *R.G.A.R.*, 1996, n° 12554 ; I. MOREAU-MARGRÈVE, « Une règle générale de responsabilité délictuelle du fait d'autrui en droit belge ? », in *Mélanges R.-O. Dalcq – Responsabilités et assurances*, Bruxelles, Larcier, 1994, pp. 439-465.

(152) Art. 1384, al. 2, ancien C. civ. qui instaure une présomption réfragable.

(153) Art. 1384, al. 4, ancien C. civ. qui instaure une présomption réfragable.

(154) Art. 1384, al. 3, ancien C. civ. qui instaure une présomption irréfragable.

(155) Il s'agit d'un acte que l'intéressé n'avait pas le droit de commettre et qui aurait été considéré comme fautif dans le chef d'une personne douée de discernement.

(156) Cass., 7 mars 1957, *Pas.*, 1957, I, p. 806 ; Cass. (1^{re} ch.), 28 octobre 1971, *Pas.*, 1972, I, p. 200.

(157) Proposition de loi portant le livre 6 « La responsabilité extracontractuelle » du Code civil, *Doc. parl.*, Ch. repr., sess. ord. 2022-2023, n° 55-3213/001.

D'autre part, ce sont désormais les établissements d'enseignement, en lieu et place des instituteurs visés à l'actuel article 1384, alinéa 4, de l'ancien Code civil, qui deviennent responsables des dommages causés par les élèves qu'ils ont sous leur surveillance. La présomption peut être renversée, conformément au paragraphe 3, en rapportant la preuve de l'absence de faute dans la surveillance ou de l'absence de relation causale entre l'exercice de cette surveillance et le dommage. Une nouvelle obligation d'assurance fait son apparition et incombe à ces deux catégories de personnes. La protection de la victime contre une éventuelle insolvabilité du responsable est dès lors renforcée.

Les rédacteurs de la proposition de loi ont clairement entendu contenir les dérives qu'entraînerait un régime général de responsabilité du fait d'autrui. Le système du *numerus clausus* des cas de responsabilité du fait d'autrui est donc conservé, mais élargi à d'autres catégories limitativement énumérées. Des balises sont également posées afin de limiter le champ d'application de l'article 6.14, § 1^{er}. La personne visée doit, en effet, être chargée d'organiser et de contrôler le mode de vie d'une autre personne de manière globale et durable. Cette mission doit, en outre, être de nature légale, réglementaire, judiciaire, administrative ou conventionnelle. Il y a fort à parier que la détermination du caractère conventionnel ou non de la mission posera des difficultés pratiques.

55. – Les écueils en matière d'intelligence artificielle. L'application des présomptions de responsabilité du fait d'autrui requiert la preuve d'une faute (ou d'un acte objectivement illicite) du mineur, de l'élève ou du préposé. L'exigence d'une faute humaine demeure en effet au cœur de la règle. L'absence de capacité de discernement qu'implique la théorie de l'acte objectivement illicite n'a, par ailleurs, pas vocation à glisser vers une déshumanisation totale de la présomption. L'on retrouve dès lors les mêmes écueils que ceux développés à l'endroit de l'article 1382 de l'ancien Code civil.

On peut par conséquent aisément conclure que les limites des régimes fondés sur la faute, déjà dénoncées lors du développement de l'industrialisation et de l'essor du machinisme à la fin du XIX^e siècle, sont encore plus perceptibles face aux nouveaux risques de l'IA. La complexité de l'IA ne fera par ailleurs qu'accroître les difficultés probatoires.

On peut dès lors légitimement se demander si l'une des pistes à explorer ne serait pas d'infléchir les règles du droit de la preuve en recourant à des assimilations, des présomptions de faute, voire de lien de

causalité, ou encore de ménager davantage de place au principe de collaboration des parties à l'administration de la preuve vu l'asymétrie d'information qui existe généralement entre l'utilisateur, victime de l'IA, et les autres intervenants. C'est la voie qui semble être suivie par la Commission (renvoi n° 42 et s.).

d) *Les recours sur un fondement extracontractuel au sein des chaînes de contrats*⁽¹⁵⁸⁾

56. – Position du problème. À défaut de lien contractuel entre les différents acteurs des chaînes de contrats, l'on peut s'interroger sur l'existence d'un recours extracontractuel entre ceux-ci.

La même question se pose entre parties contractantes : l'une d'entre elles peut-elle agir sur un fondement extracontractuel malgré l'existence d'un contrat ?

Dans ces hypothèses, il convient de vérifier l'application ou non des règles du concours dégagées par la Cour de cassation⁽¹⁵⁹⁾.

57. – Les règles du concours. En l'état actuel de la jurisprudence de la Cour de cassation, l'existence d'un contrat exclut en principe l'introduction d'une action en responsabilité extracontractuelle entre les parties. Ce principe d'interdiction du concours souffre une exception d'origine prétorienne en présence d'une faute mixte et d'un dommage autre que celui qui résulte de la mauvaise exécution du contrat⁽¹⁶⁰⁾. À cette double condition, le choix entre la responsabilité délictuelle ou contractuelle s'offre au créancier. La faute mixte, qui consiste en une faute contractuelle qui se double d'un manquement au devoir général de prudence, vise principalement les atteintes à l'intégrité physique ou à d'autres biens que celui qui est l'objet du contrat, la violation

(158) Voy. les développements repris ici de l'ouvrage, F. GEORGE et R. JAFFERALI (coord.), *Manuel de droit de la responsabilité civile*, Limal, Anthemis, 2022, pp. 73 et s.

(159) Voy., sur cette question, B. DUBUISSON, « Le concours des responsabilités contractuelle et extracontractuelle. Ultime tentative de conciliation... », in L. BOONE, I. CLAEYS et L. LAVRYSEN (coord.), *Dare la luce. Liber amicorum Hubert Bocken*, Bruges, la Charte, 2009, pp. 67-84 ; P. WÉRY, « L'option des responsabilités entre parties contractantes », in S. STIJNS et P. WÉRY, *Les rapports entre responsabilité contractuelle et extracontractuelle*, Bruges, la Charte, 2010, pp. 223-245 ; C. HÉLAS, « Le concours des responsabilités contractuelle et extracontractuelle », in P. WÉRY (dir.), *Les rapports entre responsabilité contractuelle et responsabilité extracontractuelle*, coll. CUP, vol. 198, Liège, Anthemis, 2020, pp. 7-55.

(160) Cass., 7 décembre 1973, *Pas.*, 1974, I, p. 376 ; Cass., 29 septembre 2006, *R.W.*, 2006-2007, p. 1717, note A. VAN OEVELEN, *NjW*, 2006, p. 946, note I. BOONE, *T.B.O.*, 2007, p. 66, note K. VANHOVE ; Cass., 24 mars 2016, *R.G.D.C.*, 2019, p. 512, *R.D.C.*, 2017, p. 200 ; Cass., 17 mars 2017, *R.G.D.C.*, 2020, p. 438, *R.D.C.*, 2017, p. 952, note P. GILLAERTS, Cass., 12 mars 2020, *R.G.D.C.*, 2020, p. 438, *R.D.C.*, 2020, p. 402.

d'une norme de sécurité, de règles déontologiques, du devoir d'information⁽¹⁶¹⁾... Il convient toutefois d'éviter toute assimilation automatique et de procéder à une analyse au cas par cas. La notion de « dommage autre que celui qui résulte de la mauvaise exécution du contrat » divise également la doctrine et la jurisprudence. On considère, à cet égard, que les deux conditions sont réunies en présence d'une infraction pénale⁽¹⁶²⁾. Dans son arrêt du 26 octobre 1990, la Cour décide en effet que « [l]a circonstance qu'une infraction est commise lors de l'exécution d'un contrat ne fait, en principe, obstacle ni à l'application de la loi pénale ni à celle des règles relatives à la responsabilité civile résultant d'une infraction [...]. Le dommage causé par un fait légalement punissable ne peut être considéré comme un dommage de nature exclusivement contractuelle par le seul motif qu'il a été causé en suite de la mauvaise exécution de l'obligation contractuelle de veiller à la sécurité de la victime »⁽¹⁶³⁾.

Le projet d'article 6.4 du Code civil⁽¹⁶⁴⁾ prévoit cependant de modifier substantiellement les règles du concours.

Il dispose :

« § 1^{er}. Sauf si la loi ou le contrat en dispose autrement, les dispositions légales en matière de responsabilité extracontractuelle sont applicables entre cocontractants.

Toutefois, si, sur le fondement de la responsabilité extracontractuelle, la personne lésée demande à son cocontractant la réparation d'un dommage résultant de l'inexécution d'une obligation contractuelle, ce cocontractant peut invoquer les moyens de défense découlant de la législation en matière de contrats spéciaux ou résultant des clauses contractuelles et des règles particulières de prescription applicables au contrat. Tel n'est pas le cas pour les actions en réparation d'un dommage résultant d'une atteinte à l'intégrité physique ou d'une faute commise avec l'intention de causer un dommage.

§ 2. Si la personne lésée demande la réparation d'un dommage résultant de l'inexécution d'une obligation contractuelle à un auxiliaire de son cocontractant, cet auxiliaire peut invoquer les mêmes moyens de défense que ceux que le cocontractant peut invoquer sur la base du paragraphe 1^{er}. »

(161) Voy. C. HÉLAS, « Le concours des responsabilités contractuelle et extracontractuelle », in P. WÉRY (dir.), *Les rapports entre responsabilité contractuelle et responsabilité extracontractuelle*, coll. CUP, vol. 198, Liège, Anthemis, 2020, pp. 31-32 ; Th. MALENGREAU, « La coexistence des responsabilités : état des lieux », in P. WÉRY (dir.), *Les rapports entre responsabilité contractuelle et responsabilité extracontractuelle*, op. cit., pp. 97-105 ; B. DUBUISSON, « Le concours des responsabilités contractuelle et extracontractuelle. Ultime tentative de conciliation... », in I. BOONE, I. CLAEYS et L. LAVRYSEN (coord.), *Dare la luce. Liber amicorum Hubert Bocken*, op. cit., p. 80.

(162) Cass., 26 octobre 1990, *Pas.*, 1991, p. 216, *R.C.J.B.*, 1992, p. 497, note R. O. DALCQ.

(163) Cass., 26 octobre 1990, *Pas.*, 1991, p. 216, *R.C.J.B.*, 1992, p. 497, note R. O. DALCQ.

(164) Proposition de loi portant le livre 6 « La responsabilité extracontractuelle » du Code civil, *Doc. parl.*, Ch. repr., sess. ord. 2022-2023, n° 55-3213/001. Il n'est toutefois pas impossible que la disposition fasse l'objet d'amendements.

58. – L'assimilation de l'agent d'exécution à une partie contractante. La Cour de cassation considère que les agents d'exécution ne sont ni des tiers au contrat (car ils se substituent au débiteur dans le cadre de l'exécution du contrat) ni des parties au contrat (car ils n'ont pas participé à sa formation). Partant, tant la responsabilité extracontractuelle que la responsabilité contractuelle semblent de prime abord exclues à l'égard de l'agent d'exécution, ce qui revient à conférer à ce dernier une immunité civile. La victime se verra contrainte d'agir uniquement contre le débiteur principal (et non l'agent d'exécution) sur la base contractuelle. Une exception existe toutefois lorsque l'agent a commis une faute qui constitue une violation, non seulement de l'obligation contractuelle, mais aussi d'une obligation qui s'impose à tous, et si cette faute a causé un autre dommage que celui qui résulte de la mauvaise exécution du contrat⁽¹⁶⁵⁾. Dans cette hypothèse, le créancier pourra agir sur la base extracontractuelle contre l'agent d'exécution⁽¹⁶⁶⁾. On retrouve ici les deux conditions cumulatives dégagées pour l'option de responsabilités, lesquelles sont réputées réunies lorsque le manquement contractuel est constitutif d'une infraction pénale. On parle donc, plus exactement, de « quasi-immunité de l'agent d'exécution ».

La notion d'agent d'exécution est définie par la Cour de cassation comme « une personne physique ou morale qui est chargée par le débiteur d'une obligation contractuelle de l'exécution totale ou partielle de cette obligation, que l'obligation soit exécutée pour son propre compte et en son nom ou pour le compte et au nom du débiteur »⁽¹⁶⁷⁾ ou encore comme « une personne qu'un cocontractant s'est substitué pour exécuter une obligation contractuelle »⁽¹⁶⁸⁾. Sont toutefois exclus les tiers qui n'ont pas été chargés par la partie contractante de l'exécution des obligations principales ou accessoires qui lui incombent (par exemple, les fournisseurs)⁽¹⁶⁹⁾.

(165) Voy. Cass., 7 décembre 1973, *Pas.*, 1974, I, p. 376, *R.W.*, 1973-1974, col. 1597, obs. J.-H. HERBOTS, *R.G.A.R.*, 1974, n° 9317, obs. J.-L. FAGNART (l'arrêt devant être interprété conformément à la théorie de l'affinement). Plus récemment, Cass., 24 mars 2016, *R.G.D.C.*, 2019, p. 512, *R.D.C.*, 2017, p. 200 ; Cass., 12 mars 2020, *R.G.D.C.*, 2020, p. 438, *R.D.C.*, 2020, p. 402.

(166) Dans cette hypothèse, l'article 5.89, § 2, prévoit que, « [s]i le débiteur fait appel à des auxiliaires pour l'exécution du contrat, ceux-ci peuvent invoquer contre le créancier principal la clause d'exonération de responsabilité convenue entre celui-ci et le débiteur ».

(167) Cass., 24 mars 2016, *R.G.D.C.*, 2019, p. 512, *R.D.C.*, 2017, p. 200.

(168) Cass., 7 février 2020, *R.D.C.*, 2020, p. 401 (somm.).

(169) Cass., 12 mars 2020, *R.G.D.C.*, 2020, p. 438, *R.D.C.*, 2020, p. 402. Voy., sur cette question, C. HÉLAS, « Le concours des responsabilités contractuelle et extracontractuelle », in P. WÉRY (dir.), *Les rapports entre responsabilité contractuelle et responsabilité extracontractuelle*, coll. CUP, vol. 198, Liège, Anthemis, 2020, pp. 40-43.

2) Régimes de responsabilité objective

a) Responsabilité du fait des choses (l'article 1384, alinéa 1^{er}, in fine de l'ancien Code civil)

59. – Fondement et conditions d'application. En droit belge, c'est à partir de la finale de l'article 1384, alinéa 1^{er}, de l'ancien Code civil que notre Cour suprême a découvert un principe général de responsabilité du fait des choses⁽¹⁷⁰⁾. Le régime de responsabilité du fait des choses constitue donc une œuvre prétorienne. La responsabilité du gardien fondée sur l'article 1384, alinéa 1^{er}, de l'ancien Code civil requiert la preuve de l'existence d'un vice de la chose à l'origine du dommage, chose dont le défendeur en responsabilité avait la garde.

Même si la preuve d'une faute n'est plus exigée, l'application du régime de responsabilité du fait des choses à l'IA n'est pas sans poser de difficultés. Nous examinerons successivement les conditions d'application de l'article 1384, alinéa 1^{er}, *in fine* de l'ancien Code civil en les confrontant dans la foulée à l'IA.

i. La notion de chose

60. – L'exclusion des choses incorporelles. On enseigne que ne sont concernées par l'article 1384, alinéa 1^{er}, *in fine* de l'ancien Code civil que les choses corporelles.

Cette exclusion des choses incorporelles résulte d'un seul et unique arrêt de la Cour de cassation du 21 avril 1972⁽¹⁷¹⁾. En l'espèce, une personne était décédée dans un centre d'internement en raison d'un manque de soins. Le demandeur en responsabilité se fondait sur l'article 1384, alinéa 1^{er}, du Code civil en invoquant que le camp d'internement constituait une chose dont les défauts d'organisation et d'installation auraient constitué le vice⁽¹⁷²⁾. L'arrêt dont pourvoi n'imputait pas « le dommage à un vice des éléments matériels du centre d'internement, mais à un vice d'un ensemble de biens comportant non seulement des éléments matériels meubles et immeubles, mais aussi l'installation et le fonctionnement de services supposant une intervention humaine ». La Cour de cassation

(170) Cass., 26 mai 1904, *Pas.*, 1904, I, p. 246, concl. av. gén. JANSSENS.

(171) Cass., 21 avril 1972, *Pas.*, 1972, p. 773. Voy. aussi, pour les nuances à apporter à l'arrêt précité de la Cour de cassation, J. VAN ZUYLEN, « La responsabilité du gardien d'une chose affectée d'un vice (art. 1384, al. 1^{er}, du Code civil) », in *Actualité en droit de la responsabilité*, Bruxelles, Bruylant, 2015, pp. 14 et s.

(172) Voy. R.O. DALCQ : « L'article 1384, alinéa 1^{er}, du Code civil s'applique-t-il aux biens incorporels ? », note sous Cass., 21 avril 1972, *R.C.J.B.*, 1973, p. 426.

cassa la décision attaquée aux motifs que « pareil ensemble de biens n'est pas compris dans les choses que l'on a sous sa garde, au sens de l'article 1384, al. 1^{er}, du Code civil ».

Comme l'a souligné la doctrine, cet arrêt semble considérer que les choses incorporelles ne sont pas susceptibles d'être gardées. La portée de cet arrêt demeure, en réalité, fort incertaine⁽¹⁷³⁾.

Le professeur Dalcq, dans son commentaire paru à la *Revue critique de jurisprudence belge*⁽¹⁷⁴⁾, a immédiatement fait montre de réticences quant à une généralisation de l'arrêt et à une exclusion de principe des choses incorporelles.

On peut par ailleurs se demander si la cassation ne s'explique pas davantage par le fait que le dommage trouvait son origine non pas dans le fait d'une chose, mais bien dans les carences, et donc la faute, du personnel du centre⁽¹⁷⁵⁾.

Depuis cet arrêt, cette restriction du champ de l'article 1384, alinéa 1^{er}, est fortement décriée, et ce, d'autant plus que la notion de chose s'apprécie en principe très largement. Certains biens immatériels peuvent parfaitement « faire l'objet d'un pouvoir de contrôle, de direction ou de surveillance, caractéristique du pouvoir du gardien »⁽¹⁷⁶⁾. J.-L. Fagnart reconnaît que « l'exclusion des choses incorporelles du domaine d'application de l'article 1384 du Code civil mérite d'être nuancée », avant d'affirmer que « l'exclusion des choses immatérielles n'est guère justifiée »⁽¹⁷⁷⁾.

Sous peine de priver les victimes d'un droit à la réparation de leur dommage, on ne peut que partager l'opinion selon laquelle « [à] l'heure où la plupart des activités reposent sur une assistance informatique, (...) l'exclusion de principe, de toutes choses incorporelles du champ d'application de l'article 1384, alinéa 1^{er}, du Code civil, devrait être

(173) *Ibid.*, pp. 424-430.

(174) *Ibid.*, pp. 424-430.

(175) Et ce, même si, à l'instar de R.O. Dalcq, il convient de rappeler que, « en soi[,] la circonstance qu'un vice de la chose a une origine humaine ne suffit pas à exclure l'application de l'article 1384, alinéa 1^{er} » (R.O. DALCQ, « L'article 1384, alinéa 1^{er}, du Code civil s'applique-t-il aux biens incorporels ? », note sous Cass., 21 avril 1972, *R.C.J.B.*, 1973, p. 430).

(176) H. JACQUEMIN et J.-B. HUBIN, « La responsabilité extracontractuelle du fait des robots ou des applications d'intelligence artificielle », in *L'intelligence et le droit*, Bruxelles, Larcier, 2017, p. 124. Ces auteurs renvoient également à J. TANGHE et J. DE BRUYNE, « Aansprakelijkheid voor schade veroorzaakt door autonome motorrijtuigen », *R.W.*, 2016-2017, pp. 974-975. Voy. aussi, en ce sens, R.O. DALCQ : « L'article 1384, alinéa 1^{er}, du Code civil s'applique-t-il aux biens incorporels ? », note sous Cass., 21 avril 1972, *R.C.J.B.*, 1973, p. 429.

(177) J.-L. FAGNART, *Responsabilité, Traité théorique et pratique*, liv. 30, Diegem, Kluwer, p. 27, n° 34.

nuancée, afin notamment d'appréhender la réalité des logiciels et des données informatiques »⁽¹⁷⁸⁾.

61. – Les expédients. Les biens incorporels qui sont matérialisés dans un support (IA incarnée) pourraient tomber dans le champ de l'article 1384, alinéa 1^{er}, *in fine* de l'ancien Code civil⁽¹⁷⁹⁾. La maîtrise tangible du support⁽¹⁸⁰⁾ permettrait de contourner les écueils précités⁽¹⁸¹⁾.

La Haute juridiction admet que la notion de chose s'applique à des choses complexes. La chose complexe est perçue comme « une chose en incorporant une autre ou en comportant une autre sur sa surface pour autant que cette chose complexe apparaisse comme une chose unique, comme un ensemble aux yeux des tiers »⁽¹⁸²⁾.

Partant, lorsque le système d'intelligence artificielle se matérialise dans un support, la qualité de chose vicieuse pourrait être reconnue au support ou à la chose complexe⁽¹⁸³⁾. On songe à un logiciel informatique incorporé à un produit, tel un véhicule⁽¹⁸⁴⁾. Tel ne serait toutefois pas le cas en présence d'un système d'intelligence artificielle qui fonctionnerait de manière autonome (IA désincarnée)^{(185) (186)}.

(178) Opinion doctrinale dont font écho J.-B. HUBIN, A. CRUQUENAIRE et V. ROUARD, « Le big data : responsabilités et solutions pratiques pour un encadrement contractuel », *R.D.T.I.*, 2018/7, pp. 93-112 et spéc. p. 97.

(179) J.-L. FAGNART, « La responsabilité du fait des choses », in *Responsabilités – Traité théorique et pratique*, Waterloo, Kluwer, 2017, p. 20, n° 34 et les réf. citées ; J. VAN ZUYLEN, « La responsabilité du gardien d'une chose affectée d'un vice (art. 1384, al. 1^{er}, du Code civil) », in G. CRUYSMANS (coord.), *Actualités en droit de la responsabilité*, Bruxelles, Bruylant, 2015, pp. 14-15, n° 11.

(180) Th. VANSWEEVELT et B. WEYTS, *Handboek buitencontractueel aansprakelijkheidrecht*, Anvers-Oxford, Intersentia, 2009, p. 456, n° 704.

(181) Voy., en faveur d'une suppression de la distinction « tangible » et « non tangible », rapport de Centre on regulation in Europe (CERRE) de mars 2021, « EU Liability rules for the age of artificial intelligence », p. 50, <https://cerre.eu/publications/eu-liability-rules-age-of-artificial-intelligence-ai/>.

(182) R.O. DALCQ, « L'existence d'un vice de la chose peut-elle dépendre de la détermination du gardien de cette chose ? », note sous Cass., 19 janvier 1978, *R.C.J.B.*, 1979, p. 257.

(183) Voy. aussi les deux directives 2019/770 (directive du 20 mai 2019 relative à certains aspects concernant les contrats de fourniture de contenus numériques et de services numériques) et 2019/771 (directive du 20 mai 2019 relative à certains aspects concernant les contrats de vente de biens, modifiant le règlement (UE) n° 2017/2394 et la directive 2009/22/CE et abrogeant la directive 1999/44/CE) qui distinguent les contenus et services numériques des biens comportant des éléments numériques.

(184) Voy. aussi Th. MALENGREAU, « Automatisation de la conduite : quelles responsabilités en droit belge », *R.G.A.R.*, 2019, n° 15582/7.

(185) Voy. H. JACQUEMIN et J.-B. HUBIN, « La responsabilité extracontractuelle du fait des robots ou des applications d'intelligence artificielle », in *L'intelligence et le droit*, Bruxelles, Larcier, 2017, p. 125.

(186) Dans le registre du droit de la consommation, la même logique a été adoptée par le législateur européen. La directive 2019/770 du 20 mai 2019 relative à certains aspects concernant les contrats de fourniture de contenus numériques et de services numériques et la directive 2019/771 du 20 mai 2019 relative à certains aspects concernant les contrats de vente de biens, modifiant le règlement (UE) n° 2017/2394 et la directive 2009/22/CE et abrogeant la directive 1999/44/CE distinguent les contenus et services numériques des biens comportant des éléments numériques. À l'heure de la rédaction de la présente contribution, ces deux directives n'ont pas encore été transposées en droit belge (voy. projet de loi modifiant les dispositions de l'ancien Code civil relatives aux ventes à des

Ainsi, il n'est, par exemple, pas exclu d'interpréter l'article 1384, alinéa 1^{er}, *in fine* de manière évolutive pour appréhender un système expert *big data* « comme une chose complexe, composée de données et d'applications logicielles. Elle serait dès lors susceptible d'engager la responsabilité de son gardien, à condition de démontrer l'existence d'un vice dans son fonctionnement »⁽¹⁸⁷⁾.

62. – Les réformes. Le projet de réforme du droit de la responsabilité extracontractuelle⁽¹⁸⁸⁾ ne comporte, en son projet d'article 6.17, aucune définition du concept de chose⁽¹⁸⁹⁾.

L'exposé des motifs précise uniquement que « la notion de chose a une vaste portée et l'article en question a donc un large champ d'application »⁽¹⁹⁰⁾.

L'apparition de nouvelles technologies conjuguée au phénomène du *big data* n'a, en réalité, pas été appréhendée, même à la marge, par les rédacteurs du projet de réforme⁽¹⁹¹⁾.

Les plaideurs n'hésiteront donc pas à se prévaloir du caractère large de la notion de chose pour y intégrer les questions que pose l'intelligence artificielle en termes de responsabilité.

Ils pourront pour ce faire s'appuyer sur la réforme du droit des biens insérée par la loi du 24 février 2020⁽¹⁹²⁾. La notion de chose telle que prévue aux articles 3.38⁽¹⁹³⁾ et 3.40⁽¹⁹⁴⁾ du (nouveau) Code civil est en effet excessivement large et englobe les choses tant corporelles qu'incorporelles.

consommateurs, insérant un nouveau titre *VIbis* dans le livre 3 de l'ancien Code civil et modifiant le Code de droit économique, *Doc. parl.*, Ch. repr., sess. ord. 2020-2021, n° 55-2355/001).

(187) J.-B. HUBIN, A. CRUQUENAIRE et V. ROUARD, « Le *big data* : responsabilités et solutions pratiques pour un encadrement contractuel », *R.D.T.I.*, 2018/7, p. 97.

(188) B. DUBUISSON, H. BOCKEN, G. JOCQUÉ, G. SCHAMPS, T. VANSWEEVELT, J. DELVOIE et B. ZAMMITTO, *La réforme du droit de la responsabilité extracontractuelle*, Bruges, la Chartre, 2019, p. 7.

(189) La réforme récente du droit des biens ne livre également aucune définition de cette notion.

(190) Proposition de loi portant le livre 6 « La responsabilité extracontractuelle » du Code civil, *Doc. parl.*, Ch. repr., sess. ord. 2022-2023, n° 55-3213/001, p. 76 ; B. DUBUISSON, H. BOCKEN, G. JOCQUÉ, G. SCHAMPS, T. VANSWEEVELT, J. DELVOIE et B. ZAMMITTO, *La réforme du droit de la responsabilité extracontractuelle*, *op. cit.*, p. 79.

(191) Voy., en ce sens, Fl. GEORGE, « La réforme du droit de la responsabilité en Belgique. Examen général : réforme ou consolidation des acquis ? », in B. DUBUISSON (coord.), *La réforme du droit de la responsabilité en France et en Belgique. Regards croisés et aspects de droit comparé*, coll. GRERCA, Bruxelles, Bruylant, 2020, pp. 59-60.

(192) Loi du 4 février 2020 portant le livre 3 « Les biens » du Code civil, *M.B.*, 17 mars 2020.

(193) Art. 3.38. « Choses. Les choses, naturelles ou artificielles, corporelles ou incorporelles, se distinguent des animaux. Les choses et les animaux se distinguent des personnes. »

(194) Art. 3.40. « Choses corporelles et incorporelles : définition. Les choses sont corporelles ou incorporelles. À la différence des choses incorporelles, les choses corporelles sont susceptibles d'être appréhendées par les sens et peuvent être mesurées de manière instantanée. »

ii. *Le vice de la chose*

63. – Définition du vice. Le vice est défini par la Cour de cassation⁽¹⁹⁵⁾ comme une caractéristique anormale de la chose qui, en certaines circonstances, la rend susceptible de causer un préjudice.

Sur la base de cette définition, et plus précisément du terme « caractéristique », on enseigne que le vice se distingue d'une mauvaise utilisation de la chose (par exemple, l'utilisation fautive d'un robot), du simple comportement anormal de la chose (l'explosion d'un robot ne suffit pas à considérer ce dernier comme vicieux) ainsi que de l'emplacement anormal d'une chose (un véhicule autonome situé à un endroit inadapté sur la chaussée). La Cour de cassation a pris le soin de préciser que le vice de la chose dont le gardien est responsable en vertu de l'article 1384, alinéa 1^{er}, du Code civil « n'est pas exclusivement un élément permanent, inhérent à la chose et survenu en dehors de toute intervention d'un tiers »⁽¹⁹⁶⁾.

L'adjectif « anormal » renvoie à ce qui n'est pas habituel (norme de fréquence) ou ce qui rend la chose impropre à l'usage auquel elle est destinée (norme de valeur). Pour vérifier l'existence d'un vice, il convient, selon une conception traditionnelle, de comparer la chose à un modèle de référence, à savoir « une chose de même catégorie et d'un même type au moment des faits »⁽¹⁹⁷⁾. Le simple fait qu'une chose soit dangereuse n'en fait dès lors pas une chose vicieuse (robot guerrier)⁽¹⁹⁸⁾.

Une nouvelle conception, dite fonctionnelle, fait cependant progressivement son chemin. Selon cette conception, la chose est vicieuse lorsque, privée d'une qualité propre, elle ne répond plus aux exigences de sécurité auxquelles la personne prudente et raisonnable peut légitimement s'attendre⁽¹⁹⁹⁾.

(195) Cass., 23 septembre 1971, *Pas.*, 1972, I, p. 80 ; Cass., 25 avril 2005, *Pas.*, 2005, I, p. 924 ; Cass., 28 janvier 2005, *Pas.*, 2005, I, p. 217 ; Cass., 12 septembre 2003, *Pas.*, 2003, I, p. 1405 ; Cass., 30 janvier 2003, *R.G.A.R.*, 2004, n° 13845 ; Cass., 17 janvier 2003, *R.G.D.C.*, 2004, p. 86, note S. MOSSELMANS ; Cass., 12 avril 2002, *J.L.M.B.*, 2002, p. 888 ; Cass., 18 octobre 2001, *R.G.D.C.*, 2004, p. 84 ; Cass., 21 mai 1999, *R.G.D.C.*, 1999, p. 652 ; Cass., 5 juin 1998, *R.G.A.R.*, 2000, n° 13269.

(196) Cass., 19 janvier 1978, *Pas.*, 1978, I, p. 582, *R.C.J.B.*, 1979, p. 245, note R.-O. DALCQ.

(197) Cass., 25 avril 2005, *R.G.* n° C.03.0400.N, *Pas.*, 2005, p. 924, *R.W.*, 2007-2008, p. 62.

(198) H. JACQUEMIN et J.-B. HUBIN, « La responsabilité extracontractuelle du fait des robots ou des applications d'intelligence artificielle », in *L'intelligence et le droit*, Bruxelles, Larcier, 2017, p. 125.

(199) B. DUBUISSON, « Développements récents concernant les responsabilités du fait des choses (choses, animaux, bâtiments) », *R.G.A.R.*, 1997, n° 12729, nos 33, 36 et 37 ; R. MARCHETTI, « Quelques considérations à l'égard de la notion de vice et de l'exigence causale dans le cadre de la responsabilité du fait des choses vicieuses », *R.G.D.C.*, 2005, pp. 340-341 ; « La responsabilité du gardien d'une chose affectée d'un vice (art. 1384, al. 1^{er}, du Code civil) », in G. CRUYSMANS (coord.), *Actualités en droit de la responsabilité*, Bruxelles, Bruylant, 2015, p. 41.

Le dernier élément de la définition du vice exige que la caractéristique anormale soit susceptible de causer un préjudice⁽²⁰⁰⁾. Il fait débat en doctrine. Tandis que certains y voient le rappel de l'exigence d'un lien de causalité, d'autres y décèlent une condition de prévisibilité du dommage qui heurte cependant le caractère objectif de la responsabilité visée à l'article 1384, alinéa 1^{er}, *in fine*.

La preuve de l'existence du vice incombe à la victime, le cas échéant, au moyen de la preuve par élimination (preuve par induction) qui consiste à démontrer que la victime peut se borner à démontrer que le dommage ne peut s'expliquer que par l'existence d'un vice, à l'exclusion de toute autre cause possible.

64. – Application à l'IA. La capacité d'apprentissage de l'IA rend l'appréciation du critère de normalité excessivement ardue. La référence à un modèle s'accommode très mal du caractère évolutif de l'intelligence artificielle.

La conception fonctionnelle du vice devrait cependant ouvrir plus largement les possibilités de recourir avec succès à l'article 1384, alinéa 1^{er}, de l'ancien Code civil.

Le caractère évolutif, complexe – et donc souvent imprévisible – du comportement de certaines IA pourrait cependant poser problème si l'on retient, au niveau de l'application de l'article 1384, alinéa 1^{er}, *in fine* du Code civil une condition de prévisibilité du dommage.

Les distinctions théoriques entre l'IA faible et l'IA forte⁽²⁰¹⁾ ou encore entre l'IA symbolique et l'IA connexionniste⁽²⁰²⁾ pourraient à cet égard constituer des outils intéressants dans l'appréciation du vice.

Sur le plan probatoire, la victime d'un dommage causé par un produit d'intelligence artificielle se trouvera certainement démunie vu la complexité et le haut degré de technologie de l'IA. Il n'en reste pas moins que la victime pourra, comme nous l'avons vu (*supra*, n° 63),

(200) Cass., 11 septembre 1980, *Res jur. imm.*, 1980, p. 327. Voy. aussi R. MARCHETTI et E. MONTERO, « Le point sur la responsabilité du fait des choses (choses, animaux, bâtiments) : 10 ans de jurisprudence », in *Droit de la responsabilité*, coll. CUP, Limal, Anthemis, 2009, n°s 31 et s.

(201) L'IA symbolique reproduit le raisonnement logique humain, tandis que l'IA connexionniste est à l'origine du *deep learning* et se base davantage sur l'architecture des neurones qui fonctionnent en réseau. L'apprentissage se réalise sous la forme d'interactions. Voy. aussi J.-G. GANASCIA, *Le mythe de la singularité : faut-il craindre l'intelligence artificielle*, Paris, Seuil, 2017.

(202) Voy. J.-P. HATON, « L'intelligence artificielle », texte de la 263^e conférence de l'Université de tous les savoirs donnée le 19 septembre 2000, <https://streaming-canal-u.fmsh.fr/vod/media/canal/documents/utls/190900.pdf> ; J.-P. HATON, *L'Intelligence Artificielle*, coll. Que sais-je ?, Paris, PUF, n° 2444, 1989. Voy., sur les connexions de neurones, A. BENSSOUSSAN et J. BENSSOUSSAN, *IA, robots et droit, op. cit.*, p. 383.

rapporter cette preuve par élimination. L'admission de la preuve inductive du vice lui facilitera la tâche. À cet égard, le comportement anormal de l'IA pourrait jouer le rôle de présomption et contribuer à démontrer l'existence d'un vice.

La réforme du droit de la preuve⁽²⁰³⁾ pourrait connaître un regain d'intérêt, et ce, à plusieurs égards.

Premièrement, le principe de collaboration des parties à l'administration de la preuve pourrait venir au secours des victimes en proie à une asymétrie d'information (voy. *supra*, n° 38).

Deuxièmement, ces victimes pourront compter sur l'exception de preuve par vraisemblance applicable aux faits négatifs et étendue certains faits positifs par l'article 8.6 (voy. *supra*, n° 40).

Troisièmement, la possibilité de solliciter un renversement de la charge de la preuve (art. 8.4, al. 5, C. civ.) ne doit pas être oubliée, notamment en cas de violation du principe de collaboration des parties à l'administration de la preuve.

65. – Le projet de réforme. La proposition de loi consacrée au droit de la responsabilité extracontractuelle vient modifier la définition du vice retenue sous l'empire du Code Napoléon. Elle précise, en son article 6.17, alinéa 3, qu'« [u]ne chose est affectée d'un vice lorsque, en raison d'une de ses caractéristiques, elle n'offre pas la sécurité à laquelle on peut légitimement s'attendre dans les circonstances données ». Les auteurs soulignent que « la notion de caractéristique anormale est remplacée par une référence aux attentes légitimes en matière de sécurité »⁽²⁰⁴⁾. Une telle conception aura sans aucun doute vocation à englober de manière plus large les systèmes d'intelligence artificielle.

iii. *Le gardien*

66. – Définition. Le gardien est « celui qui, pour son propre compte, use de la chose, en jouit ou la conserve, avec un pouvoir de surveillance, de direction et de contrôle »⁽²⁰⁵⁾. Il convient d'identifier celui

(203) Loi du 13 avril 2019 portant création d'un Code civil et y insérant un livre 8 « La preuve », *M.B.*, 14 mai 2019.

(204) Proposition de loi portant le livre 6 « La responsabilité extracontractuelle » du Code civil, *Doc. parl.*, Ch. repr., sess. ord. 2022-2023, n° 55-3213/001, p. 77.

(205) Cass., 18 avril 1975, *Pas.*, 1975, p. 828 ; Cass., 26 juin 1980, *Pas.*, 1980, I, p. 1362 ; Cass., 11 septembre 1980, *Pas.*, 1980, I, p. 39 ; Cass., 7 mai 1982, *Pas.*, 1982, I, p. 1023 ; Cass., 11 octobre 1985, *Pas.*, 1986 I, p. 149 ; Cass., 4 avril 1986, *Pas.*, 1986, p. 948 ; Cass., 29 octobre 1987, *Pas.*, 1988, I, p. 251 ; Cass., 24 janvier 1991, *Pas.*, 1991, I, p. 500 ; Cass. (3^e ch.), 22 mars 2004, *Pas.*, 2004, I, p. 487 ; Cass. (1^{re} ch.), 20 mars 2003, *Pas.*, 2003, p. 581, *Journ. proc.*, n° 457, 2003, p. 29, obs. J.K.,

qui, au moment de la naissance du dommage (et non au moment de la naissance du vice)⁽²⁰⁶⁾, a le pouvoir de commandement sur la chose⁽²⁰⁷⁾, sachant que l'exercice de la garde doit l'être pour son propre compte.

La notion de garde s'est progressivement développée en jurisprudence. Elle renvoie désormais davantage à l'idée d'un pouvoir intellectuel⁽²⁰⁸⁾ sur la chose – qui fait plutôt écho à la notion de garde juridique sans toutefois s'y confondre – qu'à l'idée d'une maîtrise effective⁽²⁰⁹⁾. En pratique, cette conception aboutit généralement à ce que le propriétaire de la chose soit qualifié de gardien, à moins qu'il ne démontre avoir transféré la garde à un tiers.

Le gardien ne pourra se réfugier derrière l'ignorance invincible du vice ni par son niveau faible de connaissances techniques⁽²¹⁰⁾.

67. – Application à l'IA. En présence d'un système d'intelligence artificielle, la question de l'identification du gardien se posera avec beaucoup d'acuité. Qui revêt, par exemple, la qualité de gardien entre le concepteur, l'intégrateur ou l'exploitant d'un programme d'ordinateur⁽²¹¹⁾ ? On peut également se demander si l'utilisateur de l'IA ne revêtira pas trop fréquemment la qualité de gardien.

Le risque de ne retenir aucun gardien est d'ores et déjà pointé par la doctrine⁽²¹²⁾. Même si l'on enseigne que toute chose fait l'objet d'une garde à l'exception des *res nullius*, J.-B. Hubin et H. Jacquemin s'inquiètent de ce que « l'autonomie caractérisant ces nouveaux produits, et leur capacité à évoluer de manière non prévisible, pourraient s'avérer incompatibles avec le pouvoir de surveillance, de direction et de contrôle attendu d'un gardien. À terme, si l'intelligence artificielle dépasse les capacités humaines, la personne humaine pourrait ne plus être en mesure d'exercer son pouvoir de direction intellectuelle. Ainsi, l'article 1384, alinéa 1^{er}, de l'ancien Code civil pourrait s'avérer impuissant à assurer la

R.G.A.R., 2005, n° 13996, *R.C.J.B.*, 2006, p. 9, note B. DUBUISSON ; Cass., 25 mars 1999, *Pas.*, 1999, I, p. 183, *A.J.T.*, 1999-2000, p. 410.

(206) Cass., 22 février 2018, *Pas.*, 2018, p. 399.

(207) R.O. DALCQ, *Traité de la responsabilité civile*, Les Nouvelles, t. V, vol. 1, Bruxelles, Larcier, 1967, n° 2072.

(208) Cass., 13 septembre 2012, *Pas.*, 2012, p. 1647 ; Cass., 11 janvier 2016, *R.G.A.R.*, 2016, n° 15310.

(209) Cass., 22 mars 2004, *Pas.*, 2004, p. 487, *Bull. Ass.*, 2005, p. 352.

(210) Cass., 14 mai 1999, *Bull. Ass.*, 2001, p. 550, et Cass., 7 mai 1982, *Pas.*, 1982, p. 1023, cités par T. MALENGREAU, « Automatisation de la conduite : quelles responsabilités en droit belge », *R.G.A.R.*, 2019, n° 15582/8.

(211) Voy., sur ces questions, J.-B. HUBIN, A. CRUQUENAIRE et V. ROUARD, « Le *big data* : responsabilités et solutions pratiques pour un encadrement contractuel », *R.D.T.I.*, 2018, pp. 103-104.

(212) H. JACQUEMIN et J.-B. HUBIN, « La responsabilité extracontractuelle du fait des robots ou des applications d'intelligence artificielle », in *L'intelligence et le droit, op. cit.*, p. 128.

réparation de certains dommages résultant d'un dysfonctionnement imprévisible de produits d'intelligence artificielle »⁽²¹³⁾.

68. – Projet de réforme. Les auteurs de la proposition de loi consacrée au droit de la responsabilité civile extracontractuelle⁽²¹⁴⁾ ont entendu s'aligner sur la jurisprudence de la Cour de cassation⁽²¹⁵⁾. L'article 6.17, en son alinéa 2, dispose que « [l]e gardien est la personne qui, pour son propre compte, dispose du pouvoir de direction et de contrôle sur la chose ».

La seconde partie de cet alinéa 2 emporte par ailleurs une innovation et instaure une présomption. Il est en effet précisé que « [l]e propriétaire est présumé gardien de la chose, à moins qu'il ne prouve qu'une autre personne en exerce la garde ». Les auteurs justifient le changement en ces termes : « Afin d'éviter, autant que possible, les nombreuses contestations sur la question de savoir qui est le gardien de la chose affectée d'un vice, une présomption légale mais réfragable est établie selon laquelle le propriétaire est réputé disposer du pouvoir de direction et de contrôle de la chose. Cette présomption qui devrait faciliter la tâche de la personne lésée n'existait pas formellement auparavant. Un tel changement va dans le sens de plusieurs jugements et arrêts comme de la doctrine [...]. Le propriétaire sait qu'il est propriétaire de la chose et peut donc s'assurer aisément contre ce risque »⁽²¹⁶⁾.

De prime abord, cette présomption laisse présager que c'est le propriétaire du support mobilisant l'intelligence artificielle qui revêtira la qualité de gardien. Cette présomption risquerait cependant d'engendrer des conséquences iniques.

Cette présomption est par ailleurs peu compatible avec les usages en matière informatique qui tendent, par le recours à l'informatique dans les nuages, à distinguer les supports sur lesquels tournent les systèmes d'IA de la matérialisation ou de la concrétisation logique des services et décisions effectivement fournis par ces outils.

Par exemple, l'utilisateur d'un véhicule autonome pourrait être tenu responsable à défaut pour la société de *software* qui a créé l'algorithme ou le fabricant automobile qui intègre l'algorithme de revêtir la qualité de propriétaire.

(213) *Ibid.*, p. 128.

(214) Proposition de loi portant le livre 6 « La responsabilité extracontractuelle » du Code civil, *Doc. parl.*, Ch. repr., sess. ord. 2022-2023, n° 55-3213/001.

(215) Proposition de loi portant le livre 6 « La responsabilité extracontractuelle » du Code civil, *Doc. parl.*, Ch. repr., sess. ord. 2022-2023, n° 55-3213/001, p. 78.

(216) Proposition de loi portant le livre 6 « La responsabilité extracontractuelle » du Code civil, *Doc. parl.*, Ch. repr., sess. ord. 2022-2023, n° 55-3213/001, p. 78.

Un glissement de la qualité de propriétaire du support vers celle de propriétaire des algorithmes⁽²¹⁷⁾, voire des données⁽²¹⁸⁾, pourrait alors s'opérer. Au vu du caractère immatériel dont il est question en matière d'intelligence artificielle, il semble plus judicieux d'éviter de recourir à la notion de propriété au sens du droit civil. Le recours à un critère fondé sur l'existence d'un pouvoir de contrôle, de surveillance et d'accès sur les données et les algorithmes nous paraît plus adéquat.

b) Responsabilité du fait des animaux

69. – L'inadéquation du régime de l'article 1385 de l'ancien Code civil. L'article 1385 de l'ancien Code civil dispose que « [l]e propriétaire d'un animal, ou celui qui s'en sert, pendant qu'il est à son usage, est responsable du dommage que l'animal a causé, soit que l'animal fût sous sa garde, soit qu'il fût égaré ou échappé ».

La victime qui entend engager la responsabilité du gardien de l'animal doit notamment démontrer l'existence d'un animal susceptible d'être gardé. L'on vise les animaux domestiques, apprivoisés ou encore sauvages pour autant qu'ils aient un gardien au moment du fait dommageable.

L'application de l'article 1385 aux choses inanimées telles que des robots est dès lors proscrite.

70. – La réforme du Code civil. Il convient, à l'endroit de la responsabilité du fait des animaux, d'examiner en parallèle plusieurs projets de réforme.

D'un côté, le projet d'article 6.18 dispose, en son alinéa 1^{er}, que « [l]e gardien d'un animal est responsable sans faute du dommage causé par cet animal ». L'alinéa 2 renvoie à la définition du gardien énoncée en l'article 6.17 relatif à la responsabilité du fait des choses vicieuses. Est considérée comme gardien « la personne qui, pour son propre compte, dispose d'un pouvoir de direction et de contrôle sur l'animal. Le propriétaire est présumé gardien de l'animal, à moins qu'il ne prouve qu'une autre personne en exerce la garde ». La présomption réfragable, largement reconnue par

(217) On peut penser par exemple au titulaire du droit de propriété intellectuelle sur les programmes d'ordinateur.

