



Chapitre d'actes

2018

Published version

Open Access

This is the published version of the publication, made available in accordance with the publisher's policy.

---

Les fondamentaux de la responsabilité du fait des produits. Exposé  
introductif : sources, for et droit applicable, producteur et défaut

---

Marchand, Sylvain

**How to cite**

MARCHAND, Sylvain. Les fondamentaux de la responsabilité du fait des produits. Exposé introductif : sources, for et droit applicable, producteur et défaut. In: La responsabilité du fait des produits : Journée de la responsabilité civile 2016. Chappuis, Christine ; Winiger, Bénédicte (Ed.). Genève. Genève : Schulthess éditions juridiques, 2018. p. 11–30. (Collection genevoise. Droit de la responsabilité)

This publication URL: <https://archive-ouverte.unige.ch/unige:110587>

Droit de la  
responsabilité

Journée de la responsabilité civile 2016

# La responsabilité du fait des produits

Édité par

Christine Chappuis et Bénédicte Winiger  
en collaboration avec Arnaud Campi



UNIVERSITÉ  
DE GENÈVE  
FACULTÉ DE DROIT

Schulthess  
ÉDITIONS ROMANDES



CG  
Collection  
Genevoise

Journée de la responsabilité civile 2016

# La responsabilité du fait des produits

Édité par

Christine Chappuis et Bénédicte Winiger  
en collaboration avec Arnaud Campi



UNIVERSITÉ  
DE GENÈVE

FACULTÉ DE DROIT

Schulthess  
ÉDITIONS ROMANDES



2018

Christine Chappuis / Bénédicte Winiger (éds) *La responsabilité du fait des produits*, Collection Genevoise, Genève / Zurich 2018, Schulthess Éditions Romandes

ISBN 978-3-7255-8695-0

© Schulthess Médias Juridiques SA, Genève · Zurich · Bâle 2018

[www.schulthess.com](http://www.schulthess.com)

Diffusion en France : Lextenso Éditions, 70, rue du Gouverneur Général Éboué, 92131 Issy-les-Moulineaux Cedex

[www.lextenso-editions.com](http://www.lextenso-editions.com)

Diffusion en Belgique et au Luxembourg : Patrimoine, 119, avenue Milcamps, 1030 Bruxelles

Tous droits réservés. Toute traduction, reproduction, représentation ou adaptation intégrale ou partielle de cette publication, par quelque procédé que ce soit (graphique, électronique ou mécanique, y compris photocopie et microfilm), et toutes formes d'enregistrement sont strictement interdites sans l'autorisation expresse et écrite de l'éditeur.

Information bibliographique de la Deutsche Nationalbibliothek

La Deutsche Nationalbibliothek a répertorié cette publication dans la Deutsche Nationalbibliografie; les données bibliographiques détaillées peuvent être consultées sur Internet à l'adresse <http://dnb.d-nb.de>.

---

## Sommaire

Avant-propos .....	5
Sommaire .....	7
Liste des auteurs .....	9

SYLVAIN MARCHAND

**Les fondamentaux de la responsabilité du fait des produits**

**Exposé introductif : sources, for et droit applicable, producteur et défaut ... 11**

SANDRA VIGNERON-MAGGIO-APRILE

**Les fondamentaux de la responsabilité du fait des produits**

**Entre dommage et causalité : la perte d'une chance au secours du lésé ?..... 31**

STÉPHANIE DAGRON

**Les produits pharmaceutiques défectueux :**

**quelle régulation du risque en Europe ? ..... 59**

FRANZ WERRO

**La responsabilité pour produits pharmaceutiques**

**défectueux dans la jurisprudence récente..... 77**

LAURENT TRAN ET GUILLAUME ÉTIER

**Responsabilité du fait des produits : le risque de développement ..... 105**

ERDEM BÜYÜKSAGIS ET PRANVERA KËLLEZI

**Produits composés : responsabilité civile et gestion des**

**relations contractuelles..... 131**

BLAISE CARRON ET FRÉDÉRIC KRAUSKOPF

**La prescription et la péremption dans la responsabilité  
du fait des produits** ..... 159

ANNE-CHRISTINE FORNAGE

**La surveillance des produits : créneau temporel  
de la responsabilité du producteur** ..... 205

---

# Les fondamentaux de la responsabilité du fait des produits

## Exposé introductif : sources, for et droit applicable, producteur et défaut

SYLVAIN MARCHAND\*

### Table des matières

I.	Aux origines de la réflexion sur une responsabilité du fait des produits.....	12
a.	Les moyens de droit du consommateur contre le détaillant.....	12
b.	La garantie fabricant.....	13
c.	L'évolution jurisprudentielle relative à la responsabilité de l'employeur.....	14
II.	L'apport européen.....	14
a.	La Directive de 1985.....	14
b.	Les produits du sol, de la chasse, de la pêche et de l'élevage.....	16
c.	L'euro-compatibilité du droit suisse.....	17
d.	La sécurité des produits : en amont de la responsabilité.....	17
III.	L'intégrité des autres sources de responsabilité.....	18
a.	La réserve du droit national.....	18
b.	Responsabilité civile et contractuelle du producteur.....	18
c.	Exception du risque du développement.....	19
IV.	For et droit applicable.....	20
a.	For.....	20
b.	Droit applicable selon la LDIP.....	20
c.	Le système en cascade du Règlement de Rome.....	21
d.	Commercialisation contre le gré du producteur.....	22
e.	Lien étroit avec un autre droit ; consommateur partie à un contrat avec le fabricant.....	23
f.	Dompage punitif.....	23

---

\* Professeur à la Faculté de droit de l'Université de Genève.

V.	Le producteur .....	24
a.	Le principe de solidarité.....	24
b.	La notion de producteur.....	24
c.	La responsabilité subsidiaire du fournisseur.....	26
VI.	Le défaut.....	27
a.	Une notion autonome.....	27
b.	Les attentes légitimes du consommateur .....	27
c.	La preuve du défaut .....	29
VII.	Conclusion et transition .....	30

## I. Aux origines de la réflexion sur une responsabilité du fait des produits

### a. Les moyens de droit du consommateur contre le détaillant

A l'origine de la législation suisse et européenne sur la responsabilité du fait des produits, une constatation : les systèmes modernes de distribution font que le consommateur achète en règle générale les produits au terme d'une chaîne d'intermédiaires (importateur, distributeur, détaillant) et qu'il n'a donc de relation contractuelle qu'avec le dernier maillon de la chaîne : le détaillant.

