

LA NOTION DE DÉFECTUOSITÉ DU PRODUIT DANS LES JURISPRUDENCES DES PAYS EUROPÉENS

Éleonora RAJNERI KARAGEORGEVITCH*

Cette étude examine la notion de défautuosité du produit initialement élaborée par les Cours américaines, définie de manière ambiguë par le législateur européen avec la directive n° 374 de 1985, puis différemment interprétée et appliquée par les Cours respectives des pays membres. Notamment certains systèmes juridiques européens appliquent le *risk/utility test* élaboré par les Cours américaines pour les cas de défaut de conception du produit, bien que ce test ne soit pas mentionné par la directive européenne. L'auteur, après avoir mis en évidence les incongruences du *risk/utility test*, propose un modèle alternatif de classification des cas de produits défectueux sur la base des critères d'imputation de la responsabilité qui sont concrètement utilisés par les juges et tels qu'imaginés dans les textes de leurs décisions. Cette reconstruction amène à imputer au fabricant une responsabilité objective non seulement pour les cas de défaut de production, mais aussi pour les cas de défaut de conception dont il était averti (tel que certain cas de vaccin défectueux).

This work analyses the notion of defective product originally developed by US Courts, then ambiguously defined by the European directive n.374 of 1985 and differently interpreted and applied by the respective domestic Courts. In particular, some European jurisdictions apply the risk / utility test introduced by the US Courts for design defects cases, although this test is not mentioned by the European Directive. The author, having highlighted the inconsistencies of the risk / utility test, proposes an alternative model of classification of defective products according to the elements actually used by judges in order to allocate the liability, as emerging from the text of their decisions. This classification leads to held the manufacturer strictly liable not only for manufacturing defects, but also for those design defects which he was aware of (as in some cases of defective vaccine).

* Professeur à l'Université del Piemonte Orientale

I. INTRODUCTION

Les critères d'imputation de la responsabilité pour les dommages causés par un défaut du produit relèvent de la définition de défectuosité.

Depuis que la faute n'est plus mentionnée parmi les éléments constitutifs de la responsabilité du fabricant, certains de ses éléments constitutifs (notamment la prévisibilité et la « évitabilité » du dommage) ont été transférés dans la notion de défectuosité où ils reproduisent les mécanismes de répartition des risques entre les parties.

À présent, une définition exhaustive de la défectuosité n'a pas encore été mise au point ni aux États-Unis, ni en Europe.

La défectuosité est un concept juridique. Ce n'est pas un concept autonome, mais relatif ; il relève des exigences de fonctionnalité du produit, d'une part, et de sa sécurité d'autre part. C'est le résultat d'un équilibre instable entre un niveau adéquat de protection du consommateur dans une société industrielle avancée et la nécessité de promouvoir l'innovation technologique tout en évitant de charger les entreprises de coûts excessifs. En bref, le concept de défectuosité exprime un choix politique et il varie donc en fonction des idéologies.

Les juristes américains, qui en premier ont cherché un fil conducteur parmi les diverses décisions jurisprudentielles, ont été pris au piège par une myriade de distinctions de plus en plus détaillées et par des formules contredites par un nombre croissant d'exceptions. À présent, le résultat de ce travail est un *Restatement* entièrement dédié à la responsabilité du fait des produits défectueux, contenant plus de 100 pages sur le concept de défectuosité¹.

La doctrine européenne, à son tour, réalise que la norme uniforme est différemment interprétée et appliquée par les juges nationaux², conditionnés par leurs propres habitudes, plus ou moins sensibles au prestige des modèles dominants³.

C'est dans ce cadre qu'il me paraît intéressant de comparer les décisions jurisprudentielles de différents pays de l'Union européenne⁴.

¹ *Restatement of the Law, third, Torts: Products Liability*, 1998.

² La notion de défectuosité du produit a récemment été l'objet en France d'une remarquable étude de droit comparé : J.S. BORGHETTI, *La responsabilité du fait des produits*, Paris, 2004.

³ L'efficacité du prestige dans la circulation des modèles juridiques a été mise en lumière par R. SACCO (R. SACCO, *Introduzione al diritto comparato*, Turin, 1990, p. 179 ; A. GAMBARO, R. SACCO et L. VOGEL, *Traité de droit comparé - le droit de l'Occident et d'ailleurs*, Paris, 2011).

⁴ Cette étude profite du travail de son auteur en tant que « rapporteur national » pour l'Italie dans le *Product Liability Forum* dirigée par D. FAIRGRIVE auprès du *British Institute of International and Comparative Law* de Londres. En particulier le Forum a constitué une banque de

Ces dernières années plusieurs cas concernant des vaccins prétendus défectueux ont été présentés à la Cour de cassation de Paris⁵. Même si les décisions étaient centrées sur la preuve de la causalité (parfois satisfaite par des présomptions, la plupart du temps jugées insuffisante par manque de preuve scientifique), la notion de défectuosité était nécessairement en jeu.

En particulier, mon attention a été attirée par le fait que ces décisions de la Cour de cassation française discutent de la défectuosité du produit en évoquant un ambigu bilan bénéfice/risque, qui n'est pas mentionné dans la norme européenne et qui implicitement renvoi au *risk/utility test* appliqué par les Cours américaines. L'ambiguïté est secondaire au fait que la Cour n'explique pas si les risques et les bénéfices doivent être évalués d'un point de vue global (mettant en comparaison les bénéfices et les coûts que le produit procure à l'ensemble de la collectivité) plutôt que d'un point de vue particulier (en tenant compte exclusivement du bénéfice et du dommage que le produit a causé à la partie en cause).

L'analyse ici présentée expose en synthèse les notions de défectuosité du produit élaborées dans le système juridique des États-Unis et infiltrées en Europe, pour ensuite explorer les applications de la directive CEE n° 374/85 dans les Cours de divers pays européens ; je propose enfin un modèle de classification des multiples cas de produits défectueux en fonction des critères d'imputation de la responsabilité qui émergent des raisonnements et des mots utilisés par les juges.

II. LE *RESTATEMENT II ON TORT* ET LA THÉORIE DU RISQUE D'ENTREPRISE POUR LES DÉFAUTS DE FABRICATION DU PRODUIT

Les premiers cas relatifs aux produits défectueux présentés devant les Cours américaines au début du XX^{ème} siècle concernaient des exemplaires de produit qui se différenciaient des autres de la même série, du fait d'une anomalie survenue au moment de leur fabrication et qui les rendait dangereux. La solution de ces cas est apparue simple : la défectuosité du produit relève de toute évidence de la comparaison avec les autres produits de la même série et le fabricant est, sans faute, responsable du dommage parce que l'anomalie qui a causé le défaut s'est avérée lorsque le produit

données qui récolte les arrêts jurisprudentiels applicatifs de la directive européenne dans les pays membres et les classe selon un cadre de synthèse commun, afin de permettre des recherches croisées par mots clés ou par articles normatifs (<http://www.biiel.org/plf/>).

⁵ Entre autres : Cass., 1^{ère} civ., 26 sept. 2012 ; Cass., 1^{ère} civ. 24 janv. 2006 ; Cass. 1^{ère} civ. 7 nov. 2006 ; Cass. 1^{ère} civ. 21 juin 2005 ; Cass. 1^{ère} civ. 5, avr. 2005 ; Cass. 1^{ère} civ. 23 sept. 2003.

était sous son contrôle, alors que la victime ne pouvait rien faire pour éviter l'accident.