(218) On peut penser par exemple au titulaire du droit de propriété intellectuelle sur les bases de données. Notons que la détermination du propriétaire d'une donnée est une question qui prête à discussion.

la doctrine et la jurisprudence, qui pèse sur le propriétaire de l'animal est donc applicable tant pour l'article 1384 que pour l'article 1385⁽²¹⁹⁾.

D'un autre côté, le nouvel article 3.39 du Code civil⁽²²⁰⁾ entré en vigueur le 1^{er} septembre 2021 dispose que « les animaux sont doués de sensibilité et ont des besoins biologiques ».

L'examen de ces deux volets confirme l'inapplicabilité du régime en matière d'intelligence artificielle.

c) Responsabilité à charge de l'exploitant d'une activité dangereuse

71. – Une proposition sur la table. Dans l'avant-projet de réforme du droit de la responsabilité civile extracontractuelle, une responsabilité sans faute à charge de l'exploitant d'une activité dangereuse avait vu le jour aux articles 5.190 à 5.196⁽²²¹⁾. Sept articles étaient consacrés à cette nouvelle responsabilité objective qui prend place juste avant la responsabilité du fait des produits défectueux. L'entrée en vigueur du régime devait toutefois dépendre de l'adoption d'un arrêté royal identifiant les activités dangereuses visées par les dispositions légales. Ces dernières n'avaient donc pas, selon les travaux préparatoires, d'effet direct⁽²²²⁾.

Les règles suggérées étaient les suivantes.

- L'exploitant d'activités particulièrement dangereuses est soumis à une règle générale de responsabilité objective.
- Il est défini comme la personne qui dispose en fait d'un pouvoir de direction et de contrôle de l'activité professionnelle, laquelle doit présenter un danger grave et spécifique. La rédaction de la liste des activités concernées est déléguée au Roi.
- Dans un souci de faciliter l'indemnisation de la victime, le fardeau de la preuve est également allégé au moyen d'une présomption de causalité réfragable. La preuve de la vraisemblance de l'existence d'un lien causal entre l'activité professionnelle et le dommage suffit à démontrer que le dommage a été causé par cette activité.

(219) FL. GEORGE, « La réforme du droit de la responsabilité civile en Belgique », in B. DUBUISSON (coord.), *La réforme du droit de la responsabilité en France et en Belgique*, op. cit., pp. 48-49.

(220) Loi du 4 février 2020 portant le livre 3 « Les biens » du Code civil, *M.B.*, 17 mars 2020.

(221) Avant-projet de loi portant insertion des dispositions relatives à la responsabilité extracontractuelle dans le Code civil, version du 1^{er} septembre 2019, <https://justice.belgium.be/fr/bwcc>.

(222) Exposé des motifs de l'avant-projet de loi portant insertion des dispositions relatives à la responsabilité extracontractuelle dans le nouveau Code civil rédigé par la Commission de réforme du droit de la responsabilité instituée par l'arrêté ministériel du 30 septembre 2017, version du 22 août 2018, p. 197.

- Des causes d'exonération de la responsabilité sont par ailleurs expressément prévues.
- Enfin, le dommage réparable est limité au dommage résultant d'une atteinte à l'intégrité physique. Un plafond d'indemnisation pourra par ailleurs être défini par le Roi.

Même si les auteurs du projet avaient davantage à l'esprit la catastrophe de Ghislenghien que l'émergence de l'intelligence artificielle, il n'était pas exclu que certains systèmes d'intelligence artificielle puissent être visés dans le cadre de l'arrêté royal identifiant les activités dangereuses.

À l'instar de la proposition de Règlement européen⁽²²³⁾, une distinction entre les types d'IA en fonction des risques qu'elles créent aurait pu être envisagée (IA à haut risque *vs* IA à faible risque).

Ce dispositif a toutefois disparu de la proposition de loi⁽²²⁴⁾ déposée au Parlement vraisemblablement à la suite du lobbying exercé par les différents acteurs du marché de l'énergie.

d) *La responsabilité du fait des produits défectueux (renvoi Point B, n^{os} 85 et s.)*

3) *Les régimes fondés sur la solidarité*

a) *L'article 29bis de la loi du 21 novembre 1989*

72. – Aperçu. Inspirée de la loi française du 5 juillet 1986 (appelée « loi Badinter »)⁽²²⁵⁾ et plus généralement d'un mouvement international soucieux d'assurer une indemnisation aux victimes d'accidents de la circulation⁽²²⁶⁾, la loi du 30 mars 1994⁽²²⁷⁾ a inséré, dans la loi du 21 novembre 1989⁽²²⁸⁾, un article 29bis.

(223) Proposition de règlement du Parlement européen et du Conseil établissant des règles harmonisées concernant l'intelligence artificielle (législation sur l'intelligence artificielle) et modifiant certains actes législatifs de l'Union.

(224) Proposition de loi portant le livre 6 « La responsabilité extracontractuelle » du Code civil, *Doc. parl.*, Ch. repr., sess. ord. 2022-2023, n° 55-3213/001.

(225) La loi n° 85-677 du 5 juillet 1985 tendant à l'amélioration de la situation des victimes d'accidents de la circulation et à l'accélération des procédures d'indemnisation, www.legifrance.fr.

(226) Voy., sur cette évolution, H. DE RODE, *L'indemnisation des victimes faibles d'accidents de circulation. L'article 29bis*, Louvain-la-Neuve, Anthemis, 2008, pp. 7 et s.

(227) Loi du 30 mars 1994 portant des dispositions sociales, *M.B.*, 31 mars 1994. Voy., plus particulièrement, l'article 45.

(228) Loi du 21 novembre 1989 relative à l'assurance obligatoire de la responsabilité en matière de véhicules automoteurs, *M.B.*, 8 décembre 1989.

L'objectif poursuivi par le législateur consiste à offrir à la victime d'un accident de la circulation (et ses ayants droit) l'indemnisation de son préjudice corporel⁽²²⁹⁾ en mettant cette réparation à charge de l'assureur qui couvre la responsabilité du propriétaire ou du détenteur du véhicule, voire, à défaut d'assurance, au Fonds commun de garantie belge. L'indemnisation est ici davantage fondée sur une idée de solidarité. En arrière-plan, outre la volonté de lutter contre l'arriéré judiciaire, l'on transfère des charges financières qui étaient jusque-là assumées par les mutuelles de santé vers des assureurs privés⁽²³⁰⁾, dès lors que cette assurance est, depuis 1989, obligatoire. Le régime mis en place va donc au-delà d'un régime de responsabilité objective lié au risque de la circulation dès lors qu'il permet l'indemnisation de la victime responsable de l'accident.

73. – Conditions. Pour obtenir une indemnisation sur la base de l'article 29bis de la loi du 21 novembre 1989, la victime d'un accident de la circulation doit prouver la réunion de plusieurs conditions à savoir : 1° un véhicule automoteur ; 2° un accident de la circulation ; 3° la survenance de l'accident sur un terrain public ou semi-public ; 4° l'implication du véhicule automoteur. L'indemnisation automatique profite à toute victime d'un accident de la circulation, à l'exception du conducteur du véhicule automoteur impliqué dans l'accident et ses ayants droit.

74. – Application à l'IA : véhicule autonome⁽²³¹⁾. Parmi d'autres conditions, l'application du régime exige l'implication d'un « véhicule automoteur » dans l'accident, puisque c'est à l'assureur R.C. auto de ce véhicule qu'incombera l'obligation d'indemniser l'usager faible victime de l'accident. Suivant l'article 1^{er} de la loi du 21 novembre 1989, le véhicule automoteur est celui qui est destiné à circuler sur le sol et qui peut être actionné par une force mécanique. Compte tenu de cette définition, rien ne s'oppose à qualifier le véhicule autonome d'« automoteur ». Le fait qu'il soit actionné par un système de conduite automatisée n'a *a priori* aucun impact sur cette qualification. D'ailleurs, l'existence de systèmes d'assistance à la conduite qui équipent déjà de nombreux véhicules (*cruise control, lane keeping assistance...*) n'a

(229) Seuls les dommages résultant de lésions corporelles ou du décès sont réparables en vertu de l'article 29bis.

(230) B. DUBUISSON, « La loi du 19 janvier 2001, modifiant le régime d'indemnisation des usagers faibles de la route – “Cent fois sur le métier...” », *L'indemnisation des usagers faibles de la route*, Bruxelles, Larcier, 2001, p. 586.

(231) Voy., sur cette question, T. MALENGREAU, « Automatisation de la conduite : quelles responsabilités en droit belge ? », in C. LAZARO et A. STROWEL (dir.), *Des véhicules autonomes à l'intelligence artificielle*, 1^{re} éd., Bruxelles, Larcier, 2020, pp. 47-130.

jamais amené une juridiction à refuser l'application du régime d'indemnisation automatique.

75. – Application à l'IA : conducteur ou usager faible⁽²³²⁾. La notion de « conducteur », au sens de l'article 29bis de la loi du 21 novembre 1989, doit s'interpréter de manière restrictive, au motif qu'elle constitue d'une dérogation à la règle de l'indemnisation automatique des victimes d'accidents de la circulation⁽²³³⁾.

76. – À cet égard, si l'on a pu un temps trouver dans la jurisprudence de la Cour de cassation⁽²³⁴⁾ une confirmation de cette approche restrictive⁽²³⁵⁾, ses arrêts les plus récents⁽²³⁶⁾ autorisent toutefois à s'interroger sur la consécration d'une interprétation plus large de la notion de « conducteur »⁽²³⁷⁾.

77. – S'agissant de définir la notion de « conducteur », la Cour de cassation s'est, dans un premier temps, contentée d'un simple renvoi à la jurisprudence de la Cour de justice du Benelux⁽²³⁸⁾. Dans deux arrêts, elle a ainsi indiqué qu'est conducteur « celui qui conduit le véhicule de manière effective et indépendante et assume ainsi, en fait, la responsabilité de la conduite »⁽²³⁹⁾. La Cour a par la suite précisé son propos, et enseigne désormais de manière constante que la qualité de « conducteur » se déduit d'une « maîtrise » du véhicule au moment de

(232) *Ibid.*

(233) C. VAN SCHOUBROECK et T. MEURS, *Vergoedingsregeling zwakke weggebruiker (art. 29bis WAM-wet)*, Malines, Kluwer, 2013, p. 20, n° 20 ; av. gén. J.-M. GENICOT, concl. préc. Cass., 18 mai 2012, disponible en ligne à l'adresse www.cass.be ; B. DUBUISSON, « Questions diverses : l'application de la loi dans le temps et dans l'espace, le préjudice par répercussion, la situation du conducteur », in P. JADOUL et B. DUBUISSON (dir.), *L'indemnisation des usagers faibles de la route*, coll. Dossiers du J.T., vol. 35, Bruxelles, Larcier, 2002, p. 165, n° 24.

(234) Voy. Cass., 13 avril 2007, *Pas.*, 2007, p. 681 ; *R.W.*, 2007-2008, p. 1078, note D. SIMOENS ; Cass., 18 mai 2012, *Pas.*, 2012, p. 1118 (concl. av. gén. J. GENICOT disponibles en ligne à l'adresse www.juridat.be) ; Cass., 7 juin 2012, *Bull. Ass.*, 2012, p. 477, note E. VAN DEN HOUTE.

(235) T. COPPÉE, « L'indemnisation des conducteurs éjectés au regard de l'article 29bis de la loi du 21 novembre 1989 : une question mouvementée », note sous Cass., 19 juin 2015, *Recueil de jurisprudence : responsabilité – assurances – Accidents du travail*, vol. V, *Jurisprudence 2015*, Limal, Anthemis, 2016, pp. 133-134, n° 12.

(236) Cass., 19 juin 2015, *R.A.B.G.*, 2016, p. 120, note T. VERHEYEN ; *Rec. jur. ass.*, 2015, p. 127, note T. COPPÉE ; Cass., 7 septembre 2015, *J.L.M.B.*, 2015, p. 1998, note B. DUBUISSON ; *Pas.*, 2015, p. 1938, concl. J. GENICOT ; *R.A.B.G.*, 2016, p. 123, note T. VERHEYEN.

(237) Voy., à ce propos, T. VERHEYEN, « Het begrip "bestuurder" (art. 29bis WAM) verder uitgeklaard door het Hof van Cassatie », note sous Cass., 19 juin 2015 et 7 septembre 2015, *R.A.B.G.*, 2016, pp. 125 et s., spéc. n° 13.

(238) Voy. C.J. Benelux, 8 décembre 1994, aff. A 93/5, *R.W.*, 1994-1995, p. 908, concl. B. JANSSENS DE BISTHOVEN.

(239) Cass., 13 avril 2007, *Pas.*, 2007, p. 681 ; *R.W.*, 2007-2008, p. 1078, note D. SIMOENS ; Cass., 7 juin 2012, *Bull. Ass.*, 2012, p. 477, note E. VAN DEN HOUTE.

l'accident⁽²⁴⁰⁾. À l'aune de plusieurs définitions proposées par la doctrine⁽²⁴¹⁾, la Haute juridiction ajoute que la maîtrise du véhicule suppose l'utilisation de « moyens mécaniques capables de lui imprimer une direction » et le « contrôle de la puissance du moteur »⁽²⁴²⁾, ce qui indique qu'il doit être question d'une maîtrise effective, et non simplement théorique, qui s'apprécie en fait, et non *in abstracto*⁽²⁴³⁾. Les juges du fond s'en tiennent généralement à ces enseignements⁽²⁴⁴⁾.

78. – Déterminer qui avait la maîtrise d'un véhicule impliqué dans un accident de la circulation peut donc s'avérer malaisé. Ceci est sans doute plus vrai encore dans le contexte de l'automatisation de la conduite, dès lors que rien de ce qui a jusqu'à présent été décidé dans la jurisprudence n'a été pensé au départ d'un accident impliquant un véhicule autonome. Certes, on peut aisément admettre que l'utilisateur d'un véhicule totalement autonome (niveau 5) n'aurait, *a priori*, plus aucune maîtrise de son véhicule, de sorte qu'il ne serait vraisemblablement pas considéré comme un conducteur et qu'il pourrait pleinement bénéficier du régime d'indemnisation. Il devrait en être de même pour les utilisateurs de véhicules capables d'une autonomie complète dans certaines conditions déterminées (niveau 4), pendant la période au cours de laquelle ils abandonneraient effectivement la conduite au système. À cet égard, il nous semble que l'absence – le cas échéant temporaire – de conducteur ne constituerait pas un obstacle à l'indemnisation des victimes d'un éventuel accident. Si l'utilisateur devait être la seule victime d'un accident n'impliquant que son véhicule autonome, il s'adresserait à son propre assureur pour l'indemnisation des dommages couverts par le régime⁽²⁴⁵⁾.

(240) Voy. notamment Cass., 13 mai 2016, *R.G.A.R.*, 2016, n° 15.330 ; Cass., 7 septembre 2015, *J.L.M.B.*, 2015, p. 1998, note B. DUBUISSON ; *Pas.*, 2015, p. 1938, concl. J. GENICOT ; *R.A.B.G.*, 2016, p. 123, note T. VERHEYEN.

(241) Voy. les définitions proposées par D. SIMOENS (« De gewijzigde vergoedingsregel ten voordele van voetgeangers, fietsers en passagiers », *R.W.*, 1995-1996, p. 220) et B. DUBUISSON (« Questions diverses : l'application de la loi dans le temps et dans l'espace, le préjudice par répercussion, la situation du conducteur », *op. cit.*, p. 166, n° 25).

(242) Cass., 19 juin 2015, *R.A.B.G.*, 2016, p. 120, note T. VERHEYEN ; Cass., 18 mai 2012, *Pas.*, 2012, p. 1118.

(243) B. DUBUISSON, « Le passager impétueux qui devient conducteur... deux fois puni », note sous Cass., 7 septembre 2015, *J.L.M.B.*, 2015, p. 2005 ; av. gén. J.-M. GENICOT, concl. préc. Cass., 18 mai 2012, disponible en ligne à l'adresse www.cass.be.

(244) Voy., Pol. Flandre-Orientale (div. Dendermonde), 17 mai 2016, *J.J.Pol.*, 2016, p. 127 ; Civ. (nl.) Bruxelles, 14 avril 2015, *C.R.A.*, 2015, p. 37 ; Pol. Anvers (div. Malines), 4 juin 2014, *J.J.Pol.*, 2015, p. 65.

(245) Ceci peut évidemment poser question si l'on envisage le système d'indemnisation automatique comme une règle de responsabilité (objective), qui suppose nécessairement une altérité entre l'auteur du dommage et la victime. Nous n'entrerons pas ici dans les détails de cette question (voy.

79. – Par ailleurs, il semble assez clair que l'existence de systèmes d'aide à la conduite propres aux niveaux 1 et 2 n'implique pas en soi la perte de la maîtrise du véhicule. La responsabilité de la mise en œuvre de certaines fonctions de conduite est certes transférée à un système informatique, mais l'utilisateur peut rester pleinement maître de son véhicule. En réalité, les choses se compliquent dès l'instant où l'utilisateur laisse au système le soin d'imprimer une direction au véhicule et de contrôler la puissance du moteur, et où cet utilisateur endosse le rôle d'un simple superviseur. À cet égard, il paraît difficile d'assimiler cette supervision à la maîtrise effective – réelle – propre à la conduite, telle que la conçoit la Cour de cassation dans le cadre de l'article 29bis de la loi du 21 novembre 1989. Si un accident survient pendant le temps où la conduite est confiée au système, il semble logique de considérer l'utilisateur comme un usager faible. Il en serait autrement si la jurisprudence de la Cour évoluait vers un élargissement de la notion de « conducteur », qui inclue le contrôle théorique – ou virtuel, par opposition au contrôle effectif – du véhicule. Serait conducteur celui qui, pour reprendre l'expression de la Cour de justice du Benelux, est « responsable » de la conduite – mais, cette fois, indépendamment d'une conduite effective et indépendante⁽²⁴⁶⁾. Il est, à cet égard, intéressant de rappeler que, dans ses deux derniers arrêts consacrés à la notion de conducteur⁽²⁴⁷⁾, la Cour de cassation s'est limitée à une définition fondée sur la maîtrise du véhicule, sans ajouter qu'elle devait passer par une utilisation effective des moyens mécaniques de celui-ci. Par ailleurs, il faut noter que la maîtrise propre à la conduite ne doit apparemment pas être totale. Même très limitée, elle peut justifier la qualification de conducteur⁽²⁴⁸⁾. Dans l'arrêt du 7 septembre 2015 précité, la Cour de cassation a admis que le passager qui tire subitement et sans raison sur le volant du véhicule en circulation soit considéré comme le conducteur.

les réflexions de B. DUBUISSON, « Questions diverses : l'application de la loi dans le temps et dans l'espace, le préjudice par répercussion, la situation du conducteur », *op. cit.*, pp. 172-174, n° 30-31).

(246) Voy. J. TANGHE et J. DE BRUYNE, « Software aan het stuur. Aansprakelijkheid voor schade veroorzaakt door autonome motorrijtuigen », in T. VANSWEEVELT et B. WEYTS (dir.), *Nieuwe risico's in het aansprakelijkheids- en verzekeringsrecht*, Allie III, Anvers, Intersentia, 2018, pp. 17-18, n° 26 ; « Aansprakelijkheid voor schade veroorzaakt door autonome motorrijtuigen », *R.W.*, 2016-2017, p. 984, n° 71-72.

(247) Voy. notamment Cass., 13 mai 2016, *R.G.A.R.*, 2016, n° 15.330 ; Cass., 7 septembre 2015, *J.L.M.B.*, 2015, p. 1998, note B. DUBUISSON ; *Pas.*, 2015, p. 1938, concl. J. GENICOT ; *R.A.B.G.*, 2016, p. 123, note T. VERHEYEN.

(248) Voy. J. TANGHE et J. DE BRUYNE, « Software aan het stuur. Aansprakelijkheid voor schade veroorzaakt door autonome motorrijtuigen », *op. cit.*, p. 16.

80. – Il n'est donc pas exclu que l'utilisateur d'un véhicule équipé d'un système avancé de conduite automatisée soit qualifié de « conducteur », au sens de l'article 29bis de la loi du 21 novembre 1989, quand bien même son intervention dans les opérations de conduite serait limitée. Ceci aurait pour conséquence directe de le priver du bénéfice de l'indemnisation automatique en cas d'accident. Or, indépendamment des critiques qui peuvent être élevées contre le principe même de l'exclusion du conducteur⁽²⁴⁹⁾, il est permis de se demander si le maintien de celle-ci se justifierait encore dans le contexte de l'automatisation⁽²⁵⁰⁾.

b) *La loi sur les accidents médicaux*⁽²⁵¹⁾

81. – Champ d'application. Il est loisible à la victime d'un accident médical, outre le fait de diligenter une action en responsabilité devant les cours et tribunaux, de réclamer l'indemnisation de son dommage auprès du Fonds des accidents médicaux⁽²⁵²⁾. Cette procédure devant le Fonds est gratuite, amiable, facultative et non exclusive⁽²⁵³⁾. La décision prise *in fine* par le Fonds pourra toujours être contestée via une procédure judiciaire.

En vertu de l'article 3, § 1^{er}, de la loi, la loi ne s'applique que si le dommage résulte de soins de santé⁽²⁵⁴⁾. Ces derniers s'entendent des « services dispensés par un prestataire de soins en vue de promouvoir, de déterminer, de conserver, de restaurer ou d'améliorer l'état de santé du patient ou de l'accompagner en fin de vie »⁽²⁵⁵⁾. La notion s'interprète largement⁽²⁵⁶⁾.

(249) Voy. D. SIMOENS, « Het verkeersongevallenartikel 29bis W.A.M., versie 2001, hoelang bestand tegen de nieuwe eeuw? », *T.P.R.*, 2001, pp. 658 et s.

(250) Voy., à ce propos, les réflexions de J. TANGHE et J. DE BRUYNE, « Software aan het stuur. Aansprakelijkheid voor schade veroorzaakt door autonome motorrijtuigen », *op. cit.*, pp. 18-20, n^{os} 27-31 ; « Aansprakelijkheid voor schade veroorzaakt door autonome motorrijtuigen », *op. cit.*, pp. 984-986, n^{os} 73-77.

(251) Loi du 31 mars 2010 relative à l'indemnisation des dommages résultant de soins de santé, *M.B.*, 2 avril 2010. Voy., sur l'intelligence artificielle et la santé, le rapport belge de V. RONNEAU dans l'ouvrage publié au GRERCA.

(252) L'article 13 de la loi prévoit cependant une suspension de plein droit de l'examen et le jugement des actions civiles.

(253) S. VAN CAENEGHEM, « La nouvelle loi du 31 mars 2010 relative à l'indemnisation des dommages résultant de soins de santé – Description du nouveau système », *For. Ass.*, 2010, p. 148.

(254) Voy., sur le champ d'application et les exceptions qui l'assortissent, T. VANSWEEVELT, « De Wet Medische Ongevallen », *R.D.S.*, 2010-2011, pp. 93-97.

(255) Art. 2, 4^e, de la loi du 31 mars 2010.

(256) S. VAN CAENEGHEM, « La nouvelle loi du 31 mars 2010 relative à l'indemnisation des dommages résultant de soins de santé – Description du nouveau système », *For. Ass.*, 2010, p. 148 ; T. VANSWEEVELT, « De Wet Medische Ongevallen », *R.D.S.*, 2010-2011, p. 94.

Le Fonds demeure compétent, et ce, peu importe que l'accident médical soit avec ou sans responsabilité. Si le dommage est en lien causal avec une faute d'un prestataire de soins, ce dernier sera tenu responsable. L'indemnisation incombera, sauf contestation, à l'assureur du prestataire de soins. À l'inverse, en l'absence de responsabilité, c'est la solidarité nationale qui prendra le relais.

La procédure est fixée aux articles 12 et suivants de la loi.

82. – Conditions. Les conditions d'indemnisation du Fonds sont fixées à l'article 4 de la loi. Ce dernier dispose :

« Le Fonds indemnise la victime ou ses ayants droit conformément au droit commun :

1° lorsque le dommage trouve sa cause dans un accident médical sans responsabilité, pour autant que le dommage réponde à l'une des conditions de gravité prévues à l'article 5 ;

2° lorsque le Fonds est d'avis ou qu'il est établi que le dommage trouve sa cause dans un fait engageant la responsabilité d'un prestataire de soins, dont la responsabilité civile n'est pas ou pas suffisamment couverte par un contrat d'assurance ;

3° lorsque le Fonds est d'avis que le dommage trouve sa cause dans un fait engageant la responsabilité d'un prestataire de soins et que celui-ci ou son assureur conteste la responsabilité, pour autant que le dommage réponde à l'une des conditions de gravité prévues à l'article 5 ;

4° lorsque l'assureur couvrant la responsabilité du prestataire de soins qui a causé le dommage formule une offre d'indemnisation que le Fonds juge manifestement insuffisante. »

L'article 2, 7°, de la loi précise qu'il faut entendre par accident médical sans responsabilité « un accident lié à une prestation de soins de santé, qui n'engage pas la responsabilité d'un prestataire de soins, qui ne résulte pas de l'état du patient et qui entraîne pour le patient un dommage anormal. Le dommage est anormal lorsqu'il n'aurait pas dû se produire compte tenu de l'état actuel de la science, de l'état du patient et de son évolution objectivement prévisible. L'échec thérapeutique et l'erreur non fautive de diagnostic ne constituent pas un accident médical sans responsabilité »⁽²⁵⁷⁾.

Cette notion de dommage anormal (à savoir le dommage qui n'aurait pas dû se produire compte tenu de l'état actuel de la science ainsi que de l'état du patient et de son évolution objectivement prévisible), qui cristallise déjà à l'heure actuelle les discussions, ne sera guère facile à appréhender en présence de systèmes d'IA.

(257) Voy., pour une illustration, Civ. Bruxelles fr., 5 mars 2018, R.G. n° 17/868, inédit, cité par Q. ALALUF, « L'accident médical sans responsabilité et le dommage anormal », in I. LUTTE (dir.), *États généraux du droit médical et du dommage corporel*, Limal, Anthemis, 2018, p. 206.

La loi exige de surcroît un certain seuil de gravité. Le dommage est considéré comme suffisamment grave, aux termes de l'article 5, que si « *une des conditions suivantes est remplie* :

- 1° le patient subit une invalidité permanente d'un taux égal ou supérieur à 25 % ;
- 2° le patient subit une incapacité temporaire de travail au moins durant six mois consécutifs ou six mois non consécutifs sur une période de douze mois ;
- 3° le dommage occasionne des troubles particulièrement graves, y compris d'ordre économique, dans les conditions d'existence du patient ;
- 4° le patient est décédé »⁽²⁵⁸⁾.

c) *La loi sur les accidents technologiques*

83. – Aperçu. La loi du 13 novembre 2011 relative à l'indemnisation des dommages corporels et moraux découlant d'un accident technologique⁽²⁵⁹⁾ met en place un régime d'indemnisation sans responsabilité. Il s'agit d'un « système obligatoire de règlement pour compte de qui il appartiendra visant à garantir une indemnisation rapide des victimes »⁽²⁶⁰⁾. C'est au Fonds commun de garantie belge qu'il incombe de lancer les appels de fonds auprès des assureurs et de gérer la procédure d'indemnisation. « Dans le cadre de la procédure d'indemnisation, le Fonds commun agit à la fois pour le compte de la Caisse nationale des calamités et pour le compte des assureurs qui pourraient avoir à supporter définitivement tout ou partie des montants versés aux victimes en cas d'insolvabilité du ou des responsables »⁽²⁶¹⁾. Son intervention est subsidiaire.

84. – Conditions. Conformément l'article 3 de la loi, celle-ci a « pour but de réparer, dans les conditions et limites prévues ci-après, le dommage des victimes et de leurs ayants droit résultant de lésions corporelles, lorsque la catastrophe technologique de grande ampleur est déclarée sinistre exceptionnel par le Comité des sages »⁽²⁶²⁾, sans devoir

(258) Voy., sur ces seuils de gravité et leur appréciation en jurisprudence, Q. ALALUF, « L'accident médical sans responsabilité et le dommage anormal », in I. LUTTE (dir.), *États généraux du droit médical et du dommage corporel*, op. cit., pp. 222 et s.

(259) *M.B.*, 24 février 2012.

(260) B. DUBUISSON, « La loi belge relative à l'indemnisation des dommages découlant d'un accident technologique majeur », in *La socialisation de la réparation : fonds d'indemnisation et assurances*, 1^{re} éd., Bruxelles, Bruylant, 2015, pp. 33-50.

(261) *Ibid.*, p. 44.

(262) Voy. l'article 4 pour la composition du comité.

attendre que les responsabilités aient été déterminées ». L'article 2, 1^o, définit l'accident technologique comme étant « un accident dû à une défaillance humaine ou à une cause technique, survenant dans des immeubles, des ouvrages ou des installations exploit[é]s ou déten[u]s par toute personne physique ou morale, publique ou privée, que les lieux soient accessibles ou non au public ». La catastrophe technologique de grande ampleur est, quant à elle, définie à l'article 2, 2^o, comme « un accident technologique causant à au moins cinq personnes physiques des lésions corporelles telles qu'elles entraînent le décès de la victime, son hospitalisation immédiate et ininterrompue d'au moins quinze jours ou des séjours répétés en milieu hospitalier sur une période de six mois ».

Seule la victime, personne physique, pourra solliciter la réparation de son dommage (économique ou moral) résultant de lésions corporelles. La procédure est fixée aux articles 6 et suivants.

L'absence de définition claire de l'accident technologique laisse ouverte la voie d'une indemnisation par le Fonds des dommages causés par l'IA. Les conditions fixées à l'article 3 devront être scrupuleusement respectées. Par ailleurs, on notera que les dommages découlant du défaut d'un produit visé par la loi du 25 février 1991 sont exclus, ce qui risquerait peut-être de réduire à peau de chagrin l'intervention du Fonds en matière d'IA.

B. – Responsabilité du fait des produits

1) *Propos introductifs*

85. – Quelques rappels juridiques liminaires. La directive 85/374/CEE du 25 juillet 1985⁽²⁶³⁾ a institué au niveau européen un régime spécial de responsabilité du fait des « produits défectueux », transposé dans notre droit belge par une loi du 25 février 1991⁽²⁶⁴⁾. Tout producteur est ainsi responsable du dommage causé par un défaut de son produit, sans que la victime ait à démontrer l'existence d'une faute. Ce système de responsabilité (quasi) objective⁽²⁶⁵⁾, qui ne

(263) Directive 85/374/CEE du Conseil relative au rapprochement des dispositions législatives, réglementaires et administratives des États membres en matière de responsabilité du fait des produits défectueux, *JOCE*, L 210, 7 août 1995, p. 29.

(264) Loi du 25 février 1991 relative à la responsabilité du fait des produits défectueux, *M.B.*, 22 mars 1991, p. 5884.

(265) L'expression « quasi objective » est empruntée à P. LE TOURNEAU (*Droit de la responsabilité et des contrats*, Paris, Dalloz, 2006, p. 1477, n° 8350). La faute n'est en effet pas totalement absente du régime, puisqu'elle refait surface au niveau des moyens de défense dont dispose

couvre pas tous les dommages⁽²⁶⁶⁾, profite à toute « personne lésée »⁽²⁶⁷⁾, victime directe ou indirecte⁽²⁶⁸⁾, indépendamment de sa qualité de consommateur ou de professionnel⁽²⁶⁹⁾, qu'il s'agisse d'une personne physique ou morale⁽²⁷⁰⁾, et qu'elle soit liée ou non par un contrat avec le producteur⁽²⁷¹⁾.

Pour mener à bien son action, la victime doit donc démontrer l'existence d'un défaut, d'un dommage et d'un lien de causalité entre le défaut et le dommage. C'est elle qui supporte la charge de la preuve⁽²⁷²⁾.

Sauf exception⁽²⁷³⁾, l'exercice d'une action fondée sur ce régime particulier ne prive pas la victime du droit d'exercer les recours que lui offre le droit commun de la responsabilité, contractuelle ou extra-contractuelle⁽²⁷⁴⁾. Outre de l'autoriser à donner plusieurs fondements à sa demande de réparation, cela doit lui permettre d'obtenir réparation

le producteur pour tenter d'échapper à sa responsabilité et, dans une certaine mesure, dans l'appréciation du défaut (particulièrement lorsqu'il est question d'un défaut d'information – cf. *infra*, n° 94 et n° 99-100).

(266) Voy. art. 11 de la loi du 25 février 1991 ; art. 9 de la directive 85/374/CEE.

(267) Art. 7 de la loi du 25 février 1991.

(268) D. VERHOEVEN, *Productaansprakelijkheid en productveiligheid*, Anvers, Intersentia, 2018, pp. 227-228, n° 231. Les travaux préparatoires précisent d'ailleurs que la notion de personne lésée « vise tout ayant droit, qui n'est pas nécessairement la victime elle-même » (projet de loi relative à la responsabilité du fait des produits défectueux, exposé des motifs, *Doc. parl.*, Sénat, 1990-1991, n° 1136/2, p. 12).

(269) D. VERHOEVEN, « Productveiligheid en productaansprakelijkheid: krachtlijnen en toekomstperspectieven », in R. STEENNOT et G. STRAETMANS (dir.), *Wetboek Economisch Recht en de bescherming van de consument*, Anvers, Intersentia, 2015, p. 195, n° 3, et les réf. citées ; C. DELFORGE, « Le défaut de sécurité au sens de la loi du 25 février 1991 relative à la responsabilité du fait des produits défectueux », in C. DELFORGE et J. VAN ZUYLEN (dir.), *Les défauts de la chose. Responsabilités contractuelle et extracontractuelle*, Limal, Anthemis, 2015, pp. 337-338, n° 43, et les réf. citées. L'application du régime en faveur des professionnels trouve cependant certaines limites dans la définition que donne l'article 11 de la loi du dommage réparable. Par ailleurs, s'agissant d'un dommage survenu dans le cadre du travail, l'article 14 de la loi exclut du bénéfice du régime légal la réparation des dommages qui peuvent être indemnisés via un régime de sécurité sociale ou de réparation des accidents du travail ou des maladies professionnelles (voy., à ce propos, T. VANSWEEVELT et B. WEYTS, *Handboek buitencontractueel aansprakelijkheidsrecht*, Anvers, Intersentia, 2009, pp. 523-524, n° 823 ; G. GATHEM, « La responsabilité du fait des produits défectueux », in *Guide juridique de l'entreprise. Traité théorique et pratique*, 2^e éd., t. XII, liv. 118.1, Malines, Kluwer, 2007, p. 22, n° 130. Voy. également les commentaires critiques de M. FALLON, « La loi du 25 février 1991 relative à la responsabilité du fait des produits défectueux », *J.T.*, 1991, p. 467, n° 10).

(270) G. VINEY, P. JOURDAIN et S. CARVAL, *Les régimes spéciaux et l'assurance de responsabilité*, coll. *Traité de droit civil* (J. GHESTIN dir.), 4^e éd., Paris, L.G.D.J., 2017, p. 50, n° 29. *Contra* : C. DELFORGE, « Le défaut de sécurité au sens de la loi du 25 février 1991 relative à la responsabilité du fait des produits défectueux », *op. cit.*, pp. 337-338, n° 43. La remarque que nous avons formulée à la note précédente à propos du dommage réparable s'applique cependant ici aussi.

(271) T. VANSWEEVELT et B. WEYTS, *Handboek buitencontractueel aansprakelijkheidsrecht*, *op. cit.*, pp. 499-500, n° 783.

(272) Art. 7 de la loi du 25 février 1991.

(273) Voy. art. 14 de la loi du 25 février 1991.

(274) Art. 13 de la loi du 25 février 1991.

de la part de son préjudice qui ne serait pas couverte par la loi du 25 février 1991⁽²⁷⁵⁾.

86. – Le régime dans le contexte de l'intelligence artificielle.

Au cours des dernières années, le régime – européen – de responsabilité du fait des produits défectueux a fait l'objet d'une grande attention des institutions européennes dans la perspective du développement de l'intelligence artificielle⁽²⁷⁶⁾.

Au fil des études et consultations, un consensus a émergé sur la nécessité de procéder à une réforme du régime afin de l'adapter aux réalités des technologies de l'intelligence artificielle et du numérique. L'on attendait donc de la Commission qu'elle publie, dans le sillage des nombreux travaux consacrés au sujet, une proposition de directive relative à un régime renouvelé de la responsabilité du fait des produits défectueux, ce qu'elle a finalement fait le 28 septembre 2022. La proposition, dont nous examinerons quelques éléments plus loin⁽²⁷⁷⁾, a pour vocation d'abroger et de se substituer intégralement à la directive actuellement en vigueur.

Pour l'heure, la directive 85/374/CEE demeurant applicable, l'analyse qui suit s'ancrera exclusivement dans le régime qu'elle consacre.

2) *Les personnes responsables*

87. – Une pluralité de responsables potentiels. Les notions de « produit » et de « producteur » doivent être brièvement rappelées, dans la limite des besoins du présent exposé.

(275) Il est, en revanche, exclu que la victime obtienne deux fois la réparation d'un même dommage.

(276) Pour s'en tenir à quelques initiatives récentes, voy. le rapport de la Commission européenne du 19 février 2020 sur les conséquences de l'intelligence artificielle, de l'Internet des objets et de la robotique sur la sécurité et la responsabilité (COM[2020] 64 final, spéc. pp. 14-19), ainsi que le livre blanc sur l'intelligence artificielle publié dans la foulée (COM[2020] 65 final). Voy. également les deux Résolutions adoptées par le Parlement européen, l'une du 15 janvier 2019 sur les véhicules autonomes dans les transports européens (2018/2089[INI], *P.E. Doc.*, P8-TA[2019]0005), l'autre du 20 octobre 2020 contenant des recommandations à la Commission sur un régime de responsabilité civile pour l'intelligence artificielle (2020/2014[INL], *P.E. Doc.*, P9-TA(2020)0276). Voy. encore l'étude « Artificial intelligence in road transport. Cost of non-Europe report », présentée en janvier 2021 au Parlement européen par le *European Parliamentary Research Service* (disponible sur www.europarl.europa.eu/thinktank/en/home.html, voy. spéc. p. 73, pp. 91-92, p. 94, p. 99 et pp. 101-102), mais également l'étude « EU liability rules for the age of artificial intelligence », présentée en mars 2021 par le Centre on Regulation in Europe (CERRE) (disponible sur <https://cerre.eu/>). Enfin, nous avons évoqué (cf. *supra* n^{os} 9 et s.) le fait que la Commission européenne avait adopté, le 21 avril 2021, une proposition de Règlement établissant des règles harmonisées concernant l'intelligence artificielle (COM[2021] 206 final), laquelle est actuellement en discussion.

(277) Cf. *infra*, n^{os} 115 et s.

Le produit est défini par l'article 2 de la loi comme « tout bien meuble corporel, même incorporé à un autre bien meuble ou immeuble, ou devenu immeuble par destination ». La notion vise aussi bien le produit « fini » que l'une de ses composantes⁽²⁷⁸⁾. Par exemple, chacune des pièces d'un véhicule (freins, moteur, pneu...) est, autant que le véhicule lui-même, un *produit* au sens de la loi⁽²⁷⁹⁾.

Le « producteur » est celui à l'égard de qui l'action de la victime doit être dirigée. Il s'agit du fabricant du produit défectueux⁽²⁸⁰⁾. Tous les participants au processus de production sont visés, aussi bien le fabricant du produit fini que le fabricant d'une partie composante de ce produit ou d'une matière première⁽²⁸¹⁾. À cet égard, la preuve du défaut permet d'agir contre le fabricant du produit qui en est affecté, sans qu'il soit nécessaire de se demander si ce défaut provient du produit fini, ou de l'une de ses composantes⁽²⁸²⁾. En outre, le défaut d'une composante rend *de facto* le produit fini défectueux⁽²⁸³⁾. Le cas échéant, la personne lésée est autorisée à assigner simultanément – ou successivement – les deux fabricants⁽²⁸⁴⁾, qui seront alors tenus solidairement⁽²⁸⁵⁾.

(278) B. DUBUISSON *et al.*, *La responsabilité civile. Chronique de jurisprudence (1996-2007)*, coll. Dossiers du J.T., vol. 74, Bruxelles, Larcier, 2009, p. 264, n° 326 ; T. VANSWEEVELT et B. WEYTS, *Handboek buitencontractueel aansprakelijkheidsrecht*, *op. cit.*, p. 502 et pp. 528-529, n°s 788-789 et 832-834 ; E. MONTERO, « Les produits défectueux dans un écheveau de responsabilités », note sous Liège, 7 novembre 2005, *R.G.D.C.*, 2006, p. 625, n° 4.

(279) G. GATHEM, « La responsabilité du fait des produits défectueux », *op. cit.*, p. 13, n° 020 ; T. VANSWEEVELT et B. WEYTS, *Handboek buitencontractueel aansprakelijkheidsrecht*, *op. cit.*, p. 502, n° 789 ; C. DELFORGE, « Le défaut de sécurité au sens de la loi du 25 février 1991 relative à la responsabilité du fait des produits défectueux », *op. cit.*, pp. 308-309, n° 11, note (104). Les travaux préparatoires de la loi eux-mêmes donnent l'exemple du véhicule et de ses « parties composantes » (projet de loi relative à la responsabilité du fait des produits défectueux, exposé des motifs, *Doc. parl.*, Ch. repr., sess. ord. 1989-1990, n° 1262/1, p. 7).

(280) Art. 3 de la loi du 25 février 1991.

(281) Voy. cons. 4 de la directive 85/374/CEE, précitée. Voy. M. KRUTHOF, « Wie is aansprakelijk voor schade veroorzaakt door onveilige producten? », in I. CLAEYS et R. STEENNOT (dir.), *Aansprakelijkheid, veiligheid en kwaliteit*, 40^e cycle postuniversitaire Willy Delva 2014-2015, Malines, Kluwer, 2015, p. 151, n° 12.

(282) B. DUBUISSON *et al.*, *La responsabilité civile. Chronique de jurisprudence (1996-2007)*, *op. cit.*, p. 267, n° 331.

(283) B. TILLEMANS, *Beginnelsen van Belgisch privaatrecht, t. X, Overeenkomsten, deel 2, Bijzondere overeenkomsten, A., Verkoop, deel 2, Gevolgen van de koop*, Waterloo, Kluwer, 2012, p. 647, n° 783 ; T. VANSWEEVELT et B. WEYTS, *Handboek buitencontractueel aansprakelijkheidsrecht*, *op. cit.*, p. 529, n° 834 ; E. MONTERO, « Les produits défectueux dans un écheveau de responsabilités », *op. cit.*, p. 626, n° 6.

(284) T. VANSWEEVELT et B. WEYTS, *Handboek buitencontractueel aansprakelijkheidsrecht*, *op. cit.*, pp. 502 et 529, n°s 789 et 834 ; B. DUBUISSON *et al.*, *La responsabilité civile. Chronique de jurisprudence (1996-2007)*, *op. cit.*, p. 268, n° 331.

(285) Art. 9 de la loi du 25 février 1991. Voy. p. ex. Liège, 7 novembre 2005, *R.G.D.C.*, 2006, p. 620, note E. MONTERO (condamnation solidaire du fabricant d'un vélo et du producteur de la selle du vélo, à la suite du préjudice subi par un cycliste à cause de la rupture de la tige de la selle du vélo qu'il montait) ; Pol. Anvers (div. Turnhout, 1^{er} ch.), 22 mars 2016, *R.W.*, 2016-2017, p. 115 (explosion du pneu d'un vélo de course et assignation par la victime du fabricant du vélo et du fabricant du pneu).

Au producteur « effectif » est assimilé le producteur dit « apparent », à savoir celui qui se présente comme fabricant en apposant sur le produit son nom, sa marque ou un autre signe distinctif⁽²⁸⁶⁾. Cette assimilation vise les entreprises qui font fabriquer des produits par des sous-traitants indéterminés, dans le respect d'instructions précises, et qui les vendent ensuite sous leur propre nom⁽²⁸⁷⁾.

À propos du producteur apparent, il ne nous semble pas que sa responsabilité soit exclue chaque fois qu'est engagée celle du fabricant réel du produit, et ce, quoi qu'en disent les travaux préparatoires⁽²⁸⁸⁾. Les termes de la directive 85/374/CEE⁽²⁸⁹⁾ que la loi transpose nous paraissent sans équivoque⁽²⁹⁰⁾. Producteurs effectif et apparent peuvent donc être assignés cumulativement.

S'agissant des produits qui sont importés dans l'Union européenne depuis un État extérieur à celle-ci, l'article 4, § 1^{er}, de la loi du 25 février 1991 autorise encore la victime à agir contre l'importateur de ce produit⁽²⁹¹⁾. À nouveau, une responsabilité concurrente et solidaire du producteur et de l'importateur est parfaitement envisageable⁽²⁹²⁾.

Enfin, l'article 4, § 2, de la loi du 25 février 1991 prévoit une responsabilité du « fournisseur », notion à entendre au sens large⁽²⁹³⁾, et qui vise « toute personne qui se situe le plus en amont de la phase de distribution, est en contact direct avec la victime et met concrètement

(286) Art. 3 de la loi du 25 février 1991. Voy., pour un exemple en jurisprudence, Civ. Bruxelles (73^e ch.), 10 novembre 2009, *R.G.A.R.*, 2010, n° 14.632.

(287) Voy. Proposal for a Council Directive relating to the approximation of the laws, regulations and administrative provisions of the Member States concerning liability for defective products, *Bull. C.E.*, 1976, Suppl. 11/76, p. 15, n° 8. On pense principalement aux sociétés de vente par correspondance (p. ex., La Redoute, 3-Suisses...) et aux sociétés de distribution (p. ex., Carrefour, Colruyt...) (T. VANSWEEVELT et B. WEYTS, *Handboek buitencontractueel aansprakelijkheidsrecht*, op. cit., 2009, p. 529, n° 835). Pour un exemple en jurisprudence, voy. Anvers (4^e ch.bis), 10 janvier 2000, *NjW*, 2000-2001, p. 471.

(288) *Doc. parl.*, Ch. repr., sess. ord. 1989-1990, n° 1262/1, p. 9.

(289) Voy. art. 1^{er} et 3, § 1^{er}, de la directive 85/374/CEE.

(290) Dans le même sens, D. VERHOEVEN, *Productaansprakelijkheid en productveiligheid*, op. cit., p. 66, n° 63 ; D. WUYTS, « Productaansprakelijkheid: een Richtlijn voor (n)iets? », *R.G.D.C.*, 2008, pp. 21-22, n° 35 ; T. VANSWEEVELT et B. WEYTS, *Handboek buitencontractueel aansprakelijkheidsrecht*, op. cit., 2009, p. 531, n° 838.

(291) Ceci suppose toutefois que l'importateur ait agi dans le cadre de son activité économique, et dans le but de le vendre ou d'en transférer l'usage à un tiers. Sur ces conditions d'application de l'article 4, § 1^{er}, voy. D. VERHOEVEN, *Productaansprakelijkheid en productveiligheid*, op. cit., pp. 68-71, n° 65-67.