Dans le cadre de cette relation contractuelle, le consommateur est protégé par les règles traditionnelles relatives au défaut de la chose vendue. Il dispose contre le vendeur-détaillant des moyens de droit habituels constitués par les actions ou exceptions édiliciennes<sup>1</sup>. Il s'agit en droit suisse du droit à la diminution du prix, du droit à la résolution du contrat, du droit au remplacement, et du droit à des dommages et intérêts. Dans d'autres systèmes juridiques, l'acheteur dispose en outre d'un droit à la réparation, qui n'est pas prévu par les règles dispositives du droit interne suisse<sup>2</sup>.

Les conditions générales du vendeur-détaillant ne peuvent pas exclure ou limiter ces garanties en droit européen : la Directive 99/44 sur certains aspects de la vente et des garanties des biens de consommation est de droit impératif<sup>3</sup>. En droit suisse, la garantie du vendeur-détaillant peut être limitée par le contrat, en pratique par les conditions générales du vendeur, dans les limites de

<sup>1</sup> Art. 197ss CO ; sur les rapports entre ces moyens de droit et la responsabilité du fait des produits, voir SCHÖNLE/HIGI, Zürcher Kommentar, Kauf und Schenkung, Zweite Lieferung, Art. 192-204 OR, 3. Aufl. Art. 197, N 275 ss ; VITO, Schweizerisches Haftpflichtrecht, 2002, N 384-388.

<sup>2</sup> Le droit à la réparation est notamment prévu à l'article 46 al. 3 CVIM. Il n'est prévu en droit interne suisse que dans le cadre d'un contrat d'entreprise : art. 368 CO.

<sup>3</sup> Art. 7 de la Directive. Sur cette Directive, voir MARCHAND, Droit de la consommation, 2012, p. 187 ss.

l'article 199 CO (dissimulation frauduleuse du défaut) et 8 LCD (clause abusive). La formulation plutôt générale de l'article 8 LCD ne permet pas d'affirmer qu'une clause de limitation de garantie serait abusive en soi<sup>4</sup>.

Ces moyens de droit ne peuvent être exercés par l'acheteur que contre le détaillant auprès duquel il a acquis le produit<sup>5</sup>. La garantie pour les défauts ne peut être exercée à l'égard de tiers, quelle que soit leur implication dans la chaîne de fabrication et de distribution. Le distributeur, l'importateur, et surtout le fabricant sont donc à l'abri de toute réclamation basée sur cette garantie.

## **b. La garantie fabricant**

Les parties peuvent remédier à cette incongruité juridique par une clause contractuelle conférant au consommateur une garantie fabricant. La qualification juridique de ces clauses n'est pas facile, puisqu'il s'agit de clauses qui se trouvent dans le contrat entre le détaillant et le consommateur, mais qui engagent le fabricant<sup>6</sup>. Ces clauses ne sont donc valables que dans la mesure où elles ont été préalablement approuvées par le fabricant. Cette approbation, expresse ou implicite, doit être considérée en droit suisse comme une stipulation pour autrui parfaite en faveur du consommateur<sup>7</sup>. Cette stipulation pour autrui confère au consommateur le droit de faire valoir la garantie à l'égard du fabricant. Le contenu de la garantie et le droit applicable à cette garantie sont ceux qui découlent du contrat entre le consommateur et le détaillant, l'approbation du fabricant impliquant que le consommateur bénéficie à son égard des mêmes droits qu'à l'égard du détaillant. Tout dépend bien sûr de la formulation des contrats liant les différents opérateurs d'une chaîne de distribution. Il nous semble cependant qu'un fabricant qui tolère que les détaillants offrent aux consommateurs une « *garantie fabricant* » approuve expressément ou implicitement une stipulation pour autrui permettant au consommateur de faire valoir à son égard la garantie découlant du contrat passé avec le détaillant.

Reste que tous les détaillants n'offrent pas aux consommateurs une garantie fabricant. Le consommateur n'a alors aucun moyen de droit contractuel contre les différents maillons de la chaîne de fabrication et de distribution, à l'exception du détaillant qui lui a vendu le produit. Une éventuelle responsabilité aquilienne (pour acte illicite) pourrait permettre au consommateur

---

<sup>4</sup> Dans ce sens HUGUENIN, *Obligationenrecht - Allgemeiner und Besonderer Teil*, 2 éd. 2014, N 2635b.

<sup>5</sup> C'est la conséquence du principe de la relativité du contrat, qui n'est pas expressément posé dans le CO, mais néanmoins reconnu en droit suisse : MORIN, *Commentaire romand du CO, CO I*, 2<sup>e</sup> éd, art. 1 N 40 ss ; SCHWIZER, *Herstellergarantien in Konsumentenverhältnissen*, 2016, p. 90, N 197.

<sup>6</sup> Le TF in ATF 134 III 218 s'est contenté de considérer qu'il s'agissait d'un contrat *sui-generis* accepté tacitement (art. 6 CO) par le consommateur.

<sup>7</sup> Art. 112 CO ; Dans ce sens, SCHWIZER, *Herstellergarantien in Konsumentenverhältnissen*, 2016, p. 15, N 32 et p. 90, N 197.

d'agir contre le fabricant ou un autre intervenant de la chaîne, mais cette responsabilité reste tributaire de la condition de l'illicéité et de la faute,<sup>8</sup> et répond à des conditions de droit applicable<sup>9</sup>, de for<sup>10</sup>, et de prescription<sup>11</sup> qui ne correspondent pas forcément aux attentes du consommateur.

### **c. L'évolution jurisprudentielle relative à la responsabilité de l'employeur**

Conscient de ces faiblesses légales, le Tribunal fédéral a, dans les années 80, tenté d'infléchir les conditions strictes de la responsabilité aquilienne, pour permettre à un consommateur d'agir plus facilement contre un fabricant négligent. La réflexion de notre Haute Cour s'était concentrée sur les modalités d'application de l'article 55 CO, qui régit en droit suisse la responsabilité de l'employeur. En effet, si un acte illicite est commis dans le cadre de la fabrication d'un produit, c'est en règle générale un employé du fabricant qui est l'auteur de cet acte et non le fabricant lui-même (représenté par ses organes, si le fabricant est une personne morale). Si le fabricant doit assumer une responsabilité pour un produit défectueux, c'est donc en sa qualité d'employeur. Or, un employeur peut s'exonérer de sa responsabilité en droit suisse s'il démontre qu'il a bien instruit, bien choisi et bien surveillé son employé<sup>12</sup>. Allant aux limites de son pouvoir créateur de droit, le Tribunal fédéral ajouta une quatrième condition à la libération de l'employeur : la mise en place d'un contrôle de qualité satisfaisant à la fin de la chaîne de production<sup>13</sup>.