D'aucun dit que le juge Traynor a été le premier qui a imputé au fabricant une responsabilité civile sans faute pour les dommages causés par un défaut de fabrication de ses produits (*manufacturing defects*)⁶. Le cas d'espèce était celui, assez fréquent, de la bouteille en verre remplie d'une boisson gazeuse qui explose dans les mains de son consommateur (ou de celui qui la lui porte) vraisemblablement à cause d'une fissure invisible⁷. Le Juge Traynor écrit dans sa *concurrent opinion* : « *Even if there is no negligence [...] public policy demands that responsibility be fixed wherever it will most effectively reduce the hazards to life and health inherent in defective products that reach the market. It is evident that the manufacturer can anticipate some hazards and guard against the recurrence of others, as the public cannot. Those who suffer injury from defective products are unprepared to meet its consequences. The cost of an injury and the loss of time or health may be an overwhelming misfortune to the person injured and a needless one for the risk of injury can be insured by the manufacturer and distributed among the public as a cost of doing business* ».

Lorsque l'on commence à mettre en lumière que la responsabilité civile peut aussi bien avoir la fonction de prévenir les accidents et de redistribuer la richesse, automatiquement la faute n'est plus nécessaire au fin d'imputation de la responsabilité (alors qu'elle est indispensable si la fonction poursuivie est exclusivement celle de punir l'auteur d'une conduite reprochable). On commence à dire que l'entreprise est dans la meilleure position pour contrôler le risque d'accidents créé par les produits qu'elle a mis sur le marché parce que, lui étant possible d'en mesurer, en théorie, l'ampleur, elle peut facilement soit s'assurer contre ce risque, soit répercuter son coût sur le prix de vente des produits (en les répartissant entre tous les consommateurs)⁸.

⁶ Parmi les autres : R. WRIGHT, « The principles of product liability », 26 *Rev. Litig.* 1067 (2007) ; J. WADE, « Chief Justice Traynor and strict tort liability for products », 2 *Hofstra L. Rev.* 455 (1974) ; P. KEETON, « Roger Traynor and the Law of torts », 44 *S. Call. L. Rev.* 1045 (1970-1971) ; G. PRIEST, *The modern Irony of Civil Law : a memoir of strict liability in the United States*, 9 *Tel Aviv U. Stud. L.* 93 (1989) ; D. OWEN, « Evolution of product liability law », 26 *Rev. Litig.*, 955 (2007) ; A.-M. POLINSKY et S. SHAVELL, « Uneasy case for product liability », 123 *Harv. L. Rev.* 1437 (2009-2010).

⁷ *Escola v. Coca Cola bottling Co.*, 24 Cal.2d 453, 150 P.2d 436 (1944).

⁸ Parmi les études de *Law and Economics* sur le sujet : R. H. COASE, « The Problem of Social Cost », 3 *J. L. & Econ.* 1, 44 (1960) ; R. A. POSNER, *A Theory of Negligence*, *J. Legal Stud.* 29, 33 (1972) ; S. SHAVELL, « Strict Liability versus Negligence », 9 *J. Legal Stud.* 1, 1 (1980) ; G. CALABRESI, *The Cost of Accidents : A Legal and Economic Analysis*, 1970 ; J.-P. BROWN « Toward an Economic Theory of Liability », 2 *J. Legal Stud.* 323, 326 (1973) ; R. COOTER et T. ULEN, *Law and Economics*, 5^e éd., 2008, pp. 335-338.

C'est à partir de ces raisonnements que William L. Prosser élabore la théorie du risque d'entreprise dans son célèbre article « The Assault upon the Citadel »⁹ ; et c'est William Prosser qui de suite sera chargée par le ALI de la rédaction du *Restatement II* dédié aux produits défectueux¹⁰. La section 402 A engage la responsabilité du fabricant qui a mis en commerce un produit « *in a defective condition unreasonably dangerous* » pour les dommages que celui-ci a provoqué, même si le fabricant a adopté tous les soins possibles pour la fabrication, sans qu'il existe une précaution propre à éviter le dommage. Il s'agit donc d'une responsabilité sans faute.

Les études de *Law and Economics* expliquent ultérieurement que, face à un défaut du produit prévisible en théorie, mais concrètement inévitable, le fabricant peut évaluer s'il est rentable ou pas de continuer sa propre activité en ayant la responsabilité des dommages qui en découle. S'il décide de poursuivre son activité en pleine connaissance du fait qu'il sera tenu d'internaliser les coûts, alors il sera motivé à financer les recherches sur les moyens de prévention aptes à éliminer le risque que l'utilisateur du produit ne peut pas éviter par lui-même. À l'inverse, dans le cas où la responsabilité lui sera imputée seulement pour faute, il attendra tout simplement que le progrès technologique financé par quelqu'un d'autre arrive à mettre en place les moyens de prévention¹¹.

III. LE *RESTATEMENT III* ET LE *RISK/UTILITY TEST* POUR LES DÉFAUTS DE CONCEPTION DU PRODUIT

Dans les années qui ont suivi la publication du *Restatement II on tort* les cas de responsabilité du fait des produits sont devenus de plus en plus nombreux, portant à l'attention des Cours américaines des situations plus complexes que celles du simple défaut de fabrication¹². Notamment on commence à mettre en question la manière dont le fabricant a conçu son produit alors qu'un projet différent aurait pu réduire le risque de dommage. Autrement dit, les cas de défaut de conception (*design defect*) commencent à

⁹ W. L. PROSSER, « *The Assault upon the Citadel (Strict Liability to the Consumer)* », 69 *YALE L.J.* 7, 1099 (1960).

¹⁰ *Restatement of Torts*, Second (1965/1979).

¹¹ W.M. LANDES et R. POSNER, « A positive economic analysis of product liability », in *Journal of Legal Studies*, vol. XIV (1985), 555.

¹² Le fait que l'auteur du §402 du *Restatement second* avait à l'esprit seulement le défaut de fabrication, lorsqu'il adopta la règle de la responsabilité objective pour le fait des produits défectueux, est remarqué par : G. PRIEST, « *Strict product liability : the original intent* », 10 *Cardozo L. Rev.* 2301 (1988-1989).

se présenter à l'attention des Cours¹³. C'est dans ces cas là que la définition de défectuosité est cruciale. En fait tout produit peut être conçu de façon à être plus sûr, et ce même au détriment de sa fonctionnalité ou de sa rentabilité ; une voiture peut être moins rapide et avec la robustesse d'un réservoir¹⁴, un couteau moins aiguisé, une chaise solide au point de pouvoir supporter le poids de l'homme qui pèse 300 livres¹⁵.

Puisqu'on ne peut pas exiger que les produits mis sur le marché soient absolument inoffensifs¹⁶, il est nécessaire d'explicitier les critères qui permettent aux juges américains (ou plus précisément aux jurés tenus de décider de la défectuosité du produit) d'identifier les produits *unreasonably dangerous*. À cet effet, deux critères sont retenus : l'*expectation test* et le *risk/utility test*.

Le premier requiert de déterminer si les attentes de sécurité de l'utilisateur du produit ont été frustrées. L'*expectation test* est critiqué par une partie de la doctrine américaine en raison du fait qu'il demande aux jurés de tenir compte des spécificités des parties adverses, leurs inclinations subjectives, leurs limitations cognitives propres, leurs idiosyncrasies, plutôt que de raisonner par catégories générales. Ceci amène donc les jurés à justifier la conduite de la victime (quelle victime attend un dommage ?) et à considérer le produit automatiquement défectueux¹⁷.

Le *risk/utility test* demande de comparer d'une part le coût global que le fabricant aurait du supporter pour rendre ses produits plus sûrs avec d'autre part le montant des dommages qui étaient prévisibles au moment où les produits ont été commercialisés tels quels. Ainsi le produit est considéré comme défectueux si le premier coût est inférieur au second¹⁸. Il s'agit donc d'une évaluation abstraite qui prend en compte les informations et les connaissances dont le fabricant pouvait disposer avant que le dommage n'ait été provoqué. Cela implique logiquement que le fabricant soit exempté de

¹³ La répartition en *manufacturing defect* (défaut de fabrication), *design defect* (défaut de conception) et *warning defect* (défaut d'information) est élaborée aux États-Unis à partir des années 1960.