(292) Art. 9 de la loi du 25 février 1991. Voy. p. ex. Liège, 18 octobre 2004, *J.L.M.B.*, 2005, p. 212, note P.H. (dans cet arrêt, la cour d'appel de Liège, saisie d'un accident de la circulation causé par un défaut de serrage des vis d'assemblage des fourches d'un vélomoteur, a condamné solidairement la société fabriquant le vélomoteur et son importateur).

(293) Grossiste, détaillant, franchisé... (B. DUBUISSON et al., *La responsabilité civile. Chronique de jurisprudence [1996-2007]*, op. cit., p. 269, n° 334).

le produit défectueux à sa disposition »⁽²⁹⁴⁾. La responsabilité du fournisseur n'est cependant envisageable que si la victime ne parvient pas à identifier le producteur (ou l'importateur, lorsqu'il s'agit d'un produit fabriqué en dehors de l'Union européenne)⁽²⁹⁵⁾. C'est en ce sens que l'action dont dispose ici la victime est dite « subsidiaire »⁽²⁹⁶⁾. Le fournisseur peut par ailleurs se libérer si, dans un délai raisonnable, il indique à la victime l'identité du producteur (ou de l'importateur), ou de celui qui lui a fourni le produit⁽²⁹⁷⁾.

88. – Le cas particulier du vendeur. Nous avons rappelé que le régime de responsabilité du fait des produits défectueux profitait à toute « personne lésée », qu'elle soit liée ou non par un contrat avec le producteur⁽²⁹⁸⁾. La victime est donc autorisée à agir sur le fondement de la loi relative à la responsabilité du fait des produits défectueux plutôt que sur la base du contrat qui la lie au producteur, sans que doivent être vérifiées les conditions strictes du « concours » (ou de l'« option ») des responsabilités⁽²⁹⁹⁾.

Dans ces circonstances, une action fondée sur le régime de responsabilité du fait des produits défectueux peut parfaitement être introduite par la victime contre celui qui lui a vendu le produit défectueux, dont la qualité de vendeur est pour ainsi dire sans incidence aucune sur l'application du régime. Cela étant, comme dernier maillon de la chaîne de production-distribution du produit, le vendeur est peut-être, plus que quiconque, exposé au risque d'une initiative de la victime. Outre qu'il revêt parfois la qualité de « fournisseur » au sens rappelé ci-avant – qualité qui ne lui vaudra d'être responsable que s'il ne renseigne pas l'identité du fabricant –, il n'est pas rare qu'il soit le fabricant – effectif ou apparent – du produit qu'il vend.

(294) C. DELFORGE, « Le défaut de sécurité au sens de la loi du 25 février 1991 relative à la responsabilité du fait des produits défectueux », *op. cit.*, pp. 345-346, n° 53.

(295) Voy., sur la manière d'apprécier l'ignorance de la victime, D. VERHOEVEN, *Productaansprakelijkheid en productveiligheid*, *op. cit.*, pp. 73-74, n° 69, et les nombreux exemples jurisprudentiels cités.

(296) T. VANSWEEVELT et B. WEYTS, *Handboek buitencontractueel aansprakelijkheidsrecht*, *op. cit.*, p. 533, n° 842 ; B. DUBUISSON et al., *La responsabilité civile. Chronique de jurisprudence (1996-2007)*, *op. cit.*, p. 269, n° 334.

(297) Il s'ensuit que le fournisseur ne peut être tenu responsable que s'il ne veut ou ne peut pas communiquer l'identité de son fournisseur ou du producteur (ou de l'importateur), s'il fournit des informations erronées ou inutilisables à ce sujet, ou s'il ne transmet par l'information utile dans un délai raisonnable (T. VANSWEEVELT et B. WEYTS, *Handboek buitencontractueel aansprakelijkheidsrecht*, *op. cit.*, p. 534, n° 845).

(298) Cf. *supra*, n° 85.

(299) B. DUBUISSON, V. CALLEWAERT, B. DE CONINCK et G. GATHEM, *La responsabilité civile. Chronique de jurisprudence (1996-2007)*, coll. Dossiers du J.T., vol. 74, Bruxelles, Larcier, 2009, p. 267, n° 329 ; P. VAN OMMESELAGHE, *Droit des obligations*, t. 2, *op. cit.*, 2013, p. 1492, n° 1024.

89. – Le cas particulier du concepteur du logiciel. Le fonctionnement des biens dotés d'intelligence artificielle s'appuie sur des logiciels informatiques. À cet égard, lorsqu'une machine intègre un logiciel, ce dernier en constitue une des parties composantes. Par conséquent, s'il se montrait défectueux, la personne lésée devrait être autorisée à assigner aussi bien le producteur de la machine que le concepteur du logiciel.

La responsabilité du concepteur du logiciel ne se conçoit cependant que si le logiciel peut être considéré comme un « produit ». Or cette idée ne semble pas faire l'unanimité, et aucun arrêt de la Cour de justice n'a, à ce jour, tranché la question⁽³⁰⁰⁾. L'hésitation provient du fait que le logiciel serait, selon certains⁽³⁰¹⁾, un bien incorporel, exclu du champ d'application du régime⁽³⁰²⁾.

L'exclusion du logiciel du champ d'application de la directive 85/374/CEE est également parfois justifiée au départ de l'argument selon lequel il s'agirait, non d'un produit, mais d'un service⁽³⁰³⁾. La doctrine rejette généralement cette opinion, considérant, à juste titre, que, si la conception et la livraison d'un logiciel constituent des services, le logiciel lui-même, comme objet de ces services, est bien un produit^{(304) (305)}.

(300) Voy. Evaluation of Council Directive 85/374/EEC of 25 July 1985 on the approximation of the laws, regulations and administrative provisions of the Member States concerning liability for defective products, annexe au 5^e Rapport de la Commission sur l'application de la directive 85/374/CEE, du 7 mai 2018, SWD(2018) 157, pp. 23-24 et p. 61.

(301) I. VERMEIRE, « Productenaansprakelijkheid », in *Recht voor de onderneming: risico's in de onderneming*, f. mob., Anvers, Kluwer, 2008, IX.20-11 ; L. McCUTCHEON MATHEWSON, « Harmonization of product liability laws in the European community : a comparative analysis of the approaches of the federal republic of Germany and the United Kingdom », *Law & Policy Int. Bus.*, 1992-1993, p. 1291 ; P. LE TOURNEAU *et al.*, *Droit de la responsabilité et des contrats*, 6^e éd., Paris, Dalloz, 2006, p. 1480, n° 8364.

(302) Le produit est en effet défini par l'article 2 de la loi comme « tout bien meuble corporel, même incorporé à un autre bien meuble ou immeuble, ou devenu immeuble par destination ».

(303) W. SLAGTER, « Productenaansprakelijkheid in Nederland », *T.P.R.*, 1988, p. 740.

(304) D. FAIRGRIEVE, G. HOWELLS, P. MOGELVANG-HANSEN, G. STRAETMANS, D. VERHOVEN, P. MACHNIKOWSKI, A. JANSSEN et R. SCHULZE, « Product Liability Directive – IV. The content of the Product Liability Directive », in P. MACHNIKOWSKI (dir.), *European Product Liability. An Analysis of the State of the Art in the Era of New Technologies*, EGTI, Anvers, Intersentia, 2016, p. 46, n° 68 ; D. VERHOVEN, « Productveiligheid en productaansprakelijkheid: krachtlijnen en toekomstperspectieven », in R. STEENNOT et G. STRAETMANS (dir.), *Wetboek Economisch Recht en de bescherming van de consument*, op. cit., p. 212, n° 22 et les réf. citées ; T. VANSWEEVELT et B. WEYTS, *Handboek*, op. cit., 2009, p. 504, n° 792 ; J.-L. FAGNART et H. BOULARBAH, « La garantie et la responsabilité en matière de dommages causés par les produits », in *Le droit des affaires en évolution*, vol. 11, Bruxelles, Bruylant, 2002, p. 132.

(305) Voy. toutefois M. BUITEN, A. DE STREEL et M. PEITZ, « EU liability rules for the age of artificial intelligence », Centre on Regulation in Europe (CERRE), mars 2021, p. 51 (disponible sur <https://cerre.eu/publications/eu-liability-rules-age-of-artificial-intelligence-ai/>) ; R. ABBOTT *et al.*, « Liability for Artificial Intelligence and other emerging digital technologies », 27 novembre 2019, p. 28 (disponible sur <https://op.europa.eu/en/publication-detail/-/publication/1c5e30be-1197-11ea-8c1f-01aa75ed71a1/language-en>). Voy. également M. CHATZIPANAGIOTIS et G. LELOUDAS,

En réalité, le problème que nous venons de poser peut être simplement résolu chaque fois que le logiciel est incorporé à un support matériel – le « *hardware* ». Il s'en trouve alors matérialisé, et devient corporel, ce qui autorise à le qualifier de « produit »⁽³⁰⁶⁾. Il s'agit d'un raisonnement connu de nombreux États membres⁽³⁰⁷⁾. Il gagne en pertinence lorsque le logiciel permet, en tout ou en partie, au bien matériel qui l'intègre de fonctionner. En ce cas, le logiciel n'est rien d'autre qu'une composante de ce bien⁽³⁰⁸⁾.

La difficulté resurgit toutefois lorsque le logiciel et son support matériel ont été fabriqués par des personnes différentes. La qualification du logiciel en tant que « produit » détermine alors si le producteur de ce logiciel peut être tenu responsable aux côtés du fabricant du support⁽³⁰⁹⁾. Plus largement, le logiciel pourrait intégrer le système d'intelligence artificielle par le biais d'un téléchargement en ligne, par exemple, depuis un « *cloud* » informatique, apparaissant ainsi totalement dématérialisé⁽³¹⁰⁾.

Les arguments ne manquent cependant pas pour admettre, même dans cette hypothèse, l'application du régime de la responsabilité du fait des produits défectueux au logiciel défectueux⁽³¹¹⁾.

On notera en particulier le raisonnement convaincant développé par J.-P. Triaille, qui explique qu'intégré à un support matériel, le

« Automated vehicles and third-party liability: A European perspective », *Journal of Law, Technology & Policy*, 2020, pp. 120-121 (ces auteurs font une distinction entre le logiciel et ses mises à jour, évoquant l'idée que les secondes pourraient bien être considérées comme un service, et non un produit).

(306) D. VERHOEVEN, « Productveiligheid en productaansprakelijkheid: krachtlijnen en toekomstperspectieven », *op. cit.*, pp. 212-213, n° 22-23 ; T. VANSWEEVELT et B. WEYTS, *Handboek, op. cit.*, 2009, p. 505, n° 792 ; L. DOMMERING-VAN RONGEN, « Produktaansprakelijkheid en software », *Computerr.*, 1988, p. 228 ; M. FLAMÉE, « Produktaansprakelijkheid voor software », *Bull. Ass.*, 1990, p. 663.

(307) Voy. p. ex. *Autriche* : B. A. KOCH, « Product liability in Austria », in *European Product Liability...*, *loc. cit.*, p. 122, n° 49 (la Cour suprême s'est prononcée dans le sens d'une inclusion du *software* dans le champ d'application du *Product Liability Act* lorsqu'il se trouve sur un support matériel) ; *Angleterre* : K. OLIPHANT et V. WILCOX, « Product liability in England and Wales », in *European Product Liability...*, *loc. cit.*, p. 182, n° 19 ; *France* : J.-S. BORGHETTI, *La responsabilité du fait des produits. Étude de droit comparé*, thèse, Paris, L.G.D.J., 2004, p. 478, n° 495 ; *Allemagne* : U. MAGNUS, « Product liability in Germany », in *European Product Liability...*, *loc. cit.*, pp. 244-245, n° 21.

(308) D. VERHOEVEN, « Productveiligheid en productaansprakelijkheid: krachtlijnen en toekomstperspectieven », *op. cit.*, pp. 212-213, n° 23 et les réf. citées ; D. VAN DE GEUCHTE, *Productaansprakelijkheid in België*, Gand, Mys & Breesch, 2000, p. 37.

(309) M. BUITEN, A. DE STREEL et M. PEITZ, « EU liability rules for the age of artificial intelligence », *op. cit.*, p. 50.

(310) *Ibid.*, p. 50. Comp. D. VERHOEVEN, « Productaansprakelijkheid », in *Bijzondere overeenkomsten. Commentaar met overzicht van rechtspraak en rechtsleer*, vol. 2, f. mob., Malines, Kluwer, 2018, p. 29 ; D. WUYTS, « The product liability directive – More than two decades of defective products in Europe », *J.E.T.L.*, 2014, pp. 5-6.

(311) Voy. notamment M. BUITEN, A. DE STREEL et M. PEITZ, « EU liability rules for the age of artificial intelligence », *op. cit.*, pp. 50-51.

logiciel canalise des impulsions électriques, qui ont des effets matériels concrets et visibles (dans le cas d'un robot, celui-ci est actionné et peut se déplacer)⁽³¹²⁾. Et l'auteur d'ajouter qu'en affirmant qu'un logiciel constitue un bien incorporel, « on confond ce qui est réellement immatériel (comme une information) et ce qui est seulement imperceptible pour nos sens »^{(313) (314) (315)}.

Nous sommes, quoi qu'il en soit, d'avis, avec d'autres⁽³¹⁶⁾, que l'inclusion du logiciel dans la notion de produit, et donc dans le champ d'application de la directive 85/374/CEE, se justifie aisément dans le contexte de l'évolution technologique et sociale. Le fragile obstacle juridique du caractère incorporel du logiciel⁽³¹⁷⁾ fait d'ailleurs bien peu de poids face à la volonté affirmée du législateur européen de protéger l'intégrité physique et les biens du consommateur⁽³¹⁸⁾. À l'occasion d'une question parlementaire, la Commission européenne s'est par

(312) J.-P. TRIAILLE, « L'application de la directive communautaire du 25 juillet 1985 (responsabilité du fait des produits) au domaine du logiciel », *R.G.A.R.*, 1990, n° 11.617^{2-verso}.

(313) *Ibid.*, n° 11.617^{2-verso} (« [...] ce qui est vraiment immatériel ne saurait entraîner aucun changement matériel sauf si un être humain lui donne suite en décidant d'une action à effectuer (en prenant une décision concrète sur base d'une information, par exemple) »). Comp. E. BAGINSKA, « Product liability in Poland », in *European Product Liability...*, *loc. cit.*, p. 384, n° 18. Pour une réflexion comparable à propos du gaz, voy. Ph. BRUN, *Responsabilité civile extracontractuelle*, 4^e éd., Paris, LexisNexis, 2016, p. 523, n° 753.

(314) En ce sens, dans un litige pénal, voy. Corr. Bruxelles, 24 juin 1993, *J.T.*, 1995, p. 685.

(315) Dans les travaux préparatoires de la loi du 25 février 1991, le ministre de la Justice entérine très clairement cette opinion, et indique par conséquent que la loi doit s'appliquer aux logiciels. Il ajoute même qu'« il n'est pas nécessaire de modifier le projet pour qu'il vise les logiciels, dans la mesure où ceux-ci ne peuvent être considérés comme des biens incorporels » (projet de loi relative à la responsabilité du fait des produits défectueux, Rapport fait au nom de la Commission de la Justice par M. Hermans, 22 novembre 1990, *Doc. parl.*, Ch. repr., sess. ord. 1990-1991, doc. n° 1262/5, p. 5). Comp. les travaux préparatoires de la loi française du 19 mai 1998, dans le cadre desquels la garde des Sceaux, ministre de la Justice, a précisé que la loi s'appliquait bien aux logiciels (Réponse ministérielle n° 15677, *J.O.A.N. Q.*, 24 août 1988, p. 4728, disponible sur <http://questions.assemblee-nationale.fr/q11/11-15677QE.htm>).

(316) J. TANGHE et J. DE BRUYNE, « Software aan het stuur. Aansprakelijkheid voor schade veroorzaakt door autonome motorrijtuigen », *op. cit.*, p. 57, n° 87 ; *op. cit.*, *R.W.*, 2016-2017, p. 979, n° 57 ; H. JACQUEMIN et J.-B. HUBIN, « Aspects contractuels et de responsabilité civile en matière d'intelligence artificielle », *op. cit.*, p. 130, n° 55.

(317) Il est utile de rappeler que l'exclusion des meubles incorporels n'est que le fruit d'une interprétation de la directive 85/374/CEE, certes approuvée par la Commission et la majorité de la doctrine, mais dont la pertinence peut être discutée si elle devait priver des victimes d'une indemnisation. Voy., à ce sujet, J.-S. BORGHETTI, *La responsabilité du fait des produits. Étude de droit comparé*, *op. cit.*, pp. 477-478, n° 494 : « tenter d'appliquer le régime de la directive aux meubles incorporels susciterait vraisemblablement une multitude de questions d'interprétation, pour un bénéfice qui reste à démontrer, même si l'on se place du point de vue des victimes. Jusqu'à présent, en effet, il ne semble pas que l'absence de responsabilité sans faute pour les dommages causés par les biens incorporels ait été ressentie comme un manque ». Pourrait-on encore tenir pareil discours si les logiciels devaient être exclus du champ d'application du régime ?

(318) Voy. cons. 6 de la directive 85/374/CEE, précitée.

ailleurs prononcée explicitement en faveur de l'inclusion du logiciel dans le champ d'application de la directive⁽³¹⁹⁾.

Comme le souligne pertinemment J. Werbrouck, il semble justifié, du point de vue économique, de faire peser le risque de responsabilité sur les épaules du producteur du logiciel, qui est probablement le « *cheapest cost avoider* »⁽³²⁰⁾.

Au regard de ce qui précède, la victime devrait effectivement pouvoir se tourner vers le concepteur du logiciel défectueux pour obtenir la réparation de son préjudice⁽³²¹⁾. Elle pourrait par ailleurs assigner concomitamment le producteur du support matériel (le *hardware*)⁽³²²⁾, mais ce dernier pourrait en ce cas échapper à une condamnation en démontrant que le défaut affectant son matériel (par le biais d'une de ses composantes, le logiciel) n'était pas présent au moment de sa mise en circulation, par exemple, parce qu'il est imputable à la conception du produit dans lequel son matériel a été incorporé⁽³²³⁾.

90. – Plus largement, une notion de « producteur » dépassée ? Au-delà de la difficulté particulière du concepteur de logiciel, on peut se demander si la notion même de « producteur », telle que consacrée par la directive, reste parfaitement adaptée à l'environnement numérique et de l'intelligence artificielle.

Les produits de la robotique et de l'intelligence artificielle s'inscrivent en effet « dans un processus de production plus dynamique »⁽³²⁴⁾, qui fait intervenir un certain nombre d'acteurs qui ne sont pas à proprement parler les producteurs de ces produits (ou d'une de leurs composantes), mais dont les actions et omissions déterminent pourtant leur sécurité. On sait en effet, et nous aurons l'occasion d'y revenir⁽³²⁵⁾, que les systèmes d'intelligence artificielle, non seulement exigent continuellement des mises à jour à même de modifier leur substance, mais au demeurant sont

(319) Question écrite n° 706/88 de M. Gijs de Vries (LDR – NL) à la Commission des Communautés européennes (5 juillet 1988) (89/C 114/76), *JOCE*, C 114/32, 8 mai 1989, p. 42.

(320) J. WERBROUCK, *op. cit.*, *T.P.R.*, 2018, pp. 551-552.

(321) En ce sens, E.F.D. ENGELHARD et R.W. DE BRUIN, « EU common approach on the liability rules and insurance related to connected and autonomous vehicles », février 2018, p. 56, disponible sur <http://www.europarl.europa.eu>.

(322) Voy., pour un exemple en jurisprudence, Gand, 3 octobre 2007, *Computerr.*, 2008, p. 202, note E. KINDT.

(323) Art. 8, f), de la loi du 25 février 1991. Voy., sur ce point, T. VANSWEEVELT et B. WEYTS, *Handboek buitencontractueel aansprakelijkheidsrecht*, *op. cit.*, p. 547, n° 863.

(324) H. JACQUEMIN et J.-B. HUBIN, « Aspects contractuels et de responsabilité civile en matière d'intelligence artificielle », *op. cit.*, p. 131, n° 56. Voy. également E. VAN GOOL, J. DE BRUYNE et M. FIERENS, « De regulering van artificiële intelligentie (deel 2) – Een analyse van buitencontractuele aansprakelijkheid », *R.W.*, 2020-2021, p. 1014, n° 22.

(325) Cf. *infra*, n° 109.

susceptibles d'évoluer – et donc de se modifier – par l'effet d'un processus algorithmique d'auto-apprentissage (désigné par l'expression « *machine learning* ») qui s'apparente à un processus de production continu⁽³²⁶⁾. Par ailleurs, le bon fonctionnement de ces systèmes suppose généralement la fourniture de données et de services numériques (notamment de services de connectivité ou de cybersécurité).

Ces réalités expliquent que des intervenants très divers sont susceptibles d'agir sur le système d'intelligence artificielle postérieurement à sa mise en circulation, et donc de créer un risque pour la sécurité de l'utilisateur, sans toutefois que leur qualité de « producteur » aille de soi.

Dans la continuité de ce constat, la frontière tracée entre les notions de « produits » et de « services » pourrait devenir, à certains égards, délicate à tracer en présence de produits technologiques liés à l'intelligence artificielle. Comme l'a souligné le groupe d'experts chargé par la Commission européenne d'examiner les questions de responsabilité liées à l'intelligence artificielle et aux autres technologies digitales émergentes, « dans les systèmes d'intelligence artificielle, les produits et les services interagissent en permanence, et il est impossible de les séparer de manière nette »⁽³²⁷⁾.

3) *Le défaut du bien doté d'intelligence artificielle*

a) *Notion*

91. – Défaut de sécurité et attentes légitimes. La loi du 25 février 1991 précise en son article 5 qu'un produit est défectueux « lorsqu'il n'offre pas la sécurité à laquelle on peut légitimement s'attendre ». Le défaut ne constitue donc rien d'autre qu'un manque anormal de sécurité. Il s'apprécie de manière objective – *in abstracto* – à la lumière des attentes légitimes nourries en matière de sécurité par le « grand public »⁽³²⁸⁾, abstraction faite, en revanche, des attentes

(326) E. VAN GOOL, J. DE BRUYNE et M. FIERENS, « De regulering van artificiële intelligentie (deel 2) – Een analyse van buitencontractuele aansprakelijkheid », *op. cit.*, p. 1014, n° 22.

(327) Expert Group on Liability and New Technologies – New Technologies Formation, « Liability for Artificial Intelligence and other emerging digital technologies », 2019, disponible sur <https://www.europarl.europa.eu> (consulté le 22 novembre 2022), p. 28.

(328) Le terme « on » utilisé par l'article 5 permet de l'affirmer. Voy. cons. 6 de la directive 85/374/CEE. Voy. également projet de loi relative à la responsabilité du fait des produits défectueux, exposé des motifs, *Doc. parl.*, Ch. repr., sess. ord. 1989-1990, n° 1262/1, p. 12.

particulières de la victime elle-même⁽³²⁹⁾ et de l'usage particulier auquel elle destinait le produit⁽³³⁰⁾.

À cet égard, seules les attentes « légitimes » peuvent servir d'étalon de mesure. En ce sens, la référence généralement faite au « grand public » peut être trompeuse si elle conduit le juge à s'appuyer sur les attentes concrètes – réelles – des consommateurs⁽³³¹⁾. De celles-ci, il peut être fait abstraction, particulièrement lorsqu'elles s'avèrent déraisonnablement élevées⁽³³²⁾. Rien n'interdit, par ailleurs, de fixer un niveau de sécurité supérieur à celui que les consommateurs attendent effectivement⁽³³³⁾.

Ajoutons encore que les consommateurs n'ont parfois tout simplement pas d'attentes déterminées quant à un produit, notamment lorsqu'il est nouveau ou complexe⁽³³⁴⁾.

(329) Voy., récemment, Liège (20^e ch.), 9 octobre 2014, *R.G.A.R.*, 2015, n° 15.153. On admet cependant que la sécurité du produit puisse, dans certains cas, se mesurer à l'aune des attentes d'un groupe cible clairement identifié (des enfants, un groupe de patients fragiles, etc.) (Voy., à ce sujet, T. VANSWEEVELT et B. WEYTS, *Handboek*, op. cit., 2009, p. 509, n° 797. Voy. également CJUE, 5 mars 2015, aff. C-503/13 et C-504/13, *D.C.C.R.*, 2016, p. 15, note E. BUYUKSAGIS, *Rev. dr. santé*, 2015-2016, p. 43, note D. VERHOEVEN ; Cass., 26 septembre 2003, *J.L.M.B.*, 2004, p. 260, note, R. W., 2004-2005, p. 22, note B. WEYTS).

(330) C. DELFORGE, « Le défaut de sécurité au sens de la loi du 25 février 1991 relative à la responsabilité du fait des produits défectueux », op. cit., p. 326, n° 30 ; B. DUBUISSON et al., *La responsabilité civile. Chronique de jurisprudence (1996-2007)*, op. cit., p. 275, n° 341.

(331) On pourrait encore parler d'attentes « sociologiques » (J.-S. BORGHETTI, *La responsabilité du fait des produits. Étude de droit comparé*, op. cit., pp. 436-441 et p. 448, n° 440-443 et n° 453) ou « factuelles » (D. WUYTS, « The product liability directive – More than two decades of defective products in Europe », op. cit., p. 9).

(332) Voy. D. VERHOEVEN, « Potentiële gebreken in serieproducten: hoe ver reiken het gebrekeigheidsvereiste en het schadevereiste uit de Richtlijn Productaansprakelijkheid? », *Rev. dr. santé*, 2015-2016, p. 51, n° 3 ; T. VANSWEEVELT et B. WEYTS, *Handboek buitencontractueel aansprakelijkheidsrecht*, op. cit., p. 510, n° 799 ; D. WUYTS, « Productaansprakelijkheid: een Richtlijn voor (n) iets? », op. cit., p. 11, n° 11. Voy. Anvers (2^e ch.), 13 avril 2005, *R. W.*, 2008-2009, p. 803.

(333) Une célèbre affaire britannique *A v. National Blood Authority*, du 26 mars 2001 ([2001], 3 All ER 289), illustre bien le propos. Un patient avait été contaminé par le virus de l'hépatite C à la suite d'une transfusion sanguine. Quoique, dans les faits, le public ne s'attende probablement pas à ce que le risque de contamination soit absolument exclu en pareille occasion, il fut malgré tout décidé qu'attendre du sang transfusé qu'il ne soit pas infecté était légitime. Le sang fut donc jugé défectueux. On peut dans la même veine citer une décision hollandaise, rendue dans le contexte de la transmission malheureuse du virus du sida au cours d'une opération chirurgicale pendant laquelle du sang contaminé avait été transfusé au patient. Ici encore, malgré le risque statistique – certes faible – d'une infection de ce type, le tribunal de première instance d'Amsterdam a, dans une décision du 3 février 1999 (*NJ*, 1999, p. 621), considéré le sang transfusé défectueux parce que le public pouvait, selon lui, légitimement s'attendre à une transfusion parfaitement sécurisée. Sur ces décisions, et le caractère abstrait des attentes du public, voy. C. VAN DAM, *European Tort Law*, 2^e éd., Oxford, OUP, 2013, pp. 429-430, n° 1408-2 (« The general public are not entitled to expect the safety the product actually has, which may be 99.9 per cent, but are entitled to expect the safety the product ought to have ») ; C.J. MILLER et R.S. GOLDBERG, *Product Liability*, 2^e éd., New York, OUP, 2004, pp. 368-369, n° 10.46 ; D. WUYTS, « The product liability directive – More than two decades of defective products in Europe », op. cit., p. 9. Adde : J.-S. BORGHETTI, *La responsabilité du fait des produits. Étude de droit comparé*, op. cit., p. 448, n° 453.

(334) L. DOMMERING-VAN RONGEN, *Productaansprakelijkheid. Een rechtsvergelijkend overzicht*, coll. Recht en Praktijk, vol. 113, Deventer, Kluwer, 2000, p. 43 ; J.-S. BORGHETTI, *La responsabilité du fait des produits. Étude de droit comparé*, op. cit., pp. 437-438, n° 441.

Le critère de sécurité consacré dans la directive présente ainsi un caractère normatif, d'où il découle encore que le seul respect d'éventuelles normes légales ne garantit pas le producteur contre le défaut de son produit⁽³³⁵⁾. Le juge peut en effet considérer comme légitime d'attendre un degré de sécurité plus important que celui exigé par ces normes⁽³³⁶⁾, ce qui, soit dit en passant, porte tout de même le niveau d'exigence relativement loin.

b) *Quelques réflexions sur l'appréciation du défaut dans le contexte de l'intelligence artificielle*

92. – Le difficile exercice de détermination des attentes légitimes. Déterminer ce qu'il est légitime d'attendre, en matière de sécurité, de biens dotés d'intelligence artificielle ne devrait pas être une sinécure.

Le caractère innovant des technologies de l'automatisation et de la robotique, et leur grande complexité, rendent pour le moins périlleux l'établissement d'un standard de sécurité sur la base du critère des attentes légitimes proposé par la directive⁽³³⁷⁾, parce que le consommateur moyen peut n'avoir – à l'instar du juge – aucune idée des performances réelles de machines dotées d'intelligence artificielle – pensons, par exemple, aux véhicules autonomes⁽³³⁸⁾. En outre, le concept de sécurité qui fonde la responsabilité du producteur est nécessairement appelé à évoluer au rythme des adaptations de la société à cette technologie, et des améliorations de celle-ci⁽³³⁹⁾.

(335) B. DUBUISSON et al., *La responsabilité civile. Chronique de jurisprudence (1996-2007)*, op. cit., p. 276, n° 341. *Adde* : Y. MARKOVITS, *La directive C.E.E. du 25 juillet 1985 sur la responsabilité du fait des produits défectueux*, coll. Bibl. dr. privé, t. 211, Paris, L.G.D.J., 1990, p. 202, n° 313.

(336) T. VANSWEEVELT et B. WEYTS, *Handboek buitencontractueel aansprakelijkheidsrecht*, op. cit., p. 510, n° 799. Voy. Anvers (2^e ch.), 13 avril 2005, *R.W.*, 2008-2009, p. 803. Il en va a fortiori de même s'agissant d'usages sectoriels ou d'accords conclus entre producteurs sur un niveau de sécurité déterminé (D. WUYTS, « Productaansprakelijkheid: een Richtlijn voor (n)iets? », op. cit., p. 11, n° 11).

(337) Voy., à cet égard, C.J. MILLER et R.S. GOLDBERG, *Product Liability*, op. cit., 2004, p. 360, n° 10.30 ; J.-S. BORGHETTI, *La responsabilité du fait des produits. Étude de droit comparé*, op. cit., pp. 50-51, n° 58 ; D. VERHOEVEN, *Productaansprakelijkheid en productveiligheid*, op. cit., p. 122, n° 113.

(338) K.A.P.C. VAN WEES et K. BROOKHUIS, « Product liability and ADAS: legal and cognitive psychological perspectives », *E.J.T.I.R.*, 2005, p. 362 ; M. SCHELLEKENS, « Self-driving cars and the chilling effect of liability law », *Computer Law & Security Law*, 2015, p. 510 ; J. TANGHE et J. DE BRUYNE, « Software aan het stuur – Aansprakelijkheid voor schade veroorzaakt door autonome motorrijtuigen », op. cit., pp. 59-60, n° 91 ; op. cit., *R.W.*, 2016-2017, pp. 980-981, n° 61.

(339) Voy. D. VERHOEVEN, *Productaansprakelijkheid en productveiligheid*, op. cit., pp. 105-106, n° 98 (l'auteur évoque la nature dynamique du concept de sécurité). *Adde* : E.F.D. ENGELHARD et R.W. DE BRUIN, « EU Common approach on the liability rules and insurance related to connected and autonomous vehicles », op. cit., p. 58 (« the expectations are technology-based, whereas technology is constantly up for improvements »).

Cette réalité n'empêche pas de tracer quelques premières balises, un premier cadre, et ce, à l'aune des principes applicables à la matière. À cet égard, on peut d'entrée de jeu poser le postulat suivant lequel, indépendamment de toute considération technique, l'intelligence artificielle et l'automatisation des tâches qu'elle permet devraient susciter, dans certains secteurs à risque, des attentes particulièrement élevées en matière de sécurité dans le chef des consommateurs⁽³⁴⁰⁾. On pense en particulier aux domaines des soins de santé (par exemple, des robots chirurgiens ou des systèmes de diagnostics automatisés) et du transport (en particulier les véhicules autonomes)⁽³⁴¹⁾. Ceci est d'autant plus vrai que, dans ces secteurs d'activités critiques pour la sécurité, la promotion de ces technologies avancées s'appuie sur l'idée qu'elles seraient à même d'offrir des résultats et performances largement plus favorables que ceux livrés par les êtres humains. Pareil message est de nature à faire naître chez les consommateurs la conviction que le risque d'accident est considérablement limité. Ceci devrait permettre d'exiger un niveau de sécurité élevé, et amener le juge à conclure plus rapidement à l'existence d'un défaut en cas d'accident.

Cette considération tout à fait générale ne suffit cependant pas. Pour aller plus loin, et concrétiser notre propos, il nous semble que, en cas d'accident impliquant un véhicule autonome, la question de l'existence d'une défectuosité peut être appréhendée différemment selon que cet accident résulte ou non d'un dysfonctionnement manifeste du bien doté d'intelligence artificielle. Plus spécifiquement, la présence d'un comportement manifestement anormal du système devrait sensiblement modifier la charge probatoire qui pèse sur la victime. Examinons de quelle manière.

(340) On rappelle que la nature du produit et la gravité du danger auquel ses utilisateurs s'exposent sont souvent citées à titre de circonstances à prendre en considération dans l'appréciation des attentes légitimes du public. Voy. notamment L. DOMMERING-VAN RONGEN, *Productaansprakelijkheid. Een rechtsvergelijkend overzicht*, op. cit., pp. 45-46 ; T. VANSWEEVELT et B. WEYTS, *Handboek*, op. cit., 2009, p. 518, n° 813. Pour une analyse approfondie de ces critères, voy. D. VERHOEVEN, *Productaansprakelijkheid en productveiligheid*, op. cit., pp. 182 et s., n°s 184 et s. *Adde* : CJUE, 5 mars 2015, aff. C-503/13 et C-504/13, *D.C.C.R.*, 2016, p. 15, note E. BUYUKSAGIS, *Rev. dr. santé*, 2015-2016, p. 43, note D. VERHOEVEN.

(341) E. VAN GOOL, J. DE BRUYNE et M. FIERENS, « De regulering van artificiële intelligentie (deel 2) – Een analyse van buitencontractuele aansprakelijkheid », op. cit., p. 1012, n° 19.

i. *Accident résultant d'un dysfonctionnement manifeste*

93. – Comportement anormal du bien doté d'intelligence artificielle et identification de la défaillance technique. Les principes qui ont été brièvement rappelés à propos du défaut visé dans la loi du 25 février 1991 mettent en lumière le fait que, contrairement au vice de l'article 1384, alinéa 1^{er}, du Code civil, il ne se définit pas comme une « caractéristique anormale affectant la structure du produit »⁽³⁴²⁾. Il s'apprécie, en effet, « uniquement au regard de la sécurité et peut exister en dehors de tout vice interne du produit concerné »⁽³⁴³⁾.

Cette nature fonctionnelle du défaut⁽³⁴⁴⁾ implique que l'indemnisation du préjudice subi par la victime⁽³⁴⁵⁾ ne dépend pas nécessairement de l'identification d'une défaillance technique du produit ou de l'une de ses composantes, et qu'il peut se déduire du seul fait de son comportement anormal⁽³⁴⁶⁾. Comme l'exprime très justement le tribunal de première instance de Namur dans un jugement du 21 novembre 1996, à propos d'une bouteille de boisson gazeuse ayant explosé, « imposer au demandeur la preuve précise de la nature exacte du défaut, notamment

(342) B. DUBUISSON *et al.*, *La responsabilité civile. Chronique de jurisprudence (1996-2007)*, *op. cit.*, p. 262, n° 323.

(343) Y. BOT, concl. sous. CJUE, 5 mars 2015, aff. C-503/13 et C-504/13, n° 32, (disponible sur www.curia.europa.eu). Voy. également H. BOCKEN et I. BOONE (coll. M. KRUTHOF), *Inleiding tot het schadevergoedingsrecht*, Bruges, la Chartre, 2014, p. 197, n° 321 ; D. VAN DE GEHUCHTE, *Productaansprakelijkheid in België*, *op. cit.*, p. 28 ; L. CORNELIS, *op. cit.*, R. W., 1987-1988, p. 1144, n° 10. *Adde* : Civ. Namur, 21 novembre 1996, *J.L.M.B.*, 1997, p. 104, note.

(344) Sur la nature fonctionnelle du défaut, voy. B. DUBUISSON, « La notion de défaut dans la directive et les législations des États membres. Rapport de synthèse », in *La responsabilité du fait des produits défectueux*, Recueil des travaux du GRERCA, Bibliothèque de l'IRJS, t. 45, Paris, IRJS-Éditions, 2013, pp. 174-175 ; J.-S. BORGHETTI, *La responsabilité du fait des produits. Étude de droit comparé*, *op. cit.*, pp. 443-445, n° 447-448 (qui parle de conception « finaliste » du défaut).

(345) À tout le moins de la part de son préjudice couvert dans le cadre du régime.

(346) En ce sens, voy. notamment B. DUBUISSON *et al.*, *La responsabilité civile. Chronique de jurisprudence (1996-2007)*, *op. cit.*, p. 276, n° 341 ; C. DELFORGE, « Le défaut de sécurité au sens de la loi du 25 février 1991 relative à la responsabilité du fait des produits défectueux », *op. cit.*, p. 332, n° 35 ; D. VERHOEVEN, *Productaansprakelijkheid en productveiligheid*, *op. cit.*, pp. 190-191, n° 194. *Adde* : projet de loi relative à la responsabilité du fait des produits défectueux, exposé des motifs, *Doc. parl.*, Ch. repr., sess. ord. 1989-1990, n° 1262/1, p. 12 ; Y. BOT, concl. préc. CJUE, 5 mars 2015, aff. C-503/13 et C-504/13, § 33. Voy. également, dans une perspective de droit comparé, et également en faveur de cette idée, C.J. MILLER et R.S. GOLDBERG, *Product Liability*, *op. cit.*, pp. 347-350, spéc. n° 10.12 ; D. WUYTS, « Productaansprakelijkheid: een Richtlijn voor (n)iets? », *op. cit.*, pp. 19-20, n° 29. L'analyse des propos de ces derniers auteurs montre cependant que les États membres n'adoptent pas tous la même approche (ce que notait déjà la Commission dans ses rapports du 14 septembre 2006 [COM(2006) 496, p. 11] et du 8 septembre 2011 sur l'application de la directive 85/374/CEE [COM(2011) 547, pp. 7-8]). Singulièrement, le Royaume-Uni semble moins enclin à admettre que le défaut puisse se déduire du seul comportement anormal du produit. *Adde* : A. WARE, « 20 years on – The product liability directive applied to the pharmaceutical sector », *R.E.D.C.*, 2009, pp. 401-403.

quant à tous ses aspects techniques, irait manifestement à l'encontre du souci d'allégement de la preuve que traduit la loi de 1991 »⁽³⁴⁷⁾.

D'une certaine manière, le fait que le produit échoue à remplir sa fonction dans des conditions dans lesquelles on peut normalement s'attendre à ce qu'il fonctionne fait naître une présomption de défaut⁽³⁴⁸⁾. De son côté, le producteur conserve évidemment la possibilité de démontrer que le comportement anormal trouve son origine dans une cause étrangère à un défaut du produit. Ainsi, la charge de la preuve se trouve transférée de la victime au producteur⁽³⁴⁹⁾.

On peut illustrer le propos en considérant le bien doté d'intelligence artificielle par excellence, à savoir le véhicule autonome (cf. scénario n° 5 présenté en introduction). En présence d'une décision de conduite prise par le système de conduite automatisée qui serait à l'origine d'un accident, la victime pourrait donc se contenter de mettre en évidence le caractère manifestement anormal de cette décision pour conclure à une atteinte aux attentes légitimes en matière de sécurité, sans avoir à déterminer pour le surplus si elle résulte, par exemple, d'une anomalie informatique, du dysfonctionnement d'un capteur, etc. Par exemple, le freinage brusque et soudain du véhicule sur l'autoroute, sans raison apparente, constituerait à n'en point douter un dangereux dysfonctionnement, traduisant l'existence d'un défaut, et ce, indépendamment de son origine⁽³⁵⁰⁾. De même, un bug dans le programme informatique qui amènerait une panne et un arrêt du système, dont l'effet serait de causer un accident, s'analyserait à nouveau en un manque anormal de sécurité, dont la victime

(347) Civ. Namur (5^e ch.), 21 novembre 1996, *J.L.M.B.*, 1997, p. 104. Voy. également Anvers (4^e ch.*bis*), 10 janvier 2000, *R.W.*, 2004-2005, p. 794.

(348) D. WUYTS, « Productaansprakelijkheid: een Richtlijn voor (n)iets? », *op. cit.*, p. 19, n° 29. Pensons par exemple au cas d'un véhicule qui se met en mouvement alors que son frein à main est tiré (L. DOMMERING-VAN RONGEN, *Productaansprakelijkheid. Een rechtsvergelijkend overzicht*, *op. cit.*, p. 48). D'un tel comportement, manifestement anormal, le défaut pourrait être déduit sans autre investigation.

(349) B. DUBUISSON *et al.*, *La responsabilité civile. Chronique de jurisprudence (1996-2007)*, *op. cit.*, p. 276, n° 341.

(350) Voy. également l'illustration donnée par R. de Bruin (« Autonomous intelligent cars on the European intersection of liability and privacy. Regulatory challenges and the road ahead », *E.J.R.R.*, 2016/3, p. 491) d'un véhicule qui, à l'approche d'un groupe de cyclistes qui lui barrent la route, accélère dans sa direction plutôt que de freiner (l'auteur considère cependant, à tort selon nous, que la preuve de l'existence d'un défaut supposerait une compréhension approfondie du fonctionnement technique du système de conduite). Voy. également K.A.P.C. VAN WEES *et* K. BROOKHUIS, « Product liability and ADAS; legal and cognitive psychological perspectives », *E.J.T.I.R.*, 2005, p. 363.

pourrait se prévaloir sans devoir identifier précisément l'erreur informatique de programmation⁽³⁵¹⁾.

L'identification de l'origine (logiciel, capteur, carte digitale...) d'une manœuvre dommageable reste cependant nécessaire si la victime souhaite assigner, en plus du constructeur automobile, d'autres intervenants de la chaîne de production⁽³⁵²⁾. Elle est dans la même mesure indispensable si la victime souhaite obtenir l'indemnisation des dégâts causés à son véhicule⁽³⁵³⁾.

94. – Le rôle de l'information sur les risques inévitables (ou difficilement évitables) de dysfonctionnement. Il faut aller un cran plus loin dans l'analyse, et s'interroger sur l'incidence que l'information donnée par le producteur sur les risques de dysfonctionnement de son produit peut avoir dans l'appréciation de l'existence d'un défaut. En effet, dans l'examen des attentes légitimes du consommateur moyen, la « présentation du produit » joue traditionnellement un rôle de premier plan. La notion doit s'entendre largement⁽³⁵⁴⁾. Elle vise la manière dont le produit est offert et/ou proposé au public⁽³⁵⁵⁾, et renvoie ainsi aux informations publiques,

(351) M. A. GEISTFELD, « A roadmap for autonomous vehicles: State tort liability, automobile insurance, and federal safety regulation », *op. cit.*, pp. 1633 et s. Voy. également M. F. LOHMANN, « Liability issues concerning self-driving vehicles », *E.J.R.R.*, 2016/2, p. 337.

(352) Voy. H. JACQUEMIN et J.-B. HUBIN, « Aspects contractuels et de responsabilité civile en matière d'intelligence artificielle », *op. cit.*, p. 130, n° 55 ; J. TANGHE et J. DE BRUYNE, « Software aan het stuur – Aansprakelijkheid voor schade veroorzaakt door autonome motorrijtuigen », *op. cit.*, p. 59, n° 90 ; *op. cit.*, *R.W.*, 2016-2017, p. 980, n° 60.

(353) On se rappellera en effet qu'aucune indemnisation n'est due pour les dommages causés au produit défectueux lui-même (art. 11, § 2, al. 2, de la loi du 25 février 1991). En déduire que les dégâts causés au véhicule autonome ne seront jamais réparés serait toutefois aller un peu vite en besogne, à tout le moins si l'on veut bien admettre que les parties composantes du véhicule (logiciel, capteurs, etc.) sont des produits distincts du véhicule lui-même, ce qu'à notre estime, la définition de la notion de « produit » impose. Dans cette perspective, l'indemnisation du dommage causé au véhicule par l'une de ses parties composantes devrait pouvoir être mise à charge du producteur de celle-ci (en ce sens également, voy. D. VERHOEVEN, *Productaansprakelijkheid en productveiligheid*, *op. cit.*, p. 237, n° 242 ; T. VANSWEEVELT et B. WEYTS, *Handboek*, *op. cit.*, 2009, pp. 526-527, n° 827 ; D. WUYTS, « Productaansprakelijkheid: een Richtlijn voor (n)iets? », *op. cit.*, p. 16, n° 20 ; J. VERLINDEN, « Twintig jaar productaansprakelijkheid. Een stand van zaken », in *Aansprakelijkheidsrecht. Actuele tendensen*, Bruxelles, Larcier, 2005, p. 45, n° 26 ; Y. MARKOVITS, *La directive C.E.E. du 25 juillet 1985...*, *op. cit.*, p. 243, n° 385. À noter que cette position doctrinale n'est pas partagée dans tous les États membres (voy. C. CORGAS-BERNARD, « Le dommage et la réparation. Rapport de synthèse », in *La responsabilité du fait des produits défectueux*, *loc. cit.*, pp. 124-125). Certains précisent cependant que le producteur de la partie composante devrait être une autre personne que le producteur du produit fini (D. VERHOEVEN, *Productaansprakelijkheid en productveiligheid*, *op. cit.*, p. 237, n° 242 ; D. WUYTS, « Productaansprakelijkheid: een Richtlijn voor (n)iets? », *op. cit.*, p. 16, n° 20).

(354) C. DELFORGE, « Le défaut de sécurité au sens de la loi du 25 février 1991 relative à la responsabilité du fait des produits défectueux », *op. cit.*, p. 327, n° 32.

(355) D. VERHOEVEN, *Productaansprakelijkheid en productveiligheid*, *op. cit.*, p. 163, n° 162 ; T. VANSWEEVELT et B. WEYTS, *Handboek buitencontractueel aansprakelijkheidsrecht*, *op. cit.*, pp. 511-512, n° 802.

de promotion ou encore aux indications, conseils et avertissements liés à l'utilisation du produit (emballage, étiquetage, mode d'emploi, notice explicative, avertissements, instructions de montage...), autant d'éléments susceptibles d'influencer les attentes des consommateurs⁽³⁵⁶⁾. L'idée de départ est que, plus nombreuses sont les informations fournies à propos des risques liés à un produit, moins grandes devraient être les attentes légitimes de sécurité⁽³⁵⁷⁾. Cela étant, le principe reste celui d'un examen, pour chaque produit, de l'influence de l'information sur le consommateur moyen⁽³⁵⁸⁾.