## **II. L'apport européen**

### **a. La Directive de 1985**

Cette évolution jurisprudentielle aurait peut être conduit à une réflexion législative en matière de responsabilité civile, si cette réflexion n'avait pas été court-circuitée par les avancées du droit européen : dès 1985, une Directive consacrée spécifiquement à la responsabilité du fait des produits entrain en vigueur

---

<sup>8</sup> Art. 41 CO.

<sup>9</sup> Art. 132 ss LDIP ; en droit européen Règlement 867/2007 de Rome II.

<sup>10</sup> Art. 129 ss LDIP ; art. 5 par. 3 de la Convention de Lugano et 7 par. 2 du Règlement 1215/2012 de Bruxelles.

<sup>11</sup> Art. 60 CO.

<sup>12</sup> Art. 55 CO ; TF, 28.01.2014, 4A\_416/2013, cons. 2 et 5.2 sur la preuve libératoire du comportement de substitution licite.

<sup>13</sup> ATF 110 II 456 cons. 3a également ATF 121 IV 10 et TF, 25.01.2006, 4C.307/2005 ; Sur cette évolution, voir MÜLLER, Neueste Entwicklungen in der Produkthaftungspflicht: Vom Art. 55 OR zum BGE 137 III 226, in: Produktesicherheit und Produkthaftung – Die Schonzeit für Hersteller, Importeur und Händler ist vorbei! 2012 p. 125 ss.

dans l'Union européenne<sup>14</sup>. Il ne s'agissait plus de rustines sur le droit existant, mais d'un véritable chef de responsabilité nouveau, présentant les caractéristiques originales suivantes :

- *Des responsables à tous les maillons de la chaîne* : la responsabilité incombe non seulement au fabricant mais à l'importateur et au producteur de composants ou de matière première<sup>15</sup>. Ce premier principe permet de contourner les difficultés inhérentes à la complexité des chaînes de fabrication et de distribution, et facilite la recherche d'un responsable par le consommateur.
- *Une définition restreinte du dommage réparable* : seul un dommage à l'intégrité physique, ou à des biens à usage personnel ou familial de l'acquéreur du produit sont réparables<sup>16</sup>. Cette condition rattache la Directive à la protection des consommateurs, pour laquelle l'Union européenne jouit d'une pleine compétence<sup>17</sup>. Elle conduit cependant à ce résultat curieux qu'un consommateur qui subit un dommage à des biens qu'il utilise professionnellement (son ordinateur, sa voiture de fonction) n'est pas protégé, et que le professionnel qui subit un dommage à un bien personnel (sa voiture familiale, son téléphone personnel), bénéficie de la loi. Elle conduit aussi à une inquiétante zone d'ombre pour tous les produits d'usage mixte (à la fois privé et professionnel). Dans un monde où les frontières entre travail et vie personnelle deviennent de plus en plus floues, cette zone d'ombre est préoccupante.
- *Responsabilité causale liée à la mise en circulation du produit* : la responsabilité créée par la Directive européenne est indépendante de toute faute, tout défaut de surveillance ou de contrôle de qualité. La simple mise en circulation d'un produit suffit à la responsabilité, si ce produit n'offre pas des conditions de sécurité satisfaisantes<sup>18</sup>.

Au début des années 90, la Suisse envisagea d'entrer dans l'Espace Economique Européen. Dans cette perspective, elle prépara toute une série de lois destinées à rendre le droit suisse euro-compatible. Le paquet législatif comprenait une loi fédérale sur la responsabilité du fait des produits reprenant très fidèlement les principes de la Directive 85/374. Le peuple suisse ne voulut

---

<sup>14</sup> Directive 85/374 relative au rapprochement des dispositions législatives, réglementaires et administratives des États membres en matière de responsabilité du fait des produits défectueux.

<sup>15</sup> Art. 3 de la Directive 85/374.

<sup>16</sup> Art. 9 de la Directive 85/374. Le dommage causé au produit lui-même n'est pas compris dans le dommage réparable. Seul le vendeur du produit assume donc cette responsabilité.

<sup>17</sup> Art. 4 let. f et titre XV du Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne, 2012/C 326/01.

<sup>18</sup> Le préambule de la Directive 85/374 comprenait le considérant suivant : « considérant que seule la responsabilité sans faute du producteur permet de résoudre de façon adéquate le problème, propre à notre époque de technicité croissante, d'une attribution juste des risques inhérents à la production technique moderne. » L'article 1 de la Directive confirme ce principe, et l'article 7 pose la condition de la mise en circulation.

pas de l'EEE et rejeta le projet d'adhésion<sup>19</sup>. Le Conseil fédéral décida néanmoins d'utiliser le travail législatif réalisé par ses services, et proposa au peuple suisse, qui l'accepta un paquet de lois euro-compatibles. Parmi ces lois, la loi fédérale sur la responsabilité du fait des produits du 18 juin 1993<sup>20</sup>.

## b. Les produits du sol, de la chasse, de la pêche et de l'élevage

Le droit suisse fut ainsi euro-compatible pendant quelques années. Fin des années 90, la crise de la vache folle, de la grippe aviaire et des poissons sulfatés affola le consommateur européen. Le législateur européen réalisa que la Directive 85/374 était lacunaire : elle ne visait que les produits fabriqués, ce qui excluait les produits de la pêche, de la chasse, de l'élevage et du sol<sup>21</sup>. La brèche fut colmatée en 1999, avec une nouvelle Directive 99/34<sup>22</sup> qui intégra ces produits dans le champ d'application de la responsabilité du fait des produits<sup>23</sup>.

Les évolutions législatives suisses sont plus paisibles. La Suisse ne bougea pas dans un premier temps, perdant en partie le bénéfice de l'euro-compatibilité de sa législation sur les produits défectueux. Puis en 2008, entra en vigueur en droit suisse une législation sur la sécurité des produits<sup>24</sup>. Il s'agissait d'abroger une antique loi sur la sécurité des installations et appareils électriques et de la remplacer par une législation plus générale, plus moderne, et plus proche des standards européens. Dans la foulée, le législateur suisse modifia la loi fédérale sur la responsabilité du fait des produits, de façon à y réintégrer les produits du sol, de la pêche, de la chasse et de l'élevage<sup>25</sup>. La législation suisse retrouva son euro-compatibilité.