¹⁴ V. par ex. W.K. VISCUSI, *Reforming Products Liability*, Harvard Un. Press, 1991, p. 2.

¹⁵ J. STAPLETON, dans son analyse critique de la définition de défectuosité aux États-Unis, demande si la chaise qui se brise sous le poids de l'homme qui fait 300 livres doit être considérée comme défectueuse. J. STAPLETON, « Restatement (Third) of Torts : Product Liability, an Anglo-Australian Perspective », in *Weshburn Law J.*, vol. 39 (2000), 379.

¹⁶ Ce qui signifie que la dangerosité du produit n'a rien à voir avec la défectuosité du produit, tel que remarqué en Cass. 1^{ère} civ., 5 avr. 2005.

¹⁷ A.D. TWERSKI, « From Risk-utility to Consumer Expectation : enhancing the Role of judicial Screening in Product Liability Litigation », in 11 *Hofstra Law Review* 861 (1983). J. STAPLETON, *Product Liability*, Butterworths, 1994, pp. 234-236.

¹⁸ D. G. OWEN, *Risk-Utility Balancing in Design Defect Cases*, 30 U. Mich. J.L. Reform 239 (1996-1997) ; A. D. TWERSKI, *From Risk-Utility to Consumer Expectation : Enhancing the Role of Judicial Screening in Product Liability Litigation*, op. cit.

toute responsabilité pour ces risques qui n'étaient pas prévisibles avec les connaissances techniques et scientifiques disponibles au moment de la commercialisation du produit. Par conséquent, l'application du *risk/utility test* implique l'adoption de la clause d'exemption pour le risque de développement, qui affecte de manière significative la répartition des risques entre les parties¹⁹.

Cela dit, il peut très bien arriver que l'existence d'un projet alternatif propre à éviter le risque de dommages pour un prix avantageux n'emporte pas de même la responsabilité du fabricant. Encore une fois il faut penser qu'une voiture peut toujours être construite moins rapide (sans coûts supplémentaires significatifs), qu'un couteau soit moins aiguisé, qu'une chaise soit plus résistante et un qu'un café soit moins chaud. Donc la question de départ reste ouverte. C'est à ce moment de l'analyse que fait défaut un élément d'évaluation, comme Jane Stapleton l'a remarqué²⁰. Elle écrit que le juge doit alors décider « *what is good for America* », c'est-à-dire qu'il doit décider si, compte tenu de tous les risques et de tous les bénéfices globalement apportés par le produit, celui-ci satisfait un intérêt général. Donc l'intérêt général fait son apparition dans un litige entre particuliers, en dépit de son hétérogénéité avec les intérêts de particuliers²¹. Les Cours des États-Unis peuvent affirmer qu'un produit est défectueux parce qu'il a causé un dommage et qu'il ne satisfait pas l'intérêt général ou, au contraire, que la victime doit supporter le dommage causé par le produit, parce que celui-ci satisfait l'intérêt général et donc il n'est pas défectueux.

Viscusi avait déjà remarqué que cette façon de raisonner donne au juge américain le rôle d'une autorité de régulation plutôt que celui du décideur d'un litige entre particuliers²². D'ailleurs il s'agit d'un système juridique où le juge est aussi législateur puisque sa décision produit ses effets au delà du cas particulier, où le juge de droit civil est pourvu de pouvoirs de punition qui ailleurs sont attribués seulement au juge de droit pénal, où le juge peut décider des actions de classe qui, grâce à un mécanisme de *opt out*, affectent

¹⁹ La clause d'exonération pour le risque de développement est adoptée par de nombreux États américains avec pour but déclaré de promouvoir l'innovation technologique, spécialement dans le secteur pharmaceutique.

²⁰ J. STAPLETON, *Restatement (Third) of Torts : Products Liability, an Anglo-Australian Perspective, op. cit.*, p. 363.

²¹ Dans les systèmes juridiques européens, l'intérêt de la collectivité peut éventuellement entrer en jeu en tant qu'exception qui paralyse la règle de solution du conflit entre intérêts individuels ; donc l'intérêt de la collectivité n'intervient pas sur le même plan des intérêts individuels. En Italie, l'hétérogénéité des deux types d'intérêt a été analysée, v. P. FEMIA, *Interessi e conflitti culturali nell'autonomia privata e nella responsabilità civile*, Naples, 1996, p. 124 et s.

²² W.K. VISCUSI, *Reforming product Liability, op. cit.*, p. 83. « *(I)f regulatory requirements exist and lead to an efficient level of safety for a product, then a risk/utility test in the courts is extraneous. In effect, the analyses supporting the regulations would have already provided the answers to the risk/utility test in that they have shown that the resulting guidelines are efficient* ».

automatiquement une catégorie entière d'individus. En bref, il s'agit d'un système où la distinction entre droit privé et droit public paraît être assez floue aux yeux d'un juriste de l'Europe continentale.

Cependant, le fait de mettre sur le même plan les intérêts de la collectivité et ceux des particuliers, en tenant compte des coûts globaux plutôt que des coûts marginaux, relatifs au simple cas d'espèce, conduit à des résultats qui mettent à l'épreuve la rationalité du *risk/utility test* et choquent la sensibilité commune²³. Notamment l'agrégation des coûts devient irrationnelle lorsqu'il s'agit d'un produit qui cause des dommages tout à fait considérables à un pourcentage très restreint d'utilisateurs : le dommage individuel considérable est dilué dans un grand nombre d'utilisateurs, jusqu'à devenir insignifiant du point de vue général.

Le cas *Pinto* est exemplaire de ce point de vue : en mai 1972, Lily Gray conduisait sa *Ford Pinto* avec Richard Grimshaw, 13 ans, dans la voiture, lorsqu'elle est heurtée par une autre voiture arrivant à environ 50 km/h²⁴. Sous l'effet de l'impact, le réservoir positionné derrière le pare-chocs de la *Ford Pinto* explose et l'explosion cause la mort de Lily Gray et des lésions très graves à Richard Grimshaw. *Ford* se défend devant le juge affirmant avoir correctement effectué l'analyse coûts/bénéfice au moment où a été choisi le projet de la nouvelle voiture. Il relève que le prix nécessaire à positionner le réservoir dans un endroit plus sûr était bien supérieur au coût des vies qu'on aurait pu sauver de cette manière : 11 dollars pour chaque voiture que *Ford* prévoyait de vendre (137 millions de dollars au total) contre 49,5 millions de dollars de dédommagement pour le nombre total des morts et des blessés qui était raisonnablement prévisible²⁵. Donc

²³ OWEN dénonce le fait que le *risk/utility test* est dans un état de « *definitional confusion* » parce que ni la doctrine ni la jurisprudence ne disent quels sont exactement les éléments qu'il faut prendre en compte : « *Should the risks (or costs) and benefits (or utility) of the manufacturer's chosen design be balanced against one another? Or should they be balanced instead against the risks and benefits of the plaintiff's proposed design alternative? Or should one weigh the costs and benefits of moving from the chosen design to the proposed design, examining only the incremental costs and benefits of such move?* ». L'auteur plaide la meilleure efficacité de la micro-analyse plutôt que de la macro-analyse. Les deux expressions, cependant, ne correspondent pas à notre distinction entre coûts agrégés et coûts marginaux du cas d'espèce. Selon OWEN la micro-analyse est réalisée par la comparaison entre le prix additionnel nécessaire pour rendre tous les produits en question plus sûrs, avec le montant total des dommages qui pourraient être spécifiquement évités par ce projet alternatif. D.G. OWEN, *Toward a proper test for design defectiveness* : « *micro-balancing costs and benefits* » (1997) 75 *Texas Law Review*, 1661.

²⁴ *Grimshaw v. Ford Motor Co.*, 1 19 Cal.App.3d 757, 174 Cal. Rptr. 348 (1981).