Dans ce contexte, le consommateur pourrait donc avoir conscience – le cas échéant, parce qu'il en a été informé par le producteur – qu'un risque de dysfonctionnement du système est inhérent à l'automatisation de la conduite, et que ce risque ne saurait être supprimé purement et simplement.

À ce sujet, revenons à l'exemple du véhicule qui freine de manière brutale et soudaine, sans raison apparente, sur l'autoroute. La bonne perception de son environnement par le système et sa correcte interprétation représentent, on le sait, une difficulté majeure de l'automatisation. À cet égard, il sera sans doute difficile de garantir les utilisateurs du parfait fonctionnement de la technologie. Il est en ce sens probable que certaines erreurs seront commises, qui se traduiront dans des « faux positifs », lorsque le système croira identifier un obstacle à éviter qui n'en est réalité pas un, ou des « faux négatifs », lorsqu'à l'inverse, il se méprendra sur la véritable nature d'un objet et négligera de le contourner. Le risque de manœuvres et freinages intempestifs, ou de malheureuses collisions, dus à une mauvaise perception ou interprétation de l'environnement ne peut donc être totalement exclu⁽³⁵⁹⁾.

À notre estime, cependant, le fait que le consommateur ait conscience de ce risque ne suffit pas à écarter systématiquement la responsabilité du

(356) D. VERHOEVEN, *Productaansprakelijkheid en productveiligheid*, op. cit., pp. 166-167, n° 165 ; C. DELFORGE, « Le défaut de sécurité au sens de la loi du 25 février 1991 relative à la responsabilité du fait des produits défectueux », op. cit., pp. 327-328, n° 32 ; T. VANSWEEVELT et B. WEYTS, *Handboek buitencontractueel aansprakelijkheidsrecht*, op. cit., pp. 511-512, n° 802 ; D. WUYTS, « Productaansprakelijkheid: een Richtlijn voor (n)iets? », op. cit., p. 13, n° 14 ; C. LEMMENS, « Voor welke bijwerkingen dient een geneesmiddelenproducent te waarschuwen in de bijsluiter opdat zijn product niet "gebrekkig" is in de zin van de Wet Productaansprakelijkheid? », note sous Civ. Bruxelles, 10 février 2005, *Rev. dr. santé*, 2007-2008, p. 290, n° 10.

(357) D. VERHOEVEN, *Productaansprakelijkheid en productveiligheid*, op. cit., pp. 169-170 et p. 172, n° 168 et 171.

(358) *Ibid.*, p. 169, n° 168 ; D. WUYTS, « Productaansprakelijkheid: een Richtlijn voor (n)iets? », op. cit., p. 13, n° 14.

(359) Voy. K.A.P.C. VAN WEES, « Enkele juridische aspecten van de (deels) zelfrijdende auto », *Computerr.*, 2015/198, p. 6.

producteur, sous le prétexte que absence totale d'anomalie ne constituerait pas une attente légitime^{(360) (361)}. Tel n'est notamment pas le cas s'il est démontré que le producteur aurait pu mettre un bien plus sûr en circulation^{(362) (363)}.

Certains ajoutent que cela ne vaut que si la production d'un produit plus sûr est possible sans coût financier supplémentaire⁽³⁶⁴⁾. Cette affirmation mérite d'être nuancée. On peut certes admettre que le prix exerce une influence sur le niveau de sécurité qu'il est légitime d'escompter. Dans le même ordre d'idées, un produit peut être considéré comme sûr au motif que remédier à la défectuosité alléguée par la victime aurait impliqué une hausse du prix de vente. Cela étant, il est également vrai que tout produit doit en tout temps offrir une sécurité minimale, indépendamment de son prix⁽³⁶⁵⁾.

En définitive, une analyse au cas par cas s'impose, à la lumière de toutes les circonstances de l'espèce. Dans ce difficile exercice, le juge gardera malgré tout à l'esprit que les consommateurs ne peuvent exiger

(360) D. WUYTS, « Productaansprakelijkheid: een Richtlijn voor (n)iets? », *op. cit.*, p. 13, n° 14 ; T. VANSWEEVELT et B. WEYTS, *Handboek buitencontractueel aansprakelijkheidsrecht*, *op. cit.*, pp. 511-512, n° 802 ; C. DELFORGE, « Le défaut de sécurité au sens de la loi du 25 février 1991 relative à la responsabilité du fait des produits défectueux », *op. cit.*, p. 329, n° 32. Un arrêt prononcé le 24 mai 2002 par la cour d'appel de Gand illustre bien le propos (Gand [21^e ch.], 24 mai 2002, *R. W.*, 2003-2004, p. 1271). Un particulier avait vu plusieurs de ses appareils électriques endommagés à la suite d'une surtension sur le réseau électrique, ce qui l'avait conduit à mettre en cause la responsabilité du distributeur d'électricité, notamment sur le fondement de la loi du 25 février 1991. Dans ce contexte, le distributeur faisait valoir que les consommateurs étaient avertis du fait que de possibles dérangements, dont des variations de tension, n'étaient raisonnablement pas à exclure, ce qui, selon lui, permettait de dire que l'absence de surtension ne constituait pas une attente légitime, de sorte que son produit n'était pas défectueux. La cour gantoise a, au contraire, décidé que l'avertissement donné par le distributeur ne pouvait se rapporter qu'à une variation de tension acceptable et qu'en l'espèce, il n'était pas au produit son caractère défectueux, vu la surtension constatée – 380 volts au lieu des 240 qui devaient être fournis. Voy. également Anvers, 28 octobre 2009, *R.G.D.C.*, 2011, p. 381, note D. VERHOEVEN ; Civ. Arlon, 23 février 2006, *J.L.M.B.*, 2006, p. 1205.

(361) Voy. A.I. SCHREUDER, « Aansprakelijkheid voor “zelfdenkende” apparatuur », *AV&S*, 2014, p. 133 : « *Opgemerkt zij dat de producent niet aan aansprakelijkheid kan ontkomen door enkel te wijzen op beperkingen en/of aan het product verbonden gevaren indien bijvoorbeeld de risico's onaanvaardbaar zijn.* »

(362) T. VANSWEEVELT et B. WEYTS, *Handboek buitencontractueel aansprakelijkheidsrecht*, *op. cit.*, p. 513, n° 806 ; D. VERHOEVEN, *Productaansprakelijkheid en productveiligheid*, *op. cit.*, pp. 173-174, n° 172-174. *Adde* : M. FAURE et W. VAN BUGGENHOUT, « Produktenaansprakelijkheid. De Europese Richtlijn: harmonisatie en consumentenbescherming? (deel 1) », *R. W.*, 1987-1988, p. 10, n° 20, qui parlent du respect indispensable des « règles de l'art ». Comp., à propos des véhicules autonomes, M. F. LOHMANN, « Liability issues concerning self-driving vehicles », *op. cit.*, p. 337.

(363) *A fortiori*, tel n'est également pas le cas si le producteur aurait dû mettre un bien plus sûr en circulation s'il s'était conformé aux normes de sécurité (*cf.*, à ce propos, *infra*, n° 98).

(364) C. VAN DAM, *European Tort Law*, *op. cit.*, 2013, p. 428, n° 1408-1 ; D. FAIRGRIEVE *et al.*, « Product Liability Directive – IV. The content of the Product Liability Directive », *op. cit.*, p. 58, n° 96.

(365) D. VERHOEVEN, *Productaansprakelijkheid en productveiligheid*, *op. cit.*, pp. 182-185, n° 185-188.

d'un produit une sécurité absolue⁽³⁶⁶⁾, de sorte qu'il ne serait pas légitime de miser sur l'infailibilité du système. À l'évidence, des accidents se produiront encore, et, le principe est important, la seule survenance d'un préjudice ne saurait suffire à démontrer la défectuosité⁽³⁶⁷⁾.

95. – L'utilité de l'intelligence artificielle et de l'automatisation comme critère de réduction des attentes légitimes ? Une autre question d'importance mérite d'être posée. Dans l'appréciation de l'existence d'un défaut, le juge peut-il prendre en considération les avantages de la technologie de l'automatisation, et considérer qu'ils impliquent que le public revoie ses attentes en matière de sécurité et s'accommode en conséquence de certains risques incompressibles (ou difficiles à éviter) liés à l'utilisation des biens dotés d'intelligence artificielle ?

Autrement dit, si les consommateurs sont effectivement informés du fait qu'il existe certains risques de défaillance grave qui, à de rares occasions, peuvent se réaliser, ne doivent-ils pas – sous réserve bien entendu du respect des normes légales de sécurité en la matière⁽³⁶⁸⁾ – en accepter les conséquences, compte tenu du bénéfice global apporté par l'intelligence artificielle et l'automatisation ? Un tel raisonnement, de type économique, n'est pas complètement étranger à notre droit⁽³⁶⁹⁾.

D'aucuns s'étonneront peut-être que de telles considérations économiques, qui évoquent le principe d'une analyse coûts-bénéfices (bien connue des systèmes anglo-saxons, qui l'identifient sous l'expression « *risk/utility test* »⁽³⁷⁰⁾), puissent être pertinentes. Et il est vrai que le Rapport explicatif de la Convention européenne sur la responsabilité du fait des produits en cas de lésions corporelles ou du décès du 27 janvier 1977⁽³⁷¹⁾ autorise à douter de la possibilité d'avoir recours à une

(366) Voy. D. VERHOEVEN, « Potentiële gebreken in serieproducten: hoe ver reiken het gebrekeigheidsvereiste en het schadevereiste uit de Richtlijn Productaansprakelijkheid? », *op. cit.*, p. 51, n° 3 ; T. VANSWEEVELT et B. WEYTS, *Handboek buitencontractueel aansprakelijkheidsrecht*, *op. cit.*, p. 510, n° 799 ; D. WUYTS, « Productaansprakelijkheid: een Richtlijn voor (n)iets? », *op. cit.*, p. 11, n° 11.

(367) En ce sens, voy. J. TANGHE et J. DE BRUYNE, « Software aan het stuur. Aansprakelijkheid voor schade veroorzaakt door autonome motorrijtuigen », *op. cit.*, p. 62, n° 93 ; *op. cit.*, *R.W.*, 2016-2017, p. 982, n° 63.

(368) *Cf.*, à ce sujet, *infra*, n° 98.

(369) Comp. T. VANSWEEVELT et B. WEYTS, *Handboek*, *op. cit.*, 2009, p. 513, n° 806 ; D. VERHOEVEN, *Productaansprakelijkheid en productveiligheid*, *op. cit.*, p. 173, n° 172.

(370) Sur une synthèse de cette méthode, J.-S. BORGHETTI, *La responsabilité du fait des produits. Étude de droit comparé*, *op. cit.*, pp. 53-59, n° 61-65. En bref, cette méthode consiste à mettre en balance les avantages (l'utilité) que présente le produit et les coûts (le risque) qu'il génère, et à se fonder sur le bilan (négatif ou positif) qui s'en dégage pour apprécier l'existence d'un défaut.

(371) Voy. p. 7, n° 35.

analyse coûts-bénéfices⁽³⁷²⁾. Par ailleurs, l'absence de référence à cette méthode dans la directive (et dans la loi qui la transpose) conforte cet *a priori*⁽³⁷³⁾. Du reste, l'opposition que l'on fait généralement entre le test des *consumer expectations* et celui du *risk/utility*⁽³⁷⁴⁾ alimente sans doute (à tort) l'idée que la consécration du premier dans le système de la directive exclurait l'utilisation du second, alors relégué au rang de critère issu d'un droit étranger (en l'occurrence, du 3^e *Restatement* américain), inapplicable en l'état. Pourtant, rien n'interdit que des considérations tirées du *risk/utility test* guident – ou complètent – le raisonnement du juge^{(375) (376)}, si tant est toutefois qu'elles lui permettent de déterminer les attentes légitimes, sur lesquelles il doit nécessairement s'appuyer pour apprécier l'existence d'un défaut⁽³⁷⁷⁾.

Cela étant, sans contester l'idée que les attentes légitimes du public puissent, en certaines circonstances, être modérées au regard du bénéfice que l'automatisation devrait apporter à la société, nous sommes d'avis que cela ne pourrait pas aller jusqu'à contraindre le consommateur à accepter les grossières erreurs commises par le système

(372) Doubte dont l'existence est d'ailleurs constatée par la Commission dans son 3^e rapport sur l'application de la directive du 14 septembre 2006 (COM[2006], 496 final, pp. 10-11).

(373) Voy. S. TAYLOR, *L'harmonisation communautaire de la responsabilité du fait des produits défectueux. Étude comparative du droit anglais et du droit français*, coll. Bibl. dr. privé, t. 319, Paris, L.G.D.J., 1999, pp. 58-59, n° 56.

(374) Voy. p. ex. M. REIMANN, « Product liability in a global context: The hollow victory of the European model », *E.R.P.L.*, 2003, vol. 11/2, pp. 139-140 ; F. WERRO, V.V. PALMER et A.-C. HAHN, « Strict liability in European tort law: Is there a common core? », in F. WERRO et V.V. PALMER (dir.), *The Boundaries of Strict Liability in European Tort Law*, Bruxelles, Bruylant, 2004, p. 438.

(375) Voy. D. VERHOEVEN, *Productaansprakelijkheid en productveiligheid*, *op. cit.*, pp. 126-128, n°s 120-121 ; D. FAIRGRIEVE *et al.*, « Product Liability Directive – IV. The content of the Product Liability Directive », *op. cit.*, *loc. cit.*, p. 56, n° 91 ; D. WUYTS, « The product liability directive – More than two decades of defective products in Europe », *op. cit.*, pp. 13-14 ; L. DOMMERING-VAN RONGEN, *Productaansprakelijkheid. Een rechtsvergelijkend overzicht*, *op. cit.*, p. 45 ; S. TAYLOR, *L'harmonisation communautaire de la responsabilité du fait des produits défectueux...*, *op. cit.*, pp. 54 et s., n° 56 ; Y. MARKOVITS, *La directive C.E.E. du 25 juillet 1985...*, *op. cit.*, p. 212, n° 334 ; C. VAN SCHOUBROECK, F. VERHOEVEN, M. WASTIAU et E. LAES, « Proeve van ontwerp. Belgische aanpassingswet aan de EEG-richtlijn inzake produktenaansprakelijkheid », in H. COUSY et H. CLAASSENS (dir.), *Produktenaansprakelijkheid, veiligheid en verzekering*, 5e Leuvense verzekeringsdagen, Anvers, Maklu, 1987, p. 59. *Adde* : la récente étude européenne de E.F.D. ENGELHARD et R.W. DE BRUIN, « EU common approach on the liability rules and insurance related to connected and autonomous vehicles », *op. cit.*, p. 57 (ces auteurs relèvent toutefois certaines disparités dans les jurisprudences nationales quant à la pertinence de ce type d'analyses dans l'appréciation du défaut).

(376) Outre que le caractère indéterminé de la notion d'attente légitime laisse le juge libre de se référer à la norme de son choix pour déterminer le niveau de sécurité d'un produit (J.-S. BORGHETTI, *La responsabilité du fait des produits. Étude de droit comparé*, *op. cit.*, pp. 439-443, n°s 443-445), l'expression « toutes les circonstances » formulée à l'article 6, § 1^{er}, de la directive (art. 5, al. 1^{er}, de la loi du 25 février 1991) conforte cette idée (C.J. MILLER et R.S. GOLDBERG, *Product Liability*, *op. cit.*, pp. 416-417, n° 11.41).

(377) D. WUYTS, « The product liability directive – More than two decades of defective products in Europe », *op. cit.*, pp. 11-12 ; L. DOMMERING-VAN RONGEN, *Productaansprakelijkheid. Een rechtsvergelijkend overzicht*, *op. cit.*, p. 45.

d'intelligence artificielle, la technologie en cause fût-elle particulièrement complexe⁽³⁷⁸⁾. La chose nous paraît particulièrement vraie dans les secteurs à risque (soins de santé, transport...) où l'intégrité physique des consommateurs est particulièrement exposée et où le niveau de sécurité attendu sera légitimement élevé^{(379) (380)}.

Ceci justifierait, par exemple, qu'un véhicule équipé d'un système de conduite automatisée soit considéré comme défectueux s'il est sujet à un grave (et soudain) dysfonctionnement, indépendamment de l'anomalie technique qui en est la cause⁽³⁸¹⁾. Une telle décision, pleinement fondée au regard du caractère normatif du critère des attentes légitimes⁽³⁸²⁾, serait d'ailleurs parfaitement en ligne avec la protection des consommateurs voulue par la directive⁽³⁸³⁾, et traduirait concrètement la « juste répartition des risques entre la victime et le producteur » voulue par ses auteurs (voy. cons. 2 et 7)⁽³⁸⁴⁾.

Indépendamment de ce qui précède, il va sans dire que le producteur reste libre d'invoquer à son profit l'une des causes d'exonération prévues à l'article 8 de la loi (en particulier son point b) – risque de développement), ou de tenter de démontrer que la victime a commis une

(378) En ce sens, voy. K.A.P.C. VAN WEES, « Enkele juridische aspecten van de (deels) zelfrijdende auto », *op. cit.*, p. 6.

(379) Cf. *supra*, n° 92.

(380) Dans le même esprit, il nous paraîtrait vain de tenter d'exclure la responsabilité du producteur au départ d'une comparaison entre les biens dotés d'intelligence artificielle et certains produits irrémédiablement dommageables, tels que le tabac ou l'alcool (voy. A.I. SCHREUDER, « Aansprakelijkheid voor "zelfdenkende" apparatuur », *op. cit.*, p. 134), en affirmant que, comme ces produits, les biens dotés d'intelligence artificielle présentent certains risques inhérents à leur utilisation, connus et acceptés par les consommateurs, dont la réalisation ne peut caractériser l'existence d'un défaut. Contrairement au risque que présente, par exemple, la cigarette pour la santé, il nous semble que le risque d'un dysfonctionnement manifeste du système d'intelligence artificielle ne devrait pas pouvoir être qualifié d'inévitable, dès lors que sa réalisation dépend en réalité des avancées de la science et de la technique (comp. D. VERHOEVEN, *Productaansprakelijkheid en productveiligheid*, *op. cit.*, pp. 110-112, n° 102-103).

(381) En ce sens, voy. K.A.P.C. VAN WEES, « Enkele juridische aspecten van de (deels) zelfrijdende auto », *op. cit.*, p. 6 ; F. LOHMANN, « Liability issues concerning self-driving vehicles », *op. cit.*, p. 337. *Adde* : E.F.D. ENGELHARD et R.W. DE BRUIN, « EU common approach on the liability rules and insurance related to connected and autonomous vehicles », *op. cit.*, p. 63 (ces auteurs considèrent que, s'agissant de l'hypothèse d'une interruption soudaine du *software*, le consommateur peut légitimement attendre du véhicule qu'il soit équipé d'un système de *back-up*).

(382) Lequel permet, nous avons insisté sur ce point (cf. *supra*, n° 91), de fixer un degré de sécurité supérieur à celui que les consommateurs attendent effectivement (voy. K.A.P.C. VAN WEES, « Enkele juridische aspecten van de (deels) zelfrijdende auto », *op. cit.*, pp. 6-7).

(383) En ce sens, voy. K.A.P.C. VAN WEES, « Enkele juridische aspecten van de (deels) zelfrijdende auto », *op. cit.*, p. 6. *Adde* : A.I. SCHREUDER, « Aansprakelijkheid voor "zelfdenkende" apparatuur », *op. cit.*, pp. 133-134, qui fait une distinction entre le propriétaire du véhicule et le tiers victime, et considère que l'utilité de la technologie pourrait être prise en considération en cas de dommage subi par le premier, tandis qu'il l'exclut si le dommage atteint le second.

(384) Comp. C. VAN DAM, *European Tort Law*, *op. cit.*, 2013, p. 430, n° 1408-2.

faute susceptible de justifier sa libération, ou un partage de responsabilités. Nous reviendrons sur ces hypothèses.

ii. *Accident ne résultant pas d'un dysfonctionnement manifeste*

96. – Deux hypothèses. Si l'accident ne résulte pas d'un dysfonctionnement manifeste du système d'intelligence artificielle, la démonstration d'un défaut exigera sans doute un examen approfondi des mécanismes techniques sous-jacents à la technologie. Tel sera le cas chaque fois que le système d'intelligence artificielle prendra une décision qui, sans être manifestement anormale, n'en aura pas moins causé un accident.

Toujours dans le domaine de l'industrie des véhicules autonomes, le très médiatisé accident survenu en Arizona le 18 mars 2018 permet d'illustrer cette idée. En l'espèce, un véhicule équipé de – et, au moment des faits, conduit par – un système de conduite automatisée avait mortellement fauché une femme, en début de nuit⁽³⁸⁵⁾. Compte tenu des circonstances, en particulier la présence pour le moins surprenante du piéton au milieu de la chaussée, en dehors de tout passage clouté, à une heure assez tardive, que fallait-il attendre du système de conduite ? Devrait-on, par exemple, considérer qu'il aurait dû freiner, ou opérer une manœuvre d'évitement – potentiellement dangereuse, notamment pour le conducteur ? Était-il réellement en mesure d'éviter l'accident ? On comprend rapidement qu'il n'est plus question, ici, de dysfonctionnement manifeste, parce qu'il n'est pas possible d'affirmer qu'à l'évidence, le système a pris la mauvaise décision. Cela étant dit, il semble que, au moment de l'accident, le système de freinage d'urgence était désactivé pour éviter, selon Uber, « des comportements erratiques du véhicule » – les véhicules étant en test, on suppose qu'il s'agissait d'éviter des faux positifs à répétition. Ainsi, il était apparemment attendu du conducteur qu'il intervienne si nécessaire. Dans le même temps, aucun système d'alerte des dangers n'était prévu. De ce point de vue, un juge européen saisi d'une action des héritiers de la victime déciderait sans doute que le véhicule n'a pas répondu aux attentes légitimes du public en matière de sécurité.

Plus largement, l'expertise d'un bien doté d'intelligence artificielle impliqué dans un accident et l'analyse du contexte économique et

(385) À propos de cet accident, le lecteur consultera utilement le rapport établi le 19 novembre 2019 par le NTSB, disponible sur <https://www.nts.gov/investigations/AccidentReports/Reports/HAR1903.pdf>. Les images de l'accident sont par ailleurs aisément consultables en ligne.

technologique de sa mise en circulation pourraient révéler qu'il présente une anomalie que l'on ne retrouve pas sur d'autres modèles de la même chaîne de production, voire, plus grave, que certaines normes de sécurité ont été violées par le producteur – notamment en ce qui concerne les tests de fiabilité du véhicule. Dans ces deux hypothèses, le débat sur la détermination des attentes légitimes devrait se résoudre assez facilement, et en faveur de la victime (a). Dans toutes les autres situations, le juge disposera d'une grande marge de manœuvre pour décider du niveau de sécurité légitime (b). La directive l'invite à prendre en considération « toutes les circonstances » de la cause. Elle en identifie trois, à titre d'exemple : la présentation, l'usage raisonnablement prévisible et le moment de la mise en circulation du produit⁽³⁸⁶⁾. Jurisprudence et doctrine en ont révélé d'autres (le prix et la nature du produit, la gravité du danger qu'il pose, le risque de préjudice qu'implique son utilisation, l'existence d'un produit alternatif plus sûr, etc.)⁽³⁸⁷⁾.

(a) Cas dans lesquels la détermination des attentes légitimes ne pose pas de difficulté

97. – Le défaut de fabrication du bien doté d'intelligence artificielle. Lorsqu'un produit s'écarte du modèle auquel il est censé correspondre, par comparaison à d'autres exemplaires d'une même chaîne de production, ou au regard des spécifications techniques établies par le producteur⁽³⁸⁸⁾, il peut être considéré comme défectueux s'il en résulte un recul de la sécurité normalement offerte par le produit⁽³⁸⁹⁾. Dans ces circonstances, les attentes légitimes du consommateur sont en effet nécessairement déçues⁽³⁹⁰⁾.

(386) Art. 6, § 1^{er}, de la directive (art. 5, al. 1^{er}, de la loi du 25 février 1991).

(387) Voy. notamment CJUE, 5 mars 2015, aff. C-503/13 et C-504/13, *D.C.C.R.*, 2016, p. 15, note E. BUYUKSAGIS, *Rev. dr. santé*, 2015-2016, p. 43, note D. VERHOEVEN. Voy. L. DOMMERING-VAN RONGEN, *Productaansprakelijkheid. Een rechtsvergelijkend overzicht*, op. cit., pp. 45-46 ; T. VANSWEEVELT et B. WEYTS, *Handboek buitencontractueel aansprakelijkheidsrecht*, op. cit., p. 518, n° 813. Pour une analyse approfondie de ces critères, voy. D. VERHOEVEN, *Productaansprakelijkheid en productveiligheid*, op. cit., pp. 182 et s., n°s 184 et s.

(388) Cette situation est identifiée en droit américain sous la notion de « défaut de fabrication » (*manufacturing defect*) – cf. section 2 du *Restatement of the Law: Third, torts: products liability*, pour lequel le producteur encourt de facto une responsabilité sans faute, au départ d'une appréciation du défaut fondée sur les *consumer expectations* (voy. J.-S. BORGHETTI, *La responsabilité du fait des produits. Étude de droit comparé*, op. cit., p. 81, n° 89 ; D. VERHOEVEN, *Productaansprakelijkheid en productveiligheid*, op. cit., pp. 125-126 et pp. 135-136, n°s 118 et 131).

(389) J.-S. BORGHETTI, *La responsabilité du fait des produits. Étude de droit comparé*, op. cit., p. 48 et pp. 447-448, n°s 56 et 453 ; D. VERHOEVEN, *Productaansprakelijkheid en productveiligheid*, op. cit., p. 135, n° 131.

(390) Sur ce point, nous ne pouvons donc pas suivre les quelques auteurs qui affirment que le juge devrait malgré tout encore vérifier si les attentes légitimes ont été déçues (voy. L. DOMMERING-VAN RONGEN, *Productaansprakelijkheid. Een rechtsvergelijkend overzicht*, op. cit., p. 51 ; D. WUYTS,

À propos de l'exemple des véhicules équipés d'un système de conduite automatisée, on pense immédiatement à l'hypothèse d'un véhicule qui aurait été flanqué d'un capteur défaillant (une caméra, un radar...) ⁽³⁹¹⁾. Si une telle anomalie est à l'origine d'un accident, le fabricant doit assurément en répondre. Il en serait de même en cas d'installation incomplète du logiciel dans le véhicule ⁽³⁹²⁾. On peut plus largement penser à tout défaut manifeste de programmation algorithmique, ou encore à une vulnérabilité inhabituelle en matière de cybersécurité ⁽³⁹³⁾.

98. – Le non-respect des normes de sécurité. Il nous paraît en outre tout aussi manifeste que le bien doté d'intelligence artificielle doit être parfaitement conforme aux normes de sécurité établies en la matière ⁽³⁹⁴⁾, et notamment celles fixées dans le Règlement IA présenté en introduction de la présente contribution. Une éventuelle violation de celles-ci dont l'effet serait d'aggraver les risques liés à l'utilisation du bien, rendrait assurément ce dernier défectueux ⁽³⁹⁵⁾. À l'évidence, ceci inclut notamment le strict respect d'éventuelles exigences – qualitatives et quantitatives – de tests préalables à la mise sur le marché.

Dans son importante étude consacrée aux responsabilités liées à l'automatisation de la conduite, M. A. Geistfeld considère d'ailleurs que la responsabilité du producteur pourrait essentiellement dépendre de ces tests préalables ⁽³⁹⁶⁾. Évoquant la technologie du « *machine learning* », qui est au fondement technique de l'automatisation, et sur laquelle nous reviendrons ⁽³⁹⁷⁾, il propose d'apprécier la qualité des performances du système à l'aune de l'expérience acquise par celui-ci dans sa phase

« The product liability directive – More than two decades of defective products in Europe », *op. cit.*, vol. 5, n° 3, p. 11).

(391) M. A. GEISTFELD, « A roadmap for autonomous vehicles: State tort liability, automobile insurance, and federal safety regulation », *op. cit.*, p. 1633 ; K.A.P.C. VAN WEES, « Enkele juridische aspecten van de (deels) zelfrijdende auto », *op. cit.*, p. 6 ; E. TJONG TJIN TAI et S. BOESTEN, *op. cit.*, *NJB*, 2016, p. 660 ; A.I. SCHREUDER, « Aansprakelijkheid voor “zelfdenkende” apparatuur », *op. cit.*, p. 132.

(392) G. WAGNER, « Robot liability », Actes du colloque *EU Law and Digital Economy, Liability for Robotics and the Internet of Things*, Münster, 12 mars 2018, p. 12, disponible sur www.ssrn.com.

(393) E. VAN GOOL, J. DE BRUYNE et M. FIERENS, « De regulering van artificiële intelligentie (deel 2) – Een analyse van buitencontractuele aansprakelijkheid », *op. cit.*, p. 1012, n° 20.

(394) Pour le surplus, on rappelle que le respect des normes de sécurité ne permet pas de conclure *de facto* à l'absence de défectuosité (*cf. supra*, n° 91).

(395) A.I. SCHREUDER, « Aansprakelijkheid voor “zelfdenkende” apparatuur », *op. cit.*, p. 133. De manière générale, voy. J.-S. BORGHETTI, *La responsabilité du fait des produits. Étude de droit comparé*, *op. cit.*, pp. 448-449, n° 454 ; L. DOMMERING-VAN RONGEN, *Productaansprakelijkheid. Een rechtsvergelijkend overzicht*, *op. cit.*, p. 63.

(396) M. A. GEISTFELD, « A roadmap for autonomous vehicles: State tort liability, automobile insurance, and federal safety regulation », *op. cit.*, pp. 1641 et s.

(397) *Cf. infra*, n° 109.

de production, considérant que l'existence d'un défaut pourrait être écartée lorsqu'il est démontré que le système a été soumis à un nombre suffisant de tests préalables à la mise en circulation.

- (b) Éléments d'appréciation des attentes légitimes dans les autres cas

99. – « Présentation » du produit – Notion et incidence sur les attentes légitimes quant aux performances du bien doté d'intelligence artificielle. Nous avons rappelé l'importance du rôle que la « présentation du produit » joue dans l'appréciation de l'existence d'un défaut⁽³⁹⁸⁾, parce que les informations que le public reçoit à propos d'un produit façonnent ses attentes légitimes en matière de sécurité. À ce propos, il va sans dire que, si ces informations peuvent avoir, comme nous l'avons dit, l'effet de diminuer ces attentes, il leur arrive au contraire de susciter des attentes encore plus grandes.

À l'heure actuelle, la connaissance que peut avoir le consommateur moyen des technologies liées à l'intelligence artificielle et à l'automatisation est très limitée. S'il sait probablement que leur adoption comporte un certain nombre d'avantages, notamment en matière de sécurité, son expérience pratique en la matière est nulle. Dans ces circonstances, les producteurs garderont à l'esprit que la présentation qui est faite de leurs produits, au travers d'études qu'ils commandent ou dont ils se prévalent, de réclames qu'ils réalisent ou soutiennent, ou encore d'articles de presse auxquels ils sont associés de près ou de loin, participe à la naissance d'attentes dans le chef du public⁽³⁹⁹⁾. À cet égard, boniments et exagérations commerciaux induisent un risque évident de méprise sur les performances réelles du système de conduite. Ceci pourrait conduire un juge à considérer qu'il est légitime d'attendre du système d'intelligence artificielle un niveau de sécurité que ce dernier ne peut dans les faits pas atteindre. D'où l'importance d'une communication maîtrisée et raisonnable⁽⁴⁰⁰⁾.

(398) Cf. *supra*, n° 94.

(399) Au sujet des véhicules autonomes, voy. K.A.P.C. VAN WEES, « Enkele juridische aspecten van de (deels) zelfrijdende auto », *op. cit.*, pp. 5-6 ; A.I. SCHREUDER, « Aansprakelijkheid voor "zelfdenkende" apparatuur », *op. cit.*, pp. 132-133.

(400) Toujours s'agissant des véhicules autonomes, voy. E.F.D. ENGELHARD et R.W. DE BRUIN, « EU common approach on the liability rules and insurance related to connected and autonomous vehicles », *op. cit.*, p. 58 ; M. SCHELLEKENS, « Self-driving cars and the chilling effect of liability law », *op. cit.*, p. 512 ; K.A.P.C. VAN WEES, « Enkele juridische aspecten van de (deels) zelfrijdende auto », *op. cit.*, p. 6 ; J. TANGHE et J. DE BRUYNE, « Software aan het stuur. Aansprakelijkheid voor schade veroorzaakt door autonome motorrijtuigen », *op. cit.*, p. 61, n° 92 ; *op. cit.*, R. W., 2016-2017, p. 981, n° 62.

100. – « Présentation » du produit (suite) – Automatisation partielle et défaut d'information. Les attentes légitimes du public peuvent être influencées aussi bien par les renseignements que le producteur donne que par ceux qu'il ne délivre pas. Sur les épaules de ce dernier pèse donc un devoir d'avertissement quant aux risques liés à l'utilisation de son produit. À cet égard, une information incomplète, erronée ou de mauvaise qualité peut tromper les attentes des consommateurs, et être à l'origine du manque de sécurité caractéristique du défaut⁽⁴⁰¹⁾.

On peut illustrer cette idée dans le contexte d'une automatisation partielle de la conduite. En présence d'un véhicule équipé d'un système de conduite dont les opérations doivent être supervisées par l'utilisateur, l'instruction claire de l'usager sur ce qui est attendu de lui et un rappel récurrent à son devoir de vigilance s'imposent. Ceci est d'autant plus vrai que la confiance excessive du consommateur dans le système de conduite est un risque bien connu, dont les conséquences ont déjà mené à des accidents. Il est, à cet égard, raisonnable de considérer que des instructions et avertissements adéquats devraient lui être délivrés en amont, au moment de l'acquisition du véhicule (explications fournies par le vendeur, notice d'utilisation, mode d'emploi...), et en aval, avant chaque utilisation du système de conduite automatisée (alertes ou messages sonores et visuels)⁽⁴⁰²⁾.

101. – L'usage raisonnablement prévisible des biens dotés d'intelligence artificielle. La loi prévoit expressément, à l'instar de la directive, que l'existence du défaut doit également être appréciée en considération de l'usage raisonnablement prévisible du produit⁽⁴⁰³⁾. Indirectement, le producteur est ainsi contraint d'anticiper l'usage imprudent ou abusif qui pourrait être fait de son produit⁽⁴⁰⁴⁾,

(401) Voy. D. VERHOEVEN, *Productaansprakelijkheid en productveiligheid*, op. cit., pp. 170-172, n° 169-170.

(402) Voy. K.A.P.C. VAN WEES, « Enkele juridische aspecten van de (deels) zelfrijdende auto », op. cit., p. 6 (l'auteur ajoute que le producteur doit également veiller à ne pas faire naître dans l'esprit du consommateur, au travers de sa publicité, l'impression que la technologie qu'il propose permet déjà à l'usager de se livrer, au volant, à d'autres activités que la conduite) ; E. TJONG TJIN TAI et S. BOESTEN, op. cit., *NJB*, 2016, p. 660 ; A.I. SCHREUDER, « Aansprakelijkheid voor "zelfdenkende" apparatuur », op. cit., p. 133.

(403) Art. 5 de la loi du 25 février 1991. Comp. art. 6, § 1^{er}, de la directive 85/374/CEE. Sur la différence entre ces deux textes, voy. T. VANSWEEVELT et B. WEYTS, *Handboek buitencontractueel aansprakelijkheidsrecht*, op. cit., p. 514, n° 807.

(404) Voy. T. VANSWEEVELT et B. WEYTS, *Handboek buitencontractueel aansprakelijkheidsrecht*, op. cit., pp. 514-517, n° 807-811. Le cas particulier des jouets pour enfants illustre bien le propos. Le fait de mettre un jouet en bouche ne correspond pas à un usage normal et prudent de ce jouet, mais un tel usage paraît raisonnablement prévisible, de sorte que serait défectueux le jouet revêtu d'une

lequel doit être apte à assurer la sécurité du consommateur même en présence d'un tel usage⁽⁴⁰⁵⁾. D'une certaine manière, le consommateur se voit ainsi reconnaître un droit à ne pas utiliser le produit normalement, ou conformément à l'usage auquel le producteur l'avait destiné⁽⁴⁰⁶⁾ ⁽⁴⁰⁷⁾. La seule limite, fixée par la directive, est celle d'un usage « déraisonnablement abusif »⁽⁴⁰⁸⁾, qui ne saurait être considéré comme raisonnablement prévisible⁽⁴⁰⁹⁾. La charge de la preuve de l'usage déraisonnable revient au producteur dont la responsabilité est mise en cause⁽⁴¹⁰⁾.

Une fois encore, une illustration concrète de cette exigence d'adapter le niveau de sécurité du produit à l'usage raisonnablement prévisible qu'en fera l'utilisateur peut être trouvée dans le marché des véhicules partiellement autonomes. Si l'usager reste chargé d'une mission de supervision de la conduite automatisée, les études démontrent qu'il risque de manquer de vigilance dans l'exécution de sa mission⁽⁴¹¹⁾. Face à cette réalité, se cantonner à une simple mise en garde, fût-elle clairement formulée, n'apparaît pas satisfaisant dans le chef du producteur. Ce dernier devrait, nous semble-t-il, assurer la mise en place

peinture toxique (B. DUBUISSON *et al.*, *La responsabilité civile. Chronique de jurisprudence (1996-2007)*, *op. cit.*, pp. 277-278, n° 343 ; R. STEENNOT *et al.*, « Overzicht van rechtspraak consumentenbescherming (2008-2014) marktpraktijken (2011-2014) », *T.P.R.*, 2015, p. 1791, n° 488). Voy., pour quelques illustrations en jurisprudence, Cass., 26 septembre 2003, *R.W.*, 2003-2004, p. 22, note B. WEYTS, *NjW*, 2004, p. 271, note I. BOONE ; Anvers, 28 octobre 2009, *R.G.D.C.*, 2011, p. 381, note D. VERHOEVEN ; Liège (3^e ch.), 25 octobre 2011, *Bull. Ass.*, 2013, p. 100.

(405) D. FAIRGRIEVE *et al.*, « Product Liability Directive – IV. The content of the Product Liability Directive », *op. cit.*, *loc. cit.*, p. 59, n° 99 ; R. STEENNOT *et al.*, « Overzicht van rechtspraak consumentenbescherming (2008-2014) marktpraktijken (2011-2014) », *op. cit.*, p. 1791, n° 488. Voy. Anvers (6^e ch.*bis*), 26 septembre 2006, *R.W.*, 2008-2009, p. 618. Comp. D. VAN DE GEHUCHTE, *Productaansprakelijkheid in België*, *op. cit.*, p. 30 : « een product dat enkel bij optimaal gebruik veilig is, is onveilig ».

(406) D. WUYTS, « Productaansprakelijkheid: een Richtlijn voor (n)iets? », *op. cit.*, p. 14, n° 16 ; D. VERHOEVEN, *op. cit.*, *R.G.D.C.*, 2011, p. 391, n° 14. *Addé* : M. FAURE et W. VAN BUGGENHOUT, *op. cit.*, *R.W.*, 1987-1988, p. 10, n° 21 (ces auteurs évoquent la « nonchalance » du consommateur, que le producteur doit pouvoir anticiper).

(407) Le cas échéant, il y aura lieu de prendre en considération la faute de la victime en vue d'opérer un partage de responsabilités. Pour un exemple en jurisprudence, voy. les faits à l'origine de Cass., 26 septembre 2003, *J.L.M.B.*, 2004, p. 260, note, *R.W.*, 2004-2005, p. 22, note B. WEYTS.

(408) Voy. cons. 6 de la directive 85/374/CEE. Pour un exemple en jurisprudence, voy. Anvers, 6 avril 2011, *NjW*, 2011, p. 657, note R. STEENNOT.

(409) Sur la difficulté d'identifier le critère permettant de dire si un usage est raisonnablement ou déraisonnablement abusif, voy. D. WUYTS, « Productaansprakelijkheid: een Richtlijn voor (n)iets? », *op. cit.*, p. 14, n° 16 ; T. VANSWEEVELT et B. WEYTS, *Handboek buitencontractueel aansprakelijkheidsrecht*, *op. cit.*, pp. 514-515, n° 808-809 ; D. VERHOEVEN, *op. cit.*, *R.G.D.C.*, 2011, p. 391, n° 14.

(410) Anvers, 6 avril 2011, *NjW*, 2011, p. 657, note R. STEENNOT.

(411) National Transportation Safety Board (NTSB), « Collision between a car operating with automated vehicle control systems and a tractor-semitrailer truck near Williston, Florida, May 7, 2016 – Accident report », Rapport du 12 septembre 2017, NTSB/HAR-17/02, PB2017-102600, p. 34 et les réf. citées (www.nts.gov).

de dispositifs de contrôle de l'attention à même d'éveiller la vigilance de l'utilisateur tout au long du trajet^{(412) (413) (414)}.

102. – Le moment de la mise en circulation du bien doté d'intelligence artificielle. Les attentes que le consommateur nourrit légitimement un jour ne sont, c'est l'évidence, pas nécessairement celles du lendemain. Les progrès constants de la science et de la technique, et, dans leur sillage, l'évolution des normes de sécurité favorisent le perfectionnement des produits, et renforcent les exigences du public. La directive commande à cet égard d'apprécier l'existence d'un défaut en fonction de l'état de la technique et de la réglementation au moment de la mise en circulation du produit. Elle précise en sus, logiquement, qu'un produit « ne peut être considéré comme défectueux par le seul fait qu'un produit plus perfectionné a été mis en circulation postérieurement à lui »⁽⁴¹⁵⁾.

Les travaux préparatoires illustrent le propos en indiquant que « l'automobile mise en circulation il y a quelques années, sans ceintures

(412) Dans le même sens, E.F.D. ENGELHARD et R.W. DE BRUIN, « EU common approach on the liability rules and insurance related to connected and autonomous vehicles », *op. cit.*, p. 58 ; K.A.P.C. VAN WEES, « Enkele juridische aspecten van de (deels) zelfrijdende auto », *op. cit.*, p. 6. Voy. également A.I. SCHREUDER, « Aansprakelijkheid voor "zelfdenkende" apparatuur », *op. cit.*, pp. 132-133. Sur la nécessité de prévoir, en certaines circonstances, des mécanismes de sécurité, voy. D. VERHOEVEN, *Productaansprakelijkheid en productveiligheid*, *op. cit.*, pp. 158-161, n° 156-159.

(413) Les quelques constructeurs qui commercialisent déjà des véhicules équipés d'un système de conduite semi-automatisée ont mis au point diverses solutions qui permettent de satisfaire à cette exigence. Par exemple, Tesla et Nissan exigent du conducteur qu'il touche le volant à intervalles réguliers, faute de quoi le véhicule émet un signal, voire s'arrête seul. Cadillac mise de son côté sur une caméra infrarouges, intégrée à la colonne de direction et chargée de surveiller la position du visage du conducteur. Ce dernier est interpellé par le système si ses yeux quittent trop longtemps la route (A. DAVIES, « The unavoidable folly of making humans train self-driving cars », *Wired*, 24 mars 2018, disponible sur <https://www.wired.com/story/uber-crash-arizona-human-train-self-driving-cars/> [consulté le 9 avril 2018]).

(414) Faut-il aller plus loin, et considérer que le régime de la directive permet d'imposer la mise en place systématique d'un mécanisme de mise à l'arrêt automatique qui s'activerait en cas d'ignorance, par l'utilisateur, des dispositifs de contrôle de l'attention ? Cela paraît plus douteux, au regard du critère des attentes légitimes. Le constructeur n'a en effet pas à anticiper pareille imprudence dans le chef du consommateur, laquelle constituerait assurément un usage déraisonnable du véhicule. Cela étant, si la réalité du marché devait finir par révéler qu'un dispositif d'arrêt automatique constitue un mécanisme de sécurité standard, il n'est pas exclu qu'un juge décide, pour les véhicules mis en circulation à partir du jour où ce constat peut être fait, que l'absence d'un tel mécanisme manifeste l'existence d'un défaut (D. VERHOEVEN, *Productaansprakelijkheid en productveiligheid*, *op. cit.*, p. 160, n° 159). S'agissant des limites opérationnelles propres à l'autonomie partielle (conditions météorologiques, environnement du véhicule, types de routes, densité de la circulation...), l'usage fautif du véhicule doit, de la même manière, être envisagé par le producteur. Ici encore, il n'est pas exclu que les circonstances de marché amènent à considérer qu'à l'avertissement des consommateurs devrait se joindre un mécanisme de mise à l'arrêt dans l'hypothèse d'une utilisation abusive du véhicule en dehors de ses limites opérationnelles (dans ce sens, K.A.P.C. VAN WEES, « Enkele juridische aspecten van de (deels) zelfrijdende auto », *op. cit.*, p. 6 ; J. TANGHE et J. DE BRUYNE, « Software aan het stuur – Aansprakelijkheid voor schade veroorzaakt door autonome motorrijtuigen », *op. cit.*, p. 62, n° 92 ; *op. cit.*, *R. W.*, 2016-2017, p. 982, n° 62).

(415) Art. 6, § 2, de la directive ; art. 5 *in fine* de la loi du 25 février 1991.

de sécurité montées en série, n'était pas défectueuse, car elle répondait aux attentes générales de son époque en matière de sécurité »⁽⁴¹⁶⁾. Pour s'en tenir à une illustration moins anachronique, on pourrait transposer le propos aux véhicules actuellement en circulation qui ne sont pas équipés de systèmes de freinage ABS⁽⁴¹⁷⁾, et plus généralement de tout mécanisme dont l'absence serait ressentie dans l'esprit collectif comme un manque de sécurité – qu'il suffise, par exemple, de penser aux airbags⁽⁴¹⁸⁾.

On comprend également que l'usure normale d'un produit ne le rend pas défectueux, si tant est bien sûr qu'il ne l'était pas au moment de sa mise en circulation⁽⁴¹⁹⁾.

Cette nécessité de prendre le « temps » en considération⁽⁴²⁰⁾ trouve un écho dans la possibilité que la loi réserve expressément au producteur de s'exonérer de sa responsabilité en démontrant que le défaut n'existait pas au moment de la mise en circulation de son produit⁽⁴²¹⁾. Nous approfondirons ce point au moment d'aborder cette cause d'exonération particulière⁽⁴²²⁾.

103. – Une référence aux aptitudes humaines ? En sus de ce qui précède, il est permis de se demander si, cherchant à déterminer les attentes légitimes que le consommateur moyen pourrait légitimement nourrir à l'égard des systèmes d'intelligence artificielle, le juge ne pourrait pas, dans un premier temps, s'aider d'une référence à l'aptitude d'un utilisateur humain.