<sup>19</sup> Sur cette genèse, voir PETITPIERRE, L'apparition d'un besoin social face à l'inadéquation du droit en vigueur : la genèse d'une nouvelle réglementation, in Chappuis/Winiger, Journée du droit de la RC 2002, 2003, p. 23 ss.

<sup>20</sup> RS 221.112.944.

<sup>21</sup> Le préambule de la Directive 85/374 comprenait le considérant suivant : « *Considérant que la responsabilité ne saurait s'appliquer qu'aux biens mobiliers faisant l'objet d'une production industrielle ; qu'en conséquence, il y a lieu d'exclure de cette responsabilité les produits agricoles et les produits de la chasse, sauf lorsqu'ils ont été soumis à une transformation de caractère industriel qui peut causer un défaut dans ces produits ; que la responsabilité prévue par la présente directive doit jouer également pour les biens mobiliers qui sont utilisés lors de la construction d'immeubles ou incorporés à des immeubles* ».

<sup>22</sup> Directive 99/34 du 10 mai 1999 modifiant la Directive 85-374.

<sup>23</sup> Selon le préambule de la Directive 99/34, il s'agissait de « *restaurer la confiance des consommateurs dans la sécurité de la production agricole.* »

<sup>24</sup> Loi fédérale du 12 juin 2009 sur la sécurité des produits, RS 930.11. Le message indique clairement la volonté d'euro-compatibilité du législateur suisse : Message du 25 juin 2008, FF 2008 6771, p. 6772.

<sup>25</sup> Cette réintégration est passée par la suppression de l'article 3 al. 2 LRFP, qui définissait les produits comme des produits transformés. Voir à ce sujet Hess, Commentaire Stämpfli, PrHG, Art. 3, N 43-49.

### c. L'euro-compatibilité du droit suisse

La loi fédérale qui résulte de ce long processus est en tout point conforme au droit européen. Elle est interprétée conformément aux évolutions jurisprudentielles de la Cour européenne de justice.

La volonté d'euro-compatibilité du législateur suisse est en effet prise en compte par les tribunaux suisses, qui recherchent une interprétation de la loi conforme aux évolutions jurisprudentielles européennes<sup>26</sup>. Il ne s'agit pas d'une intégration dissimulée, mais de l'application d'un principe suisse d'interprétation des lois, selon lequel le juge doit tenir compte de la volonté historique du législateur. Or, cette volonté était celle de l'euro-compatibilité. Le juge suisse se réfère donc à la jurisprudence européenne dans son interprétation de la loi fédérale sur la responsabilité du fait des produits, de façon à respecter cette volonté.

### d. La sécurité des produits : en amont de la responsabilité

Dans le système de surveillance de la sécurité des produits, la loi sur la responsabilité du fait des produits n'intervient qu'en aval. En amont se trouve une surveillance administrative de la mise sur le marché des produits, encadrée en droit suisse par la loi fédérale sur la sécurité des produits<sup>27</sup> et en droit européen par la directive 2001/95/CE relative à la sécurité générale des produits. Ces règles générales sont complétées par des législations spécifiques selon le type de produit<sup>28</sup>.

Obtenir une autorisation administrative de mise sur le marché ne suffit pas à affranchir un producteur de sa responsabilité en cas de produit défectueux. Tout au plus le producteur peut-il faire valoir qu'en termes de conception et de présentation, le produit a été jugé sûr par les autorités administratives. Le juge civil n'est cependant pas lié par cette évaluation<sup>29</sup>.

---

<sup>26</sup> ATF 137 III 226 : « L'intention du législateur d'adapter le droit suisse au droit européen de manière autonome doit être prise en compte et il convient donc d'éviter de contrecarrer l'harmonisation voulue sans qu'il y ait pour cela un bon motif. »

<sup>27</sup> RS 930.11.

<sup>28</sup> Voir à ce sujet MARCHAND, Droit de la consommation, 2012, p. 97 ; Sur les différences subsistant entre le droit suisse et le droit européen, voir PFENNINGER, Produktsicherheitsrecht Schweiz – EU im Vergleich, AJP 2014, p. 1157.

<sup>29</sup> HESS, Commentaire Stämpfli, PrHG, Art. 4 N 10 ; voir à ce sujet TF, 02.03.2005, 4C\_386/2004, cons. 2.3.

### III. L'intégrité des autres sources de responsabilité

#### a. La réserve du droit national

La loi fédérale sur la responsabilité du fait des produits, dans la ligne de la directive 85/374, crée une responsabilité autonome, qui ne remplace ni ne modifie les autres règles de responsabilité du droit suisse. En droit européen, le principe posé à l'article 13 de la directive 85/374 sauvegarde l'intégralité des règles nationales du droit de la responsabilité. Ce principe est repris à l'article 11 LRFP.

#### b. Responsabilité civile et contractuelle du producteur

Les règles de la responsabilité civile du producteur restent donc applicables. En particulier, l'article 55 CO peut être invoqué par le consommateur à l'encontre de producteur qui a mis sur le marché un produit défectueux, indépendamment de toute responsabilité contractuelle<sup>30</sup>. Le dommage matériel ou corporel implique une illicéité de résultat. L'acte illicite est en règle générale commis par un employé du producteur. Dans ce cas, le consommateur bénéficie du renforcement de la responsabilité de l'employeur, créé par la jurisprudence du Tribunal fédéral relative à l'incombance de prévoir un système de contrôle de qualité satisfaisant<sup>31</sup>.

Lorsque le défaut est un défaut de conception et non de fabrication<sup>32</sup>, c'est-à-dire lorsque le produit, fabriqué conformément aux attentes du producteur, est néanmoins dangereux dans la façon dont il a été conçu, la responsabilité du producteur peut être une responsabilité pour acte illicite au sens de l'article 41 CO, dès lors que les organes du producteur au sens de l'article 55 CC ont validé la conception du produit<sup>33</sup>.

Lorsque le consommateur bénéficie d'une garantie du fabricant<sup>34</sup>, il peut faire valoir à l'égard du fabricant, sur la base d'une stipulation pour autrui parfaite dont il est le bénéficiaire, une prétention contractuelle, façonnée par la garantie contractuelle qui lui a été donnée par le détaillant.

---

<sup>30</sup> L'application de l'article 55 CO permet le cas échéant de dépasser le cadre limité du dommage réparable posé par l'article 1 LRFP. Voir à ce sujet TF, 25.01.2006, 4C.307/2005 cons. 2.

<sup>31</sup> Dans ce sens HESS, Commentaire Stämpfli, PrHG Art. 11 N 9 ; HONSELL, in: Haftpflichtrecht, 141.