²⁵ *Ford Motor Company internal memorandum Fatalities Associated with Crash-Induced Fuel Leakage and Fires*:

« *Benefits*:

Savings: 180 burn deaths, 180 serious burn injuries, 2100 burned vehicles

Unit Cost: \$200,000 per death, \$67,000 per injury, \$700 per vehicle

Total Benefit: 180 x (\$200,000) + 180 x (\$67,000) + 2100 x (\$700) = \$49.5 Million

Costs:

l'application cohérente du *risk/utility test* devrait exonérer *Ford* de toute responsabilité parce que la voiture ne devrait pas être jugée défectueuse. Au contraire, les jurés affirment la responsabilité de *Ford* et la condamnent à payer 2,5 millions de dollars en dédommagement et 125 millions de dollars de dommage punitifs (ensuite réduits à 3,5 millions de dollars).

La doctrine américaine dénonce la décision qui est en contradiction avec les règles énoncées, mais elle ne discute pas la rationalité du *risk/utility test*²⁶. Notamment, la doctrine ne met pas en évidence le fait que l'agrégation des coûts conduit à un résultat opposé par rapport à celui qui serait produit par la comparaison des coûts marginaux, relatif au seul cas d'espèce (11 dollars d'un côté et la vie de Lily Gray et la santé de Richard Grimshaw de l'autre).

Par ailleurs, dans les années 1970, on ressent l'exigence de limiter pour les entreprises l'augmentation des coûts causés par la multiplication des actions en justice et par l'augmentation conséquente des prix d'assurances. Le *risk/utility test* se présente alors comme l'instrument efficace à cette fin : la responsabilité est reconnue seulement dans le cas où le dommage a été prévisible et évitable par un projet alternatif ; on revient, alors, en quelque sorte, à une responsabilité pour faute.

L'*Ali* décide de publier un *Restatement* entièrement dédié à la responsabilité pour le produit défectueux et demande de le rédiger à James A. Henderson et Aaron D. Twersky, qui avaient exprimé leur faveur pour l'adoption généralisée du *risk/utility test* dans de nombreux articles scientifiques²⁷.

Le *Restatement on Product Liability* est publié en 1997. La section 2 fragmente le concept de défectuosité en trois catégories : *manufacturing defect*, *design defect* et *warning defect*. Dans le premier cas, le fabricant est chargé d'une responsabilité objective. Dans le deuxième cas, le *risk/utility test* est adopté comme critère général d'évaluation de la défectuosité. Dans le troisième cas, il est précisé que le produit est défectueux seulement si une information correcte aurait pu éviter ou réduire le risque de dommage (mais

Sales: 11 million cars, 1.5 million light trucks

Unit Cost: \$11 per car, \$11 per truck

Total Cost: 11,000,000 x (\$11) + 1,500,000 x (\$11) = \$137 Million ».

V. D. BIRCH et J.H. FIELDER, *The Ford Pinto Case : a Study in Applied Ethics, Business, and Technology*, State University of New York Press, 1994, p. 28.

²⁶ G. CALABRESI, dans son analyse du cas *Pinto*, affirme que la décision n'est pas tout à fait irrationnelle si l'on considère comment les exigences opposées et contradictoires de la société humaine s'entrelacent et sont poursuivies. G. CALABRESI, *The complexity of torts – the case of punitive damages*, in M. S. MADDEN (*a cura di*), *Exploring Tort Law*, Cambridge U.P., 2005, p. 342.

²⁷ J. A. HENDERSON et A. D. TWERSKI, « A Proposed Revision of Section 402A of the Restatement (Second) of Torts », 77 *Cornell Law Rev.* 1512, (1992).

on verra par la suite que parfois l'information peut exonérer le fabricant de toute responsabilité, même si cette information n'est pas apte à éviter ou réduire le dommage).

IV. LA DÉFINITION DE DÉFECTUOSITÉ DANS LA DIRECTIVE DU CONSEIL CEE N° 374/1985

Jusqu'en 1985, date de la directive du Conseil CEE n° 374, la Communauté européenne est dépourvue d'un instrument normatif uniforme visant à protéger la victime d'un dommage causé par un produit défectueux. Après la seconde guerre mondiale, il était prioritaire de sauvegarder les entreprises des coûts des accidents afin de stimuler la reprise industrielle. Entre-temps, la plupart des systèmes juridiques européens appliquent aux cas du fait des produits défectueux la règle générale de la responsabilité civile, avec le renversement de la charge de la preuve de la faute (supposant que la faute est *in re ipsa* dans le fait que l'utilisation correcte du produit a été la cause d'un dommage). Le juge français, en revanche, utilise la règle de la responsabilité contractuelle, assumant l'existence de clauses implicites de garantie de la part du fabricant en faveur du consommateur, même si les deux ne sont pas directement liés par un contrat²⁸. Avec le scandale du Thalidomide, les institutions de la Communauté européenne commencent à discuter de l'adoption d'une norme uniforme. Cependant la difficulté de créer un équilibre entre les intérêts en jeu, capable de mettre d'accord tous les pays membres, a longtemps ralenti sa mise en œuvre²⁹.

Le résultat final est une règle complexifiée par son ambiguïté fonctionnelle. D'une part elle protège la victime en l'exonérant de la charge de prouver la faute du fabricant³⁰ ; d'autre part, le fabricant bénéficie d'une série d'exceptions et de défenses dans le but (non explicité) de promouvoir l'innovation technologique et le développement des entreprises. Le mot faute disparaît du texte de la norme et toute l'attention se focalise alors sur le

²⁸ DIAS ET MARKESINIS, *Tort Law*, 1984, Oxford Univ. Press, pp. 23-24.

²⁹ J.S. BORGHETTI, *La responsabilité du fait des produits*, op. cit., p. 203.

³⁰ Le mot consommateur apparaît dans les *consideranda* de la directive, mais pas dans le texte normatif (d'ailleurs la protection du consommateur n'est seulement formellement rentrée dans les compétences de l'Union européenne qu'en 1992, avec le Traité de Maastricht). À ce sujet, il faut remarquer que la directive reconnaît le droit à être dédommagé pour les biens autre que le produit défectueux, à condition qu'ils soient destinés normalement « à l'usage ou à la consommation privé » art. 9 de la directive. En revanche le droit à être dédommagé pour mort ou lésions personnelles est reconnu à tout individu, sans limitation, même si la victime a utilisé le produit défectueux dans le cadre de son activité professionnelle (par ex. la Cour de cass. italienne a récemment reconnu le droit à être dédommagé à un chirurgien qui a eu des lésions à la main droite suite à l'utilisation d'un instrument électrique défectueux lors d'une opération chirurgicale. Cass. civ. 29 mai 2013 n° 13458).

concept de défectuosité, qui devient ainsi le critère d'attribution de la responsabilité.

D'après l'article 6 de la directive « un produit est défectueux lorsqu'il n'offre pas la sécurité à laquelle on peut légitimement s'attendre ». Jusqu'ici c'est de la tautologie. L'article, tout de même, précise qu'il faut tenir compte de « toutes les circonstances, et notamment : a) de la présentation du produit ; b) de l'usage du produit qui peut être raisonnablement attendu ; c) du moment de la mise en circulation du produit ».

La doctrine française, qui a constaté le caractère flou de la définition normative de défectuosité³¹, suggère, comme critère de répartition de la responsabilité entre les parties, celui de la normalité ou de l'anormalité du danger (la responsabilité du premier serait attribuée à la victime, celle de la seconde au fabricant). Tout de même la doctrine française est bien consciente que ce critère laisse des questions ouvertes³² ; notamment le critère est efficace lorsqu'il s'agit d'un produit présentant une anomalie qui le rend plus dangereux que les autres de la même série. En revanche, lorsque le danger est inhérent à tous les produits du même genre, la simple notion de défaut qui dépasse la normalité devient dépourvue d'utilité au niveau opérationnel, de la même manière que la notion de produit *unreasonably dangerous* des américains. Il n'est pas expliqué, par exemple, pourquoi un vaccin qui provoque exceptionnellement un effet indésirable n'aurait pas une dangerosité anormale, alors que n'importe quel escalator présenterait un danger anormal (bien que manifeste) lorsqu'un enfant y subit un grave accident³³.