Par exemple, un véhicule doté d'un système de conduite automatisée serait jugé défectueux s'il faisait une manœuvre dangereuse qu'une personne normalement prudente et diligente n'aurait, dans les mêmes

(416) Projet de loi relative à la responsabilité du fait des produits défectueux, exposé des motifs, *Doc. parl.*, Ch. repr., sess. ord. 1989-1990, n° 1262/1, p. 13.

(417) T. VANSWEEVELT et B. WEYTS, *Handboek buitencontractueel aansprakelijkheidsrecht*, *op. cit.*, p. 517, n° 812 ; D. VERHOEVEN, « Productaansprakelijkheid », in *Bijzondere overeenkomsten*, *op. cit.*, p. 67.

(418) Voy. M. A. GEISTFELD, « A roadmap for autonomous vehicles: State tort liability, automobile insurance, and federal safety regulation », *op. cit.*, p. 1642.

(419) T. VANSWEEVELT et B. WEYTS, *Handboek buitencontractueel aansprakelijkheidsrecht*, *op. cit.*, p. 518, n° 812 ; D. VERHOEVEN, « Productaansprakelijkheid », in *Bijzondere overeenkomsten*, *op. cit.*, p. 66.

(420) Projet de loi relative à la responsabilité du fait des produits défectueux, exposé des motifs, *Doc. parl.*, Ch. repr., sess. ord. 1989-1990, n° 1262/1, p. 12.

(421) Art. 7, b), de la directive ; art. 8, b), de la loi du 25 février 1991.

(422) Cf. *infra*, n° 109.

circonstances, pas opérée⁽⁴²³⁾. L'idée se défend. « Parce que la cause majeure des accidents est l'erreur humaine, nous dit-on, les systèmes de conduite automatisée ont le potentiel de réduire significativement le nombre de décès en s'attaquant à la racine du problème »⁽⁴²⁴⁾. Le mot d'ordre est, en substance, toujours le même : pour faillibles qu'ils seront, ces systèmes seront plus sûrs que les conducteurs humains.

Plus largement, dès lors qu'un bien doté d'intelligence artificielle a pour vocation d'exécuter de manière automatisée une tâche de manière plus fiable et plus sécurisée, il serait parfaitement légitime d'attendre de ce bien une attitude au moins aussi sécurisée que celle dont serait capable un être humain. Une « faute » de la part du système – le terme ne convient à l'évidence pas⁽⁴²⁵⁾ – constituerait un manque anormal de sécurité caractéristique du défaut.

Le raisonnement inverse ne nous paraît, en revanche, pas pouvoir être tenu : ce n'est pas parce que l'accident n'aurait pas pu être évité par un humain dans les mêmes circonstances qu'il faudrait en déduire l'absence de défaut.

On objectera peut-être que les considérations qui précèdent font fi d'une double réalité propre à la technologie en cause. D'abord, si les systèmes d'automatisation feront sans doute mieux que l'homme à bien des égards, supprimant alors une série d'accidents que celui-ci aurait autrement causés, ils présenteront également certaines faiblesses qui leur sont propres, causant de la sorte des accidents que, cette fois, la personne humaine aurait évités⁽⁴²⁶⁾. Par exemple, si l'automatisation de la conduite écartera notamment les risques liés à la fatigue et à l'ivresse au volant, les systèmes de conduite pourraient causer des accidents liés à des défauts algorithmiques ou à des données viciées transmises par des capteurs défaillants. Ensuite, l'adoption à grande échelle de certains systèmes d'intelligence artificielle pourrait contribuer, sur un marché donné, à une réduction significative de

(423) On retrouve une idée semblable chez d'autres auteurs (voy. M. A. GEISTFELD, « A roadmap for autonomous vehicles: State tort liability, automobile insurance, and federal safety regulation », *op. cit.*, p. 1638 ; R. DE BRUIN, *op. cit.*, *E.J.R.R.*, 2016/3, p. 491 ; M. SCHELLEKENS, « Self-driving cars and the chilling effect of liability law », *op. cit.*, pp. 510 et 512 ; K.A.P.C. VAN WEES, « Enkele juridische aspecten van de (deels) zelfrijdende auto », *op. cit.*, p. 6).

(424) NHTSA, « Automated driving systems: A vision for safety », p. i), disponible sur <https://www.nhtsa.gov> (trad. libre).

(425) La responsabilité civile reste actuellement liée à la personne humaine. Voy. H. JACQUEMIN et J.-B. HUBIN, « Aspects contractuels et de responsabilité civile en matière d'intelligence artificielle », *op. cit.*, pp. 114-116, n° 41.

(426) Voy. M. SCHELLEKENS, « Self-driving cars and the chilling effect of liability law », *op. cit.*, p. 510.

certaines risques d'atteinte à la sécurité, quand bien même de graves et dommageables défaillances seraient par ailleurs constatées, ponctuellement, çà et là. Par exemple, une flotte de véhicules équipés d'un même système de conduite devrait causer un nombre significativement moins important d'accidents que la même flotte prise en mains par des êtres humains⁽⁴²⁷⁾. De ce point de vue, le critère de la référence aux aptitudes humaines peut apparaître strict, et susceptible d'emporter une très lourde responsabilité dans le chef du producteur. Il n'en serait pas moins, nous semble-t-il, conforme à la définition que donne la directive du défaut⁽⁴²⁸⁾.

iii. *Défaut en série*

104. – L'arrêt *Boston Scientific Medizintechnik* et le dommage potentiel. Un arrêt prononcé le 5 mars 2015 par la Cour de justice (aff. *Boston Scientific Medizintechnik*) pourrait avoir une importance toute particulière dans la matière qui nous occupe. Il n'est pas question d'examiner ici en détail cette importante décision ni de se pencher sur les nombreuses questions qu'elle pose⁽⁴²⁹⁾. On rappellera qu'en l'espèce, l'importateur de deux dispositifs médicaux (des stimulateurs cardiaques – *pacemakers* – et des défibrillateurs automatiques implantables) avait, à la suite d'un contrôle de qualité, informé les milieux médicaux du fait que ses produits risquaient de se montrer défectueux. Dans ces circonstances, les dispositifs de plusieurs patients avaient été remplacés, et les organismes d'assurance maladie, subrogés dans les droits des patients, avaient réclamé à l'importateur le remboursement des frais médicaux sur la base du régime de responsabilité du fait des produits défectueux. Dans ce contexte, la Bundesgerichtshof allemande avait choisi d'interroger la Cour de justice, notamment à propos de la notion de « défaut » au sens de la directive 85/374/CEE. Il s'agissait de

(427) G. WAGNER, « Robot liability », *op. cit.*, pp. 12-13. Voy. également M. SCHELLEKENS, « Self-driving cars and the chilling effect of liability law », *op. cit.*, p. 510. Voy. également les remarques formulées en sus par M. BUITEN, A. DE STREEL et M. PEITZ, « EU Liability rules for the age of artificial intelligence », rapport du Centre on Regulation in Europe (CERRE), mars 2021, disponible sur <https://cerre.eu> (consulté le 22 novembre 2022), p. 54.

(428) Tout autre est la question de son opportunité compte tenu de son possible effet dissuasif sur la décision des constructeurs de commercialiser leurs véhicules (M. SCHELLEKENS, « Self-driving cars and the chilling effect of liability law », *op. cit.*, p. 512).

(429) On se référera, à cet égard, aux nombreux commentaires qui en ont été faits, notamment en Belgique (voy. D. VERHOEVEN, « Potentiële gebreken in serieproducten: hoe ver reiken het gebrekkigheidsvereiste en het schadevereiste uit de Richtlijn Productaansprakelijkheid? », *op. cit.*, pp. 49 et s. ; E. BUYÜKSAGIS, « La responsabilité du fait des produits "défectueux sans défaut" : l'arrêt *Boston Scientific* du 5 mars 2015 », note sous CJUE, 5 mars 2015, *D.C.C.R.*, 2016, pp. 17 et s.).

savoir si un produit médical posé dans le corps humain est déjà défectueux « lorsque des [stimulateurs cardiaques] appartenant au même groupe de produits présentent un risque de défaillance sensiblement supérieur [ou lorsqu'un mauvais fonctionnement est apparu pour un nombre significatif de défibrillateurs de la même série], mais qu'il n'est pas constaté de défaut de l'appareil posé dans le cas d'espèce ».

Il semble que, de la réponse que la Cour a donnée à cette question, il puisse être déduit deux enseignements. D'abord, sur le plan conceptuel, le fait pour un produit de présenter une « potentialité anormale de dommage » suffit pour considérer qu'il est défectueux, et ce, indépendamment de la réalisation du dommage^{(430) (431)}. Ensuite, sur le plan probatoire, la Cour paraît affirmer qu'un produit est défectueux si d'autres produits « appartenant au même groupe ou relevant de la même série de production » sont affectés d'un défaut, sans qu'il soit besoin de constater dans le produit litigieux ledit défaut^{(432) (433)}.

À cet égard, il convient de s'assurer que le produit litigieux relève effectivement du même modèle et de la même fabrication que les produits dont le caractère défectueux est avéré et auxquels il est comparé. Il doit présenter exactement les mêmes caractéristiques que ceux-ci. Il s'agit d'interpréter strictement les termes « produits appartenant au même groupe ou relevant de la même série de production » utilisés par

(430) CJUE, 5 mars 2015, préc. Voy. D. VERHOEVEN, « Potentiële gebreken in serie-producten: hoe ver reiken het gebrekkigheidsvereiste en het schadevereiste uit de Richtlijn Productaansprakelijkheid? », *op. cit.*, pp. 52-55, spéc. p. 53, n° 8. Les termes de l'arrêt (*cf.*, en particulier, le paragraphe 40) manquent quelque peu de clarté, et doivent pour cette raison être lus en parallèle avec les conclusions de l'avocat général Y. BOT (*voy.*, en particulier, les paragraphes 30-31).

(431) Comme l'exprime l'avocat général Y. BOT dans ses conclusions précédant l'arrêt du 5 mars 2015 (*voy.*, en particulier, § 30), il est question de « potentialité anormale de dommage » susceptible de justifier l'existence d'un défaut si le risque de dommage « présente un degré de gravité tel qu'il porte atteinte à l'attente légitime de sécurité du public ».

(432) *Voy.*, dans le même sens, C. DELFORGE, « RC "produit défectueux" : l'arrêt de la C.J.U.E. du 5 mars 2015, source de Jouvence ? », *Les Pages*, 2015/3, p. 1 ; M. BOBEK, concl. préc. CJUE, 21 juin 2017, aff. C-621/15, § 89. Il convient, à chaque fois, de vérifier si l'augmentation du risque de préjudice est réelle et s'il en résulte un défaut. Ainsi, le simple fait qu'un petit nombre de produits tirés d'un même modèle présente un défaut ne suffit pas, *en soi*, à conclure à une « potentialité anormale de dommage ». Par ailleurs, même lorsqu'un produit présente un risque de dommage plus élevé que celui attaché à des produits similaires, il doit encore être vérifié si les attentes légitimes du public s'en trouvent déçues. Tout est question d'espèce (D. VERHOEVEN, « Potentiële gebreken in serieproducten: hoe ver reiken het gebrekkigheidsvereiste en het schadevereiste uit de Richtlijn Productaansprakelijkheid? », *op. cit.*, p. 53, n° 8).

(433) *Voy.* cependant G. VINEY, P. JOURDAIN et S. CARVAL, *Les régimes spéciaux et l'assurance de responsabilité*, coll. Traité de droit civil (J. GHESTIN dir.), 4^e éd., Paris, L.G.D.J., 2017, pp. 39-42, n° 23, qui estiment que la portée de l'arrêt doit être limitée aux seuls dispositifs médicaux implantés, tout en reconnaissant cependant qu'il serait logique de l'étendre à d'autres produits, spécialement à ceux dont le défaut peut provoquer des dommages de masse.

la Cour dans son arrêt (§ 41), au risque de donner à ce dernier une portée étendue qu'il n'a pas⁽⁴³⁴⁾.

On est en droit de se demander quelle application pourrait recevoir un tel enseignement dans le cadre du sujet qui nous occupe⁽⁴³⁵⁾. Pour prendre à nouveau l'exemple des véhicules autonomes, on sait que les logiciels équipant ces véhicules et appartenant à un même producteur devraient tous être reliés entre eux⁽⁴³⁶⁾, de sorte que l'effet systémique de l'éventuelle annonce d'un dysfonctionnement – à l'occasion, par exemple, d'un accident particulièrement médiatisé – pourrait conduire à considérer l'ensemble des véhicules défectueux, parce que présentant une potentialité anormale de dommage⁽⁴³⁷⁾.

c) Propos sur la charge de la preuve du défaut

105. – Une charge de la preuve susceptible d'être particulièrement lourde. Les tentatives d'éclaircissement livrées ci-dessus ne doivent pas faire perdre de vue que la charge de la preuve du défaut, qui repose sur les épaules de la personne lésée, pourrait constituer un véritable obstacle à l'indemnisation, dont on peut légitimement interroger l'opportunité. Ainsi, sauf les quelques hypothèses que nous avons identifiées dans lesquelles la preuve du défaut n'apparaît pas malaisée à apporter (dysfonctionnement manifeste, défaut de fabrication et non-respect des normes de sécurité), la victime risque d'éprouver les plus grandes difficultés à établir un standard de sécurité sur la base duquel apprécier l'éventuelle défectuosité du véhicule.

Selon les circonstances, elle pourrait ainsi, malgré la nature fonctionnelle du défaut⁽⁴³⁸⁾, n'avoir d'autre choix, pour obtenir réparation d'un accident, que de démontrer le caractère défectueux de la conception du système d'intelligence artificielle, ce qui impliquerait d'avoir accès aux algorithmes sous-jacents et données traitées par le système, mais peut-être également à des informations relatives aux standards de

(434) D. VERHOEVEN, « Potentiële gebreken in serieproducten: hoe ver reiken het gebrek-igheidsvereiste en het schadevereiste uit de Richtlijn Productaansprakelijkheid? », *op. cit.*, p. 55, n° 11.

(435) Que l'on rapprochera des articles 61 et 62 de la proposition de Règlement IA évoquée en introduction.

(436) Comp. M. A. GEISTFELD, « A roadmap for autonomous vehicles: State tort liability, automobile insurance, and federal safety regulation », *op. cit.*, p. 1645.

(437) Voy., dans un sens comparable (dans le domaine de l'aviation), I. EMANUILOV, « Autonomous systems in aviation: Between product liability and innovation », SESAR Innovation Days, 28-30 novembre 2017, p. 3, disponible sur <https://limo.libis.be>.

(438) Cf. *supra*, n° 93.

marché (pour, par exemple, procéder à une comparaison entre le système à l'origine de l'accident et d'autres systèmes comparables disponibles sur le marché)⁽⁴³⁹⁾. À cet égard, quand bien même un tel accès serait-il offert à la victime, l'expertise technique qui lui permettrait un examen approfondi de ces éléments lui fera le plus souvent défaut, et les frais qu'elle devrait exposer pour pallier ce problème seraient vraisemblablement dispendieux⁽⁴⁴⁰⁾.

À cela s'ajoute que certains systèmes d'intelligence artificielle fondés sur des algorithmes de type « *machine learning* » (nous reviendrons sur cet élément – cf. *infra*, n° 109) sont d'une complexité telle que, non seulement leur comportement n'apparaît pas prévisible, mais au demeurant pourrait être tout simplement impossible à comprendre, *a posteriori*, même pour des experts. Les spécialistes évoquent ainsi régulièrement un effet « boîte noire » pour désigner ce phénomène d'opacité⁽⁴⁴¹⁾.

L'on comprend donc à quel point la charge de la preuve du défaut qui pèse actuellement sur les épaules de la victime pourrait s'avérer trop lourde à porter, et constituer par voie de conséquence un obstacle majeur à l'efficacité du régime introduit par la directive. Il n'est donc pas surprenant que la Commission en propose aujourd'hui un allègement. Nous y reviendrons (cf. *infra*, n° 120).

4) Causalité

106. – Renvoi. Si elle souhaite obtenir une indemnisation à charge du producteur, la personne lésée doit prouver que le défaut du produit est en lien causal avec son dommage (art. 9). La directive ne définit cependant pas la notion de causalité, qui est abandonnée au droit national⁽⁴⁴²⁾.

(439) Voy. les considérations développées par E. VAN GOOL, J. DE BRUYNE et M. FIERENS, « De regulering van artificiële intelligentie (deel 2) – Een analyse van buitencontractuele aansprakelijkheid », *op. cit.*, pp. 1012-1013, nos 20-21.

(440) J.-S. BORGHETTI, « L'accident généré par l'intelligence artificielle autonome », in *Le droit civil à l'ère du numérique*, Actes du colloque du Master 2 droit privé général et du Laboratoire de droit civil – Paris II – 21 avril 2017, *JCP*, décembre 2017, p. 27, n° 32, disponible sur <http://web.lexisnexis.fr/>.

(441) Rapport de la Commission européenne du 19 février 2020 sur les conséquences de l'intelligence artificielle, de l'Internet des objets et de la robotique sur la sécurité et la responsabilité (COM[2020] 64 final), p. 18. Voy. également M. BUITEN, A. DE STREEL et M. PEITZ, « EU liability rules for the age of artificial intelligence », *op. cit.*, p. 27.

(442) T. VANSWEEVELT et B. WEYTS, *Handboek buitencontractueel aansprakelijkheidsrecht*, *op. cit.*, p. 524, n° 824.

Nous renvoyons par conséquent, sur ce point, à ce qui a été dit précédemment, lors de l'examen de l'article 1382 de l'ancien Code civil (*cf. supra*, n^{os} 30 et s.)⁽⁴⁴³⁾.

107. – Obligation et contribution à la dette. Nous avons rappelé ce que recouvrait la notion de « producteur »⁽⁴⁴⁴⁾, révélant ce faisant que les potentiels responsables d'un éventuel accident impliquant un bien doté d'intelligence artificielle, sur la base de la loi du 25 février 1991, sont nombreux.

Au premier chef, il y a évidemment le fabricant (ou l'importateur) du bien. Puisqu'il importe peu de savoir si le défaut à l'origine du préjudice provient du bien en tant que produit fini lui-même, ou de l'une de ses composantes, le fabricant du bien pourra être systématiquement assigné en responsabilité⁽⁴⁴⁵⁾. Comme défendeur à l'action, il pourrait être rejoint par les producteurs, selon le cas, d'un capteur, d'un *hardware*, d'un logiciel, etc. Le cas échéant, il pourra les appeler lui-même à la cause pour obtenir leur condamnation à ses côtés.

Si différents responsables peuvent effectivement être assignés pour un même dommage, la directive prévoit qu'ils sont tenus solidairement⁽⁴⁴⁶⁾, en sorte que la victime est en droit de réclamer la réparation intégrale du dommage à chacun des responsables⁽⁴⁴⁷⁾. La loi transpose la règle en droit belge⁽⁴⁴⁸⁾.

Comme le précisent les travaux préparatoires, cette règle ne vaut que si les personnes déclarées responsables du dommage causé par le produit le sont toutes par application de la loi du 25 février 1991. Si, au contraire, les différents responsables sont attirés sur la base de fondements différents (par exemple, loi du 25 février 1991, d'une part, et droit de la vente, d'autre part), ils ne peuvent être tenus solidairement,

(443) Voy., sur les difficultés de preuve du lien causal entre le défaut du produit et le dommage, dans le contexte de l'intelligence artificielle, E. VAN GOOL, J. DE BRUYNE et M. FIERENS, « De regulering van artificiële intelligentie (deel 2) – Een analyse van buitencontractuele aansprakelijkheid », *op. cit.*, pp. 1019-1024 ; G. FRUY, « La responsabilité du fait des produits défectueux au défi des objets connectés », in C. DELFORGE (dir.), *Responsabilités, risques et progrès*, coll. UB³, Bruxelles, Larcier, 2021, p. 50, n° 19.

(444) *Cf. supra*, n° 87.

(445) N.E. VELLINGA, « De civielrechtelijke aansprakelijkheid voor schade veroorzaakt door een autonome auto », *Verkeersrecht*, 2014/10, p. 375.

(446) Art. 5 de la directive.

(447) Voy. le 5^e considérant de la directive 58/374/CEE (voy. également le livre vert sur la responsabilité du fait des produits défectueux, COM[95] 617, p. 19). Pour des applications en jurisprudence, voy. Liège, 18 octobre 2004, *J.L.M.B.*, 2005, p. 212, note P.H. ; Liège, 7 novembre 2005, *R.G.D.C.*, 2006, p. 620, note E. MONTERO.

(448) Art. 9 de la loi du 25 février 1991.

le juge étant tenu de déterminer la part de chacun dans la survenance du dommage⁽⁴⁴⁹⁾.

Cette solidarité ne porte pas préjudice au droit du producteur *solvens* d'exercer un recours contre son (ou ses) codébiteur(s) pour récupérer sa (leur) part dans la dette de responsabilité.

5) *Moyens de défense du producteur*

Quelques causes d'exonération spécifiquement pertinentes. L'article 8 de la loi du 25 février 1991, transposant à la lettre l'article 7 de la directive 85/374/CEE, consacre plusieurs causes d'exonération du producteur⁽⁴⁵⁰⁾. Deux d'entre elles retiennent plus particulièrement l'attention dans le contexte de l'émergence des technologies liées à l'intelligence artificielle. Le producteur est ainsi libéré de sa responsabilité lorsque « compte tenu des circonstances, il y a lieu d'estimer que le défaut ayant causé le dommage n'existait pas au moment où le produit a été mis en circulation par lui ou que ce défaut est né postérieurement » (art. 8, b) **(a)**), ou lorsque « l'état des connaissances scientifiques et techniques au moment de la mise en circulation du produit par lui ne permettait pas de déceler l'existence du défaut » (art. 8, e) **(b)**).

En marge de ces causes légales propres au régime de la responsabilité du fait des produits défectueux, l'article 10, § 2, de la loi rappelle le droit commun applicable à la causalité plurale en cas de faute de la victime ou d'un tiers **(c)**.

a) *Inexistence du défaut au moment de la mise en circulation*

108. – Mise en circulation et *machine learning*. Si le défaut à l'origine du préjudice n'existait pas au moment de la mise en circulation du produit, il y a place pour une exonération du producteur⁽⁴⁵¹⁾. À cet égard, la Cour de cassation a eu l'occasion d'indiquer qu'il suffit au producteur de démontrer que cette inexistence du défaut au moment de la mise en circulation est « plausible » pour être libéré de sa

(449) *Doc. parl.*, Ch. repr., sess. ord. 1989-1990, n° 1262/1, p. 19.

(450) Pour rappel, la charge de la preuve de ces causes d'exonération repose sur les épaules du producteur. Le texte de l'article 8 est très clair sur ce point. Voy. également Cass., 4 mai 2007, *R.G.A.R.*, 2008, n° 14.412 ; *R.W.*, 2007-2008, p. 1283, note D. WUYTS.

(451) Pour des applications, voy. Civ. Bruges, 30 octobre 2000, *R.W.*, 2001-2002, p. 1183 ; Liège, 18 octobre 2004, *J.L.M.B.*, 2005, p. 212, note P.H. ; Anvers, 28 octobre 2009, *R.G.D.C.*, 2011, p. 381, note D. VERHOEVEN.

responsabilité⁽⁴⁵²⁾. Pour autant, il ne peut pas se contenter d'invoquer le fait que la cause du dommage est incertaine⁽⁴⁵³⁾.

Dans l'appréciation du moment auquel le défaut est né, le juge aura égard à toutes les circonstances concrètes de la cause, et notamment la nature du produit, l'utilisation que le consommateur en a faite, la nature du défaut, ou encore le délai qui sépare la mise en circulation du produit et le fait dommageable⁽⁴⁵⁴⁾.

Cette cause d'exonération légale pourrait susciter le débat dans un litige consécutif à un accident causé par un bien doté d'intelligence artificielle. Les derniers systèmes d'intelligence artificielle sont en effet guidés par des formules algorithmiques complexes, mieux connues sous l'expression anglo-saxonne « *machine learning* ». Ces formules ont ceci de particulier qu'elles permettent au système de développer ses propres modèles – d'apprendre – au contact de la réalité⁽⁴⁵⁵⁾.

Cette technique hautement sophistiquée apparaît indispensable dès lors que le concepteur ne peut en aucune manière anticiper toutes les situations auxquelles sera confronté le système informatique. Par exemple, en présence d'un véhicule autonome, même le processus de conception le plus abouti, impliquant une batterie de tests particulièrement compréhensive, ne pourra sans doute jamais offrir autant de variétés de la circulation que le trafic réel⁽⁴⁵⁶⁾. Demeureront toujours d'inévitables « *corner cases* »⁽⁴⁵⁷⁾.

Du mécanisme technique sous-jacent « du machine learning », il résulte que le visage du logiciel au moment du fait dommageable pourrait être fort différent de celui qu'il avait à la sortie de l'usine. De ce fait, l'accident pourrait potentiellement trouver sa cause dans un défaut informatique qui n'existait pas au moment de la mise en circulation du logiciel, et qui le cas échéant résulterait d'un développement

(452) Cass., 4 mai 2007, *R.G.A.R.*, 2008, n° 14.412 ; *R.W.*, 2007-2008, p. 1283, note D. WUYTS.

(453) Cass., 4 mai 2007, *R.G.A.R.*, 2008, n° 14.412 ; *R.W.*, 2007-2008, p. 1283, note D. WUYTS.

(454) T. VANSWEEVELT et B. WEYTS, *Handboek buitencontractueel aansprakelijkheidsrecht*, *op. cit.*, p. 542, n° 855 ; D. WUYTS, *op. cit.*, *R.W.*, 2007-2008, p. 1286, n° 7.

(455) Par opposition, les algorithmes classiques obligent les programmeurs à décrire en détail, dans le système informatique, l'ensemble des opérations de conduite qui devront être accomplies par le véhicule, et des règles qu'il devra respecter. Avec le *machine learning*, le système ne fonctionne plus sur la base de ce type de règles informatiques préprogrammées, mais sur la base de modèles développés automatiquement, au départ d'innombrables données (des exemples que l'on « montre » à la machine afin de lui « apprendre » la conduite).

(456) K.A.P.C. VAN WEES et K. BROOKHUIS, « Product liability and ADAS; legal and cognitive psychological perspectives », *op. cit.*, p. 362.

(457) M. A. GEISTFELD, « A roadmap for autonomous vehicles: State tort liability, automobile insurance, and federal safety regulation », *op. cit.*, p. 1644.

algorithmique qui ne pouvait pas être anticipé. À cet égard, si le producteur parvient effectivement à prouver qu'une manœuvre résulte de ce processus d'auto-apprentissage, la question se pose de savoir si cette preuve est de nature à l'exonérer de sa responsabilité, ou s'il faut au contraire écarter l'application de l'article 8, b), de la loi, au motif que le logiciel contenait déjà en germe le défaut au moment de sa mise en circulation⁽⁴⁵⁸⁾.

Sur ce point, nous partageons le sentiment de H. Jacquemin et J.-B. Hubin qui considèrent qu'il devrait revenir au producteur d'assumer le risque d'un développement imprévisible et dommageable du logiciel⁽⁴⁵⁹⁾. La référence qu'ils font à l'exigence d'une juste répartition des risques entre le producteur et le consommateur nous paraît cependant insuffisante, à elle seule, à justifier *de lege lata* cette solution. Celle-ci trouve en revanche un sérieux appui dans la *ratio legis* de l'article 8, b), dont on retrouve la première expression dans l'article 5 de la première proposition de directive présentée le 9 septembre 1976 par la Commission européenne en matière de responsabilité du fait des produits défectueux⁽⁴⁶⁰⁾. Le 11^e considérant de cette proposition précisait alors que « le fabricant ne saurait être responsable lorsque la chose [...] n'est devenue défectueuse qu'après avoir été mise en circulation et que le défaut n'a donc pas sa source dans le processus de production ». Or, s'agissant de l'hypothèse qui nous occupe, quand bien même admettrait-on que le défaut n'existait pas au moment de la mise en circulation, il n'en trouve pas moins son origine dans le processus de production, ce qui autorise à maintenir la responsabilité du producteur.

109. – Les mises à jour du logiciel. Les logiciels à la base du fonctionnement du système d'intelligence artificielle seront, c'est l'évidence, régulièrement l'objet de mises à jour. Si l'une d'elles devait être à l'origine d'un défaut, la question se pose de savoir si le producteur pourrait faire appel à l'article 8, b), susvisé sous prétexte que le défaut

(458) J. TANGHE et J. DE BRUYNE, « Software aan het stuur. Aansprakelijkheid voor schade veroorzaakt door autonome motorrijtuigen », *op. cit.*, p. 64, n° 96 ; *op. cit.*, R.W., 2016-2017, p. 982, n° 66. Voy. également H. JACQUEMIN et J.-B. HUBIN, « Aspects contractuels et de responsabilité civile en matière d'intelligence artificielle », *op. cit.*, pp. 99 et 135, n°s 24 et 59.

(459) H. JACQUEMIN et J.-B. HUBIN, « Aspects contractuels et de responsabilité civile en matière d'intelligence artificielle », *op. cit.*, p. 135, n° 59.

(460) Proposition de directive du Conseil relative au rapprochement des dispositions législatives, réglementaires et administratives des États membres en matière de responsabilité du fait des produits défectueux, présentée par la Commission européenne le 9 septembre 1976, *JOCE*, C 241/9, 14 octobre 1976. L'article 5 énonçait que « le fabricant n'est pas responsable s'il prouve [...] qu'elle n'était pas défectueuse quand il l'a mise en circulation ».

serait né postérieurement à la mise en circulation du bien doté d'intelligence artificielle.

La réponse nous paraît être négative, pour les motifs invoqués ci-avant à propos du développement imprévisible et dommageable du logiciel. Il ne nous semble en effet pas déraisonnable de considérer que la mise à jour d'un logiciel est – pour autant qu'elle soit encouragée ou à tout le moins autorisée par le fabricant – une nécessité propre au fonctionnement du véhicule qui trouve sa source dans le processus de production de ce véhicule. C'est donc bien au moment de cette mise à jour que doit s'apprécier l'existence du défaut⁽⁴⁶¹⁾.

Au surplus, il est permis de se demander si, par l'effet de la mise à jour du logiciel, un nouveau produit⁽⁴⁶²⁾ n'est pas mis en circulation, le logiciel mis à jour se substituant au logiciel obsolète⁽⁴⁶³⁾. À vrai dire, c'est le bien intégrant le système d'intelligence artificielle lui-même qui pourrait, à cette occasion, être considéré comme un nouveau produit mis en circulation à la date de la mise à jour, du moins si celle-ci opère une modification importante du système d'intelligence artificielle, et non une simple correction technique⁽⁴⁶⁴⁾.

Adhérer à cette idée n'est pas sans conséquence. Des questions pourraient en effet se poser à propos de l'application du délai de dix ans prévu à l'article 10, § 2, alinéa 2, de la directive – et à l'article 12, § 1^{er}, de la loi du 25 février 1991 – en particulier au producteur du véhicule, s'il est distinct du producteur du logiciel. Ce délai prend en effet cours à la date de la mise en circulation du produit⁽⁴⁶⁵⁾.

110. – Plus largement, vers une réévaluation du moment de l'appréciation du défaut ? Les difficultés identifiées ci-avant révèlent sans doute, plus largement, les limites de la notion-même de « mise en circulation » dans l'environnement numérique et de l'intelligence artificielle. Si l'on conçoit bien que, dans le cadre d'un processus

(461) H. JACQUEMIN et J.-B. HUBIN, « Aspects contractuels et de responsabilité civile en matière d'intelligence artificielle », *op. cit.*, p. 136, n° 59.

(462) Si tant est, bien sûr, que l'on admette que le logiciel est un « produit » au sens de la directive et de sa loi de transposition. Cf. *supra*, n° 90.

(463) J. TANGHE et J. DE BRUYNE, « Software aan het stuur. Aansprakelijkheid voor schade veroorzaakt door autonome motorrijtuigen », *op. cit.*, p. 64, n° 96 ; *op. cit.*, *R. W.*, 2016-2017, p. 982, n° 66. Dans le même sens, voy. J. WERBROUCK, *op. cit.*, *T.P.R.*, 2018, pp. 582-585, n° 73-76.

(464) Voy. J. WERBROUCK, *op. cit.*, *T.P.R.*, 2018, pp. 583-585, n° 74-76.

(465) Nous renvoyons sur ce point le lecteur à J. WERBROUCK, *op. cit.*, *T.P.R.*, 2018, pp. 585-588, n° 77-79.

de production de biens de consommation classiques, la « mise en circulation »⁽⁴⁶⁶⁾ détermine le moment auquel doit être appréciée l'existence du défaut, cette approche paraît douteuse en présence de produits qui peuvent, après leur sortie du processus de fabrication, être modifiés par le biais de mises à jour, ou même évoluer de manière autonome en raison des algorithmes qui composent leur logiciel⁽⁴⁶⁷⁾.

Il serait donc opportun que la responsabilité du producteur ne soit plus strictement encadrée par une référence à la date de la mise sur le marché du produit technologique, mais qu'elle puisse également être engagée, à certaines conditions, lorsque le défaut naîtrait en raison de modifications apportées au produit postérieurement à cette date⁽⁴⁶⁸⁾.

b) *Caractère indécélable du défaut*

111. – Un nouveau souffle pour la clause dite du « risque de développement » ? L'article 8 de la loi prévoit encore, en son point e), que le producteur n'est pas responsable s'il prouve que « l'état des connaissances scientifiques et techniques au moment de la mise en circulation du produit par lui ne permettait pas de déceler l'existence du défaut »⁽⁴⁶⁹⁾. Le législateur belge a ainsi fait choix de transposer en droit interne l'article 7, e), de la directive⁽⁴⁷⁰⁾, consacrant ainsi

(466) Définie, pour rappel, par l'article 6 de la loi du 25 février 1991 comme « le premier acte matérialisant l'intention du producteur de donner au produit l'affectation à laquelle il le destine par transfert à un tiers ou utilisation au profit de celui-ci ».

(467) Dans le même sens, voy. E. VAN GOOL, J. DE BRUYNE et M. FIERENS, « De regulering van artificiële intelligentie (deel 2) – Een analyse van buitencontractuele aansprakelijkheid », *op. cit.*, p. 1014, n° 22-23 ; G. FRUY, « La responsabilité du fait des produits défectueux au défi des objets connectés », in C. DELFORGE (dir.), *Responsabilités, risques et progrès*, *op. cit.*, pp. 44-45, n° 13.

(468) Ainsi, le groupe d'experts chargé par la Commission européenne d'examiner les questions de responsabilité liées à l'intelligence artificielle et aux autres technologies digitales émergentes a suggéré, dans un rapport publié en novembre 2019, de faire peser sur le producteur la responsabilité d'un défaut trouvant son origine, soit dans un composant numérique ou une « pièce auxiliaire numérique » défectueux ou dans d'autres contenus ou services numériques fournis pour le produit avec l'assentiment du producteur après la mise en circulation du produit, soit dans un défaut de mise à jour du contenu numérique ou de fourniture d'un service numérique nécessaire au maintien du niveau de sécurité attendu (durant le délai pendant lequel le producteur est tenu de fournir ces mises à jours) (Expert Group on Liability and New Technologies – New Technologies Formation, « Liability for Artificial Intelligence and other emerging digital technologies », 2019, disponible sur <https://www.europarl.europa.eu> [consulté le 22 novembre 2022], p. 43).

(469) Contrairement à la situation visée par la cause d'exonération du point b) de l'article 8, étudié ci-avant, le défaut existait par hypothèse au moment de la mise en circulation, mais était indécélable.

(470) L'article 15, § 1^{er}, b), de la directive autorise en effet les États membres à déroger à l'article 7, e). Sur l'état de la transposition, voy. le 5^e Rapport de la Commission sur l'application de la directive 85/374/CEE, du 7 mai 2018, COM(2018) 246, p. 4.

la règle suivant laquelle c'est à la victime de supporter le « risque de développement »⁽⁴⁷¹⁾.

Dans la droite ligne du constat déjà posé par les travaux préparatoires au moment d'adopter la loi du 25 février 1991⁽⁴⁷²⁾, il faut noter que la mise en œuvre – fructueuse – de ce moyen de défense reste rare. Une jurisprudence peu abondante en la matière l'atteste⁽⁴⁷³⁾. Cette torpeur pourrait bien être secouée par l'automatisation de la conduite⁽⁴⁷⁴⁾. En cause, la complexité de la technologie sous-jacente, et en particulier les techniques de *machine learning* évoquées ci-avant. À cet égard, nous avons expliqué qu'à notre estime, la naissance d'un défaut consécutive au processus d'auto-apprentissage du logiciel ne devrait pas permettre au producteur de se défausser sur la base de l'article 8, b), de la loi. Il pourrait en revanche tenter d'invoquer à son profit le risque de développement, arguant alors que l'anomalie informatique était absolument indécélable⁽⁴⁷⁵⁾.

Cela étant, là encore, une référence à l'état des connaissances au seul moment de la mise en circulation, ainsi qu'elle est actuellement reprise à l'article 7 de la loi du 25 février 1991, ne se justifierait plus dans l'environnement numérique et de l'intelligence artificielle, dans le cadre duquel le défaut peut apparaître postérieurement à la mise en circulation, à la suite d'une mise à jour (ou de l'absence d'une mise à jour nécessaire) ou dans le cadre du processus d'auto-apprentissage d'un logiciel intégrant le produit défectueux. L'appréciation concrète de la cause d'exonération ne pourrait donc pas être limitée au moment de la mise en circulation d'un système d'intelligence artificielle, mais continuellement à la lumière des obligations de surveillance et de mise à jour incombant au producteur⁽⁴⁷⁶⁾.

(471) Sur cette cause d'exonération, voy., récemment, D. VERHOEVEN, « Productaansprakelijkheid », in *Bijzondere overeenkomsten*, *op. cit.*, pp. 87-92.

(472) *Doc. parl.*, Ch. repr., sess. ord. 1989-1990, n° 1262/1, p. 18.

(473) C. DELFORGE, « Le défaut de sécurité au sens de la loi du 25 février 1991 relative à la responsabilité du fait des produits défectueux », *op. cit.*, p. 362, n° 74.

(474) En ce sens, voy. E.F.D. ENGELHARD et R.W. DE BRUIN, « EU common approach on the liability rules and insurance related to connected and autonomous vehicles », *op. cit.*, p. 61.

(475) Voy. H. JACQUEMIN et J.-B. HUBIN, « Aspects contractuels et de responsabilité civile en matière d'intelligence artificielle », *op. cit.*, p. 137, n° 59 ; N.E. VELLINGA, « De civielrechtelijke aansprakelijkheid voor schade veroorzaakt door een autonome auto », *op. cit.*, p. 375.

(476) E. VAN GOOL, J. DE BRUYNE et M. FIERENS, « De regulering van artificiële intelligentie (deel 2) – Een analyse van buitencontractuele aansprakelijkheid », *op. cit.*, p. 1015, n° 24.

c) *Faute de la victime ou d'un tiers*

112. – Incidence de la faute de la victime. À propos du rôle que joue la faute de la victime dans le cadre du régime de responsabilité du fait des produits défectueux, la directive 85/374/CEE ne définit pas la notion de « lien de causalité » qu'elle utilise pourtant en son article 4, lorsqu'elle met à charge de la victime la preuve de ce lien. Les travaux préparatoires renvoient sur ce point aux droits nationaux⁽⁴⁷⁷⁾.

À cet égard, l'article 10, § 2, alinéa 1^{er}, de la loi du 25 février 1991 indique que la responsabilité du producteur « peut être limitée ou écartée lorsque le dommage est causé conjointement par un défaut du produit et par la faute de la victime ou d'une personne dont la victime est responsable ». Cette disposition, qui transpose dans notre droit l'article 8, § 2, de la directive 85/374/CEE, constitue une entorse légale à la théorie de l'équivalence des conditions, dans la mesure où le juge est ainsi autorisé, en présence d'une faute de la victime, à exonérer le producteur de sa responsabilité alors que les conditions de celle-ci sont rencontrées, par hypothèse⁽⁴⁷⁸⁾. Pour le reste, s'agissant de la question de savoir comment apprécier l'existence d'une faute, et qui sont les personnes dont la victime est responsable, il y a lieu de se référer au droit national⁽⁴⁷⁹⁾.

Cette disposition pourrait s'avérer particulièrement précieuse pour les producteurs de biens dotés d'intelligence artificielle. On sait en effet que les utilisateurs de ces biens devront, pour un temps au moins, exercer une mission de supervision sur le fonctionnement du système d'intelligence artificielle. À cet égard, le risque que l'utilisateur commette une faute susceptible de justifier un partage de responsabilités est réel⁽⁴⁸⁰⁾. Au-delà, les utilisateurs doivent veiller à ne se servir du bien que dans des conditions autorisées par le fabricant, à respecter les consignes d'utilisation et avertissements qui leur sont communiqués, à procéder aux mises à jour dont ils sont responsables..., autant

(477) Proposal for a Council Directive relating to the approximation of the laws, regulations and administrative provisions of the Member States concerning liability for defective products, *Bull. C.E.*, 1976, Suppl. 11/76, p. 18.

(478) T. VANSWEEVELT et B. WEYTS, *Handboek buitencontractueel aansprakelijkheidsrecht*, *op. cit.*, pp. 526-527, n° 827 ; D. VERHOEVEN, *Productaansprakelijkheid en productveiligheid*, *op. cit.*, pp. 242-243, n° 247.

(479) D. FAIRGRIEVE *et al.*, « Product Liability Directive – IV. The content of the Product Liability Directive », *op. cit.*, pp. 87-88, n° 170.

(480) Les premiers accidents dont la presse s'est fait l'écho dans le domaine de l'automatisation de la conduite – dont on sait qu'elle ne sera, pendant longtemps, que partielle – attestent cette réalité.

de devoirs susceptibles d'être négligés, et, donc, de justifier un partage de responsabilités⁽⁴⁸¹⁾.

113. – Faute d'un tiers. Que le défaut du véhicule se conjugue avec la faute (« l'intervention ») d'un tiers n'a en revanche aucune influence sur le droit de la victime de réclamer au producteur l'indemnisation de son préjudice. Le second alinéa de l'article 10, § 2, de la loi l'exprime clairement. Il s'agit là d'une simple application de la responsabilité *in solidum* en cas de fautes concurrentes⁽⁴⁸²⁾. Le producteur, s'il a désintéressé seul la victime, peut évidemment se retourner contre le tiers fautif pour qu'il contribue à la dette de responsabilité⁽⁴⁸³⁾.

6) La nouvelle directive relative à la responsabilité du fait des produits défectueux proposée par la Commission⁽⁴⁸⁴⁾

114. – Brève présentation de la proposition de directive. Depuis plusieurs années, les études et enquêtes se sont multipliées au sujet de l'application de la directive de 1985 dans le contexte du développement technologique et numérique de la société, et singulièrement de l'émergence du marché de l'intelligence artificielle. Toutes convergent sur le constat que le régime de la directive, quoiqu'efficace et pertinent pour aborder les nouveaux défis de ce marché, présente plusieurs lacunes et imprécisions, à l'origine d'une grande insécurité juridique. Nous avons tenté, pour l'essentiel, de les identifier ci-avant.

Les autorités européennes, soucieuses d'assurer une application claire et uniforme de la directive au sein de l'Union européenne, et de garantir aux consommateurs une protection effective contre les risques, ont jugé opportun de proposer une refonte complète de la directive de 1985, adaptée aux nouvelles réalités technologiques. C'est ainsi que, dans la foulée de nombreux rapports consacrés aux questions de responsabilité liées à l'intelligence artificielle, la Commission européenne a publié, le 28 septembre 2022, une proposition de directive qui abroge

(481) Voy. E. VAN GOOL, J. DE BRUYNE et M. FIERENS, « De regulering van artificiële intelligentie (deel 2) – Een analyse van buitencontractuele aansprakelijkheid », *op. cit.*, p. 1021, n° 37, qui donnent l'exemple d'un robot de jardinage « intelligent » laissé sans surveillance qui blesserait un enfant ou un animal.

(482) T. VANSWEEVELT et B. WEYTS, *Handboek buitencontractueel aansprakelijkheidsrecht*, *op. cit.*, pp. 526-527, n° 827 ; D. VERHOEVEN, *Productaansprakelijkheid en productveiligheid*, *op. cit.*, pp. 241-242, n° 246.

(483) Anvers, 28 octobre 2009, *R.G.D.C.*, 2011, p. 381, note D. VERHOEVEN.

(484) La présente analyse est arrêtée à la fin de l'année 2022. Le texte de la proposition de directive a depuis lors fait l'objet de discussions qui peuvent être retrouvées sur le site <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/FR/HIS/?uri=CELEX:52022PC0495>

purement et simplement celle de 1985, et lui substitue un texte intégralement modifié et, à bien des égards, plus complet.

Cette proposition, désormais soumise à l'examen du législateur européen, cherche à concilier deux aspirations *a priori* contradictoires : d'une part, garantir une protection effective des consommateurs contre les dommages causés par les produits numériques et de l'intelligence artificielle, et susciter ce faisant leur confiance dans ces nouveaux produits, et, d'autre part, veiller à ne pas entraver l'innovation sur le marché européen des nouvelles technologies par un régime de responsabilité trop pesant pour les entreprises. Il est question, en d'autres termes, de trouver un équilibre entre les intérêts des consommateurs, dont les actions en réparation doivent pouvoir aboutir utilement en cas de dommage, et les intérêts de l'industrie (et, plus largement, du marché unique), qui a besoin de règles claires et prévisibles, et qui ne peut accepter de supporter les risques d'accident que dans des limites raisonnables.

Dans ce contexte, la réforme envisagée ne se limite pas à une simple adaptation du régime de la directive aux réalités de l'intelligence artificielle. La Commission a ainsi profité de l'occasion pour proposer des améliorations du régime de responsabilité là où cela se justifiait. Une analyse exhaustive des nombreuses modifications envisagées ne trouve cependant pas sa place dans la présente contribution. Nous nous contenterons d'évoquer celles qui sont directement liées aux difficultés que nous avons pointées précédemment.

115. – Une inclusion expresse des logiciels dans la notion de produit. La Commission souligne la nécessité de mettre fin au flou juridique entourant l'inclusion du logiciel dans la notion de « produit ». Cette dernière reçoit la même définition que celle consacrée par la directive de 1985, mais il est précisé en sus qu'elle inclut, outre l'électricité déjà expressément visée actuellement, « les fichiers de fabrication numériques et les logiciels ».

Il s'agit de viser tant les logiciels « mis sur le marché en tant que produits autonomes » que ceux qui sont « intégrés dans d'autres produits en tant que composants »⁽⁴⁸⁵⁾. D'où il suit que sont désormais indubitablement des producteurs – ou, pour reprendre la terminologie proposée par la proposition de directive, des « fabricants » – « le développeur

(485) Voy. cons. 12 de la proposition de directive.

ou producteur de logiciels, y compris les fournisseurs de systèmes d'IA »⁽⁴⁸⁶⁾.