<sup>32</sup> Sur la distinction, HESS, Commentaire Stämpfli, PrHG Art. 4, N 22 ss ; WERRO, Produktheftpflicht, Schweizerisches Privatrecht X, Konsumentenschutz im Privatrecht, p. 428 ss.

<sup>33</sup> HESS, Commentaire Stämpfli, PrHG Art. 4, N 13 et 14.

<sup>34</sup> Supra N I b.

### c. Exception du risque du développement

Dans tous les cas où le consommateur fait valoir une responsabilité civile ou contractuelle contre un producteur, se pose la question de savoir si le producteur garde le bénéfice des exceptions propres de la loi sur la responsabilité du fait du produit, en particulier l'exception du risque du développement<sup>35</sup>. Cette exception spécifique permet au producteur d'exclure sa responsabilité si les connaissances techniques et scientifiques disponibles au moment de la mise sur le marché du produit ne permettaient pas d'en déceler la dangerosité.

Formellement, l'exception du risque du développement est prévue par la LRFP et il serait contraire à l'esprit et à la lettre de l'article 11 LRFP d'étendre cette exception aux autres cas de responsabilité. L'impossibilité pour le producteur de connaître la dangerosité du produit au moment de sa mise sur le marché lui permettrait cependant de faire valoir que le contrôle de qualité mis en place était satisfaisant, et d'exclure sa responsabilité d'employeur au sens de l'article 55 CO. Il lui permettrait également de plaider l'absence de faute, et donc de se libérer d'une responsabilité aquilienne au sens de l'article 41 CO.

Une éventuelle garantie contractuelle conférée au consommateur par une clause de garantie fabricant pourrait-elle être paralysée par l'exception du risque du développement ? Une prétention en dommages et intérêts des consommateurs lésés par le produit dangereux serait en général soumise à une condition de faute qui permettrait au producteur de s'exonérer de sa responsabilité. Resterait cependant une porte entrouverte sur une responsabilité causale, pour le dommage direct des consommateurs, au sens de l'article 208 al. 2 CO<sup>36</sup>. Il s'agit d'un risque non négligeable pour un producteur qui met sur le marché un produit nouveau, et qui confère aux consommateurs, par l'intermédiaire de son réseau de distribution, une garantie fabricant.

---

<sup>35</sup> Art. 5 al. 1 let e LRFP. La Directive européenne laisse les Etats membres libres de prévoir ou non l'exception du risque du développement : art. 7 et 15b de la Directive 99 /34.

<sup>36</sup> WERRO/HURNI, in : Les prothèses à risque, in REAS 2012 p. 161, exclut l'application de l'article 208 al. 2 CO en concours avec un cas de responsabilité du fait d'un produit défectueux, en se référant à la jurisprudence de la Cour européenne de Justice, sans indiquer comment cette exclusion pourrait être conforme à la réserve de l'article 11 LRFP. Egalement de WERRO, La jurisprudence de la CJUE en matière de responsabilité du fait des produits et son impact sur l'application de l'article 208 al. 2 C, in: *Haftpflicht- und Versicherungsrecht/Droit de la responsabilité civile et des assurances*, Liber amicorum Roland Brehm 2012, p. 471 ss.

## IV. For et droit applicable

### a. For

Ni la Directive 85/374, ni la LRFP ne prévoient de for particulier. Il n'y a aucune règle spécifique à la responsabilité du fait des produits dans la LDIP, dans la Convention de Lugano, ou dans le Règlement du Bruxelles.

Les tribunaux suisses rattachent cependant la responsabilité du fait des produits à la responsabilité délictuelle<sup>37</sup>. Les règles de la LDIP et de la convention de Lugano déterminant le for en matière délictuelle sont donc applicables. Cela donne au consommateur le choix entre la compétence des tribunaux du siège du producteur (domicile du défendeur), du lieu de l'acte (mise du produit sur le marché) ou du lieu du résultat (lieu où le dommage est survenu)<sup>38</sup>. Il est également admis en droit européen qu'une action basée sur la responsabilité du fait des produits peut être introduite au for spécial de l'article 5.3 du Règlement de Bruxelles (compétence en matière délictuelle ou quasi délictuelle). Le « *lieu où le fait dommageable s'est produit* » est alternativement (au choix du demandeur) le lieu où le dommage est survenu ou le lieu de l'évènement causal qui est à l'origine du dommage, c'est-à-dire le lieu de fabrication du produit<sup>39</sup>.

Le choix du for peut être déterminant sur le droit applicable, puisque le juge compétent applique ses propres règles de conflit. Il peut donc être opportun pour un consommateur de choisir un for qui conduira à l'application d'un droit moins restrictif que le droit suisse ou européen (en termes de dommages punitifs), moins favorable au producteur (en termes d'exception du risque du développement) et plus flexible du point de vue procédural (avec l'existence éventuelle de *class actions* permettant une action collective des consommateurs).

### b. Droit applicable selon la LDIP

Pour le droit applicable en revanche, des règles spécifiques à la responsabilité du fait des produits existent autant dans la LDIP (applicable si le juge suisse est compétent) que dans le Règlement de Rome II (applicable si un juge de l'Union européenne est compétent)<sup>40</sup>.

<sup>37</sup> ATF 134 III 80.

<sup>38</sup> Art. 129 LDIP.

<sup>39</sup> CJE 16 janvier 2014, Andreas Kainz c. Pantherwerke AG, C-45/13.

<sup>40</sup> Art. 135 LDIP, art. 5 Règlement de Rome II. Quelques pays européens dont la France et l'Espagne ont cependant ratifié la Convention de La Haye de 1973 sur la loi applicable à la responsabilité du fait des produits, qui, tant qu'elle n'est pas dénoncée, s'applique en priorité sur le Règlement de Rome II (art. 28 du Règlement de Rome II).

L'article 135 LDIP laisse au consommateur le choix entre le droit du siège du producteur et le droit du lieu où le produit a été acquis. Ce choix est à la fois plus large et moins large qu'il n'y paraît.

Ce choix apparemment binaire est plus large qu'il n'y paraît en ce sens que le concept de producteur selon la loi sur la responsabilité du fait des produits est un concept qui recouvre plusieurs intervenants (fabricant réel, fabricant apparent, fabricant de pièces détachées, producteur de la matière première, importateur)<sup>41</sup>. Ces intervenants solidairement responsables peuvent avoir des sièges dans différents pays, ce qui multiplie les options du consommateur.