Cela montre la nécessité d'aller plus en détails, en prenant en compte « les facteurs de normalités » utilisés par les juges et qui sont mis en lumière par les mêmes auteurs qui font référence au critère de la normalité du danger, c'est-à-dire « le caractère connu ou inconnu du risque et son caractère évitable ou inévitable »³⁴. D'autre part, le fait que le danger soit normal signifie forcément qu'il est connu, ou encore mieux prévisible. Aussi, si on prête attention au langage utilisé dans les arrêts des Cours de

³¹ C. LARROUMET, « La responsabilité du fait des produits défectueux après la loi du 19 mai 1998 », *D.*, 1998, chron., p. 311.

³² G. VINEY, « La responsabilité du fait des produits. L'approche française », *Symposium on Product Liability*, Austin, 1998, p. 8 ; du même auteur « La responsabilité des fabricants des médicaments et des vaccins : les affaires de la preuve », *rec. Dalloz*, 2010, I, p. 391 ; J.S. BORGHETTI, *La responsabilité du fait des produits*, *op. cit.*, p. 601 ; P. JOURDAIN, « Défaut du produit de santé : mise en œuvre des critères tirés de l'insuffisance d'information sur les risques et du bilan bénéfices/risques », *RTD*, 2006, p. 325.

³³ Référence à un cas décidé par la C. de cass. française en 1973 qui est indiqué comme ex. d'application du critère de l'anormalité du danger : Cass. 1^{ère} civ. 1^{er} fév. 1973, *JPC ed. G.*, 1974, II, p. 17810 (commentaire de N. DEJEAN de LA BATIE).

³⁴ J.S. BORGHETTI, *op. cit.*, p. 609.

justice et qui sont révélateurs du raisonnement sous-jacent, on retrouve un peu partout les mots « prévisible » et « évitable ».

Il en suit que les mécanismes d'attribution de la responsabilité pour le fait des produits défectueux ne changent pas forcément en fonction du type du défaut (de fabrication, de conception ou d'information), mais plutôt selon que le dommage ait été ou pas prévisible et évitable, vis-à-vis respectivement du fabricant et de la victime. L'évitabilité permet aussi de tenir compte du caractère relationnelle de la défectuosité³⁵, alors que le concept de normalité relève d'un point de vue général et non pas relatif à l'une ou à l'autre des parties.

Je suggère donc de distinguer les cas pour le fait des produits défectueux entre : a) cas de dommages prévisibles et évitables ; b) cas de dommages prévisibles en théorie, mais inévitables ; c) cas de dommages imprévisibles et inévitables. Je préfère prendre en compte la prévisibilité et l'évitabilité du dommage (plutôt que celle du risque ou du danger) pour mieux préciser l'analyse. Par exemple, le risque que le couteau puisse blesser son utilisateur est inévitable, alors que la blessure peut être évitée par une utilisation prudente.

Cette reconstruction mène à des solutions partiellement différentes de celles proposées par la classification américaine, classification qui est parfois adoptée dans quelques uns des systèmes juridiques européens.

V. CRITÈRES D'ATTRIBUTION DE LA RESPONSABILITÉ DU FAIT DES PRODUITS DÉFECTUEUX

A. – *La responsabilité pour les dommages prévisibles et évitables*

Dans cette hypothèse, le juge compare les conduites des parties afin d'évaluer si le dommage en question pouvait être évité plus facilement (c'est-à-dire avec moins d'inconvénients) par la victime plutôt que par le fabricant, compte tenu des informations mises à disposition de chacun. Notamment, les informations utiles du point de vue de l'utilisateur sont la présentation du produit et ses instructions ; du point de vue du fabricant, l'usage du produit qui peut être raisonnablement attendu, en fonction aussi de la catégorie des utilisateurs à laquelle le produit s'adresse.

Dans ce sens, la définition de la défectuosité par la directive européenne ne correspond pas à l'*expectation test* qui a été rejeté par les juristes

³⁵ La dimension relationnelle de la défectuosité est mise en évidence par C. CASTRONOVO, *Problema e sistema nel danno da prodotti*, Milan, 1979, p. 738.

américains exactement parce qu’au lieu de raisonner par catégories générales, il suggère aux jurés de prendre en considération les spécificités de la victime du cas d’espèce.

Par exemple, la Cour de cassation italienne, dans une de ses premières applications de la norme législative, met en lumière que la référence à l’usage raisonnable du produit a précisé la fonction d’un critère de distribution des risques entre les parties³⁶. Dans le cas d’espèce, la Cour a rejeté la défectuosité du produit après avoir comparé les conduites des parties adverses ; d’un côté, le fabricant d’une teinture pour les cheveux en commerce depuis des nombreuses années, de l’autre côté une femme qui, suite à l’utilisation de la teinture, avait souffert d’une forte réaction allergique secondaire à un dysfonctionnement de son système immunitaire.

Autrement dit, la définition de défectuosité du législateur européen met en lumière une interrelation entre la conduite de la victime du dommage et celle du fabricant, de façon que ce dernier peut être tenu responsable seulement si la victime s’est conduite de façon irréprochable³⁷. On dirait que le législateur a implicitement fait référence au célèbre critère du *cheapest cost avoider* élaboré par Guido Calabresi³⁸, en obligeant le juge à décider laquelle des parties était dans la meilleure position pour éviter le risque de dommage (ou pour s’assurer contre ce risque de dommage), en tenant compte des informations dont chacune des parties pouvait disposer au moment de sa propre action³⁹.

Bien évidemment, le fait d’attribuer au fabricant la responsabilité du dommage seulement si celui-ci était prévisible et évitable a l’effet de réintroduire le concept de faute, sans le mentionner⁴⁰.

³⁶ Cass. civ., 15 mars 2007, n° 6007.

³⁷ Cela implique que le déficit de précautions imputable à la victime exclut la défectuosité du produit. Il s’agit, bien entendu, d’un cas autre que celui où, après vérification que le dommage a été causé par un défaut du produit, le déficit de précautions de la part de la victime cause des dommages ultérieurs par rapport à ceux qui auraient eu lieu de toute manière. Dans ce dernier cas, le dédommagement à la charge du fabricant sera tout simplement réduit en proportion de la faute de la victime. Par ex. dans le cas des dommages causés par le défaut d’un feu d’artifice utilisé par quelqu’un démuné de la licence obligatoire, la Cour de cass. italienne a condamné le fabricant à payer seulement 50% du dédommagement en raison de la faute de l’utilisateur (Cass. Civ., 18 avr. 2005, n° 12750).

³⁸ G. CALABRESI, « The Cost of Accident, a legal and economic Analysis », *Yale University Press*, 1970.

³⁹ Tel qu’expliqué par G. CALABRESI, cette évaluation de la conduite des parties impliquées dans l’accident requiert au juge une analyse *ex ante*, basée sur les informations dont les parties mêmes pouvaient disposer au moment de leurs actions respectives, plutôt qu’une analyse *ex post* de la partie qui, tout compte fait, aurait pu éviter le dommage à peu de frais : G. CALABRESI et J.T. HIRSCHOFF, « Toward a Test for Strict Liability in Tort », 81 *Yale L.J.*, 1055 (1972).