S'agissant du « fichier de fabrication numérique », il est défini comme « une version numérique ou un modèle numérique d'un meuble » (art. 4, 2°, de la proposition de directive). Il s'agit concrètement de viser les fichiers qui « contiennent les informations fonctionnelles nécessaires pour produire un élément corporel en permettant le contrôle automatisé de machines ou d'outils tels que les perceuses, tours, fraiseuses et imprimantes 3D »⁽⁴⁸⁷⁾.

La proposition de directive ne va en revanche pas jusqu'à définir la notion de « logiciel ». Tout au plus son préambule évoque-t-il « les logiciels, tels que les systèmes d'exploitation, les micrologiciels, les programmes informatiques, les applications ou les systèmes d'IA »⁽⁴⁸⁸⁾.

Le champ d'application de la nouvelle directive étant limité aux produits mis sur le marché dans le cadre d'une activité commerciale⁽⁴⁸⁹⁾, la Commission précise que le régime de responsabilité ne s'appliquerait pas aux logiciels « libres et ouverts, développés ou fournis en dehors du cadre d'une activité commerciale »⁽⁴⁹⁰⁾.

116. – Une extension spécifique aux « services numériques » indispensables au fonctionnement du produit. Si la Commission entend bien maintenir la vocation du régime à ne s'appliquer qu'aux produits, à l'exclusion des services⁽⁴⁹¹⁾, la proposition de directive assimile au « composant » du produit le « service connexe » (art. 4, 3°, de

(486) Voy. cons. 12 de la proposition de directive.

(487) Voy. cons. 14 de la proposition de directive.

(488) Voy. cons. 12 de la proposition de directive.

(489) Ce qui se déduit d'une lecture combinée des articles 4, 9° et 10°, et 10, § 1^{er}, a) et b), et que souligne le préambule (voy. cons. 20). La proposition de directive ne définit – hélas – pas la notion d'« activité commerciale ». Son préambule (voy. cons. 20) parle, lui, de la fourniture d'un produit « à caractère économique ou commercial ». L'on se rappellera que le régime actuel connaît une limite comparable (quoique légèrement différente), puisqu'il prévoit que le producteur peut s'exonérer de sa responsabilité s'il prouve « que le produit n'a été ni fabriqué pour la vente ou pour toute autre forme de distribution dans un but économique du producteur, ni fabriqué ou distribué dans le cadre de son activité professionnelle » (art. 7, c), de la directive, repris comme tel à l'article 8, c), de la loi du 25 février 1991).

(490) Voy. cons. 13 de la proposition de directive : « C'est notamment le cas pour les logiciels – y compris leur code source et leurs versions modifiées – qui sont mis en libre partage et librement accessibles, utilisables, modifiables et redistribuables. En revanche, il convient que la directive s'applique lorsque le logiciel est fourni en échange d'un prix, ou lorsque les données à caractère personnel ne sont pas utilisées exclusivement pour améliorer la sécurité, la compatibilité ou l'interopérabilité du logiciel et sont donc fournies dans le cadre d'une activité commerciale ».

(491) Voy. cons. 15 de la proposition de directive.

la proposition de directive), c'est-à-dire le « service numérique⁽⁴⁹²⁾ qui est intégré à un produit ou interconnecté avec celui-ci[,] de telle sorte que son absence empêcherait le produit d'exercer une ou plusieurs de ses fonctions » (art. 4, 4°, de la proposition de directive). Le préambule donne l'exemple de « la fourniture continue de données relatives au trafic au sein d'un système de navigation »⁽⁴⁹³⁾.

Cette assimilation du « service connexe » au « composant » du produit – et la possibilité consécutive d'assigner le fabricant de ce produit en cas de défectuosité du service connexe – ne vaut que si ce service, soit a été interconnecté au produit par le fabricant du produit lui-même, soit a été « placé sous le contrôle » de ce fabricant (art. 4, 3°, de la proposition de directive), en ce sens que le fabricant a autorisé l'interconnexion par un tiers (art. 4, 5°, de la proposition de directive)⁽⁴⁹⁴⁾.

117. – La notion de « défaut » : *statu quo* et précisions. La proposition de directive maintient en l'état la définition du « défaut », désormais dénommée « défectuosité » (art. 6). Plusieurs enseignements jurisprudentiels sont rappelés en préambule par la Commission⁽⁴⁹⁵⁾, qui entend placer le nouveau régime dans la continuité du précédent.

(492) On rappellera que, suivant la directive (UE) 2019/770 du Parlement européen et du Conseil du 20 mai 2019 relative à certains aspects concernant les contrats de fourniture de contenus numériques et de services numériques (transposée par une loi du 20 mars 2022 dans un nouveau titre *Vibis* du livre III de l'ancien Code civil – art. 1701/1 à 1701/19), le service numérique vise « un service permettant au consommateur de créer, de traiter ou de stocker des données sous forme numérique, ou d'y accéder » ou « un service permettant le partage ou toute autre interaction avec des données sous forme numérique qui sont téléversées ou créées par le consommateur ou d'autres utilisateurs de ce service ». À titre d'exemple, sur le marché des montres connectées, est un service numérique la technologie livrée par *Garmin* qui permet de stocker, de modifier, de visualiser et d'analyser les données collectées avec la montre de sport connectée (via un site web ou via une application sur son smartphone).

(493) Voy. cons. 15 de la proposition de directive.

(494) Voy. cons. 15 de la proposition de directive, qui souligne que les services connexes sont « considérés comme des composants du produit auquel ils sont interconnectés, lorsqu'ils sont sous le contrôle du fabricant de ce produit, en ce sens 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 ». Ceci vaut plus généralement pour tout élément intégré dans un produit, qui ne peut être considéré comme composant de ce produit – susceptible d'engager la responsabilité du fabricant en cas de défectuosité – que s'il a été « intégré [...] par le fabricant dudit produit ou placé sous le contrôle de ce fabricant » (art. 4, 3°). On rappellera que, lorsque la défectuosité affecte le composant d'un produit, aussi bien le producteur de ce composant que le producteur du produit fini (qui a réalisé ou autorisé l'intégration du composant) peuvent être assignés – solidairement – en responsabilité. La Commission maintient la règle dans sa proposition (voy. cons. 26 et 40). Si l'intégration du composant n'est pas le fait du fabricant du produit fini, ou ne se fait pas « sous son contrôle », la défectuosité de ce « composant » (qui, *stricto sensu*, n'en est d'ailleurs plus un, au sens de l'article 4, 3°, précité) n'engage pas la responsabilité du producteur du produit fini (qui, au besoin, invoquera la cause d'exonération prévue à l'article 10, § 1^{er}, c)). Quant à celui qui a modifié le produit, il sera éventuellement responsable aux conditions de l'article 7, § 4.

(495) Voy. cons. 22.

La liste des circonstances à prendre en considération pour évaluer la sécurité à laquelle on – ou, plutôt, le « grand public », précise expressément le texte proposé – peut légitimement s'attendre est précisée et allongée. On soulignera en particulier « l'effet sur le produit de toute capacité à poursuivre son apprentissage après le déploiement », référence aux modèles algorithmiques de *Machine learning*, et « 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 », circonstance pertinente dans le contexte d'une interconnexion croissante entre les objets.

Le nouveau texte contient, à l'instar du texte actuel, un second paragraphe relatif à l'incidence, sur l'évaluation du défaut, de l'existence d'un produit plus perfectionné sur le marché. Une précision utile est apportée au sujet des mises à jour du produit, puisqu'il est précisé qu'elles ne permettent pas de conclure qu'une version antérieure du produit serait défectueuse⁽⁴⁹⁶⁾.

118. – De nouveaux responsables potentiels. L'extension de la notion de produit évoquée ci-avant (*cf. supra*, n^{os} 117-118) impliquerait, ainsi que nous l'avons exposé, que le régime serait indubitablement applicable, non seulement au fabricant de logiciels, mais également, à certaines conditions, aux fournisseurs de services numériques.

En sus, la Commission souligne que « les produits permettent des modifications sous la forme de changements apportés aux logiciels, y compris des mises à niveau ». S'appuyant sur ce constat, elle propose d'assimiler au fabricant la « personne physique ou morale qui modifie un produit qui a déjà été mis sur le marché ou mis en service [...], lorsque la modification est considérée comme substantielle au regard des règles de l'Union ou des règles nationales applicables en matière de sécurité des produits et qu'elle est entreprise en dehors du contrôle du fabricant d'origine ».

119. – Un allègement de la preuve pour la personne lésée dans les cas complexes. La modification des règles de la preuve en faveur de la victime constitue l'une des pierres angulaires de la réforme proposée, modification dont la nécessité en présence de produits techniquement complexes a été mise en évidence à maintes reprises au cours des dernières années. À vrai dire, avant même l'émergence du marché de l'intelligence artificielle, la Commission considérait déjà un allègement du fardeau probatoire qui pèse sur la victime.

(496) Voy. cons. 25.

Déjà dans son rapport du 31 janvier 2001, tracé dans la continuité du Livre vert sur la responsabilité civile du fait des produits défectueux adopté le 28 juillet 1999⁽⁴⁹⁷⁾, la Commission constatait que la complexité technique d'un produit, autant que le niveau élevé des frais d'expertise, pouvait aggraver la charge probatoire de la victime. Pour remédier à cette situation, la Commission envisageait alors quatre options : la mise en place d'une présomption du défaut en faveur de la victime qui prouve l'existence d'un dommage résultant du produit ; la fixation d'un degré ou niveau de preuve requis ; l'imposition d'une obligation de fournir toute documentation et toute information utiles dans le chef du producteur ; la mise à charge des frais d'expertise au producteur⁽⁴⁹⁸⁾.

En l'occurrence, la proposition formulée par la Commission n'opère pas un renversement général de la charge de la preuve actuellement organisée à l'article 4 de la directive de 1985⁽⁴⁹⁹⁾. De manière plus équilibrée, le texte en projet procède, par le biais de présomptions à une répartition de cette charge entre les personnes lésées et les producteurs, afin de ne pas obérer les chances de succès des actions en réparation intentées sur pied de la directive.

Concrètement, l'article 8 organise tout d'abord la divulgation des éléments de preuve pertinents, en imposant au juge d'ordonner au défendeur pareille divulgation, sur demande d'une personne lésée « qui a présenté des faits et des éléments de preuve suffisants pour étayer la plausibilité de sa demande en réparation » (§ 1^{er}). La divulgation doit être limitée à ce qui est « nécessaire et proportionné » pour étayer la demande d'indemnisation (§§ 2 et 3), et des mesures peuvent être prises pour préserver le secret des affaires (§ 4).

Les paragraphes 2 et 5 de l'article 9 consacrent ensuite une série de présomptions (réfragables – § 5) permettant de soulager la personne lésée de sa charge probatoire. Ainsi la défectuosité est-elle présumée dans trois hypothèses (§ 2), lorsque le défendeur se soustrait à l'ordre de divulgation que lui intime le juge sur la base de l'article 8 susvisé, lorsque le produit n'est pas conforme aux exigences légales de sécurité du produit, ou lorsque le dommage trouve son origine dans un « dysfonctionnement manifeste » du produit « lors d'une utilisation normale

(497) COM(1999) 396 final, spéc. pp. 19-21.

(498) Deuxième rapport de la Commission concernant la mise en œuvre de la directive 85/374/CEE, du 31 janvier 2001, COM(2000) 893 final, pp. 14-15.

(499) Voy. art. 9, § 1^{er}, de la proposition de directive : « Les États membres veillent à ce que le demandeur soit tenu de prouver la défectuosité du produit, le dommage subi et le lien de causalité entre la défectuosité et le dommage. »

ou dans des circonstances normales ». S'agissant de cette dernière hypothèse, l'on constate donc que la Commission entérine l'analyse que nous avons proposée au sujet du défaut⁽⁵⁰⁰⁾.

Le lien de causalité entre le défaut et le dommage est par ailleurs présumé « lorsqu'il a été établi que le produit est défectueux et que le dommage causé est d'une nature généralement propre au défaut en question » (§ 3).

Enfin, le juge se voit reconnaître le pouvoir de renverser la charge de la preuve du défaut ou du lien de causalité lorsque le demandeur rencontre des « difficultés excessives » à administrer une telle preuve, en raison « d'une certaine complexité technique ou scientifique ». Le juge ne peut toutefois procéder à un tel renversement que si la personne lésée démontre « sur la base d'éléments de preuve suffisamment pertinents » que « le produit a contribué au dommage » et qu'« il est probable que le produit était défectueux ou que sa défectuosité est une cause probable du dommage, ou les deux ». Quoi qu'il en soit, le pouvoir ainsi conféré au juge trouvera sa pleine utilité dans l'environnement de l'intelligence artificielle, auquel la Commission souhaite adapter le nouveau régime, ce qu'elle ne manque d'ailleurs pas de souligner en préambule⁽⁵⁰¹⁾.

On peut faire le parallèle avec le nouvel article 8.4, alinéa 5, du Code civil, qui autorise de manière générale le juge à opérer, à certaines conditions, un renversement de la charge de la preuve lorsque l'application des règles de la preuve serait « manifestement déraisonnable »⁽⁵⁰²⁾, ou encore avec l'article 8.6 du même Code, qui prévoit que

(500) Cf. *supra*, n° 93 et s.

(501) Voy. art. 9, § 1^{er}, de la proposition de directive : « Les États membres veillent à ce que le demandeur soit tenu de prouver la défectuosité du produit, le dommage subi et le lien de causalité entre la défectuosité et le dommage. »

(502) Voy. l'exposé des motifs, p. 6. Voy. également le considérant 34 : « Il convient que les juridictions nationales déterminent la complexité technique ou scientifique au cas par cas, en tenant compte de divers facteurs. Ces facteurs devraient inclure la complexité du produit, par exemple lorsqu'il s'agit d'un dispositif médical innovant, la complexité de la technologie utilisée, par exemple l'apprentissage automatique, la complexité des informations et des données à analyser par le demandeur ainsi que la complexité du lien de causalité, par exemple dans le cas d'un lien entre un produit pharmaceutique ou alimentaire et l'apparition d'un problème de santé, ou bien dans le cas où, pour prouver l'existence d'un lien, le demandeur devrait expliquer le fonctionnement interne d'un système d'IA. L'appréciation des difficultés excessives devrait elle aussi être effectuée au cas par cas par les juridictions nationales. Bien qu'il incombe aux demandeurs de présenter des arguments démontrant l'existence de difficultés excessives, il convient de ne pas en exiger la preuve. Par exemple, dans une demande concernant un système d'IA, le demandeur ne devrait pas être tenu, pour que la juridiction constate l'existence de difficultés excessives, d'expliquer les caractéristiques spécifiques du système d'IA ni en quoi ces caractéristiques compliquent l'établissement du lien de causalité. Il convient que le défendeur ait la possibilité de contester l'existence de difficultés excessives. »

tant la charge de la preuve d'un fait négatif que celle des faits positifs dont, par la nature même du fait à prouver, il n'est pas possible ou pas raisonnable d'exiger une preuve certaine sont satisfaites par la démonstration de la seule vraisemblance du fait allégué. À cet égard, la question se pose de savoir si la « probabilité » visée dans la proposition de directive est équivalente à la « vraisemblance » visée dans le Code civil.

120. – Une adaptation, aux réalités de l'intelligence artificielle, de la cause d'exonération relative à l'inexistence du défaut au moment de la mise en circulation. La cause d'exonération relative à l'inexistence du défaut au moment de la mise en circulation est modifiée à deux égards. D'abord, l'article 10, § 1^{er}, c), du projet exonère le défendeur qui démontre qu'il est « probable » que la défectuosité n'existait pas au moment de la mise sur le marché ou est apparue après ce moment. Dans le régime actuel, il est question d'une preuve certaine (art. 7, b)). La Commission ne prend pas soin d'expliquer cette apparente faveur faite aux producteurs.

Plus fondamentalement, le second paragraphe de l'article 10 prévoit que la cause d'exonération ne joue pas lorsque la défectuosité est due, soit à un service connexe, soit à des logiciels (y compris des mises à jour ou mises à niveau logicielles), pour autant que, selon le cas, le service connexe ou le logiciel soit « sous le contrôle » du fabricant, au sens de l'article 4, 5^o, c'est-à-dire lorsqu'il « les fournit lui-même ou bien autorise ou influence d'une quelconque autre manière leur fourniture par un tiers »⁽⁵⁰³⁾.

Cette dérogation à l'exonération de principe répond directement aux difficultés que nous avons soulignées précédemment (*cf. supra*, n^{os} 109-110) au sujet des algorithmes de *machine learning*, d'une part, et des mises à jour, d'autre part. Dans le régime proposé par la Commission, il ne serait donc plus question, pour le producteur, d'échapper à sa responsabilité en invoquant le fait que le défaut, inexistant au départ, trouve sa source dans le processus d'auto-apprentissage du logiciel. La même règle vaudrait pour le défaut né à la suite d'une mise à jour.

Enfin, l'exonération est également écartée lorsque la défectuosité est due à « l'absence de mises à jour ou de mises à niveau logicielles nécessaires au maintien de la sécurité » (art. 10, § 2, c)). Il s'agit de rendre responsables les fabricants « des dommages causés par leur incapacité à fournir des mises à jour ou mises à niveau de sécurité logicielles

(503) Voy. cons. 37.

nécessaires pour remédier aux vulnérabilités du produit face à l'évolution des risques en matière de cybersécurité »⁽⁵⁰⁴⁾. Là encore, l'absence dénoncée doit être « sous le contrôle » du fabricant, de sorte que l'exonération reste de mise si c'est la personne lésée qui néglige d'installer la mise à jour ou la mise à niveau fournie⁽⁵⁰⁵⁾.

121. – Un renforcement de la clause du risque de développement. Le caractère indécidable de la défectuosité demeure une cause d'exonération dans la proposition de directive, étant entendu que le texte précise que c'est au regard de l'état « objectif » des connaissances scientifiques et techniques que ce caractère doit être apprécié – ce qui, sans être neuf, a le mérite de la clarté.

Contrairement à la directive actuelle⁽⁵⁰⁶⁾, le texte proposé n'autorise pas les États membres à écarter la clause du risque de développement. À cet égard, dès lors que l'harmonisation des systèmes nationaux se veut totale s'agissant des points régis par la directive proposée⁽⁵⁰⁷⁾, l'option actuellement laissée aux États membres serait supprimée. Ceci ne modifierait pas la situation en droit belge, la loi du 25 février 1991 ayant consacré cette cause d'exonération.

Par ailleurs, le texte indique que le juge peut se référer à l'état des connaissances « au cours de la période pendant laquelle le produit était sous le contrôle du fabricant ». Il s'agit de tenir compte du fait que les produits dotés d'intelligence artificielle sont susceptibles de changer ou d'être modifiés après leur mise sur le marché.

C. – Responsabilité contractuelle

122. – Introduction. De leur production à leur mise sur le marché – après intégration dans un produit fini, le cas échéant –, les systèmes d'IA impliquent généralement la conclusion de nombreux contrats dont la qualification diffère en fonction de l'objet sur lequel ils portent et de la qualité des parties concernées.

(504) Voy. cons. 38.

(505) Voy. cons. 38.

(506) Voy. art. 15, § 1^{er}, de la directive.

(507) Art. 5 de la proposition de directive : « Les États membres s'abstiennent de maintenir ou d'introduire, dans leur droit national, des dispositions s'écarter de celles fixées par la présente directive, notamment des dispositions plus strictes ou plus souples visant à assurer un niveau différent de protection des consommateurs, sauf si la présente directive en dispose autrement ».

1) *Qualification des contrats liés à l'IA*

123. – Enjeux. L'intérêt de déterminer la qualification des contrats liés à l'IA est de pouvoir identifier les règles juridiques qui leur sont applicables. La qualification à apporter auxdits contrats est double : elle dépend à la fois de la qualité des personnes qui y sont parties et de l'objet précis sur lequel portent ces contrats.

a) *Selon les parties au contrat*

124. – Consommateur *versus* entreprise. La qualité des parties au contrat – qu'il s'agisse d'un contrat de vente ou d'un contrat de services – a une influence considérable sur les règles juridiques applicables à la relation contractuelle.

Ainsi, les parties peuvent avoir soit la qualité de consommateur, soit celle d'entreprise. Alors qu'un consommateur est défini comme « toute personne physique qui agit à des fins qui n'entrent pas dans le cadre de son activité commerciale, industrielle, artisanale ou libérale »⁽⁵⁰⁸⁾, la notion d'entreprise vise « toute personne physique ou personne morale poursuivant de manière durable un but économique, y compris ses associations »⁽⁵⁰⁹⁾.

Si le contrat lié à l'IA est conclu entre une entreprise et un consommateur (contrat B2C⁽⁵¹⁰⁾), la relation contractuelle fera l'objet d'un encadrement relativement strict⁽⁵¹¹⁾, résultant principalement des dispositions contenues dans le livre VI du Code de droit économique et de celles relatives au régime de garantie des biens de consommation prévu par les articles 1649*bis* et suivants de l'ancien Code civil.

En revanche, si le contrat lié à l'IA est conclu entre entreprises (contrat B2B⁽⁵¹²⁾), les parties bénéficieront d'une marge de manœuvre bien plus étendue pour définir les modalités de leur collaboration, et ce, par application du principe de liberté contractuelle⁽⁵¹³⁾. Cette marge de manœuvre a été quelque peu réduite en 2019 à la suite de l'insertion

(508) Art. I.1, 2°, du Code de droit économique (ci-après, « CDE »).

(509) Art. I.8, 39°, CDE.

(510) *Business to Consumer*.

(511) Les dispositions légales applicables dans les relations entre une entreprise et un consommateur ont vocation à protéger le consommateur, considéré comme partie faible au rapport contractuel.

(512) *Business to Business*.

(513) H. JACQUEMIN et J.-B. HUBIN, « Le robot et l'intelligence artificielle en droit des obligations contractuelles », in A. DE STREEL et H. JACQUEMIN (dir.), *L'intelligence artificielle et le droit*, 1^{re} éd., Bruxelles, Larcier, 2017, p. 78.

des articles VI.91/1 et suivants dans le Code de droit économique, instaurant un régime interdisant les clauses abusives entre entreprises⁽⁵¹⁴⁾.

b) *Selon l'objet du contrat*

125. – Software et hardware. Un contrat lié à l'IA peut porter soit exclusivement sur des éléments logiciels (*software*), soit sur des éléments matériels (*hardware*) intégrant des éléments logiciels. Dans le premier cas, ledit contrat sera qualifié de « contrat de services », tandis que, dans le second, il revêtira la qualification de « contrat de vente ».

Notons toutefois que la question de la qualification des contrats liés à l'IA conclus entre entreprises pourrait être sujette à controverse, comme ce fut le cas pour les contrats de fourniture informatique⁽⁵¹⁵⁾. Ainsi, l'on pourrait avancer que la mise à disposition d'un logiciel d'IA standard peut aussi bien être qualifiée de louage d'ouvrage que de vente, de louage de chose ou encore de contrat *sui generis* en fonction des particularités de la relation contractuelle en cause. L'incidence pratique de cette question semble toutefois minime dès lors que la majorité des règles applicables entre entreprises sont supplétives⁽⁵¹⁶⁾. Comme le soulignent H. Jacquemin et J.-B. Hubin, « [e]n définitive, il faut voir les dispositions du Code civil applicables aux contrats nommés comme une “boîte à outil” à laquelle les parties ont recours au moment de rédiger leur contrat *sui generis* ou, à défaut de dispositions conventionnelles, comme le régime de droit commun auquel elles acceptent de se soumettre à titre supplétif »⁽⁵¹⁷⁾.

126. – L'article 5.67 et les contrats mixtes. Dans le cadre de la réforme du livre 5⁽⁵¹⁸⁾, qui est entré en vigueur le 1^{er} janvier 2023, le législateur belge a consacré une disposition à la qualification des contrats mixtes.

(514) Il convient de noter qu'un régime interdisant les pratiques du marché déloyales entre entreprises a été instauré en parallèle (art. VI.103/1 et s. CDE). Il n'en sera toutefois pas question dans cette contribution, celle-ci se concentrant sur les dispositions ayant un impact potentiel sur l'étendue de la responsabilité d'une partie en cas de dommage causé par un système d'IA.

(515) H. JACQUEMIN et J.-B. HUBIN, « Aspects contractuels et de responsabilité civile en matière d'intelligence artificielle », in A. DE STREEL et H. JACQUEMIN (dir.), *L'intelligence artificielle et le droit*, *op. cit.*, p. 82.

(516) H. JACQUEMIN et J.-B. HUBIN, « Le robot et l'intelligence artificielle en droit des obligations contractuelles », *op. cit.*, pp. 81-83.

(517) *Ibid.*, p. 83.

(518) Loi du 28 avril 2022 portant le livre 5 « Les obligations » du Code civil, *M.B.*, 1^{er} juillet 2022.

L'article 5.67 dispose :

« Lorsqu'un contrat contient des clauses qui relèvent de différentes catégories de contrats, chaque clause est soumise aux règles qui s'appliquent à la catégorie dont elle relève.

Toutefois, lorsqu'un contrat contient, à titre accessoire, des clauses relevant d'une autre catégorie que celle dont le contrat relève à titre principal, l'ensemble du contrat est soumis, moyennant les adaptations requises, aux règles qui lui sont applicables à titre principal, à moins que les clauses accessoires concernées nécessitent par nature une réglementation propre.

Le présent article s'applique sous réserve de la volonté contraire des parties et de toute règle impérative ou d'ordre public pertinente. »

Le législateur opte pour le principe de l'application distributive dans les hypothèses où les parties incluent dans le même contrat plusieurs opérations qui auraient pu faire l'objet de contrats distincts.

Les travaux préparatoires précisent que la « solution est retenue par souci de sécurité juridique car elle permet au juge, lorsque les parties ne se sont pas clairement exprimées sur leurs intentions, de retomber sur le régime juridique applicable aux différentes opérations qui composent le contrat mixte »⁽⁵¹⁹⁾.

Le principe de l'absorption de l'accessoire par le principal s'appliquera à titre dérogatoire. L'absorption requiert toutefois que les « clauses principales présentent un caractère prédominant, au point qu'il serait déraisonnable de ne pas considérer le contrat comme entrant essentiellement dans une catégorie unique »⁽⁵²⁰⁾.

Le législateur illustre le principe de l'absorption en recourant à l'exemple d'un contrat de vente d'une cuisine standardisée qui comporte une prestation de services, à savoir l'installation de celle-ci. Dès lors que l'installation présente un caractère tout à fait accessoire dans l'intention des parties (vu la valeur respective des meubles de cuisine et de la prestation de services), il y a lieu de considérer le contrat pour le tout comme étant une vente. « Le contrat est dès lors soumis pour le tout aux règles de la vente, moyennant les adaptations requises par une telle extension du champ d'application de ces règles à des questions qu'elles n'avaient normalement pas vocation à régler »⁽⁵²¹⁾. Le défaut caché qui vise l'installation de la cuisine sera donc traité aux regards des règles de la vente⁽⁵²²⁾.

(519) Proposition de loi portant le livre 5 « Les obligations » du Code civil, *Doc. parl.*, Ch. repr., sess. ord. 2020-2021, n° 55-1806/001, pp. 79-80.

(520) Proposition de loi portant le livre 5 « Les obligations » du Code civil, *Doc. parl.*, Ch. repr., sess. ord. 2020-2021, n° 55-1806/001, pp. 79-80.

(521) *Ibid.*

(522) *Ibid.*

Une exception est prévue pour le cas où la nature de la clause accessoire s'oppose à une telle absorption parce qu'elle nécessite une réglementation propre⁽⁵²³⁾.

Partant, la clause de droit applicable, la clause d'élection de for ou encore la clause d'arbitrage ne peuvent, en dépit de leur caractère accessoire, « être absorbées par la catégorie juridique dont relève le contrat à titre principal (la vente, le bail, etc.) parce qu'elles produisent des effets propres qui ne pourraient être soumis aux règles applicables au contrat principal sans dénaturer ces règles »⁽⁵²⁴⁾.

L'alinéa 3 confirme la nature supplétive de ces règles. « S'il apparaîtrait que les parties avaient clairement l'intention de conclure une opération *sui generis* qui ne se rattache directement à aucun contrat réglementé par la loi, elles demeurent libres de le faire, et ce, même si l'opération conclue emprunte certains traits à des contrats réglementés. Cette liberté trouve toutefois une limite dans les règles impératives ou d'ordre public, qu'il n'est pas permis de tourner de la sorte »⁽⁵²⁵⁾.

c) Selon l'objet du contrat et les parties aux contrats

127. – La vente de biens de consommation entre un vendeur et un consommateur. Au croisement des deux critères (objet et parties au contrat), on retrouve la vente des biens de consommation conclue entre un vendeur et un consommateur au sens de l'article 1649*bis*.

Le régime applicable aux contrats de vente de biens de consommation s'étend, conformément à l'article 1649*bis*, § 2, « aux contenus numériques⁽⁵²⁶⁾ ou aux services numériques⁽⁵²⁷⁾ qui sont intégrés ou sont interconnectés avec des biens de consommation au sens du paragraphe 1^{er}, 4^o, b), et qui sont fournis avec ces biens de consommation dans le cadre du contrat de vente, que ces contenus numériques ou services numériques soient fournis par le vendeur ou par un tiers. En cas de doute sur la question de savoir si la fourniture d'un contenu

(523) *Ibid.*

(524) *Ibid.*

(525) *Ibid.*

(526) « Contenu numérique » : des données produites et fournies sous forme numérique (art. 1649*bis*, § 1^{er}, 5^o, ancien C. civ.).

(527) « [S]ervice numérique » :

a) un service permettant au consommateur de créer, de traiter ou de stocker des données sous forme numérique, ou d'y accéder ; ou

b) un service permettant le partage de données sous forme numérique qui sont téléversées ou créées par le consommateur ou d'autres utilisateurs de ce service, ou permettant toute autre interaction avec ces données (art. 1649*bis*, § 1^{er}, 6^o, ancien C. civ.).

numérique ou d'un service numérique intégré ou interconnecté fait partie du contrat de vente, ce contenu numérique ou ce service numérique est présumé relever du contrat de vente »⁽⁵²⁸⁾.

128. – Cas particuliers : les biens de consommation à vendre ou à produire. Les dispositions qui figurent aux articles 1649*bis* et suivants de l'ancien Code civil traitent de ce que l'on qualifie de « vente aux consommateurs ».

Cette qualification est toutefois trop réductrice au regard de l'objet du contrat.

En réalité, la section IV du chapitre IV du titre VI du livre III de l'ancien Code civil s'applique également aux contrats de fourniture de biens de consommation à fabriquer ou à produire.

Même si leurs caractéristiques propres appellent davantage la qualification de contrats d'entreprise, l'article 1649*bis*, § 2, alinéa 3, dispose que ces contrats sont réputés être des contrats de vente.

d) L'intelligence artificielle : objet du contrat de vente ou de services ?

129. – Qualification en tant que contrat de services. Parmi les contrats de services réglementés par le Code civil⁽⁵²⁹⁾, notre attention se portera uniquement sur le contrat d'entreprise en raison de l'objet du présent propos⁽⁵³⁰⁾. Ledit contrat peut être défini comme « la convention par laquelle une personne, l'entrepreneur, s'engage envers une autre, le maître de l'ouvrage, à effectuer, moyennant le paiement d'un prix, un travail ou un service déterminé, sans aliéner son indépendance dans l'exécution matérielle de ses engagements ni disposer d'un pouvoir de représentation »⁽⁵³¹⁾. Dans un arrêt du 3 septembre 2010, la Cour de cassation a par ailleurs précisé que « [...] l'entreprise est le contrat par lequel une personne s'engage moyennant le paiement d'un prix à effectuer un travail intellectuel ou matériel déterminé pour un

(528) Les articles 1649*bis* et suivants ne s'appliquent toutefois pas :

1° aux contrats pour la fourniture de contenus numériques ou de services numériques, sous réserve du paragraphe 2, alinéa 2 ;

2° aux supports matériels servant exclusivement à transporter du contenu numérique ;

3° aux biens vendus sur saisie ou de quelque autre manière par autorité de justice ;

4° aux contrats relatifs à la vente d'animaux vivants.

(529) À savoir le contrat d'entreprise (ou louage d'ouvrage et d'industrie), le contrat de mandat et le contrat de dépôt.

(530) Les références à la notion de « contrat de services » contenues au sein de cette contribution ne visent dès lors que le contrat d'entreprise.

(531) Cass., 3 octobre 1961, *Pas.*, 1962, I, p. 142 ; Bruxelles, 19 décembre 2002, *Res. jur. imm.*, 2003, p. 138.

tiers en posant des actes matériels ; le contrat d'entreprise qui suppose que l'entrepreneur ou ses travailleurs sont indépendants dans l'exécution de leur travail n'est pas incompatible avec la collaboration, les instructions générales ou un contrôle exercé par le maître de l'ouvrage sur le travail de l'entrepreneur »⁽⁵³²⁾.

Dans les relations entre une entreprise et un consommateur, le Code de droit économique définit le contrat de services comme « tout contrat autre qu'un contrat de vente en vertu duquel l'entreprise fournit ou s'engage à fournir un service au consommateur, y compris un service numérique[,] et le consommateur paie ou s'engage à payer le prix de celui-ci »⁽⁵³³⁾.

Dans les chaînes de contrats impliquant des systèmes d'IA, nous verrons (*infra*, n^{os} 148 et s.) que de nombreuses relations contractuelles peuvent être qualifiées de contrats d'entreprise.

130. – Qualification en tant que contrat de vente. Le contrat de vente peut être défini comme « le contrat par lequel une personne [le vendeur] transfère la propriété ou, à tout le moins, s'engage à transférer la propriété d'une chose à une autre personne [l'acheteur] en contrepartie d'un prix payable en argent »⁽⁵³⁴⁾.

Le Code de droit économique prévoit également une définition du contrat de vente propre aux relations entre une entreprise et un consommateur. Il s'agit ainsi de « tout contrat en vertu duquel l'entreprise transfère ou s'engage à transférer la propriété des biens au consommateur et le consommateur paie ou s'engage à payer le prix de ceux-ci, y compris les contrats ayant à la fois pour objet des biens et des services »⁽⁵³⁵⁾.

Dans les chaînes de contrats impliquant des systèmes d'IA, nous verrons (*infra*, n^o 136) que, contrairement aux apparences, les relations contractuelles s'accommodent parfois plus difficilement de la qualification de vente.

Notons d'ores et déjà que les hypothèses où l'intelligence artificielle intervient au niveau de la vente comme acteur du contrat (à savoir, par exemple, au stade des négociations en conseillant le consommateur) échappent au périmètre de nos recherches⁽⁵³⁶⁾.

(532) Cass., 3 septembre 2010, *Pas.*, 2010, I, p. 2187.

(533) Art. I.8, 34°, CDE.

(534) A. CRUQUENAIRE, C. DELFORGE, I. DURANT, F. GEORGES, C. HELAS et P. WÉRY, *Droit des contrats spéciaux*, 6^e éd., Waterloo, Kluwer, 2022, p. 57.

(535) Art. I.8, 33°, CDE.

(536) Voy., sur cette question, H. JACQUEMIN et J.-B. HUBIN, « Aspects contractuels et de responsabilité civile en matière d'intelligence artificielle », in A. DE STREEL et H. JACQUEMIN (dir.), *L'intelligence artificielle et le droit*, *op. cit.*, pp. 100 et s.

2) *Le contrat de vente : responsabilité et garantie du vendeur*

131. – Aperçu. Une fois le contrat qualifié de vente, il conviendra de déterminer le régime juridique applicable, et ce, au regard des derniers développements issus du droit européen. Nous débiterons notre analyse par un rappel succinct des dispositions applicables (a). Au départ des scénarios présentés en guise de prolégomènes, nous épinglerons les situations où l'une des parties au contrat revêt la qualité de vendeur (b). Nous reviendrons ensuite sur les obligations qui pèsent sur le vendeur notamment au stade précontractuel (c) avant d'aborder l'obligation de délivrance d'une chose exempte de vice sous le prisme de l'intelligence artificielle (d).

L'impact des dispositions relatives aux pratiques déloyales et aux clauses abusives ne sera délibérément pas abordé dans le cadre de cet exposé.

a) *Arsenal législatif*

132. – Bases légales. Tandis que les articles 1602 et suivants constituent le droit commun de la vente, il convient d'appliquer les articles 1649*bis* et suivants aux ventes aux consommateurs. Ces derniers articles sont issus de la loi du 1^{er} septembre 2004 transposant la directive 1999/44/CE. Ils traitent de la garantie légale des biens de consommation.

Le régime vient tout récemment d'être étoffé. La loi du 20 mars 2022⁽⁵³⁷⁾ a transposé en droit belge la directive (UE) 2019/770 du Parlement européen et du Conseil du 20 mai 2019 relative à certains aspects concernant les contrats de fourniture de contenus numériques et de services numériques ainsi que la directive (UE) 2019/771 du Parlement européen et du Conseil du 20 mai 2019 relative à certains aspects concernant les contrats de vente de biens, modifiant le règlement (UE) n° 2017/2394 et la directive 2009/22/CE et abrogeant la directive 1999/44/CE⁽⁵³⁸⁾.

Seule la seconde directive retiendra notre intérêt.

(537) Loi du 20 mars 2022 modifiant les dispositions de l'ancien Code civil relatives aux ventes à des consommateurs, insérant un nouveau titre VI*bis* dans le livre III de l'ancien Code civil et modifiant le Code de droit économique, *M.B.*, 31 mars 2022.

(538) Notons que l'exposé des motifs pointe du doigt le fait que « les modèles commerciaux qui sous-tendent l'offre de contenu numérique et de service numérique sont tellement variés, qu'aucune qualification juridique ne peut prévaloir (contrat de vente, contrat d'entreprise-service, contrat de location ou même contrat *sui generis*) » (projet de loi modifiant les dispositions de l'ancien Code civil relatives aux ventes à des consommateurs, insérant un nouveau titre VI*bis* dans le livre III de l'ancien Code civil et modifiant le Code de droit économique, *Doc. parl.*, Ch. repr., sess. ord. 2021-2022, n° 2355/001, p. 7).

b) *Acteurs de la chaîne qui revêtent la qualité de vendeur*

133. – Retour sur les scénarios. En guise de préalable, il convient de déterminer les acteurs de la chaîne des contrats impliquant l'IA qui peuvent revêtir la qualité de vendeur au sens du droit commun et du droit de la consommation.

En repartant des scénarios, l'on peut épinglez les situations suivantes.

- **Scénario 1.** Le vendeur de l'IdO comporte les capteurs intégrant le système d'IA.

Cette vente impliquant deux professionnels, c'est le droit commun qui trouvera à s'appliquer.

Dès le 1^{er} janvier 2023, lorsque le contrat de vente comporte la fourniture de services, la qualification du contrat de vente sera réglée, sous réserve de la volonté des parties, par le futur article 5.67. Sauf disposition contractuelle contraire, une application distributive des régimes sera, à notre estime, privilégiée.

La réparation des dommages liés à la fourniture d'un logiciel impliquant un système d'IA défaillant sera soumise au droit des contrats de services.

Rien n'exclut toutefois que la vente d'un bien qui comporte la fourniture d'un logiciel impliquant l'IA soit soumise, conformément à l'intention des parties, au régime du contrat de vente.

Quant à une éventuelle application du principe de l'absorption (art. 5.67), elle nous semble plus délicate. Sauf volonté contraire des parties, l'aspect « logiciel » demeure en effet central dans un tel produit. La preuve en est d'ailleurs que, sans le logiciel, le produit pourrait être inutilisable selon sa destination souhaitée. Par exemple, dans le scénario n° 1, si les capteurs sont livrés sans le logiciel de collecte et traitement des données qui fonctionne en parallèle, le capteur est inutile à moins d'être connecté à un autre logiciel ou outil de traitement de données.

- **Scénario 3.** Le vendeur du boîtier intègre l'assistant virtuel.

Cette vente, impliquant un vendeur professionnel et un consommateur, sera régie par le régime de la vente de biens de consommation.

Le contrat implique par ailleurs, outre le transfert de propriété du bien, la fourniture de contenus, services numériques et logiciels intégrant l'IA.

Les articles 1649*bis* et suivants de l'ancien Code civil trouveront à s'appliquer.

- **Scénario 5.** Un acheteur qui revêt la qualité de consommateur acquiert un véhicule autonome. Le dysfonctionnement du véhicule engendre un accident de la circulation.

Ce scénario renvoie à l'hypothèse précitée de vente impliquant un vendeur professionnel et un consommateur.

c) Responsabilité précontractuelle du vendeur

134. – Les négociations et devoirs d'information⁽⁵³⁹⁾. La conclusion du contrat est généralement précédée d'une période de pourparlers. Au cours de cette période, le vendeur est susceptible d'engager sa responsabilité précontractuelle.

Cette phase de pourparlers qui aboutit à la rencontre d'une offre et d'une acceptation renvoie à ce qu'on appelle la conclusion dynamique du contrat. Cette dernière est désormais codifiée dans le (nouveau) Code civil, aux articles 5.14 à 5.26.

Dans le cadre de la présente contribution, il nous a paru opportun de nous attarder sur les devoirs d'information qui pèsent sur le vendeur, et ce, au regard des spécificités du numérique et de la complexité intrinsèque aux systèmes d'IA.

Lorsque le contrat de vente porte sur un bien intégrant un système d'IA, il paraît nécessaire que le vendeur informe le client sur les éléments caractéristiques du bien et du logiciel (les fonctionnalités, les risques pour la sécurité, voire même les incertitudes liées au système d'IA...)⁽⁵⁴⁰⁾.

L'article 5.16, qui est entré en vigueur le 1^{er} janvier 2023, dispose que « [l]es parties se fournissent pendant les négociations précontractuelles les informations que la loi, la bonne foi et les usages leur imposent de donner, eu égard à la qualité des parties, à leurs attentes raisonnables et à l'objet du contrat ».

En principe, ainsi que le rappellent les travaux préparatoires, il n'existe pas en droit belge de devoir général d'information. Les parties ne sont pas tenues de communiquer entre elles toutes les informations dont elles disposent.

(539) Même si la responsabilité précontractuelle implique l'application des règles de la responsabilité civile extracontractuelle (et non contractuelle), il nous a semblé opportun d'insérer les développements y relatifs au sein de la présente rubrique.

(540) H. JACQUEMIN et J.-B. HUBIN, « Aspects contractuels et de responsabilité civile en matière d'intelligence artificielle », in A. DE STREEL et H. JACQUEMIN (dir.), *L'intelligence artificielle et le droit*, op. cit., p. 84.

Les parties n'en sont pas moins tenues à certains devoirs d'information. Conformément à l'article 5.16, une partie sera tenue de fournir à l'autre les informations que la loi, la bonne foi et les usages imposent. Pour apprécier les informations à communiquer, le législateur renvoie à la qualité des parties, à leurs attentes raisonnables et à l'objet du contrat.

Les devoirs d'information doivent donc découler soit de la loi, des usages ou de la bonne foi.

Au rang des devoirs légaux, on peut mentionner les suivants.

- L'obligation *générale* d'information consacrée à l'article VI.2 du CDE dans le domaine des contrats conclus avec les consommateurs⁽⁵⁴¹⁾ issue de la transposition de la directive 2011/83/UE⁽⁵⁴²⁾.

(541) Art. VI.2 du Code de droit économique : « Avant que le consommateur ne soit lié par un contrat autre qu'un contrat à distance ou hors établissement, ou par un contrat visé à l'article VI.66, l'entreprise fournit au consommateur les informations suivantes, d'une manière claire et compréhensible, pour autant qu'elles ne ressortent pas du contexte :

1° les principales caractéristiques du produit, dans la mesure appropriée au moyen de communication utilisé et au produit concerné ;

2° l'identité de l'entreprise, notamment son numéro d'entreprise, sa raison sociale, l'adresse géographique de son établissement et son numéro de téléphone ;

3° le prix total du produit toutes taxes comprises, et tous les services à payer obligatoirement en supplément par le consommateur, ou, lorsque le prix ne peut raisonnablement être calculé à l'avance du fait de la nature du produit, le mode de calcul du prix et, le cas échéant, tous les frais supplémentaires de transport, de livraison ou d'affranchissement ou, lorsque ces frais ne peuvent raisonnablement être calculés à l'avance, la mention que ces frais peuvent être exigibles ;

4° le cas échéant, les modalités de paiement, de livraison et d'exécution, la date à laquelle l'entreprise s'engage à livrer le produit et les modalités prévues par l'entreprise pour le traitement des réclamations ;

5° outre le rappel de l'existence d'une garantie légale de conformité pour les biens, l'existence d'un service après-vente et de garanties commerciales, le cas échéant, ainsi que les conditions y afférentes ;

6° le cas échéant, la durée du contrat, ou, s'il s'agit d'un contrat à durée indéterminée ou à reconduction automatique, les conditions de résiliation du contrat ;

7° le cas échéant, les conditions de vente compte tenu du besoin d'information exprimé par le consommateur et compte tenu de l'usage déclaré par le consommateur ou raisonnablement prévisible ;

8° le cas échéant, les fonctionnalités du contenu numérique, y compris les mesures de protection technique applicables ;

9° le cas échéant, toute interopérabilité pertinente du contenu numérique avec certains matériels ou logiciels et autres services dont l'entreprise a ou devrait raisonnablement avoir connaissance ;

10° le cas échéant, le fait que[...] lors de la conclusion du contrat, le montant total à payer par le consommateur est arrondi au plus proche multiple de 5 cents conformément aux articles VI.7/1 et VI.7/2. »

(542) Directive 2011/83/UE du Parlement européen et du Conseil du 25 octobre 2011 « relative aux droits des consommateurs, modifiant la directive 93/13/CEE du Conseil et la directive 1999/44/CE du Parlement européen et du Conseil et abrogeant la directive 85/577/CEE du Conseil et la directive 97/7/CE du Parlement européen et du Conseil », *J.O.U.E.*, L 304/64, 22 novembre 2011.

- Les obligations plus spécifiques (mention du prix⁽⁵⁴³⁾, étiquetage des biens et services⁽⁵⁴⁴⁾, etc.) qui ne concernent toutefois pas les contrats à distance⁽⁵⁴⁵⁾, les contrats conclus hors établissement⁽⁵⁴⁶⁾ ou ceux visés à l'article VI.66 du CDE qui font l'objet de règles spécifiques plus contraignantes.
- Les obligations spécifiques et contraignantes précitées pour les contrats conclus à distance (art. VI.45) et les contrats conclus hors établissement (art. VI.64 CDE).
- Les obligations particulières d'information et de transparence à charge des prestataires de services de la société de l'information (art. XII.6 et s. CDE).
- Les obligations en matière de garantie du vendeur en cas de vente de biens de consommation (art. 1649^{septies} ancien C. civ.)

D'autres devoirs d'information peuvent encore découler, conformément à l'article 5.16, des usages et de la bonne foi. Dans le secteur de l'informatique, il nous semble que ces deux fondements justifieront, même dans les relations B2B⁽⁵⁴⁷⁾, des devoirs d'information supplémentaires, notamment en présence d'un système d'IA.