Cependant, le choix est moins ouvert qu'il n'y paraît pour deux raisons : en premier lieu, le juge suisse compétent n'accordera pas une indemnité excédant la réparation à laquelle le consommateur aurait eu droit en Suisse. *Exit* donc les dommages punitifs des pays anglo-saxons<sup>42</sup>. Le choix du miracle américain en termes d'indemnisation doit se faire au moment de la sélection du for, et non à celui de l'élection de droit.

En second lieu, le droit suisse protège le fabricant contre le risque de l'application du droit d'un pays où ses produits sont distribués contre sa volonté<sup>43</sup>. La littérature renforce la condition de l'article 135 al. 1 let. b LDIP en considérant que l'ignorance du producteur ne suffit pas. Il faut que le producteur prouve (1) qu'il s'est activement opposé à la distribution de ses produits dans cet Etat et (2) que cette opposition soit licite au regard du droit de la concurrence<sup>44</sup>. Malgré cette restriction, cette exception a le mérite d'éviter à un producteur de se voir imposer l'application du droit d'un Etat dans lequel il prend des mesures pour lutter contre des importations illicites.

### c. Le système en cascade du Règlement de Rome

Par contraste, l'article 5 du Règlement de Rome II est formulé de façon plus technique, à vrai dire assez difficile à appréhender pour un consommateur. Le système fonctionne par paliers :

---

<sup>41</sup> Infra N V.

<sup>42</sup> Art. 135 al. 2 LDIP ; VOLKEN in: Zürcher Kommentar zum IPRG, 2. Aufl. 2004, Art. 135 IPRG N 87 ss ; SCHRAMM/BUHR, Internationales Privatrecht, CHK - Handkommentar zum Schweizer Privatrecht, 2. Aufl. 2012, art. 135, N 17 ; AMSTUTZ, Trois mondes : responsabilité civile et mondialisation, in Ohne jegliche Haftung - Festschrift für Willi Fischer, Beiträge zum schweizerischen Haftpflicht- und Schuldrecht, 2016, p. 1ss, 8, considère que la norme constitue un plafond de responsabilité, mais n'affecte pas le type de dommage dont la réparation peut être demandée.

<sup>43</sup> Art. 135 al. 1 let. b *in fine* LDIP.

<sup>44</sup> VOLKEN in: Zürcher Kommentar zum IPRG, 2. Aufl. 2004, Art. 135 IPRG N 87 ss ; SCHRAMM/BUHR, Internationales Privatrecht, CHK - Handkommentar zum Schweizer Privatrecht, 2. Aufl. 2012, N 14.

1. Si le consommateur et le producteur ont leur siège dans le même pays, le droit de ce pays s'applique<sup>45</sup>.
2. Si le consommateur est domicilié au lieu où le produit a été commercialisé, le droit du pays du domicile du consommateur s'applique<sup>46</sup>.
3. Si le consommateur n'a pas son pays au lieu où le produit a été commercialisé, le droit du pays où le produit a été commercialisé s'applique si c'est également le lieu où le produit a été acheté<sup>47</sup>.
4. Si le produit a été commercialisé dans un Etat et acheté dans un autre, le droit du pays où le produit a été commercialisé si le dommage est survenu dans cet Etat<sup>48</sup>.

Ce petit chef d'œuvre de technocratie juridique ne prévoit pas ce qui se passe si le produit est acheté dans un pays où il n'a pas été commercialisé et si le dommage survient dans le pays de l'achat. Par exemple un Allemand qui achète d'occasion en Allemagne un appareil électronique français qui a été commercialisé en France, et qui est blessé en Allemagne par ce produit, n'arrive pas à déterminer le droit applicable d'après le texte, pourtant sophistiqué, de l'article 5 du Règlement de Rome II. Le droit suisse a le mérite de la simplicité et, cela va de pair, de l'exhaustivité.

#### **d. Commercialisation contre le gré du producteur**

Si, au sortir de ce labyrinthe juridique, le consommateur arrive à déterminer que le droit du lieu où le produit a été commercialisé doit s'appliquer, encore lui faut-il compter avec l'exception de l'article 5 al. 1 *in fine* du Règlement de Rome II. Le droit du pays où le produit a été commercialisé ne s'applique pas si le producteur ignorait que ses produits étaient commercialisés dans cet Etat. Dans ce cas, c'est le droit du lieu du siège du producteur qui s'applique.

On retrouve dans cette exception l'idée de l'article 135 al. 1 let b LDIP : il est abusif d'imposer au producteur l'application du droit d'un pays dans lequel il n'a pas choisi de commercialiser ses produits. La formulation suisse nous semble cependant préférable. En droit européen, un producteur qui apprend que ses produits sont commercialisés contre sa volonté dans un pays qu'il n'a pas choisi, et qui lutte contre cette commercialisation parallèle, ne peut bénéficier de l'exception de l'article 5 al. 1 *in fine* du Règlement de Rome II : il ne peut en effet pas prétendre qu'il ignorait ou ne pouvait prévoir cette commercialisation contre laquelle il luttait.

---

<sup>45</sup> Art. 4 par. 2 réservé par l'article 5 par. 1 du Règlement Rome II.

<sup>46</sup> Art. 5 par. 1 let. a du Règlement Rome II.

<sup>47</sup> Art. 5 par. 1 let. b du Règlement Rome II.

<sup>48</sup> Art. 5 par. 1 let. c du Règlement Rome II.

**e. Lien étroit avec un autre droit ; consommateur partie à un contrat avec le fabricant**

Un principe général de la LDIP<sup>49</sup> repris par la disposition spéciale en matière de responsabilité du fait des produits dans le Règlement de Rome II<sup>50</sup>, autorise le juge à appliquer un autre droit, qui a des liens manifestement plus étroit avec la cause. L'exemple mentionné à l'article 5 par. 2 du Règlement de Rome II est celui de l'existence d'un contrat : si le consommateur a acheté le produit auprès du producteur, alors le droit applicable au contrat doit en effet s'appliquer à la garantie pour les défauts et à la responsabilité du fait des produits. Encore faut-il que ce droit ait été choisi par les parties en conformité avec les règles impératives de protection du droit du domicile du consommateur<sup>51</sup>.

En droit international privé suisse, la question pourrait se poser de savoir si l'exception de l'article 133 al. 3 LDIP (le droit applicable à la relation contractuelle entre les parties régit aussi la responsabilité délictuelle) s'applique également dans le cadre de l'article 135 LDIP, lorsque le consommateur et le fabricant sont liés par une relation contractuelle. Le texte de l'article 5 du Règlement de Rome II plaide en faveur de l'admission de cette exception. Elle nous paraît devoir être d'autant plus facilement admise que le producteur ne peut imposer au consommateur, par une élection de droit figurant dans ses conditions générales, un droit qui violerait les principes de protection du droit du domicile du consommateur.