⁴⁰ De toute évidence il s’agit d’une faute mesurée en fonction de standards objectifs de conduite, plutôt que d’une analyse psychologique des états intentionnels des individus. Cela n’est pas une surprise parce que la faute a été objectivée depuis déjà longtemps, à partir du moment où la responsabilité civile a commencé à privilégier la fonction de prévention des accidents plutôt que

Les décisions des juges qui rejettent la demande de l'acteur parce que celui-ci aurait pu éviter le dommage plus facilement que le fabricant existent un peu partout en Europe.

Par exemple, le *BGH* allemand rejette la demande en dédommagement introduite par une femme atteinte d'ostéoporose qui s'était fracturée les jambes suite à un plongeon d'un trampoline sur un bateau, en arguant de la défektivité du trampoline⁴¹. Sont aussi rejetées par les Cours inférieures les demandes de dédommagement présentées par une personne qui avait contracté un diabète à cause d'une consommation excessive de barres de chocolat et de Coca-Cola⁴², ou de la personne qui avait eu des problèmes cardiaques suite à l'ingestion régulière de quantités exorbitantes de réglisse⁴³. Dans les deux cas les Cours allemandes (qui utilisent la tri-répartition des défauts élaborée par les américains) affirment que le produit n'a pas un défaut de conception parce que le dommage doit être attribué au consommateur qui a abusé du produit, plutôt qu'aux composants des produits. Le produit n'a pas non plus un défaut d'information, parce que le fabricant n'est pas tenu de prévenir le consommateur des dangers induits par un abus du produit, lorsqu'il s'agit de dangers qui sont de notoriété publique.

A contrario, dans un cas d'accident de moto où le conducteur a été gravement brûlé suite à l'explosion du réservoir dû à l'impact contre un mur, le Tribunal de Pise vérifie d'abord que la victime n'avait pas dépassé les limitations de vitesse et, par conséquent, que l'explosion du réservoir ne lui était pas imputable⁴⁴. Le Tribunal juge donc le fabricant de la moto responsable en soulignant qu'il aurait pu facilement éviter un dommage, qui était tout à fait prévisible, en faisant en sorte que le réservoir se détache au moment d'une collision. Le Tribunal précise aussi que la victime aurait pu éviter le risque d'explosion du réservoir, à condition de conduire à une vitesse inférieure à 50 km/h une moto puissante ; mais ceci représenterait un inconvénient excessif en comparaison de la possibilité du fabricant d'éliminer le risque de dommage.

Le raisonnement des juges révèle donc l'existence d'un élément essentiel pour l'évaluation de la défektivité qui n'est pas explicité dans les

celle de punition d'une conduite moralement reprochable. Alors que l'auto évidence du code moral se dissolvait dans le relativisme du post-modernisme, le juriste faisait sien les instruments des sciences économiques dans le but de donner un fondement objectif aux critères d'attribution de la responsabilité. Le langage et les raisonnements changent : il ne s'agit plus de punir quelqu'un, mais plutôt de choisir lequel des sujets impliqués doit être poussé à investir en précautions afin d'éviter le dommage.

⁴¹ BGH 24/10/2000, NJW, 2002, 30.

⁴² C.A. de Düsseldorf, 20/12/2002 - 14 U 99/02.

⁴³ Cour de Bonn, 19 avr. 2004, 9 O 603/03.

⁴⁴ Trib. Pisa 16 marzo 2011, in *Resp.civ. e prev.*, 2011, 2094 ; *Foro it.*, 2012, I, 577.

études des juristes américains, c'est-à-dire la conduite de l'utilisateur du produit. C'est l'élément qui, pris en compte, pourrait donner une réponse aux questions non résolues par le *risk/utility test* et stigmatisées par Jane Stapleton avec le cas de la chaise qui s'effondre sous le poids de l'homme qui fait 300 livres.

Bien entendu, cela ne veut pas dire que les juges américains ne prennent pas en compte le principe général d'auto-responsabilité de la victime. Cependant ce principe est plus fréquemment négligé dans le système juridique américain, qu'en Europe, et ce, pour différentes raisons. En premier, le défaut d'un système de sécurité sociale comparable à ceux existants en Europe, fait ressentir avec beaucoup plus d'urgence la nécessité de protéger la victime aux États-Unis. Ensuite, comme la conduite de la victime est un élément qui reste dans les non dits des arrêts judiciaires et dans les lignes des commentaires du *Restatement*, il disparaît aux yeux de l'interprète, qui s'habitue à ne pas le prendre en compte (il est connu que la façon dont le droit est raconté affecte inévitablement la façon dont le droit sera appliqué).

Tout cela explique pourquoi le même cas d'espèce a donné lieu à deux décisions opposées des deux côtés de l'Atlantique. Ce cas est celui des clients de Mac Donalds brûlés par un café bouillant renversé. Les victimes ont demandé au juge américain, d'une part, et au juge anglais, d'autre part, de condamner Mac Donalds en dédommagement en alléguant de la défectuosité du café qui était servi à une température plus élevée que celles des autres cafés du même genre. Le juge américain condamne le défendeur à payer 2,7 millions de dollars (incluant les dommages punitifs)⁴⁵, alors que le juge anglais reproche à la victime de ne pas avoir été assez attentive à la boisson bouillante entre ses mains et lui refuse tout dédommagement⁴⁶.

B. – La responsabilité pour le dommage en théorie prévisible et inévitable

1. Les défauts de fabrication

Les cas qui concernent les défauts de fabrication rentrent dans la catégorie des défauts théoriquement prévisibles mais inévitables en pratique. Le législateur italien, en autonomie par rapport au texte de la directive, leur reconnaît une place spécifique en disposant à l'article 117 n° 3 du Code du

⁴⁵ *Liebeck v. McDonald's Restaurants P.T.S. Inc.* (N.M. Dist. 1994).

⁴⁶ *Bogle and Others v. McDonald's Restaurants Ltd* (2002) All ER (D) 436. Il est écrit au § 80 : « They expect precautions to be taken to guard this risk but not to the point that they are denied the basic utility of being able to buy hot drinks to be consumed on the premises from a cup with the lid off ».

consommateur : « *un prodotto é difettoso se non offre la sicurezza offerta normalmente dagli altri esemplari della medesima serie* » (un produit est défectueux s'il n'offre pas la sécurité normalement offerte par les autres exemplaires de la même série). Donc le législateur italien attribue explicitement une responsabilité objective au producteur pour les dommages causés par un défaut de fabrication du produit. Il en est de même pour le législateur espagnol.

Les autres systèmes juridiques arrivent au même résultat par la jurisprudence. Par exemple, dans le cas typique de la bouteille en verre qui explose à cause d'une microfissure, le BGH attribue la responsabilité au fabricant, en dépit du fait que celui-ci avait démontré avoir adopté 5 tests différents afin de détecter des éventuelles fissures dans le verre⁴⁷. Le fabricant avait aussi essayé de se défendre en alléguant que « l'état des connaissances scientifiques et techniques au moment de la mise en circulation du produit de son fait n'a pas permis de déceler l'existence du défaut » ; mais la Cour allemande rejette la défense affirmant que la clause d'exemption pour le risque de développement concerne exclusivement le cas des défauts imprévisibles et pas celui des défauts qui, même si concrètement indécélables, sont théoriquement connus. Par conséquent, la Cour prononce la responsabilité objective du fabricant pour les produits *ausreisen* (qui se différencient des autres de la même série).

Le juge anglais, se référant explicitement à la décision allemande, fait également entrer dans la catégorie des *non standard products* le sang contaminé et affirme la responsabilité de l'hôpital qui a effectué la transfusion, même si au moment des transfusions un test apte à déceler l'infection n'existait pas encore⁴⁸.