135. – Sanctions. L'article 5.17, alinéa 1^{er}, prévoit qu'en cas de rupture fautive ou de violation du devoir d'information, les parties engagent leur responsabilité précontractuelle « à laquelle s'appliquent les règles de la responsabilité extracontractuelle »⁽⁵⁴⁸⁾.

L'alinéa 2 – consacré uniquement à la rupture fautive des pourparlers – règle l'étendue du dommage réparable. En principe, « seul l'intérêt contractuel négatif peut en ce cas être réparé »⁽⁵⁴⁹⁾. On remet la personne dans la situation dans laquelle elle se serait trouvée s'il n'y avait pas eu de négociation. Il s'agit de réparer uniquement les dommages en lien de causalité avec la rupture fautive des négociations. Avec l'introduction du livre 5, le législateur prévoit une exception lorsque la confiance légitime que le contrat serait sans aucun doute conclu a été suscitée par le partenaire. Dans ce cas, l'intérêt contractuel

(543) Art. VI.3 à VI.7 CDE.

(544) Art. VI.8 à VI.10 CDE.

(545) Voy. la disposition spécifique prévue à l'article VI.45 du CDE.

(546) Voy. la disposition spécifique prévue à l'article VI.64 du CDE.

(547) Pour les relations B2C, le Code de droit économique ainsi que l'article 1649^{septies} de l'ancien Code civil prévoient de nombreuses obligations.

(548) Proposition de loi portant le livre 5 « Les obligations » du Code civil, *Doc. parl.*, Ch. repr., sess. ord. 2020-2021, n° 55-1806/001, p. 26.

(549) Proposition de loi portant le livre 5 « Les obligations » du Code civil, *Doc. parl.*, Ch. repr., sess. ord. 2020-2021, n° 55-1806/001, p. 26.

positif peut être réparé, à savoir la réparation de la perte des avantages nets attendus du contrat non conclu⁽⁵⁵⁰⁾. Cette exception ne devra être appliquée que dans des cas exceptionnels⁽⁵⁵¹⁾.

En présence d'une violation du devoir d'information, le législateur précise que la partie victime pourra se prévaloir également de la nullité du contrat pour autant que les conditions de l'article 5.33 (vices de consentement) soient remplies. Dans les différents scénarios évoqués (vente d'un objet intégrant un système d'IA), l'acheteur victime d'un défaut d'information (sécurité, fonctionnalité...) sera dès lors admis à réclamer des dommages et intérêts et/ou à se prévaloir de la nullité du contrat.

d) Obligations qui pèsent sur le vendeur : le droit commun vs le droit de la consommation

136. – Le régime de la vente en droit commun : l'obligation de délivrance. Les obligations mises à charge du vendeur ayant déjà fait l'objet de contributions fouillées au sein du présent ouvrage, nous nous limiterons à quelques réflexions propres aux systèmes d'IA⁽⁵⁵²⁾.

Le vendeur pourrait voir sa responsabilité engagée en cas de manquement à son obligation de délivrance.

D'emblée et avant d'aborder le régime de droit commun, un constat mérite d'être opéré. En matière informatique, les parties prévoient généralement de manière précise et détaillée les prestations que le vendeur est tenu d'exécuter dans le cadre de cette obligation de délivrance. Ainsi, généralement, il convient de s'en référer aux clauses du contrat pour l'installation technique, le paramétrage, l'accès aux données, les mises à jour, les premiers tests⁽⁵⁵³⁾... L'attention des parties doit donc être attirée sur l'importance d'insérer des clauses spécifiques et détaillées afin de régler au préalable leurs droits et obligations.

(550) Proposition de loi portant le livre 5 « Les obligations » du Code civil, *Doc. parl.*, Ch. repr., sess. ord. 2020-2021, n° 55-1806/001, p. 26.

(551) Proposition de loi portant le livre 5 « Les obligations » du Code civil, *Doc. parl.*, Ch. repr., sess. ord. 2020-2021, n° 55-1806/001, p. 26

(552) Voy. aussi H. JACQUEMIN et J.-B. HUBIN, « Aspects contractuels et de responsabilité civile en matière d'intelligence artificielle », in *L'intelligence artificielle et le droit, op. cit.*, pp. 77-100.

(553) Voy. D. GOBERT et E. MONTERO, « Les obligations de conformité et de garantie des vices cachés en matière informatique : le contrat au secours des incertitudes légales et jurisprudentielles », *Ubiquité*, 2002, p. 10.

À défaut de clauses contraires, l'obligation de délivrance porte non seulement sur la chose mais également sur ses accessoires⁽⁵⁵⁴⁾ matériels et juridiques (art. 1614 et 1615 ancien C. civ.).

Dans le domaine informatique, cette obligation de délivrance est entendue largement⁽⁵⁵⁵⁾. On considère ainsi généralement que l'installation⁽⁵⁵⁶⁾ et la mise en route du système font partie de l'obligation de délivrance⁽⁵⁵⁷⁾.

Dans son arrêt du 29 novembre 2013⁽⁵⁵⁸⁾, la cour d'appel de Bruxelles a considéré que, « concernant l'obligation de délivrance, le fournisseur d'un système informatique a l'obligation de chose conforme à la chose vendue, la délivrance incluant la livraison, l'installation et la mise en service pour rendre le matériel opérationnel »⁽⁵⁵⁹⁾.

Parmi les accessoires matériels de la chose, on peut citer l'accès aux sources⁽⁵⁶⁰⁾ d'un logiciel informatique permettant d'assurer la maintenance du programme⁽⁵⁶¹⁾. Il fut également jugé qu'un dispositif d'entraînement pour une imprimante constituait un accessoire nécessaire à celle-ci⁽⁵⁶²⁾.

On imagine, par exemple, la livraison d'un objet incorporant un logiciel non mis à jour. Dans cette hypothèse, le vendeur manque à son obligation de délivrance.

(554) L'accessoire est « tout élément ayant une influence déterminante sur la possibilité d'utilisation efficace et complète de l'ensemble de l'équipement » (D. GOBERT et E. MONTERO, « Les obligations de conformité et de garantie des vices cachés en matière informatique : le contrat au secours des incertitudes légales et jurisprudentielles », *Ubiquité*, 2002, p. 10).

(555) D. GOBERT et E. MONTERO, « Les obligations de conformité et de garantie des vices cachés en matière informatique : le contrat au secours des incertitudes légales et jurisprudentielles », *Ubiquité*, 2002, p. 10.

(556) Cette obligation s'entend de « l'opération qui fait suite à la mise à disposition du matériel et par laquelle le fournisseur prend toutes les mesures adéquates (câblage, raccordement électrique...) pour rendre la configuration opérationnelle » (X. THUNIS, « L'environnement physique – La livraison et l'installation », *Le droit des contrats informatiques : principes – Applications*, Précis de la Faculté de droit de Namur, Bruxelles, Larcier, 1983, pp. 237-238).

(557) H. JACQUEMIN et J.-B. HUBIN, « Aspects contractuels et de responsabilité civile en matière d'intelligence artificielle », in A. DE STREEL et H. JACQUEMIN (dir.), *L'intelligence artificielle et le droit*, op. cit., p. 85.

(558) R.G. n° 2011/AR/207 inédit cité par A. CRUQUENAIRE, C. DELFORGE, I. DURANT, F. GEORGE, C. HÉLAS et P. WÉRY, *Droit des contrats spéciaux*, op. cit., p. 149.

(559) Sommaire publié sur Juportal.

(560) Voy., sur les différentes situations envisageables en ce qui concerne les codes sources, D. GOBERT et E. MONTERO, « Les obligations de conformité et de garantie des vices cachés en matière informatique : le contrat au secours des incertitudes légales et jurisprudentielles », *Ubiquité*, 2002, p. 11.

(561) A. CRUQUENAIRE, C. DELFORGE, I. DURANT, F. GEORGE, C. HÉLAS et P. WÉRY, *Droit des contrats spéciaux*, op. cit., p. 149.

(562) Comm. Bruxelles, 29 janvier 1988, *R.D.C.*, 1989, p. 281, cité par D. GOBERT et E. MONTERO, « Les obligations de conformité et de garantie des vices cachés en matière informatique : le contrat au secours des incertitudes légales et jurisprudentielles », *Ubiquité*, 2002, p. 11.

Les sanctions sont édictées aux articles 1610 et 1611 de l'ancien Code civil. Il s'agit, en réalité, d'une application du droit commun des sanctions de l'inexécution des obligations contractuelles.

Dans l'attente du livre 7 qui sera consacré aux contrats spéciaux, on peut se demander si l'acheteur préjudicié sera toujours admis à mobiliser l'ensemble des sanctions de droit commun, lesquelles figurent, depuis l'adoption du livre 5, à l'article 5.83. La question nous paraît appeler une réponse affirmative.

Au rang des nouveautés, on rappellera qu'outre l'apparition de la réduction du prix à l'article 5.97, la principale innovation réside dans la possibilité pour le débiteur de mettre en œuvre certaines sanctions de l'inexécution de l'obligation contractuelle (à savoir la résolution et la réduction du prix) par voie de notification.

137. – Le régime de la vente en droit commun : la garantie des vices cachés et la garantie d'éviction. Le vendeur est également tenu de délivrer une chose conforme. La chose doit répondre à l'usage auquel l'acheteur la destine. La conformité renvoie non seulement à une exigence de conformité technique, mais également fonctionnelle⁽⁵⁶³⁾.

Le bien vendu doit ainsi être exempt de vices apparents et cachés⁽⁵⁶⁴⁾. La Cour de cassation⁽⁵⁶⁵⁾ a retenu une conception extensive du vice en admettant les vices dits fonctionnels. Il suffit que la chose, en raison d'un défaut quelconque, ne réponde pas à l'usage escompté par l'acheteur et connu (ou qui aurait légitimement dû l'être) du vendeur⁽⁵⁶⁶⁾.

Tandis que le défaut apparent relève de l'obligation de délivrance du vendeur, les vices cachés tombent sous l'obligation de garantie des vices cachés. La distinction entre le domaine de la délivrance et de la garantie des vices cachés demeure une opération délicate et malaisée, d'autant que la première est souvent, en matière informatique, définie de manière fort large⁽⁵⁶⁷⁾. La fixation du moment de l'agrément sera donc déterminante.

(563) D. GOBERT et E. MONTERO, « Les obligations de conformité et de garantie des vices cachés en matière informatique : le contrat au secours des incertitudes légales et jurisprudentielles », *Ubiquité*, 2002, p. 12.

(564) A. CRUQUENAIRE, C. DELFORGE, I. DURANT, F. GEORGE, C. HÉLAS et P. WÉRY, *Droit des contrats spéciaux*, op. cit., p. 155.

(565) Cass., 18 novembre 1971, *Pas.*, 1972, I, p. 258 ; Cass., 19 juin 1980, *Pas.*, 1980, I, p. 1295 ; Cass., 8 novembre 1985, *J.T.*, 1986, p. 437 ; Cass., 17 mai 1984, *J.T.*, 1984, p. 566.

(566) A. CRUQUENAIRE, C. DELFORGE, I. DURANT, F. GEORGE, C. HÉLAS et P. WÉRY, *Droit des contrats spéciaux*, op. cit., p. 166.

(567) D. GOBERT et E. MONTERO, « Les obligations de conformité et de garantie des vices cachés en matière informatique : le contrat au secours des incertitudes légales et jurisprudentielles », *Ubiquité*, 2002, p. 18.

En présence d'un vice caché (virus, lenteur d'exécution, détérioration des données⁽⁵⁶⁸⁾), l'acheteur ne pourra pas mobiliser les sanctions de droit commun. Il devra opter soit pour l'action estimatoire, soit pour l'action rédhibitoire (voy., pour une analyse complète de ces régimes, les contributions parues dans le présent ouvrage collectif). L'action devra être introduite dans un bref délai.

On songe à un IdO intégrant un logiciel d'IA dont les données seraient totalement inadaptées à l'usage poursuivi ou encore à un bien incompatible avec le *hardware* ou le *software* employé par l'acheteur. Le pédiatre qui achète un appareil médical de type scanner et découvre que les données qui alimentent l'IA ont été uniquement prélevées sur des adultes pourrait invoquer la garantie des vices cachés.

La validité des clauses exonératoires de garantie est traitée à l'article 1643 de l'ancien Code civil⁽⁵⁶⁹⁾. Les clauses exonératoires sont valides sauf lorsque le vendeur connaissait le vice⁽⁵⁷⁰⁾.

Enfin, le vendeur est tenu de s'assurer que l'acheteur ne soit pas troublé dans sa possession de la chose (garantie d'éviction). L'examen de cette garantie ne nous paraît cependant guère relevant dans le cadre de la thématique qui nous occupe.

138. – Le droit commun de la vente : les recours au sein des chaînes de contrats (renvoi⁽⁵⁷¹⁾). L'acheteur pourrait-il envisager d'agir sur base contractuelle un échelon en amont de son cocontractant ? Autrement dit, l'acheteur pourrait-il se retourner immédiatement contre la personne qui a fourni le logiciel intégré ensuite par le vendeur dans le bien vendu ?

L'article 5.105 du Code civil pourrait ici trouver à s'appliquer. Ce dernier prévoit en effet que, « [s]auf clause contraire, les droits cessibles qui sont étroitement liés à un bien en manière telle que l'intérêt de ces droits dépend de la propriété du bien, sont transmis à celui qui acquiert

(568) Voy., sur ces exemples, H. JACQUEMIN et J.-B. HUBIN, « Aspects contractuels et de responsabilité civile en matière d'intelligence artificielle », in A. DE STREEL et H. JACQUEMIN (dir.), *L'intelligence artificielle et le droit*, op. cit., p. 86.

(569) Cet article dispose qu'« [i]l est tenu des vices cachés, quand même il ne les aurait pas connus, à moins que, dans ce cas, il n'ait stipulé qu'il ne sera obligé à aucune garantie ».

(570) Une partie de la doctrine assimile cette hypothèse à celle où le vendeur devait connaître le vice. L'assimilation du vendeur spécialisé au vendeur de mauvaise foi fait également débat (voy. A. CRUQUENAIRE, C. DELFORGE, I. DURANT, F. GEORGE, C. HÉLAS et P. WÉRY, *Droit des contrats spéciaux*, op. cit., pp. 182-183).

(571) Voy., sur cette question, la contribution de M. HIGNY dans le présent ouvrage, « La responsabilité du vendeur dans les chaînes de contrats ».

ce bien à titre particulier. La nature et l'étendue des droits transmis sont déterminées par le contrat dont ils résultent ».

139. – Le régime de la vente des biens de consommation : l'obligation de délivrance d'une chose conforme. Les garanties qu'assume le vendeur ayant déjà fait l'objet de contributions fouillées au sein du présent ouvrage, nous nous limiterons à quelques réflexions propres aux systèmes d'IA en parcourant uniquement certaines conditions d'application (à savoir l'existence d'un défaut de conformité et l'antériorité du défaut), les délais applicables et les recours au sein des chaînes de contrats⁽⁵⁷²⁾.

140. – Le régime de la vente des biens de consommation : existence d'un défaut de conformité et critères de l'article 1649ter. Au niveau de l'obligation de délivrance d'une chose conforme, les critères de conformité sont énoncés à l'article 1649ter. Ils doivent être évalués au moment de la livraison du bien⁽⁵⁷³⁾.

On retrouve, tout d'abord, quatre critères subjectifs, lesquels résultent de la volonté des parties et sont énoncés à titre non exhaustif :

- 1° correspondre à la description, au type, à la quantité et à la qualité et présenter la *fonctionnalité, la compatibilité, l'interopérabilité* et d'autres caractéristiques comme prévu dans le contrat de vente ;
- 2° être *adapté à la finalité spécifique* recherchée par le consommateur, que celui-ci a portée à la connaissance du vendeur au plus tard au moment de la conclusion du contrat de vente et que le vendeur a acceptée ;
- 3° être livré avec **tous les accessoires** et toutes les instructions, notamment d'installation, comme prévu dans le contrat de vente ; et
- 4° être fourni avec **des mises à jour** comme prévu dans le contrat de vente⁽⁵⁷⁴⁾.

Les premier et quatrième critères nous paraissent importants dans le cadre d'un logiciel IA.

Le considérant 28 de la directive énonce d'ailleurs que « les mises à jour convenues dans le contrat de vente peuvent améliorer et renforcer l'élément du bien constitué par le contenu numérique ou le service numérique, étendre leurs fonctionnalités, les adapter aux évolutions

(572) Sur le moment et les modalités de livraison du bien, voy. les articles VI.43 et VI.44 du CDE.

(573) Voy., pour l'appréciation de ce moment, les articles VI.43 et VI.44 du CDE explicités par H. JACQUEMIN, « La conformité des biens, des contenus numériques et des services numériques, l'articulation des délais et la modification des éléments numériques », *D.C.C.R.*, 2022/2-3, n° 135-136, p. 30.

(574) Nous mettons en gras.

techniques, les protéger contre les nouvelles menaces en matière de sécurité ou servir d'autres finalités ».

Ces critères sont cependant optionnels : ils « ne s'appliquent que dans la mesure où ils sont pertinents pour un cas d'espèce donné »⁽⁵⁷⁵⁾. Par ailleurs, l'application de ces quatre critères « est subordonnée à l'intégration de ces éléments dans le contrat conclu entre les parties »⁽⁵⁷⁶⁾. Vu le recours massif aux contrats d'adhésion, la portée de ces critères pourrait être réduite à peau de chagrin via la fixation de normes très faibles de conformité⁽⁵⁷⁷⁾.

Quatre critères objectifs sont ensuite énoncés (lesquels ne sont pas tributaires de la volonté des parties⁽⁵⁷⁸⁾) :

« 1° être adapté aux finalités auxquelles serviraient normalement des biens de consommation de même type, compte tenu, s'il y a lieu, de toute disposition du droit de l'Union et du droit national en vigueur ainsi que de toutes les normes techniques existantes ou, en l'absence de telles normes techniques, des codes de conduite spécifiques applicables au secteur concerné ;

2° le cas échéant, présenter la qualité d'un échantillon ou d'un modèle que le vendeur a mis à la disposition du consommateur avant la conclusion du contrat, et correspondre à la description de cet échantillon ou modèle ;

3° le cas échéant, être livré avec les accessoires, y compris l'emballage et les instructions d'installation ou autres instructions, que le consommateur peut raisonnablement s'attendre à recevoir ; et

4° être en quantité et présenter les qualités et d'autres caractéristiques, y compris en termes de durabilité, de fonctionnalité, de compatibilité et de sécurité, normales pour des biens de consommation de même type et auxquelles le consommateur peut raisonnablement s'attendre, eu égard à la nature des biens de consommation et compte tenu de toute déclaration publique faite par le vendeur ou d'autres personnes situées en amont dans la chaîne de contrats ou pour le compte du vendeur ou de telles personnes, y compris le producteur, en particulier dans les publicités ou sur l'étiquette ».

(575) H. JACQUEMIN, « La conformité des biens, des contenus numériques et des services numériques, l'articulation des délais et la modification des éléments numériques », *D.C.C.R.*, 2022/2-3, n°s 135-136, p. 31.

(576) *Ibid.*, n°s 135-136, p. 34. Voy. la mention : « § 2. Afin d'être conforme au contrat de vente, le bien de consommation doit satisfaire aux critères subjectifs de conformité prévus dans le contrat de vente[...] c'est-à-dire qu'il doit, notamment, le cas échéant [...] ».

(577) *Ibid.*, n°s 135-136, p. 34. Voy. la mention : « § 2. Afin d'être conforme au contrat de vente, le bien de consommation doit satisfaire aux critères subjectifs de conformité prévus dans le contrat de vente[...] c'est-à-dire qu'il doit, notamment, le cas échéant [...] ».

(578) Le paragraphe 7 dispose cependant : « Il n'y a pas de défaut de conformité au sens du paragraphe 3 ou 5 si, au moment de la conclusion du contrat de vente, le consommateur a été spécifiquement informé qu'une caractéristique particulière du bien de consommation s'écarterait des critères objectifs de conformité prévus à ces paragraphes et que le consommateur a expressément et séparément accepté cet écart lorsqu'il a conclu le contrat de vente. »

Les nouvelles notions de durabilité, fonctionnalité, compatibilité et interopérabilité⁽⁵⁷⁹⁾ seront sans aucun doute appelées à jouer un rôle important.

Elles sont définies, au sein de l'article 1649*bis*, § 1^{er}, par le législateur en ces termes :

« 7° “compatibilité” : la capacité des biens de consommation à fonctionner avec du matériel informatique ou des logiciels avec lesquels des biens de consommation de même type sont normalement utilisés, sans qu'il soit nécessaire de convertir ces biens, le matériel informatique ou les logiciels ;

8° “fonctionnalité” : la capacité des biens de consommation à remplir leurs fonctions eu égard à leur finalité ;

9° “interopérabilité” : la capacité des biens de consommation à fonctionner avec du matériel informatique ou des logiciels différents de ceux avec lesquels des biens de consommation de même type sont normalement utilisés ;

12° “durabilité” : la capacité du bien de consommation à maintenir les fonctions et performances requises dans le cadre d'un usage normal ».

Dans le cadre du troisième scénario, pourrait, par exemple, être qualifié de non conforme :

- le boîtier de l'assistant virtuel qui ne serait pas compatible avec l'ordinateur renseigné dans la fiche technique (problème de compatibilité) ;
- le boîtier de l'assistant virtuel qui ne répondrait pas aux questions basiques de l'utilisateur-consommateur (problème de fonctionnalité) ;
- le boîtier de l'assistant virtuel qui ne serait pas capable de télécharger de nouvelles informations à partir de logiciels prévus à cet effet (problème d'interopérabilité).

Les défauts de conformité peuvent également consister en des défauts juridiques⁽⁵⁸⁰⁾. On songe à l'hypothèse où l'utilisation du boîtier serait empêchée ou limitée en raison de la violation de droit(s) de propriété intellectuelle de tiers⁽⁵⁸¹⁾.

Notons que la proposition de règlement IA⁽⁵⁸²⁾ énonce, en son chapitre 2, pour les systèmes d'IA à haut risque, toute une série d'exigences.

(579) Voy. notamment H. JACQUEMIN, « La conformité des biens, des contenus numériques et des services numériques, l'articulation des délais et la modification des éléments numériques », *D.C.C.R.*, 2022/2-3, n^{os} 135-136, pp. 32 et s.

(580) Voy. cons. 35 : « La conformité devrait couvrir les défauts matériels ainsi que les défauts juridiques. Des restrictions résultant d'une violation des droits des tiers, en particulier des droits de propriété intellectuelle, pourraient empêcher ou limiter l'utilisation des biens conformément au contrat. Les États membres devraient veiller à ce que, dans ce cas, le consommateur dispose des recours pour défaut de conformité prévus par la présente directive, à moins que le droit national ne prévoie la nullité ou la rescision du contrat en pareils cas. »

(581) Voy. art. 9 de la directive.

(582) Proposition de règlement du Parlement européen et du Conseil établissant des règles harmonisées concernant l'intelligence artificielle du 21 avril 2021, COM/2021/206 final.

Des critères de qualité⁽⁵⁸³⁾ des jeux de données d'entraînement, de validation et de test qui pourront être mobilisés dans le cadre de l'appréciation de l'existence d'un défaut. Il en va de même des exigences d'exactitude, de robustesse et de cybersécurité que renferme l'article 15.

On précisera encore que l'hypothèse d'une garantie commerciale (de durabilité) offerte par le producteur est régie par l'article 1649*septies*⁽⁵⁸⁴⁾.

141. – Le régime de la vente des biens de consommation : obligation d'information du vendeur en cours d'exécution du contrat. Lorsque le bien comporte des éléments numériques, l'article 1649*ter*, § 5, ajoute une obligation d'information à charge du vendeur :

« le vendeur veille à ce que le consommateur soit informé des mises à jour, y compris des mises à jour de sécurité, qui sont nécessaires au maintien de la conformité de ce bien, et les reçoive au cours de la période :

1° à laquelle le consommateur peut raisonnablement s'attendre, eu égard au type et à la finalité des biens et des éléments numériques et compte tenu des circonstances et de la nature du contrat, lorsque le contrat de vente prévoit une opération de fourniture unique du contenu numérique ou du service numérique ; ou

(583) Art. 10.

(584) Cet article dispose : « § 1^{er}. Toute garantie commerciale lie le garant conformément aux conditions prévues dans la déclaration de garantie commerciale ou dans la publicité correspondante faite au moment de la conclusion du contrat ou avant celle-ci. Dans les conditions prévues au présent article, lorsqu'un producteur offre au consommateur une garantie commerciale de durabilité pour un certain bien de consommation pendant une certaine période, le producteur est directement responsable vis-à-vis du consommateur, pendant toute la durée de la garantie commerciale de durabilité, en ce qui concerne la réparation ou le remplacement du bien de consommation conformément à l'article 1649*quinquies*, § 3. Le producteur peut offrir au consommateur des conditions plus favorables dans la déclaration de garantie commerciale de durabilité.

Si les conditions prévues dans la déclaration de garantie commerciale sont moins avantageuses pour le consommateur que celles prévues dans la publicité correspondante, la garantie commerciale est contraignante conformément aux conditions prévues dans la publicité relative à la garantie commerciale, sauf si, avant la conclusion du contrat, la publicité correspondante a été rectifiée d'une manière identique ou comparable à la manière dont la publicité a été faite.

§ 2. La déclaration de garantie commerciale est fournie au consommateur sur un support durable au plus tard au moment de la livraison du bien de consommation. La déclaration de garantie commerciale est rédigée en termes simples et intelligibles et dans une langue que le consommateur comprend. Elle comprend les éléments suivants :

1° une déclaration claire indiquant que le consommateur a légalement droit à des recours contre le vendeur, sans frais, en cas de défaut de conformité du bien de consommation, et que la garantie commerciale est sans effet sur ces recours ;

2° le nom et l'adresse du garant ;

3° la procédure à suivre par le consommateur pour obtenir la mise en œuvre de la garantie commerciale ;

4° la désignation du bien de consommation auquel s'applique la garantie commerciale ; et

5° les conditions de la garantie commerciale.

§ 3. Le non-respect du paragraphe 2 est sans effet sur le caractère contraignant de la garantie commerciale pour le garant. »

2° indiquée à l'article 1649*quater*, § 1^{er}, alinéa 2, lorsque le contrat de vente prévoit la fourniture continue du contenu numérique ou du service numérique pendant une période »⁽⁵⁸⁵⁾.

Le consommateur ne peut toutefois rester totalement passif. Aux termes du paragraphe 6 :

« Lorsque le consommateur n'installe pas dans un délai raisonnable les mises à jour fournies conformément au paragraphe 5, le vendeur n'est pas responsable d'un défaut de conformité résultant uniquement de la non-installation de la mise à jour concernée, à condition que :

1° le vendeur ait informé le consommateur de la disponibilité de la mise à jour et des conséquences de sa non-installation par le consommateur ; et

2° la non-installation ou l'installation incorrecte par le consommateur de la mise à jour ne soit pas due à des lacunes dans les instructions d'installation fournies au consommateur. »

142. – Le régime de la vente des biens de consommation : antériorité du défaut de conformité. La preuve de l'antériorité du vice et les présomptions applicables sont modifiées. Le délai, initialement de six mois, passe à deux ans. L'article 1649*quater*, § 4, prévoit que, « [s]auf preuve contraire, le défaut de conformité qui apparaît dans un délai de deux ans à partir de la délivrance du bien de consommation est présumé exister au moment de la délivrance, sauf lorsque cette présomption n'est pas compatible avec la nature du bien de consommation ou la nature du défaut de conformité, en tenant compte notamment du caractère neuf ou d'occasion du bien de consommation ».

Dans le scénario n° 3, si le boîtier intègre des informations et algorithmes développés par des tiers à la suite de téléchargements effectués par le consommateur, la présomption pourrait être écartée aux motifs qu'elle ne serait pas compatible avec la nature du bien.

Il convient toutefois de vérifier les circonstances de chaque cas d'espèce. Si l'outil a été conçu en vue d'y ajouter des applications spécifiques et si le téléchargement doit opérer au sein d'un même écosystème (Google, Apple...), la présomption ne nous paraît pas nécessairement incompatible avec la nature du bien. Il suffit de songer à l'hypothèse où le boîtier (assistant Google) aurait été conçu en vue d'y intégrer des téléchargements de l'app. Play Store de Google.

(585) Voy., sur les mises à jour, leur importance et les enjeux, H. JACQUEMIN, « La conformité des biens, des contenus numériques et des services numériques, l'articulation des délais et la modification des éléments numériques », *D.C.C.R.*, 2022/2-3, n° 135-136, pp. 32 et s.

La même réflexion pourrait trouver à s'appliquer dans le scénario n° 5 qui concerne le véhicule autonome fonctionnant à partir d'un GPS dont les données (notamment la signalisation conforme au Code de la route) doivent être mises à jour par le consommateur. Si les données sont insérées par le consommateur à partir d'un autre écosystème et se révèlent totalement défectueuses, la présomption ne pourrait trouver à s'appliquer.

L'article 1649*quater*, § 1^{er}, alinéa 2, et § 4, alinéa 1^{er}, règle l'hypothèse du contrat portant sur un bien comportant des éléments numériques, lorsque le contrat de vente prévoit la fourniture continue du contenu numérique ou du service numérique sur une période.

143. – Le régime de la vente des biens de consommation : les délais. Le calcul des délais applicables pour les biens comportant des éléments numériques s'est considérablement complexifié avec la transposition de la directive.

Pour le délai de garantie, H. Jacquemin résume la situation comme suit :

« – Si le bien comporte des contenus et/ou des services numériques fournis à l'occasion d'une opération unique, l'hypothèse n'est pas expressément visée par le texte légal. On devrait dans ce cas de figure appliquer le même régime que pour le bien en tant que tel, à savoir deux ans (ce qui est par ailleurs cohérent avec la durée de la garantie pour les contenus et les services numériques relevant de la même catégorie).

– Si le bien comporte des contenus et/ou des services numériques fournis de manière continue pendant une certaine période (qui n'excède pas deux ans), le délai de garantie est de deux ans à compter de la livraison du bien comportant des éléments numériques.

– Si le bien comporte des contenus et/ou des services numériques fournis de manière continue pendant une certaine période (qui excède deux ans), le vendeur est responsable "de tout défaut de conformité du contenu numérique ou du service numérique qui survient ou apparaît au cours de la période durant laquelle le contenu numérique ou le service numérique est fourni en vertu du contrat de vente" »⁽⁵⁸⁶⁾.

Le délai de prescription reste fixé à un an à compter du moment où l'acheteur constate le défaut de conformité, sans possibilité d'allongement du délai, comme sous l'ancien régime, si l'échéance du délai d'un an intervient avant l'expiration des deux ans.

L'obligation de notification du défaut, auparavant optionnelle, est élevée au rang de principe. Le défaut doit être dénoncé par le

(586) H. JACQUEMIN, « La conformité des biens, des contenus numériques et des services numériques, l'articulation des délais et la modification des éléments numériques », *D.C.C.R.*, 2022/2-3, n°s 135-136, p. 46.

consommateur dans les deux mois à compter du jour où le consommateur a constaté le défaut⁽⁵⁸⁷⁾.

144. – Le régime de la vente des biens de consommation : les recours au sein des chaînes de contrats⁽⁵⁸⁸⁾. L'article 1649^{sexies} prévoit que, « [l]orsque le vendeur répond vis-à-vis du consommateur d'un défaut de conformité, y compris en cas d'omission de fournir des mises à jour pour des biens comportant des éléments numériques conformément à l'article 1649^{ter}, § 5, imputable à une personne située en amont dans la chaîne de contrats ayant mené à la vente, il peut exercer à l'encontre de celle-ci un recours fondé sur la responsabilité contractuelle à laquelle elle est tenue relativement au bien de consommation, sans que puisse lui être opposée une clause contractuelle ayant pour effet de limiter ou d'écarter cette responsabilité.

Cette disposition ouvre par exemple au vendeur, dans les scénarios 3 et 5, la possibilité de se retourner contre le développeur de l'IA sur un fondement contractuel (contrat de services) sans que ce développeur puisse lui opposer une clause limitative ou exonératoire de responsabilité.

3) Responsabilité du prestataire de services

145. – Délimitation du propos. Après avoir examiné les possibilités d'actions en responsabilité et en garantie basées sur le contrat de vente en cas de dommage causé par un système d'IA, il y a lieu d'étudier le régime de responsabilité propre aux contrats de services⁽⁵⁸⁹⁾.

À l'inverse du contrat de vente, le contrat de services n'a pas fait l'objet de développements généraux dans le cadre d'autres contributions. Dès lors, la présente section a non seulement pour objet d'offrir une brève présentation des règles applicables en la matière⁽⁵⁹⁰⁾, mais aussi d'appliquer les règles étudiées à certains scénarios mettant en scène un système d'IA, tels qu'identifiés dans la première partie de cette contribution⁽⁵⁹¹⁾.

(587) Une dérogation favorable au consommateur (allongement du délai) demeure possible de l'accord des parties.

(588) Voy., sur cette question, la contribution de M. HIGNY dans le présent ouvrage, « La responsabilité du vendeur dans les chaînes de contrats ».

(589) Pour rappel, le terme « contrat de services » fait ici référence au contrat d'entreprise (ou de louage d'ouvrage et d'industrie) tel que régi par l'ancien Code civil (art. 1779 et s.).

(590) Pour une présentation détaillée des règles applicables en matière contractuelle, voy. P. WÉRY, *Droit des obligations*, vol. 1, 3^e éd., Bruxelles, Larcier, 2021, pp. 457-860. Pour une présentation desdites règles appliquées au contrat d'entreprise, voy. B. KOHL, *Contrat d'entreprise*, Bruxelles, Bruylant, 2016, pp. 717-784.

(591) Voy. *supra*, n^{os} 4 et s.

Ainsi, nous nous pencherons tout d'abord sur la portée des obligations du prestataire (a). Ensuite, nous examinerons les sanctions générales applicables au prestataire en cas d'inexécution de ses obligations (b). Nous terminerons par souligner les spécificités des sanctions prévues par le régime applicable aux contrats conclus avec un consommateur (c).

Précisons que le contrat de services n'étant pas un contrat translatif, l'application de l'article 5.105, qui prévoit, pour les chaînes de contrats, la transmission des droits qualitatifs (et donc les accessoires juridiques, tels que les actions liées au bien transmis), pourrait poser problème.

a) La portée des obligations du prestataire de services

146. – Le contenu obligationnel du contrat de services. Il y a lieu de rappeler que les obligations contractuelles du prestataire ne se limitent pas aux stipulations expresses contenues dans le contrat.

Les obligations contractuelles comprennent en effet, au-delà des stipulations expresses, les obligations complémentaires liées au principe de bonne foi ou aux usages. Ces principes étaient déjà consacrés dans les dispositions des articles 1134, alinéa 3, et 1135 de l'ancien Code civil⁽⁵⁹²⁾ ⁽⁵⁹³⁾. Ils se retrouvent aujourd'hui dans l'article 5.71 du nouveau Code civil intitulé « Contenu du contrat », qui dispose comme suit : « Le contrat oblige non seulement à ce qui y est convenu, mais encore à toutes les suites que la loi, la bonne foi ou les usages lui donnent d'après sa nature et sa portée [...] ».

Sur la base de l'article 1135 de l'ancien Code civil, la Cour de cassation a d'ailleurs précisé qu'en matière de contrats d'entreprise, « [...] l'entrepreneur n'est pas uniquement tenu à ce qui est expressément prévu dans la convention avec le maître de l'ouvrage mais il est aussi tenu d'exécuter sa mission conformément aux règles de l'art »⁽⁵⁹⁴⁾.

À titre d'illustration, dans le scénario n° 4, même si cela n'est pas expressément prévu dans le contrat de développement, le fait de prendre pleinement en compte les règles du jeu (football) dans la conception de l'outil, afin, par exemple, de ne pas tenir compte des joueurs temporairement en dehors du terrain lorsqu'il faut tracer la

(592) L'article 1135 de l'ancien Code civil est libellé comme suit : « [l]es conventions obligent non seulement à ce qui y est exprimé, mais encore à toutes les suites que l'équité, l'usage ou la loi donnent à l'obligation d'après sa nature ».

(593) P. WÉRY, *Droit des obligations*, op. cit., p. 548.

(594) Cass., 2 février 2006, *Pas.*, 2006, p. 265.

ligne du hors-jeu relève des suites de l'obligation de configuration correcte du logiciel par rapport à sa destination spécifique entrée dans le champ contractuel.

147. – La prise en compte des règles de l'art. Les règles de l'art peuvent ainsi servir de référence lorsqu'il s'agit d'apprécier les contours précis d'une obligation contractuelle du prestataire⁽⁵⁹⁵⁾. En pratique, le respect des règles de l'art implique la prise en compte de divers éléments, parmi lesquels on retrouve le respect des méthodes ou techniques de base propres au métier en question, la prudence en cas de recours à de nouvelles techniques qui n'ont pas encore fait leurs preuves et la prise en considération des usages qui ont eu pour effet d'apporter des corrections en fonction des problèmes rencontrés en pratique⁽⁵⁹⁶⁾.

148. – Distinction entre « règles de l'art » et « normes techniques ». Il convient de ne pas confondre la notion de « règles de l'art » et celle de « normes techniques », cette dernière visant les bonnes pratiques propres à un secteur codifiées par des instituts de normalisation en réponse à l'évolution des techniques observées dans ledit secteur. Pour garantir le respect des règles de l'art, le respect des normes techniques ne suffit pas, dès lors que ces dernières résultent d'un processus d'adoption plus ou moins long qui les empêche généralement d'être tout à fait à jour par rapport aux observations qui auraient déjà été émises par des praticiens avertis grâce à leur expérience⁽⁵⁹⁷⁾.

149. – Application aux contrats liés à l'IA. En ce qui concerne les contrats de services liés à l'IA, il semble donc essentiel de se référer tant au contenu obligationnel du contrat qu'aux obligations liées au principe de bonne foi et aux usages, y compris les règles de l'art, pour apprécier l'étendue des obligations du prestataire de services⁽⁵⁹⁸⁾.

À cet égard, le Règlement IA, une fois adopté, devrait servir de référence en la matière⁽⁵⁹⁹⁾. Il prévoit en effet de nombreuses exigences à remplir par les acteurs de la chaîne de valeur de l'IA, en particulier le Fournisseur, pour qu'un Système d'IA à haut risque puisse être mis sur le marché ou mis en service et ensuite être utilisé. Alors que certaines de

(595) Et, partant, l'existence d'une faute dans le chef du prestataire. Voy., p. ex., la cour d'appel de Liège qui a considéré comme établi le manquement de l'entrepreneur du fait de la non-conformité du travail aux règles de l'art (Liège [20^e ch. A], 19 janvier 2017, *J.L.M.B.*, 2018, p. 1670).

(596) A. CRUQUENAIRE, C. DELFORGE, I. DURANT, F. GEORGES, C. HELAS et P. WÉRY, *Droit des contrats spéciaux*, op. cit., p. 422.

(597) *Ibid.*, p. 422.

(598) Et, partant, déterminer s'il a ou non commis une faute contractuelle.

(599) Voy. *supra*, n^{os} 9 et s.

ces exigences sont particulièrement précises⁽⁶⁰⁰⁾, d'autres sont formulées de façon large, laissant ouverte une précision ultérieure de leur contenu sur la base des bonnes pratiques observées dans le secteur de l'IA. Elles pourraient dès lors susciter le développement de (nouvelles) règles de l'art en la matière. Les exigences suivantes pourraient être concernées :

- l'exigence selon laquelle le Système d'IA à haut risque doit être soumis à un système de gestion des risques⁽⁶⁰¹⁾ : le développement d'un système de gestion des risques approprié dépend en effet de nombreux paramètres tels que la destination du Système d'IA, l'implication d'un ou de plusieurs sous-traitants, ou encore l'évolution des technologies ;
- l'exigence imposant que le Système d'IA à haut risque soit développé sur la base de jeux de données d'entraînement, de validation et de test qui répondent à différents critères de qualité⁽⁶⁰²⁾ : les entreprises et personnes actives dans le secteur de l'IA pourraient, au fil du temps, dégager des critères de qualité spécifiques, identifier des pratiques de sélection de données problématiques... En guise d'exemple, dans le scénario n° 2, si le médecin voit sa responsabilité contractuelle engagée du fait d'une grave erreur de diagnostic ayant porté préjudice à son patient, il pourrait réclamer du développeur du logiciel IA d'aide au diagnostic médical une indemnité compensatoire⁽⁶⁰³⁾. S'il s'avère que la défaillance du logiciel est due à la mauvaise qualité des données médicales d'apprentissage du logiciel (ayant en l'occurrence été fournies au développeur par une entreprise tierce), l'on pourrait considérer que le développeur a commis une faute contractuelle en violant les règles de l'art relatives à la qualité que doivent revêtir les données d'apprentissage d'un système d'IA à destination médicale. Ledit développeur aurait en effet dû recourir aux services d'un prestataire proposant des jeux de données répondant aux critères de qualité en vigueur dans le secteur d'usage de l'IA (s'agissant d'un produit spécialisé) ;

(600) Pensons, par exemple, aux exigences suivantes : le Système d'IA à haut risque doit être accompagné d'une documentation technique dont le contenu exact est précisé à l'annexe IV de la proposition de Règlement IA (art. 11 de la proposition de Règlement IA) ;

le Système d'IA à haut risque doit être conçu et développé avec des capacités permettant l'enregistrement automatique des événements (« journalisation ») (art. 12 de la proposition de Règlement IA) ;

le Système d'IA à haut risque doit être accompagné d'une notice d'utilisation destinée aux utilisateurs, celle-ci devant contenir toutes les mentions visées à l'article 13, § 3, de la proposition de Règlement IA (art. 13, §§ 2-3, de la proposition de Règlement IA) ;

le Système d'IA doit être conçu et développé de manière à permettre un contrôle humain effectif durant la période où il est utilisé, y compris au moyen d'interfaces homme-machine appropriées (art. 14 de la proposition de Règlement IA).

(601) Art. 9 de la proposition de Règlement IA.

(602) Art. 10 de la proposition de Règlement IA.

(603) Voy. *infra*, n° 155 et s.

- l'exigence en vertu de laquelle le Système d'IA à haut risque doit être conçu et développé de manière à ce que son fonctionnement soit suffisamment transparent pour permettre aux utilisateurs d'interpréter les résultats qu'il émet et de l'utiliser de manière appropriée⁽⁶⁰⁴⁾ : certaines techniques sur lesquelles le fonctionnement d'un Système d'IA repose pourraient être exclues dès lors qu'elles ne permettraient pas de comprendre les résultats émis par ledit Système, mais cela est très variable en fonction d'éléments contextuels (destination du Système d'IA ou du produit qui l'incorpore, profil des utilisateurs du Système IA ou des produits qui l'incorporent) ; et
- l'exigence selon laquelle le Système d'IA à haut risque doit être conçu et développé de manière à atteindre un niveau approprié d'exactitude, de robustesse et de cybersécurité et à fonctionner de manière cohérente à cet égard tout au long de son cycle de vie⁽⁶⁰⁵⁾ : des standards mériteraient d'être définis à cet égard, en particulier en matière de cybersécurité où les risques ne cessent d'évoluer et de se diversifier.

Ces éléments permettent ainsi de préciser les contours des obligations contractuelles du prestataire de services.

150. – Les obligations de moyens et les obligations de résultat. La portée des obligations incombant au prestataire dépend également de la nature de celles-ci. Il peut s'agir d'obligations de moyens ou d'obligations de résultat. Comme l'indique le nouveau Code civil, « [l']obligation de moyens est celle en vertu de laquelle le débiteur est tenu de fournir tous les soins d'une personne prudente et raisonnable pour atteindre un certain résultat. La preuve de la faute du débiteur incombe au créancier. L'obligation de résultat est celle en vertu de laquelle le débiteur est tenu d'atteindre un certain résultat. Si le résultat n'est pas atteint, la faute du débiteur est présumée, sauf à démontrer la force majeure »⁽⁶⁰⁶⁾.

Dans la pratique, il est rare que les parties précisent la nature des obligations contenues dans le contrat⁽⁶⁰⁷⁾, alors même que celle-ci dépend avant tout de leur intention⁽⁶⁰⁸⁾. En l'absence de dispositions contractuelles reflétant cette intention, la détermination de la

(604) Art. 13 de la proposition de Règlement IA.

(605) Art. 15 de la proposition de Règlement IA.

(606) Art. 5.72 C. civ.

(607) A. CRUQUENAIRE, C. DELFORGE, I. DURANT, F. GEORGES, C. HELAS et P. WÉRY, *Droit des contrats spéciaux*, op. cit., p. 420.

(608) Cass., 3 mai 1984, *Pas.*, 1984, I, p. 1081, *Entr. et dr.*, 1985, p. 132, concl. proc. gén. E. KRINGS et obs., *R. W.*, 1984-1985, col. 1987 ; Cass., 18 mai 1990, *Pas.*, 1990, I, p. 1068.

nature des obligations en cause revient au juge, dont l'appréciation est souveraine⁽⁶⁰⁹⁾. À cet égard, divers critères de distinction ont été dégagés par la jurisprudence avant d'être approuvés par la doctrine⁽⁶¹⁰⁾ :

- la précision de l'obligation : plus le contenu de l'obligation est précis, plus le juge aura tendance à qualifier celle-ci d'obligation de résultat⁽⁶¹¹⁾ ;
- la spécialisation du prestataire de services : la qualification de l'obligation en obligation de résultat aura tendance à être préférée si le prestataire est spécialisé dans la fourniture des services qui font l'objet du contrat⁽⁶¹²⁾ ;
- l'existence d'un aléa autour de l'exécution de la prestation : la large maîtrise du prestataire sur le résultat attendu penchera en faveur d'une qualification de l'obligation en obligation de résultat⁽⁶¹³⁾. *A contrario*, si le prestataire a une maîtrise réduite sur le résultat attendu en raison de l'ampleur de l'aléa existant, il est plus probable que l'obligation soit considérée comme une obligation de moyens⁽⁶¹⁴⁾.

Dans le cadre des obligations liées à l'IA, la qualification d'obligation de résultat devrait être privilégiée par rapport aux exigences du Règlement IA. En effet, celui-ci visant à assurer la sécurité des produits, il devrait être qualifié de texte d'ordre public. Cela nous semble confirmé par les sanctions spécifiques (amendes administratives) que les États membres doivent mettre en place en cas de non-respect des

(609) Cass., 5 septembre 2019, R.G. n° C.18.0302.N, BE:CASS:2019:ARR.20190905.3.

(610) Voy. notamment : J. DEWEZ, « Responsabilité de l'entrepreneur : de l'obligation de résultat à l'obligation de moyens », *R.G.D.C.*, 2009, p. 107 ; A. DELVAUX, B. DE COCQUEAU, R. SIMAR, B. DEVOS et J. BOCKOURT, *Le contrat d'entreprise : chronique de jurisprudence (2001-2011)*, coll. Dossiers du J.T., Bruxelles, Larcier, 2012, pp. 92-98.