**f. Dommage punitif**

Le droit européen ne reprend pas le garde-fou de l'article 135 al. 2 LDIP<sup>52</sup>. Un juge européen amené à appliquer, selon l'article 5 du Règlement de Rome II, un autre droit que le sien, ne peut prétendre limiter les effets de ce droit au dommage réparable selon le droit du for. Le juge européen qui ne souhaite pas accorder des dommages punitifs peut cependant toujours se référer à l'exception de l'ordre public (art. 26 du Règlement de Rome II)<sup>53</sup>.

---

<sup>49</sup> Art. 15 LDIP.

<sup>50</sup> Art. 5 par. 2 du Règlement Rome II.

<sup>51</sup> Art. 120 LDIP ; art. 6 du Règlement Rome I.

<sup>52</sup> Le projet de Règlement contenait cette réserve qui a été abandonnée: voir OTHENIN-GIRARD, Règlement Rome II et LDIP: quelques points de convergence et de divergence, RSJ 105/2009 p. 381, 387.

<sup>53</sup> Le ch. 32 du préambule du Règlement de Rome II précise que l'application d'une disposition du droit étranger qui conduirait à l'octroi de dommages et intérêts exemplaires ou punitifs non compensatoires excessifs peut être considérée comme contraire à l'ordre public du for (art. 26 Rome II), compte tenu des circonstances de l'espèce et de l'ordre juridique de l'Etat membre de la juridiction saisie.

## V. Le producteur

### a. Le principe de solidarité

Dans un système de responsabilité classique, le lésé doit trouver le fautif (art. 41 CO) ou son employeur (art. 55 CO). La complexité des systèmes modernes de fabrication et de distribution rendent presque impossible la recherche de la personne fautive ou de l'employeur responsable. La solution retenue dans la législation suisse et européenne sur la responsabilité du fait des produits est celle d'une responsabilité causale (ce qui évite la recherche du fautif), complétée par la solution simple (pour le consommateur) d'une solidarité de tous les intervenants à la chaîne de production et de distribution<sup>54</sup>.

Cette solidarité est régie en droit suisse par les règles générales du Code des obligations, qui offrent le choix au lésé de faire valoir la totalité de sa créance à l'égard de chacun des co-responsables<sup>55</sup>.

### b. La notion de producteur

Le producteur est avant tout le fabricant réel d'un produit<sup>56</sup>, même s'il n'est pas le fabricant qui apparaît sur l'emballage ou dans la publicité liée au produit, et même si le défaut est dû à l'un des composants fabriqués par un tiers ou à la matière première fournie par un tiers.

Le fabricant apparent, qui apparaît sur l'emballage ou dans la publicité du produit, et qui est souvent le dépositaire de la marque utilisée pour commercialiser le produit, est solidairement responsable avec le fabriquant réel<sup>57</sup>. Le fait que le consommateur connaisse le fabricant réel n'exclut pas une action contre le fabricant apparent<sup>58</sup>. Les marques prestigieuses connues du grand public ne s'affranchissent donc pas de leur responsabilité en faisant fabriquer leurs produits par des sous-traitants. L'indication claire sur l'emballage ou la publicité que le produit est fabriqué par un tiers identifié devrait cependant permettre au titulaire de la marque de ne pas être fabricant apparent au sens de la loi sur la responsabilité du fait du produit.

Le producteur de la matière première utilisée dans la fabrication du produit, ou d'un composant du produit, est également solidairement responsable

---

<sup>54</sup> Art. 7 LRFP = art. 5 Directive 85 /374.

<sup>55</sup> Art. 144 al. 1 CO. VITO, Schweizerisches Haftpflichtrecht, 2002, N 379, note que les rapports internes sont régis selon l'article 50 CO. Ces rapports internes sont cependant essentiellement tributaire des contrats passés entre les différents responsables.

<sup>56</sup> Art. 2 al. 1 let. a LRFP = art. 3 ch. 1 Directive 85 /374.

<sup>57</sup> Art. 2 al. 1 let. b LRFP = art. 3 ch. 1 Directive 85 /374.

<sup>58</sup> HUGUENIN, Obligationenrecht - Allgemeiner und Besonderer Teil, 2 Aufl. 2014 N 2100.

avec le fabricant réel ou le fabricant apparent<sup>59</sup>. Selon l'article 5 al. 2 LRFP, le producteur de la matière première et le fabricant d'un composant peuvent se libérer de leur responsabilité en prouvant que le défaut est imputable à la conception du produit dans lequel la matière première ou la partie composante est incorporée, ou aux instructions données par le fabricant du produit. Il n'appartient donc pas au consommateur de prouver que la matière première ou un composant était défectueux, pour faire valoir la responsabilité solidaire de leurs producteurs. La preuve libératoire d'un défaut de conception du produit, ou des instructions défaillantes données par le fabriquant, doit être apportée par le producteur concerné.

On peut se demander si la formulation de l'article 5 al. 2 LRFP n'est cependant pas trop étroite. D'autres cas que celui d'un défaut de conception du produit ou celui d'instructions défaillantes devraient permettre au producteur d'un composant ou de la matière première de se libérer de sa responsabilité, lorsque le défaut du produit final n'est pas lié à cette partie du produit. Si par exemple un autre composant est défectueux, ou si le produit a été mal fabriqué au moment de l'assemblage des pièces (ce qui relève d'un défaut de fabrication et non de conception), il n'y a pas de responsabilité causale du producteur de la pièce détachée ou de la matière première non défectueuse<sup>60</sup>. Une solution à ce problème peut se trouver à l'article 5 al. 1 let. b LRFP<sup>61</sup> : le producteur d'une pièce détachée ou de la matière première n'est pas responsable s'il établit que le défaut ayant causé le dommage n'existait pas au moment où il a livré la matière première ou le composant en question. Cela suppose cependant que la notion de « *mise en circulation* » utilisée à l'article 5 al. 1 let. b LRFP soit appréciée de façon différenciée pour chaque pièce du produit, et que la notion de « *produit* » utilisée dans cette règle ne vise pas uniquement le produit final vendu au consommateur, mais chaque pièce de ce produit. Il eut été plus simple d'indiquer à l'article 5 al. 2 LRFP que le producteur d'un composant ou de la matière première n'est responsable que si le défaut du produit final est dû à ce composant ou à la matière première en question.