En synthèse, dans les cas de défaut de fabrication le producteur est toujours responsable, même s'il a adopté toutes les précautions possibles, parce qu'on suppose qu'il a consciemment accepté le risque suite à une analyse des coûts et des bénéfices de son activité. Autrement dit, les cas de défaut de fabrication représentent une application de la théorie du risque

⁴⁷ BGH, 9 mai 1995. Parmi les nombreux commentaires de l'arrêt : S. LENZE, « German product liability law : between European directives, American Restatements and common sense », in D. Fairgrieve (éd), *Product Liability in Comparative perspective*, cit. 115 ; C. HODEGES, « The case of the exploding bottle of water », 18, *Product Liability Int.*, 73 (1996).

⁴⁸ 3 ALL E.R. 289 [2001], M. BROOKE ET I. FORRESTER, *The use of comparative law in A. & Others v. National Blood Authority*, in D. Fairgrieve (ed), *Product Liability in Comparative perspective*, op. cit., 13. Le juge hollandais, face à un cas analogue de sang contaminé a au contraire appliqué la cause d'exonération pour le risque de développement (Rb. Amsterdam, 3 févr. 1999, NJ 1999, 621). Il faut remarquer que la théorie de l'internalisation des coûts présuppose une entreprise insérée dans un système de libre marché et donc s'applique mal au cas d'un hôpital public chargé des transfusions sanguines qui n'est pas libre de décider les prix du service en fonction des risques.

d'entreprise qui avait été élaborée dans les années 60 du siècle dernier⁴⁹ et qui en Italie avait été rejetée au motif qu'elle n'avait pas un fondement législatif. L'explication du législateur italien de la règle de responsabilité objective pour le cas de défaut de fabrication paraît être justement le fondement législatif qui manquait.

2. Les défauts de conception

À ce point de l'analyse, il faut se demander pourquoi les dommages causés par un défaut de conception du produit, dont le fabricant était averti, ne devraient pas être internalisés par l'entreprise de la même manière, et pour les mêmes raisons, que les défauts de fabrication. Par exemple, dans le cas *Pinto* il serait inexplicable que *Ford* soit exonéré de l'obligation d'internaliser le coût des dommages qu'il a consciemment provoqués au tiers, en sachant que son activité aurait été de toute façon rentable. Les mécanismes de promotion des préventions des accidents auraient la même efficacité dans ce genre de cas que dans les cas des défauts de fabrication. Il est aussi injustifiable, d'un point de vue moral, que la victime d'un défaut de fabrication ait droit à un dédommagement intégral alors que la victime d'un défaut de conception, dont le fabricant était bien conscient, doive personnellement supporter tout le poids du dommage.

Tout de même, l'application rigoureuse du *risk/utility test* porte à la conclusion que le produit n'est pas défectueux et par conséquent que le fabricant n'est pas responsable des dommages. Cela signifie que les cas de défaut de conception dont le fabricant était conscient sont ceux qui peuvent donner lieu à des décisions opposées selon que le juge applique la théorie du risque d'entreprise plutôt que le *risk/utility test* élaboré par les Cours américaines.

Les Cours allemandes, par exemple, sont susceptibles d'appliquer le *risk/utility test* aussi parce que le test est expressément prévu dans leur loi spéciale pour les produits pharmaceutiques. Par conséquent, un vaccin qui exceptionnellement a des effets secondaires nocifs n'est pas dangereux parce qu'il a des bénéfices qui dépassent les risques. Donc en Allemagne la victime n'a pas de droit à être dédommée par le fabricant⁵⁰.

⁴⁹ En Italie, la théorie du risque d'entreprise dans une optique d'efficience économique du système a été élaborée par P. TRIMARCHI, *Rischio e responsabilità oggettiva*, Milan, 1961. L'auteur fait référence soit à la doctrine américaine de la même époque (en particulier il mentionne F. JAMES et DICKINSON, « Accident proness and accident law », in *Harvard L. R.*, 1950, p. 769), soit la plus ancienne doctrine française qui avait théorisé le risque d'entreprise à partir du problème social des accidents de travail (JOSSERAND, *La responsabilité du fait des choses inanimées*, Parigi, 1897). Quelques années plus tard la théorie est reprise en Italie dans une optique de solidarité sociale par : S. RODOTA, *Il problema della responsabilità civile*, Milan, 1964.

⁵⁰ OLG Hamm, 18 juin 2003, NJW-RR 2003, 1382.

En France, les nombreux cas de vaccin portés à l'attention des Cours de justice ont été différemment jugés sur la base de la preuve de la causalité⁵¹. Pour autant le bilan bénéfice/risque est toujours évoqué, mais de façon très ambiguë, sans qu'il soit clarifié par la Cour de cassation s'il doit être évalué d'un point de vue global ou plutôt d'un point de vue particulier, relatif au cas d'espèce. Le résultat des deux évaluations serait bien évidemment opposé. La doctrine française, dans ses commentaires relatifs aux arrêts en question, exprime une opinion qui se rapproche de celle ici présentée, même si le parcours qui conduit à ce résultat est partiellement différent. J.S. Borghetti constate que dans le cas d'un vaccin qui, exceptionnellement cause un effet nocif, on pourrait envisager un défaut de fabrication plutôt qu'un défaut de conception, et que cela reviendrait à faire peser sur les producteurs la charge financière des effets secondaires d'une vaccination jugée socialement utile. L'auteur affirme que cette solution lui « paraît tout à fait défendable, et même sans doute souhaitable sur le plan humain et politique »⁵². L'argument ici présenté est qu'il n'y a pas de raison de traiter différemment le défaut de conception et le défaut de fabrication, lorsque le premier est connu en avance par le fabricant ; dans les deux cas, la victime devrait avoir le droit d'être dédommagée.

Si, pour autant, il est retenu que l'imputation d'une responsabilité objective pourrait limiter la mise sur le marché de produits qui représentent un bénéfice pour la collectivité (quoique le bilan économique de cette activité productive soit positif), alors il faudrait plutôt envisager un mécanisme alternatif de dédommagement de la victime, tel qu'un fonds de compensation public financé par l'État, ou par les assurances, ou directement par les fabricants du secteur industriel concerné⁵³.

3. Les défauts d'information

Les cas de dommages prévisibles en théorie, mais concrètement inévitables, soulèvent ultérieurement la question de savoir si un avertissement apte à renseigner le consommateur sur le danger porté par le produit puisse légitimement transférer la responsabilité du fabricant au consommateur, en raison du fait que celui-ci aurait accepté le risque en

⁵¹ BORGHETTI remarque qu'on déduit l'existence du défaut du produit de l'existence d'un lien de causalité, donc les deux seraient basés sur les mêmes éléments de preuve (BORGHETTI, « Qu'est-ce qu'un vaccin défectueux ? », *Rec. Dalloz*, 2012, n° 42, p. 2854). Cela ne surprend pas car souvent les Cours déduisent l'existence d'un défaut du produit du seul fait que son utilisation correcte a été la cause d'un dommage, sans qu'il y ait aucune preuve directe du défaut. Cela arrive surtout dans les cas de défauts de fabrication ; cela s'explique par le fait que ledit défaut ne peut pas être constaté en concret puisque le produit a été détruit dans l'accident.

⁵² J.S. BORGHETTI, « Qu'est-ce qu'un vaccin défectueux ? », préc. p. 2858.

⁵³ Un fonds de compensation public pour les effets nocifs des vaccins obligatoires est prévu en Italie par la loi n° 210/1992.

pleine connaissance de cause. Il n'y a pas de doute que des informations et des instructions adéquates puissent transférer la responsabilité du fait du produit du fabricant au consommateur lorsqu'elles sont propres à lui expliquer comment faire pour éviter le dommage⁵⁴. Au contraire, le même effet de transfert devrait être exclu lorsque le dommage est de toute façon inévitable par l'utilisateur, quoique bien averti du danger. Il en serait sans doute comme cela pour les défauts de fabrication. Si le fabricant pouvait se libérer de sa responsabilité avec un simple avertissement du genre « faites attention, la bouteille peut exploser », alors tout le domaine de la responsabilité pour le fait des produits serait paralysé et cela pourrait représenter une violation de l'article 12 de la directive CEE qui statue sur la nullité de toute clause ayant l'effet d'exclure ou de réduire la responsabilité du fabricant pour le fait de produits défectueux.