(611) Mons (2^e ch.), 30 juin 2014, *J.L.M.B.*, 2016, p. 1461 (sur les rendements énergétiques lorsque l'entrepreneur a indiqué les rendements énergétiques à obtenir dans son devis relatif à la pose d'un système de chauffage) ; Mons, 11 décembre 1991, *R.R.D.*, 1992, p. 211 (l'obligation d'assurer la compatibilité entre le logiciel fourni par le prestataire et le matériel informatique sélectionné par le même prestataire est une obligation de résultat compte tenu de la précision du résultat attendu) ; Com. Mons, 17 avril 2008, *R.G.D.C.*, 2009, p. 103, note J. DEWEZ (le tribunal estimant que l'intensité de l'obligation de l'entrepreneur spécialiste est liée à sa maîtrise des travaux).

(612) En ce sens, voy. Liège, 22 février 2008, *J.L.M.B.*, 2008, p. 1205 (spécialiste des systèmes LPG) ; Mons, 11 décembre 1991, *R.R.D.*, 1992, p. 211 (spécialiste informatique).

(613) Voy. notamment : Liège, 22 février 2008, *J.L.M.B.*, 2008, p. 1205 (l'installation d'un système LPG ne peut présenter aucun aléa) ; Civ. Nivelles, 10 janvier 1991, *R.G.D.C.*, 1992, p. 443 (l'obligation de restitution en bon état d'un véhicule confié à un *car-wash* est une obligation de résultat).

(614) Bruxelles, 13 mai 1992, *R.G.A.R.*, 1993, n° 12.185 (l'obligation d'assurer l'inviolabilité d'une porte d'entrée par divers travaux dont la pose d'un verrou de sécurité constitue une obligation de moyens).

contraintes qu'il impose⁽⁶¹⁵⁾. Dès lors, le respect des contraintes du Règlement IA ne pourrait être limité contractuellement à une obligation de moyens. La portée des obligations tirées du Règlement IA ne peut en effet être amoindrie par des dispositions contractuelles. Il en irait autrement, en revanche, lorsque les obligations du Règlement IA sont elles-mêmes limitées à des obligations de moyens. Il convient toutefois de ne pas se méprendre sur la portée des obligations imposées par la proposition de Règlement IA. En effet, la proposition de Règlement IA envisage l'obligation de mettre en place des procédés de gestion de risques comportant notamment un volet de réduction des risques « autant que possible » par une conception et un développement appropriés. Dans ce cas, l'élimination totale des risques n'est sans doute pas possible, mais cela ne signifie pas pour autant que l'obligation de mettre en place des procédés de conception et de développement appropriés à une élimination des risques soit cantonnée à une obligation de moyens. Il nous semble en effet que l'obligation est bel et bien inconditionnelle, seuls les effets raisonnablement attendus étant relatifs et limités à une réduction des risques « autant que possible ».

b) Les sanctions des obligations contractuelles du prestataire de services : régime général

151. – Aperçu des règles étudiées. En matière contractuelle, si le débiteur – en l'occurrence, l'entrepreneur – n'exécute pas ou exécute mal ses obligations, son créancier – le maître de l'ouvrage – dispose de plusieurs moyens d'action en justice pour le contraindre à s'exécuter et/ou, le cas échéant, obtenir réparation du dommage qu'il a subi. Il peut également se prévaloir d'éventuelles clauses contractuelles prévoyant les sanctions applicables en cas d'inexécution du contrat. En l'absence de ce type de clauses, le créancier dispose aussi, sous certaines conditions, de la possibilité de se faire justice à lui-même sans passer par la voie judiciaire.

152. – Formalité préalable : la mise en demeure. À titre liminaire, il convient de souligner la nécessité de mettre le débiteur en demeure de s'exécuter avant d'actionner tout moyen de recours judiciaire à son encontre⁽⁶¹⁶⁾. La mise en demeure est définie par le nouveau

(615) Art. 71 de la proposition de Règlement IA.

(616) Art. 5.83, al. 3, et 5.231-5.233 C. civ.

Code civil comme « l'acte juridique unilatéral par lequel le créancier notifie au débiteur, de manière claire et non équivoque, sa volonté d'exiger l'exécution de son obligation »⁽⁶¹⁷⁾.

153. – L'exécution en nature. Le créancier peut tout d'abord demander au juge l'exécution en nature des obligations en souffrance⁽⁶¹⁸⁾, éventuellement assortie d'une astreinte⁽⁶¹⁹⁾. Dans ce cas, il a également la possibilité de requérir du juge l'autorisation de faire exécuter par un tiers les obligations en souffrance (remplacement judiciaire)⁽⁶²⁰⁾.

Ainsi, dans le scénario n° 1, si le système de gestion intelligente d'installations industrielles ne fonctionne pas correctement en raison d'une défaillance du logiciel d'IA y ayant été intégré, l'entreprise utilisatrice du système pourrait, par exemple, réclamer l'exécution en nature des obligations qui incombent à l'entreprise qui lui a fourni celui-ci. Cela pourrait se traduire par l'obligation de déployer des patches de correction des bugs du logiciel d'IA.

Dans le cas du scénario n° 2, l'exécution en nature au bénéfice du médecin pourrait prendre la forme du remplacement d'une partie des jeux de données utilisés par l'outil d'IA pour réaliser ses diagnostics.

154. – La responsabilité contractuelle (au sens strict). Une autre possibilité offerte au créancier est de réclamer une indemnité compensatoire (exécution par équivalent ou responsabilité contractuelle)⁽⁶²¹⁾. Comme l'indique P. Wéry, « un créancier peut se borner à réclamer la condamnation de son débiteur à des dommages et intérêts, même si aucune des limites au principe de l'exécution en nature (impossibilité, abus de droit) n'existe dans le cas d'espèce. Le juge devra faire droit à cette demande si le débiteur n'offre pas de s'exécuter en nature »⁽⁶²²⁾.

Pour engager la responsabilité contractuelle (au sens strict) du prestataire de services (débiteur), le créancier doit être capable de démontrer que ledit prestataire a commis une faute contractuelle se trouvant en lien causal avec le dommage subi. La faute contractuelle peut être définie comme « le manquement à une obligation contractuelle qui est imputable

(617) P. WÉRY, *Droit des obligations, op. cit.*, p. 465.

(618) Art. 5.84-5.85 et 5.234-5.236 C. civ.

(619) Art. 1385*bis* et s. C. jud.

(620) Art. 5.235 C. civ.

(621) Art. 5.86-5.87 et 5.237-5.238 C. civ.

(622) P. WÉRY, *Droit des obligations, op. cit.*, p. 546.

au débiteur. Elle consistera, selon les cas, en un refus d'exécution ou une exécution tardive, défectueuse ou partielle »⁽⁶²³⁾. L'appréciation de l'existence d'une faute contractuelle dans le chef du prestataire dépend donc de la portée des obligations contractuelles lui incombant⁽⁶²⁴⁾.

155. – La force majeure et le fait justificatif. Il convient toutefois de rappeler qu'en cas de force majeure⁽⁶²⁵⁾, le prestataire de services sera totalement libéré si l'exécution de l'obligation est devenue définitivement impossible à la suite de la survenance de celui-ci⁽⁶²⁶⁾. En revanche, si l'exécution de l'obligation est rendue temporairement impossible, elle sera simplement suspendue pendant la durée de cette impossibilité⁽⁶²⁷⁾. Le prestataire ne doit cependant pas perdre de vue la nécessité d'informer son créancier de la cause d'impossibilité d'exécution de son obligation dans un délai raisonnable à partir du moment où il en a eu connaissance ou est censé en avoir eu connaissance⁽⁶²⁸⁾.

De même, si le prestataire se prévaut valablement d'un fait justificatif⁽⁶²⁹⁾, l'inexécution de l'obligation qui lui incombe ne pourra être considérée comme fautive⁽⁶³⁰⁾.

156. – La résolution judiciaire. À côté de l'exécution en nature et de l'exécution par équivalent, le créancier a également la possibilité d'activer une autre voie de recours en cas d'inexécution du prestataire de services : la résolution judiciaire⁽⁶³¹⁾. La résolution du contrat ne sera toutefois accordée par le juge que si l'inexécution du prestataire est suffisamment grave⁽⁶³²⁾. Des dommages et intérêts complémentaires pourront, en outre, être octroyés au créancier si le dommage qu'il a subi n'est pas entièrement réparé par la résolution du contrat⁽⁶³³⁾.

157. – La réduction du prix. Si l'inexécution du prestataire n'est pas suffisamment grave pour justifier la résolution, le créancier pourra

(623) Art. 5.231, al. 1^{er}, C. civ.

(624) Sur la portée des obligations contractuelles, voy. *supra*, n^{os} 147 et s.

(625) Le nouveau Code civil précise qu'« [il] y a force majeure en cas d'impossibilité pour le débiteur, qui ne lui est pas imputable, d'exécuter son obligation. À cet égard, il est tenu compte du caractère imprévisible et inévitable de l'obstacle à l'exécution » (art. 5.226, § 1^{er}, al. 1^{er}, C. civ.).

(626) Art. 5.226, § 1^{er}, al. 2, C. civ.

(627) Art. 5.226, § 1^{er}, al. 3, C. civ.

(628) Art. 5.226, § 2, C. civ.

(629) État de nécessité, permission de la loi, contrainte morale, légitime défense ou ordre d'une autorité légitime.

(630) P. WÉRY, *Droit des obligations*, op. cit., p. 553.

(631) Art. 5.90, 5.91, 5.95 et 5.96 C. civ.

(632) Pour des exemples d'inexécution suffisamment graves, voy. B. KOHL, *Contrat d'entreprise*, op. cit., pp. 516 et s.

(633) Art. 5.91, al. 1^{er}, 1^o, C. civ.

solliciter du juge la réduction du prix⁽⁶³⁴⁾. S'il l'obtient, cette réduction sera « proportionnelle à la différence, au moment de la conclusion du contrat, entre la valeur de la prestation reçue et la valeur de la prestation convenue »⁽⁶³⁵⁾.

Ainsi, dans le scénario n° 2, si le logiciel présente des lenteurs anormales qui ne permettent pas au médecin de l'utiliser pleinement compte tenu de la courte durée de ses consultations, la sanction appropriée serait *a priori* plutôt la réduction du prix, dans la mesure où l'outil d'IA resterait pour le surplus conforme à sa destination.

158. – Les sanctions conventionnelles et les clauses exonératoires ou limitatives de responsabilité. Dans la pratique, les parties ont fréquemment recours à des clauses contractuelles prévoyant l'application de sanctions en cas d'inexécution du contrat. Il peut par exemple s'agir de clauses pénales, de clauses résolutoires expresses ou encore de clauses de remplacement. Les parties ont, en outre, tendance à aménager l'étendue de leur responsabilité au moyen de clauses exonératoires ou limitatives de responsabilité.

159. – Les clauses pénales. Tout d'abord, les clauses pénales sont visées par l'article 5.88 du nouveau Code civil sous le vocable de « clauses indemnitaires ». Cette disposition prévoit que « [l]es parties peuvent convenir à l'avance qu'en cas d'inexécution imputable, le débiteur est tenu, à titre de réparation, au paiement d'un montant forfaitaire ou à la fourniture d'une prestation déterminée. Dans ce cas, il ne peut être alloué à l'autre partie une réparation plus élevée, ni plus basse »⁽⁶³⁶⁾. Cependant, si l'application de cette clause fait l'objet d'un recours, le juge sera libre de réduire celle-ci – soit d'office, soit à la demande du débiteur – en tenant compte du dommage et de l'ensemble des autres circonstances, en particulier des intérêts légitimes du créancier⁽⁶³⁷⁾.

160. – Les clauses résolutoires expresses. Le nouveau Code civil contient également des dispositions relatives aux clauses résolutoires expresses⁽⁶³⁸⁾. Ce type de clause permet au créancier de résoudre le contrat lorsque le débiteur manque à l'une de ses obligations, et ce, sans intervention préalable d'un juge. Il est toutefois exigé du créancier

(634) Art. 5.97, al. 1^{er}, C. civ.

(635) Art. 5.97, al. 4, C. civ.

(636) Art. 5.88, § 1^{er}, C. civ.

(637) Art. 5.88, § 2, C. civ.

(638) Art. 5.90, al. 1^{er}, et 5.92 C. civ.

qu'il en notifie le débiteur par écrit en mentionnant les manquements reprochés à ce dernier⁽⁶³⁹⁾.

161. – Les clauses de remplacement. La question des modalités de remplacement du débiteur peut, elle aussi, faire l'objet d'une clause contractuelle qui autorise le créancier à faire exécuter par un tiers l'obligation en souffrance ou à l'exécuter lui-même, et ce, aux frais du débiteur⁽⁶⁴⁰⁾.

162. – Les clauses limitatives et exonératoires de responsabilité. Par application du principe de la liberté contractuelle, d'autres clauses destinées à aménager l'étendue de la responsabilité des parties peuvent prévues dans le contrat. Il peut s'agir de clauses limitatives de responsabilité ou de clauses exonératoires de responsabilité. Lesdites clauses peuvent être très variées. Comme l'indique P. Wéry, « [l]es parties peuvent, par exemple, fixer un montant de dommages et intérêts inférieur au dommage réel, écarter un mode de réparation, transformer une obligation de résultat en obligation de moyens, adopter une définition extensive de la force majeure, stipuler que le débiteur n'engagera sa responsabilité que pour des fautes d'une certaine gravité ou pour les seuls dommages directs, etc. La clause étendant la force majeure au-delà de sa définition légale est une autre manière pour le débiteur de s'exonérer de sa responsabilité »⁽⁶⁴¹⁾.

Les clauses exonératoires de responsabilité sont réglementées par l'article 5.89 du nouveau Code civil. Celui-ci prévoit que lesdites clauses peuvent exonérer le débiteur de sa faute lourde (ou de celle d'une personne dont il répond), mais pas de sa faute intentionnelle (ou de celle d'une personne dont il répond) ou encore de sa faute (ou de celle d'une personne dont il répond) qui cause une atteinte à la vie ou à l'intégrité physique d'une personne. Par ailleurs, une clause exonératoire de responsabilité ne peut vider le contrat de sa substance⁽⁶⁴²⁾.

163. – Limitation à la liberté contractuelle : les régimes des clauses abusives. La liberté contractuelle des parties se trouve

(639) Art. 5.88, § 1^{er}, C. civ.

(640) Art. 5.85, al. 3, C. civ.

(641) P. WÉRY, *Droit des obligations*, op. cit., p. 777.

(642) Art. 5.89, § 1^{er}, C. civ. Voy. S. STIJNS, « Contractualisering van sancties in het privaatrecht, inzonderheid bij contractuele wanprestatie », *R. W.*, 2001-2002, p. 1264. La Cour de cassation utilise les termes de clauses qui ont pour effet « d'anéantir l'obligation contractée par le débiteur » (Cass., 25 septembre 1959, *Pas.*, 1960, I, p. 113 ; Cass., 5 janvier 1961, *Pas.*, 1961, I, p. 483 ; Cass., 23 novembre 1987, *Pas.*, 1988, I, p. 347, notes ; Cass., 27 septembre 1990, *Rev. banq.*, 1992, p. 37, note J.-F. ROMAIN ; Cass., 26 mars 2004, *Pas.*, 2004, p. 513, cités par P. WÉRY, « La théorie générale du contrat », *Rép. not.*, t. IV « Les obligations », liv. 4/1, op. cit., p. 867).

toutefois limitée dans les cas prévus par la loi. Sont en particulier visés les deux régimes interdisant les clauses abusives, l'un étant applicable dans les relations entre entreprises⁽⁶⁴³⁾, l'autre dans les relations entre une entreprise et un consommateur⁽⁶⁴⁴⁾. La sanction prévue à l'égard des clauses abusives est la nullité⁽⁶⁴⁵⁾.

Le but du présent propos n'étant pas d'offrir une présentation desdits régimes, nous nous concentrerons sur les règles relatives aux clauses abusives qui auraient vocation à trouver une application particulière dans le domaine des contrats de services liés à l'IA.

164. – Clauses abusives communes aux contrats B2C et B2B.

Tant dans les relations entre un consommateur et une entreprise que dans celles entre entreprises, la disposition semi-générale à l'aune de laquelle le caractère abusif d'une clause doit être apprécié fait référence à « la nature des produits qui font l'objet du contrat »⁽⁶⁴⁶⁾. Par conséquent, à l'occasion de l'appréciation du caractère abusif d'une clause, il y a lieu de tenir compte de la nature particulière des systèmes d'IA. Ceux-ci créent de nouveaux risques et ont parfois des conséquences négatives sur les individus et la société, raison pour laquelle ils sont en voie d'être réglementés au niveau européen, notamment par la proposition de Règlement IA⁽⁶⁴⁷⁾. Dès lors, lorsque cette proposition sera adoptée, il n'est pas exclu qu'une clause reprise dans un contrat portant sur un Système d'IA soit déclarée abusive sur la base de l'article VI.82 ou de l'article VI.93/3 du CDE, si le contenu de ladite clause va à l'encontre des exigences prévues par le futur Règlement IA. Tel pourrait, par exemple, être le cas d'une clause prévoyant que le Fournisseur d'un Système d'IA à haut risque ne peut être tenu responsable pour tout dommage causé par ledit Système dans des hypothèses où le Système serait mis sur le marché sans respecter les contraintes du Règlement IA. À titre d'exemple, une clause exonératoire visant le dommage qui résulte de la matérialisation d'un risque inconnu au moment de mettre sur le marché le Système d'IA, et non détecté ensuite en raison de l'absence d'un système de gestion des risques, alors que cela est exigé par la proposition de Règlement IA⁽⁶⁴⁸⁾.

(643) Voy. art. VI.91/1 et s. CDE.

(644) Voy. art. VI.82 et s. CDE. Ce régime sera examiné *infra*, n° 180.

(645) Art. VI.84, § 1^{er}, et VI.91/6 CDE.

(646) Art. VI.82 (relations B2C) et VI.91/3 (relations B2B).

(647) Proposition de Règlement IA, *exposé des motifs*, p. 1.

(648) Art. 9 et 17, § 1^{er}, (g), de la proposition de Règlement IA.

Il convient par ailleurs de se pencher sur la « liste noire »⁽⁶⁴⁹⁾ de clauses abusives – dans les relations entre une entreprise et un consommateur – et la « la liste grise »⁽⁶⁵⁰⁾ de clauses abusives – dans les relations entre entreprises – qui prévoient qu'est considérée comme abusive la clause qui a pour objet d'« exclure ou [de] limiter de façon inappropriée les droits légaux d'une partie, en cas de non-exécution totale ou partielle ou d'exécution défectueuse par l'autre entreprise d'une de ses obligations contractuelles »⁽⁶⁵¹⁾.

Par exemple, si le Fournisseur d'un Système d'IA à haut risque prévoit une clause limitative de responsabilité, celle-ci devrait être considérée comme abusive si le plafond de responsabilité se révèle dérisoire par rapport à la portée des obligations du Fournisseur qui, rappelons-le, s'étendent aussi au respect des règles de l'art, notamment.

De manière plus générale, une clause limitative ou exonératoire de responsabilité au profit du Fournisseur pourrait être qualifiée d'« abusive » si ce dernier n'a en réalité pas satisfait à une ou plusieurs exigence(s) imposées par le futur Règlement IA pour mettre sur le marché ou mettre en service le Système d'IA à haut risque qui fait l'objet du contrat. En effet, une telle clause aurait pour effet d'exclure ou de limiter de façon inappropriée les droits légaux de l'autre partie. La nature d'ordre public des dispositions du Règlement IA devrait en effet permettre d'invalidier les clauses limitatives dans de tels cas. La préoccupation centrale de sécurité des Systèmes IA devrait en effet conduire à qualifier les obligations liées à la sécurité d'obligations essentielles du contrat relatif aux Systèmes d'IA⁽⁶⁵²⁾. Dès lors, les clauses exonératoires vidant de telles obligations de leur contenu devraient être qualifiées d'abusives.

165. – Clauses abusives propres aux contrats B2B. Dans les relations entre entreprises est présumée abusive, sauf preuve contraire, la clause ayant pour objet de « placer, sans contrepartie, le risque

(649) La liste noire énumère les clauses qui doivent être considérées abusives en toutes circonstances dans les relations entre une entreprise et un consommateur.

(650) La liste grise énumère les clauses dont le caractère abusif est présumé, sauf preuve contraire (présomption réfragable), dans les relations entre entreprises.

(651) Art. VI.91/5, 4^e, CDE. Le libellé de la liste noire, applicable dans les relations entre une entreprise et un consommateur, est toutefois quelque peu différent. Est en effet visée la clause qui a pour objet d'« exclure ou [de] limiter de façon inappropriée les droits légaux du consommateur vis-à-vis de l'entreprise ou d'une autre partie en cas de non-exécution totale ou partielle ou d'exécution défectueuse par l'entreprise d'une quelconque de ses obligations contractuelles » (art. VI.83, 30^e, CDE).

(652) Sur la qualification des obligations en matière de sécurité, voy. A. CRUQUENAIRE, « La cybersécurité dans les contrats informatiques : une application fertile de la notion d'obligation essentielle », in *Liber amicorum Xavier Thunis*, Bruxelles, Larcier, 2022, p. 325, n° 16.

économique sur une partie alors que celui-ci incombe normalement à l'autre entreprise ou à une autre partie au contrat »⁽⁶⁵³⁾.

À cet égard, il semble opportun de se référer une nouvelle fois à la proposition de Règlement IA. Il ressort clairement de l'économie générale de ce texte que le risque économique lié à la mise sur le marché, la mise en service ou l'utilisation d'un Système d'IA – en particulier d'un Système d'IA à haut risque – repose normalement sur les acteurs de la chaîne de valeur de l'IA, notamment le Fournisseur. Par conséquent, une clause plaçant de quelque manière que ce soit le risque en question sur l'autre partie au contrat devrait être considérée comme abusive si aucune contrepartie n'est prévue.

166. – Les possibilités d'actions extrajudiciaires. En cas d'inexécution ou de mauvaise exécution des obligations du prestataire, le créancier peut également recourir à la voie extrajudiciaire pour opposer à ce dernier l'exception d'inexécution, résoudre le contrat unilatéralement, obtenir une réduction du prix ou procéder au remplacement du prestataire.

167. – L'exception d'inexécution. L'exception d'inexécution⁽⁶⁵⁴⁾ permet au créancier, agissant de bonne foi, de suspendre l'exécution de sa propre obligation jusqu'à ce que le prestataire exécute ou offre d'exécuter la sienne⁽⁶⁵⁵⁾. Le prestataire doit être notifié par écrit sans retard injustifié de cette suspension si son obligation n'est pas encore exigible ou si la bonne foi l'impose⁽⁶⁵⁶⁾.

168. – La résolution unilatérale. Le créancier peut décider de résoudre unilatéralement le contrat conclu avec le prestataire « dans des circonstances exceptionnelles, lorsqu'il est manifeste que le débiteur, après avoir été mis en demeure de donner, dans un délai raisonnable, des assurances suffisantes de la bonne exécution de ses obligations, ne s'exécutera pas à l'échéance et que les conséquences de cette inexécution sont suffisamment graves pour le créancier »⁽⁶⁵⁷⁾. La résolution du contrat doit être notifiée par écrit au prestataire par le débiteur, qui prend soin de mentionner les manquements reprochés audit prestataire⁽⁶⁵⁸⁾, et ne doit pas être abusive⁽⁶⁵⁹⁾.

(653) Art. VI.91/5, 3^e, CDE

(654) Art. 5.98 et 5.239 C. civ.

(655) L'obligation incombant au débiteur doit être exigible ou, si elle ne l'est pas, il doit être manifeste que le prestataire ne s'exécutera pas à l'échéance et les conséquences de cette inexécution doivent être suffisamment graves pour le créancier (art. 529, § 2, C. civ.).

(656) Art. 5.239, § 3, C. civ.

(657) Art. 5.90, al. 2, C. civ.

(658) Art. 5.93 C. civ.

(659) Art. 5.94 C. civ.

169. – La réduction du prix. Le créancier peut notifier par écrit au prestataire sa volonté d'obtenir la réduction du prix du (des) service(s), pourvu que cette notification indique la cause de la réduction⁽⁶⁶⁰⁾.

170. – Le remplacement unilatéral. Le créancier peut procéder au remplacement unilatéral du prestataire en cas d'urgence ou d'autres circonstances exceptionnelles et après avoir pris les mesures utiles pour établir l'inexécution de ce dernier. Le remplacement doit faire l'objet d'une notification écrite faisant mention des manquements reprochés au prestataire et des circonstances justifiant le remplacement. Il a lieu aux risques et périls du créancier⁽⁶⁶¹⁾.

c) Les sanctions des obligations contractuelles du prestataire de services : régime protégeant le consommateur

171. – Aperçu des règles étudiées. Après avoir étudié le régime général prévoyant les sanctions applicables en cas d'inexécution par le prestataire de services de ses obligations, nous nous penchons sur les règles ayant spécifiquement vocation à s'appliquer dans les relations contractuelles entre une entreprise et un consommateur.

172. – Contrats de fourniture de contenus numériques et de services numériques conclus entre un professionnel⁽⁶⁶²⁾ et un consommateur⁽⁶⁶³⁾. Un régime spécifique a été introduit en droit belge par une loi du 20 mars 2022⁽⁶⁶⁴⁾ insérant un titre *Vibis* dans le livre III de l'ancien Code civil, intitulé « Des contrats de fourniture de contenus numériques et de services numériques »⁽⁶⁶⁵⁾. Cette loi transpose la directive (UE) 2019/770 relative à certains aspects concernant les contrats de fourniture de contenus numériques et de services numériques⁽⁶⁶⁶⁾.

(660) Art. 5.97, al. 2, C. civ.

(661) Art. 5.85, al. 3, et 5.235 C. civ.

(662) Dans le cadre de ce régime spécifique, la notion de professionnel vise « toute personne physique ou morale, qu'elle soit publique ou privée, qui agit, y compris par l'intermédiaire d'une autre personne agissant en son nom ou pour son compte, à des fins qui entrent dans le cadre de son activité commerciale, industrielle, artisanale ou libérale » (art. 1701/1, 5°, ancien C. civ.).

(663) Le consommateur est défini comme « toute personne physique qui agit à des fins qui n'entrent pas dans le cadre de son activité commerciale, industrielle, artisanale ou libérale » (art. 1701/1, 6°, ancien C. civ.).

(664) Loi du 20 mars 2022 modifiant les dispositions de l'ancien Code civil relatives aux ventes à des consommateurs, insérant un nouveau titre *Vibis* dans le livre III de l'ancien Code civil et modifiant le Code de droit économique, *M.B.*, 31 mars 2022.

(665) Art. 1701/1 et s. ancien C. civ.

(666) Directive (UE) 2019/770 du Parlement européen et du Conseil du 20 mai 2019 relative à certains aspects concernant les contrats de fourniture de contenus numériques et de services numériques, *JOUE*, L 136, 22 mai 2019.

Ledit régime prévoit des règles relatives aux recours pouvant être exercés par un consommateur à l'encontre de son cocontractant professionnel en cas de défaut de fourniture ou de défaut de conformité du contenu numérique⁽⁶⁶⁷⁾ ou du service numérique⁽⁶⁶⁸⁾ faisant l'objet du contrat qui les lie. À cet effet, le législateur définit ce qu'il y a lieu d'entendre par « défaut de fourniture » et énonce divers critères de conformité objectifs et subjectifs à prendre en compte dans le cadre de l'appréciation de l'existence d'un défaut de conformité.

Il y a lieu de noter que ce régime ne s'applique pas à certains types de contrats de fourniture de contenus ou de services numériques, tels que les contrats portant sur un service financier ou encore ceux portant sur « des services de santé fournis par des professionnels de la santé aux patients pour évaluer, maintenir ou rétablir leur état de santé, y compris la prescription, la délivrance et la fourniture de médicaments et de dispositifs médicaux »⁽⁶⁶⁹⁾. Ainsi, dans le scénario n° 2, si le diagnostic du médecin, basé sur le résultat fourni par le logiciel d'aide au diagnostic médical, se révèle erroné, le patient concerné ne pourra pas se prévaloir du régime applicable aux contrats de fourniture de contenus et de services numériques.

173. – Défaut de fourniture (1). Un défaut de fourniture est réputé exister lorsque le professionnel n'a pas rempli son obligation de fourniture. À cet égard, le législateur indique qu'il y a lieu de considérer que le professionnel s'est acquitté de ladite obligation lorsque :

« 1° le contenu numérique, ou tout moyen approprié pour accéder au contenu numérique ou le télécharger, est rendu disponible ou accessible pour le consommateur ou en un lieu physique ou virtuel choisi par le consommateur à cet effet ;

2° le service numérique est rendu accessible au consommateur ou en un lieu physique ou virtuel choisi par le consommateur à cet effet »⁽⁶⁷⁰⁾.

Comme l'indique H. Jacquemin, on peut regretter le manque de précision et de clarté de l'expression « lieu physique ou virtuel » employée par le législateur, dès lors qu'« [e]n fin de compte, les données seront

(667) « “[C]ontenu numérique” : des données produites et fournies sous forme numérique » (art. 1701/1, 1°, ancien C. civ.).

(668) Les logiciels d'IA semblent couverts par la notion de « service numérique », cette dernière visant « a) un service permettant au consommateur de créer, de traiter ou de stocker des données sous forme numérique, ou d'y accéder ; ou b) un service permettant le partage ou toute autre interaction avec des données sous forme numérique qui sont téléversées ou créées par le consommateur ou d'autres utilisateurs de ce service » (nous soulignons) (art. 1701/1, 2°, ancien C. civ.). En effet, un logiciel d'IA est un service qui a vocation à permettre au consommateur d'accéder à des données sous forme numérique, ces données étant générées par le logiciel d'IA lui-même.

(669) Art. 1701/2, § 7, 3°, ancien C. civ. Pour une liste complète des exclusions prévues, voy. art. 1701/2, § 7, ancien C. civ.

(670) Art. 1701/3, § 2, ancien C. civ.

nécessairement stockées sur un serveur physique, même si elles sont accessibles en ligne ou à travers une application accessible partout dans le monde »⁽⁶⁷¹⁾.

174. – Défaut de fourniture (2) : recours. En cas de défaut de fourniture, le consommateur a droit à la résolution du contrat après avoir enjoint au professionnel de fournir le contenu ou le service numérique, sauf dans certaines hypothèses où il a droit à la résolution immédiate du contrat⁽⁶⁷²⁾.

175. – Défaut de fourniture (3) : charge de la preuve. C'est sur le professionnel que repose la charge de la preuve relative à la question de savoir si le contenu ou le service numérique a été fourni conformément aux exigences prévues⁽⁶⁷³⁾.

176. – Défaut de conformité (1). Le moment où il y a lieu d'apprécier l'existence d'un défaut de conformité varie selon le type de contrat concerné. S'il s'agit d'un contrat portant sur une opération de fourniture unique ou sur une série d'opérations de fourniture distinctes, le moment à prendre en considération est celui de la fourniture du contenu ou du service numérique. Pour que le professionnel puisse être tenu responsable du défaut de conformité, celui-ci doit apparaître dans un délai de deux ans à compter de la fourniture du contenu ou du service numérique⁽⁶⁷⁴⁾.

Si, en revanche, le contrat dont il est question est un contrat portant sur la fourniture continue d'un contenu ou d'un service numérique pendant une certaine période, le professionnel pourra être tenu responsable si le défaut de conformité apparaît ou survient durant cette période⁽⁶⁷⁵⁾.

Différents critères objectifs et subjectifs sont à prendre en compte dans le cadre de l'appréciation de l'existence d'un défaut de conformité⁽⁶⁷⁶⁾. Alors que les critères objectifs consistent en des normes ou standards auxquels sont habituellement soumis les contenus ou services

(671) H. JACQUEMIN, « La conformité des biens, des contenus numériques et des services numériques, l'articulation des délais et la modification des éléments numériques », *op. cit.*, p. 29.

(672) Art. 1701/9 ancien C. civ.

(673) Art. 1701/8, § 1^{er}, al. 2, ancien C. civ.

(674) Art. 1701/8, § 2, al. 1^{er}, ancien C. civ. Il convient toutefois de noter que « [l]e délai de deux ans prévu à l'alinéa 1^{er} est suspendu pendant le temps nécessaire à la mise en conformité du contenu numérique ou du service numérique, ou en cas de négociations entre le professionnel et le consommateur en vue d'un accord amiable » (art. 1701/8, § 2, al. 3, ancien C. civ.).

(675) Art. 1701/8, § 3, al. 1^{er}, ancien C. civ. Il convient toutefois de noter que « [l]a période prévue à l'alinéa 1^{er} est suspendue pendant le temps nécessaire à la mise en conformité du contenu numérique ou du service numérique, ou en cas de négociations entre le professionnel et le consommateur en vue d'un accord amiable » (art. 1701/8, § 3, al. 3, ancien C. civ.).

(676) Voy. art. 1701/5-1701/7 ancien C. civ.

numériques, les critères subjectifs témoignent quant à eux de la volonté des parties – le consommateur et le professionnel –, pourvu que celle-ci soit entrée dans le champ contractuel⁽⁶⁷⁷⁾. Contrairement aux critères objectifs, les critères subjectifs sont optionnels (ils n'entrent en ligne de compte que s'ils sont pertinents dans la situation en cause) et ne sont pas énumérés de manière exhaustive, les parties pouvant dès lors avoir égard à d'autres critères dans le contrat⁽⁶⁷⁸⁾.

177. – Défaut de conformité (2) : application aux contrats portant sur l'IA. Parmi les critères applicables à ces obligations de conformité, certains peuvent trouver une application particulière dans le domaine de l'IA. En voici quelques exemples :

- « être adapté aux finalités auxquelles serviraient normalement des contenus numériques ou des services numériques de même type, compte tenu, s'il y a lieu, de toute disposition du droit de l'Union et du droit national en vigueur ainsi que de toutes les normes techniques existantes ou, en l'absence de telles normes techniques, des codes de conduite spécifiques applicables au secteur concerné »⁽⁶⁷⁹⁾ (critère objectif). Cette disposition laisse entendre que les finalités d'un logiciel d'IA du même type que celui qui fait l'objet du contrat en cause pourront notamment être identifiées en ayant égard au futur Règlement IA, puisque celui-ci relèvera, une fois adopté, du droit de l'Union en vigueur. Par conséquent, les possibilités de recours du consommateur pour défaut de conformité du logiciel d'IA concerné dépendront notamment de la mesure dans laquelle celui-ci remplit les exigences du futur Règlement IA qui lui sont applicables ;
- « le cas échéant, être fourni avec tous les accessoires et toutes les instructions que le consommateur peut raisonnablement s'attendre à recevoir »⁽⁶⁸⁰⁾ (critère objectif). Dès lors que la proposition de Règlement IA requiert qu'une notice d'utilisation contenant diverses mentions obligatoires accompagne les Systèmes d'IA à haut risque⁽⁶⁸¹⁾, l'on peut vraisemblablement considérer que ladite notice fait partie des instructions et accessoires que le consommateur peut raisonnablement s'attendre à recevoir.

(677) H. JACQUEMIN, « La conformité des biens, des contenus numériques et des services numériques, l'articulation des délais et la modification des éléments numériques », *op. cit.*, pp. 31 et 35.

(678) *Ibid.*, p. 31.

(679) Art. 1701/6, § 1^{er}, 1^o, ancien C. civ.

(680) Art. 1701/6, § 1^{er}, 3^o, ancien C. civ.

(681) Art. 13, §§ 2-3, de la proposition de Règlement IA.

Ainsi, dans le scénario n° 4, un assistant vocal ne permettant pas une installation d'applications ou une connexion avec d'autres dispositifs telles que vantées par le fabricant pourrait être considéré comme non conforme en raison de l'absence d'éléments accessoires nécessaires à une utilisation normale de l'outil. Dans ce cas toutefois, c'est sous le régime de la garantie des biens de consommation qu'il conviendra de traiter cette question⁽⁶⁸²⁾.

De même, la journalisation étant obligatoire pour les Systèmes d'IA à haut risque⁽⁶⁸³⁾, la mise à disposition d'un tel mécanisme pour un service numérique qualifiable comme tel devrait également être vue comme un accessoire nécessaire ;

- « être mis à jour comme cela a été prévu dans le contrat »⁽⁶⁸⁴⁾ (critère subjectif). Un logiciel d'IA nécessitant des mises à jour régulières, il semble opportun de considérer que ledit logiciel est entaché d'un défaut de conformité si les mises à jour prévues dans le contrat, le cas échéant, ne sont pas réalisées conformément aux termes dudit contrat.

Plus largement, il est important de rappeler que les mises à jour sont essentielles pour les contenus et services numériques. En effet, « [e]lles ont pour objet de corriger les bugs ou les failles de sécurité qui auraient été détectés, mais également d'adapter le contenu ou le service numérique pour respecter les standards du marché, les normes techniques ou les évolutions juridiques éventuelles (en matière de protection des données à caractère personnel, par exemple) »⁽⁶⁸⁵⁾.

Dans cette optique, le deuxième paragraphe de l'article 1701/6 de l'ancien Code civil, qui traite des critères objectifs de conformité, prévoit ce qui suit : « [L]e professionnel veille à ce que le consommateur soit informé des mises à jour, y compris des mises à jour de sécurité, qui sont nécessaires au maintien de la conformité du contenu numérique ou du service numérique, et les reçoive au cours de la période :

- 1° durant laquelle le contenu numérique ou le service numérique doit être fourni au titre du contrat, lorsque le contrat prévoit la fourniture continue pendant une période ; ou
- 2° à laquelle le consommateur peut raisonnablement s'attendre, eu égard au type et à la finalité du contenu numérique ou du

(682) Voy. *supra*, n° 140 et s.

(683) Art. 12 de la proposition de Règlement IA.

(684) Art. 1701/5, 4°, ancien C. civ.

(685) H. JACQUEMIN, « La conformité des biens, des contenus numériques et des services numériques, l'articulation des délais et la modification des éléments numériques », *op. cit.*, pp. 39-40.

service numérique et compte tenu des circonstances et de la nature du contrat, lorsque le contrat prévoit une opération de fourniture unique ou une série d'opérations de fourniture distinctes ».

Si le consommateur n'installe pas les mises à jour fournies par le professionnel dans un délai raisonnable, ce dernier se verra exonéré de sa responsabilité en cas de défaut de conformité résultant de l'omission du consommateur d'installer la mise à jour en question. Deux conditions doivent toutefois être réunies pour que le professionnel bénéficie de cette exonération : premièrement, il doit avoir informé le consommateur de la disponibilité de ladite mise à jour ainsi que des conséquences de sa non-installation ; deuxièmement, l'absence d'installation ou la mauvaise installation de la mise à jour par le consommateur ne doit pas être due à des lacunes dans les instructions d'installation lui ayant été communiquées le professionnel⁽⁶⁸⁶⁾.

178. – Défaut de conformité (3) : le défaut résultant d'une mauvaise intégration dans l'environnement numérique du consommateur. Dans le cas particulier où le contrat porte sur un contenu ou un service numérique qui doit être intégré dans l'environnement numérique du consommateur, l'intégration incorrecte dudit contenu ou service dont résulte un défaut de conformité sera réputée être imputable au professionnel dans chacune des hypothèses suivantes :

- si l'intégration du contenu ou du service numérique a été réalisée par le professionnel ou sous sa responsabilité ; ou
- si le contenu ou le service numérique avait vocation à être intégré par le consommateur et que l'intégration incorrecte est due à des lacunes dans les instructions qui lui ont été données par le professionnel à cet égard⁽⁶⁸⁷⁾.

179. – Défaut de conformité (4) : recours. En cas de défaut de conformité, le consommateur dispose d'un délai d'un an à partir du jour où il a constaté le défaut de conformité pour intentier une action contre le professionnel⁽⁶⁸⁸⁾. Il doit en tout cas privilégier le recours consistant à exiger de ce dernier la mise en conformité du contenu ou du service numérique⁽⁶⁸⁹⁾. C'est seulement si cette mise en conformité se révèle impossible ou qu'elle risque d'imposer au professionnel des frais

(686) Art. 1701/6, § 3, ancien C. civ.

(687) Art. 1701/7 ancien C. civ.

(688) Art. 1701/8, § 2, al. 4, et § 3, al. 4, ancien C. civ.

(689) Art. 1701/11 ancien C. civ.

disproportionnés que le consommateur peut requérir du professionnel soit une réduction proportionnelle du prix (si le contenu ou le service numérique est effectivement fourni en échange du paiement d'un prix), soit la résolution du contrat⁽⁶⁹⁰⁾ ⁽⁶⁹¹⁾. Si le contenu ou le service numérique est fourni en échange du paiement d'un prix, la résolution du contrat ne peut être obtenue que si le défaut de conformité n'est pas mineur, étant entendu que la charge de la preuve quant au caractère mineur du défaut de conformité incombe au professionnel⁽⁶⁹²⁾.

180. – Défaut de conformité (5) : charge de la preuve. C'est également le professionnel qui supporte la charge de la preuve relative à la question de savoir si le contenu ou le service numérique était conforme au moment de la fourniture (si le contrat concerné porte sur une opération de fourniture unique ou une série d'opérations de fourniture distinctes) ou tout au long de la période durant laquelle ledit contenu ou service devait être fourni (si le contrat porte sur une fourniture continue durant une période déterminée). Dans la première hypothèse, le professionnel supporte la charge de la preuve pour tout défaut de conformité apparaissant dans un délai d'un an commençant à courir à partir de la date de fourniture du contenu ou du service numérique⁽⁶⁹³⁾. Dans la seconde, la charge de la preuve incombe au professionnel pour tout défaut de conformité apparaissant durant la période de fourniture du contenu ou du service numérique telle que déterminée dans le contrat⁽⁶⁹⁴⁾.

Dans ces deux hypothèses, la charge de la preuve ne reposera en revanche pas sur le professionnel si celui-ci « démontre que l'environnement numérique du consommateur n'est pas compatible avec les exigences techniques du contenu numérique ou du service numérique et que le professionnel a informé le consommateur de ces exigences de façon claire et compréhensible avant la conclusion du contrat »⁽⁶⁹⁵⁾.

(690) Art. 1701/12 ancien C. civ.

(691) Il convient toutefois de préciser que le consommateur a droit à la réduction *immédiate* du prix ou la résolution *immédiate* du contrat si le degré de gravité du défaut de conformité le justifie. Il a également droit à la réduction du prix ou à la résolution du contrat si :

« 2° le professionnel n'a pas mis en conformité le contenu numérique ou le service numérique conformément à l'article 1701/11, § 2 ;

3° un défaut de conformité apparaît malgré la tentative du professionnel de mettre le contenu numérique ou le service numérique en conformité ; [...] ou

5° le professionnel a déclaré, ou il résulte clairement des circonstances, que le professionnel ne procédera pas à la mise en conformité du contenu numérique ou du service numérique dans un délai raisonnable ou sans inconvénient majeur pour le consommateur » (art. 1701/12, § 1^{er}, ancien C. civ.).

(692) Art. 1701/12, § 3, al. 1^{er}, ancien C. civ.

(693) Art. 1701/8, § 2, al. 2, ancien C. civ.

(694) Art. 1701/8, § 3, al. 2, ancien C. civ.

(695) Art. 1701/8, § 4, al. 1^{er}, ancien C. civ.

181. – Action récursoire. Si la responsabilité du professionnel à l'égard du consommateur se voit engagée, le professionnel disposera, le cas échéant, d'une action récursoire à l'égard de la (des) personne(s) se situant en amont dans la chaîne de contrats à laquelle (auxquelles) peut être imputé l'acte ou l'omission ayant causé le défaut de fourniture ou le défaut de conformité du contenu ou du service numérique. Dans cette hypothèse, aucune clause limitative ou exonératoire de responsabilité ne pourra être opposée au professionnel⁽⁶⁹⁶⁾.

182. – Régime des clauses abusives propre aux contrats B2C. Comme il en a été question ci-avant⁽⁶⁹⁷⁾, les parties à un contrat de services lié à l'IA peuvent décider de recourir à des clauses contractuelles prévoyant l'application de sanctions en cas d'inexécution du contrat.

Dans les relations entre une entreprise et un consommateur, la liberté contractuelle des parties se voit toutefois largement limitée par le régime des clauses abusives⁽⁶⁹⁸⁾.

En matière de contrats liés à l'IA, deux dispositions de la liste noire⁽⁶⁹⁹⁾ méritent d'être spécifiquement mentionnées en ce qu'elles visent – directement pour la première, et indirectement pour la seconde – les contrats portant sur des contenus ou services numériques.

La première disposition visée est l'article VI.83, 14°, du CDE, qui indique que « [...] sont en tout cas abusives, les clauses et conditions ou les combinaisons de clauses et conditions qui ont pour objet de : [...] 14° supprimer ou diminuer la garantie légale en matière de vices cachés, prévue par les articles 1641 à 1649 du Code civil, *ou l'obligation légale de délivrance d'un bien, d'un contenu numérique ou d'un service numérique conforme au contrat*, prévue par les articles 1649bis à 1649nonies et 1701/1 à 1701/19 de l'ancien Code civil »⁽⁷⁰⁰⁾. Autrement dit, dans un contrat conclu avec un consommateur, une entreprise n'est pas autorisée à inclure une clause qui aurait, par exemple, vocation à interdire au consommateur d'obtenir la mise en conformité du système d'IA qui fait l'objet du contrat si celui-ci présente un défaut de conformité⁽⁷⁰¹⁾.

(696) Art. 1701/16 ancien C. civ.

(697) Voy. *supra*, n° 159 et s.

(698) À propos du régime applicable dans les relations entre entreprises, voy. *supra*, n° 164 et s.
(699) La liste noire énumère les clauses qui doivent être considérées abusives en toutes circonstances dans les relations entre une entreprise et un consommateur.

(700) Nous soulignons.

(701) Ce droit du consommateur d'obtenir la mise en conformité du contenu ou du service numérique est consacré à l'article 1701/11 de l'ancien Code civil.

La seconde disposition à mentionner est l'article VI.83, 21°, du CDE, selon lequel « [...] sont en tout cas abusives, les clauses et conditions ou les combinaisons de clauses et conditions qui ont pour objet de : [...] 21° limiter de manière non autorisée les moyens de preuve que le consommateur peut utiliser ou *lui imposer une charge de la preuve qui incombe normalement à une autre partie au contrat* »⁽⁷⁰²⁾. Comme nous avons eu l'occasion de l'observer, le nouveau régime relatif aux contrats portant sur des contenus ou services numériques prévoit qu'en cas de défaut de fourniture ou de défaut de conformité allégué par le consommateur, c'est au professionnel qu'incombe la charge de la preuve⁽⁷⁰³⁾ quant à la question de savoir s'il a fourni de façon conforme le contenu ou le service numérique ou si ledit contenu ou service était conforme au moment de la fourniture ou tout au long de la période de fourniture continue, le cas échéant. Par conséquent, si un contrat contient une clause contractuelle qui fait systématiquement reposer la charge de la preuve sur le consommateur, ladite clause devra être considérée comme abusive.

(702) Nous soulignons.

(703) Dans les conditions prévues par l'article 1701/8 de l'ancien Code civil.