On devrait parvenir aux mêmes conclusions concernant les défauts de conception du produit qui causent des dommages à des consommateurs qui ne peuvent pas être identifiés à l'avance et qui, par conséquent, ne peuvent rien faire pour éviter le dommage. Cependant il y a certains produits qui comportent un risque de dommage connu mais inévitable, qui ne sont pas considérés comme défectueux tant que le consommateur est adéquatement averti du danger. C'est le cas des cigarettes et des boissons alcoolisées. Ce sont ces produits que les juristes anglo-saxons désignent comme *inherently dangerous*. La raison de cette discipline spéciale est sans doute liée au concept du libre arbitre de l'individu qui choisit d'utiliser des produits hédoniques, qui ne lui sont pas nécessaires, (et éventuellement d'en abuser) en pleine connaissance du danger. Il me paraît que le fait qu'il s'agisse de produits hédoniques est essentiel pour que l'on puisse effectivement parler de libre choix. Ce ne serait pas la même chose si le produit était par exemple un médicament ou un vaccin qui est nécessaire afin de prévenir ou vaincre une certaine pathologie, mais qui présente un danger très grave pour un pourcentage de cas quasiment négligeable. Il faut s'interroger si dans ces cas on peut effectivement parler d'une acceptation libre et consciente du risque. Cela dit, il n'existe pas une définition précise de la catégorie des produits *inherently dangerous* et, d'ailleurs, cette catégorie n'est même pas envisagée par la norme européenne. La question reste donc ouverte et donne lieu à des décisions tout à fait incohérentes en matière de produits pharmaceutiques défectueux et notamment de vaccins. Ils sont parfois classés tels que des produits *inherently dangerous* en considérant que

⁵⁴ Le § 2 lett. c) du *Restatement III* affirme qu'il y a défaut d'information lorsque « *the foreseeable risk of harm posed by the product could have been reduced or avoided by the provision of reasonable instructions or warnings by the seller or other distributor, or a predecessor in the commercial chain of distribution, and the omission of the instructions or warnings renders the product not reasonably safe* ».

l'information sur les effets secondaires nocifs affichée sur la notice a l'effet d'exonérer le fabricant de toute responsabilité⁵⁵. D'autres fois, l'information affichée n'est pas suffisante pour exonérer le fabricant de sa responsabilité, si les risques présentés par le médicament sont jugés excessifs⁵⁶.

Faisant suite à l'opinion ici exprimée (c'est à dire que les défauts de conception dont le fabricant est conscient devraient être traités exactement comme les défauts de fabrication), le fait d'avoir informé l'utilisateur du risque inévitable ne devrait en aucun cas être une clause d'exonération de responsabilité.

C. – La responsabilité pour les dommages imprévisibles et inévitables

L'imputation de la responsabilité pour les dommages qui étaient imprévisibles et donc inévitables, au moment de la mise sur le marché du produit, a été une des questions parmi les plus délicates et controversées dans la phase de rédaction de la directive européenne. Puisqu'il n'a pas été possible de trouver une solution commune, le législateur a enfin décidé de laisser aux États membres la liberté de choisir s'il fallait exonérer ou pas le fabricant pour les risques de développement, c'est-à-dire lorsque « l'état des connaissances scientifiques et techniques au moment de la mise en circulation du produit par lui n'a pas permis de déceler l'existence du défaut ». La conséquence a été que tous les pays membres, à l'exclusion du Luxembourg et de la Finlande, ont adopté la clause d'exemption. L'Allemagne a adopté la clause en faveur de tous les fabricants à l'exclusion des fabricants de produits pharmaceutiques conformément à la loi spéciale encore en vigueur⁵⁷. Cela signifie qu'en Allemagne un fabricant de produits pharmaceutiques peut être exonéré de toute responsabilité pour les dommages qui étaient théoriquement prévisibles et inévitables selon le *risk/utility test*, alors qu'il est responsable pour ces risques qui étaient imprévisibles et donc inévitables selon l'état des connaissances scientifiques et techniques (mais dans ce cas sa responsabilité est limitée à un montant de dédommagement prédéterminé de façon à ne pas l'exposer à un risque économique impondérable)⁵⁸.

En conclusion, lorsque le dommage était prévisible et évitable, la norme du législateur européen acquiert d'une part une fonction de prévention des accidents en imputant la responsabilité à celle des parties qui était dans la

⁵⁵ Cass. Civ., 8 oct. 1980, *Bull. civ.*, I, n° 248.

⁵⁶ Cass. Civ., 2 avr. 2005, *RTD civ.*, 2005, 607 (obs. P. JOURDAIN).

⁵⁷ *Gesetz zur Neuordnung des Arzneimittelrechts*, 1^{er} sept. 1976, n° 110.

⁵⁸ Dans ce dernier cas la responsabilité du fabricant est limitée à un montant maximal prédéterminé au fin de rendre le risque de toute façon gérable et assurable pour l'entreprise.

meilleure position pour les prévenir. D'autre part, lorsque le dommage était inévitable, le législateur a eu soin de promouvoir la compétitivité des entreprises européennes (et des importateurs européens) en évitant de leur attribuer des risques impondérables, même si cela signifie laisser le dommage à la charge de la victime.

Cependant cette solution ne paraît pas satisfaisante et notamment si l'on considère que la responsabilité civile dans la société moderne industrielle a progressivement perdu sa fonction punitive initiale des conduites répréhensibles, pour acquérir au cours du temps non seulement une fonction préventive des accidents, mais aussi de promotion de la solidarité sociale. Ce changement de perspective rend injustifiable que certaines victimes du fait des produits défectueux reçoivent un dédommagement alors que d'autres en soient privées, bien que dans les deux cas leurs conduites respectives aient été irréprochables.

Pour tous les cas de dommages inévitables, mais théoriquement prévisibles par le fabricant, j'ai déjà expliqué dans les pages précédentes quelles sont les raisons en faveur de l'adoption de la même règle de responsabilité objective qui est partout appliquée dans les cas de défauts de fabrication.

En ce qui concerne les cas de dommages imprévisibles et inévitables, il serait possible de sauvegarder soit les exigences de compétitivité des entreprises européennes, soit celles de solidarité sociale, avec l'institution d'un fond de compensation⁵⁹. Le fond pourrait être financé soit par les États, soit par les mêmes entreprises qui bénéficient d'une exonération de responsabilité pour les risques impondérables, selon des modèles qui sont déjà expérimentés dans certain pays du nord de l'Europe⁶⁰. Les contributions à la charge des entreprises fixées selon différents mécanismes (obligatoire, optionnel, en fonction du chiffre d'affaires ou du risque autrement mesuré) permettraient à ces dernières de ne pas devoir supporter des coûts ingérables par rapport à leur niveau d'activité économique⁶¹.

⁵⁹ L'institution d'un fond de compensation avait été suggéré par la *Fondazione Rosselli di Torino* dans une étude commandée par la Commission européenne sur les effets de la clause d'exonération pour les risques de développement : *Fondazione Rosselli, Analysis of the Economic Impact of the Development Risk Clause as provided by Directive 85/374EEC on Liability for Defective Product*, 2004. La suggestion a été ignorée jusqu'à présent par la Commission européenne.

⁶⁰ C. HODGES, « Nordic compensation schemes for drug injuries », in *J. Consum Policy*, 2006, vol. 29, pp. 143-175.

⁶¹ Les avantages du fond de compensation par rapport à la responsabilité civile ont été mis en évidence en France par S. TAYLOR, *L'Harmonisation communautaire de la responsabilité du fait des produits défectueux. Etude comparative du droit anglais et du droit français*, Paris, 1999.