Enfin, l'importateur commercial du produit est également solidairement responsable avec les fabricants réels ou apparents<sup>62</sup>. C'est une lourde responsabilité pour l'importateur, qui n'est évidemment pour rien dans le défaut du produit. Cela permet au consommateur d'agir contre un producteur qui se trouve dans son pays, sans devoir forcément assigner un fabricant réel ou ap-

---

<sup>59</sup> Art. 2 al. 1 let. a LRFP = art. 3 ch. 1 Directive 85 /374.

<sup>60</sup> FELLMAN, Basler Kommentar, PrHG Art. 2, N 9, considère à juste titre que le producteur de matière première n'a pas à répondre des défauts survenus dans le processus de fabrication du produit, après livraison de la matière première.

<sup>61</sup> HESS, Commentaire Stämpfli, PrHG Art. 2, N 58 ; contra HONSELL, in: Haftpflichtrecht, 137, selon lequel la seule preuve libératoire est celle de l'article 5 al. 2.

<sup>62</sup> Art 2 al. 1 let. c LRFP = art. 3 ch. 2 Directive 85 /374.

parent dont le siège est à l'étranger. Dans l'Union européenne, la notion d'importateur est cependant limitée à l'importateur d'un produit provenant d'un pays tiers (hors UE), puisque le principe de libre circulation des biens s'applique dans tout l'espace européen<sup>63</sup>.

### **c. La responsabilité subsidiaire du fournisseur**

Lorsque l'identité du producteur n'est pas connue, le fournisseur d'un produit assume une responsabilité subsidiaire pour le défaut du produit tant qu'il n'indique pas au consommateur l'identité du producteur<sup>64</sup>. Il s'agit donc d'une sanction à une obligation de dénonciation, justifiée par la difficulté pour le consommateur d'identifier le producteur d'un produit dans certains cas.

La notion de fournisseur n'est pas définie. Il s'agit du vendeur qui a conclu le contrat de vente avec le consommateur ou de tout autre intermédiaire connu du consommateur<sup>65</sup>. Cela comprend également la mise à disposition du produit dans le cadre d'un contrat de leasing ou de bail<sup>66</sup>. La doctrine pose en général la condition de l'activité professionnelle du fournisseur<sup>67</sup>, qui ne ressort cependant pas du texte légal. Elle nous semble justifiée en ce sens qu'un revendeur non-professionnel peut avoir les mêmes difficultés que le consommateur lui-même à identifier le producteur.

Dans le cas où le vendeur du produit assume cette responsabilité subsidiaire, celle-ci entre en concours avec sa responsabilité découlant du contrat de vente, et en particulier la garantie pour les défauts. Il s'agit d'un concours alternatif, le consommateur pouvant librement choisir d'agir soit sur la base du contrat de vente, soit sur la base de la responsabilité du fait des produits. Les éventuelles limitations ou exemptions de garantie qui se trouvent dans le contrat (le plus souvent dans les conditions générales du vendeur) ne peuvent conduire à une limitation de la responsabilité du fait des produits, qui est de droit impératif<sup>68</sup>. Le fournisseur, en concours avec le producteur, assume également dans ce cas des obligations administratives découlant de la loi fédérale sur la sécurité des produits<sup>69</sup>.

---

<sup>63</sup> Ce point ressort clairement de la formulation de l'article 32 ch. 2 de la Directive 85/374, qui parle d'importation dans la Communauté.

<sup>64</sup> Art. 2 al. 2 LRFP = art. 3 ch. 3 Directive 85 /374.

<sup>65</sup> HUGUENIN, *Obligationenrecht - Allgemeiner und Besonderer Teil*, 2. Aufl. 2014, N 2102.

<sup>66</sup> HESS, *Commentaire Stämpfli*, PrHG Art. 2, N 110, qui considère que même l'auteur d'un cadeau pourrait être considéré comme fournisseur, ce qui nous semble aller trop loin.

<sup>67</sup> FELLMANN, *Basler Kommentar*, Basler Kommentar, PrHG Art. 2, N 16.

<sup>68</sup> Art. 8 LRFP = art. 12 Directive 85 /374.

<sup>69</sup> Art. 8 al. 4 et 5 LSP (RS 930.11).

## VI. Le défaut

### a. Une notion autonome

La notion de défaut dans la législation sur la responsabilité du fait des produits ne recouvre pas celle du droit de la vente<sup>70</sup> : en matière de vente, sont déterminants la qualité moyenne de la chose, et les qualités promises par le vendeur. En matière de responsabilité du fait des produits, le critère est celui de la sécurité à laquelle le consommateur peut légitimement s'attendre. Un produit qui n'a pas les qualités promises par le vendeur, mais qui n'est pas dangereux pour le consommateur, ne sera donc pas défectueux au sens de la responsabilité du fait des produits. En particulier la livraison d'un *aliud* (une chose autre que celle qui a été commandée) ne donne pas lieu à une responsabilité du fait des produits, tant que cet *aliud* n'est pas dangereux.

Un produit inutilisable ou inefficace est défectueux en droit de la vente. Il s'agit d'un cas classique de garantie. Du point de vue de la responsabilité du fait des produits, ce caractère inutilisable ou inefficace ne constitue pas encore un défaut, sauf si cette circonstance est de nature à mettre le consommateur en danger, en le dissuadant d'utiliser un produit utile ou efficace. Un appareil vidéo qui ne fonctionne pas est clairement un cas de défaut dans la vente, mais pas dans la responsabilité du fait des produits car ce n'est pas un danger pour le consommateur que de ne pas pouvoir regarder une vidéo. En revanche, un médicament inefficace peut être dangereux s'il dissuade le consommateur de prendre un autre médicament qui pourrait le guérir ou le soigner. Un extincteur inutilisable est dangereux s'il dissuade le consommateur d'acquérir un extincteur efficace<sup>71</sup>. En cas d'incendie, le consommateur pourra donc faire valoir la responsabilité du fait des produits du producteur de l'extincteur inefficace.

### b. Les attentes légitimes du consommateur

Les attentes légitimes du consommateur en terme de sécurité s'examinent au regard de toutes les circonstances objectives<sup>72</sup>, mais en particulier : la présentation du produit, l'usage qui peut en être raisonnablement attendu, et sa date de mise en circulation<sup>73</sup>.

---

<sup>70</sup> HESS, Commentaire Stämpfli, PrHG Art. 4, N 28 ; BÜHLER, AJP 1993, 1427 ; ATF 137 III 226, cons. 3.2.

<sup>71</sup> ATF 139 II 534.

<sup>72</sup> Il s'agit des circonstances objectives et reconnaissables par les deux parties, et non de circonstances uniquement connues du consommateur ou du producteur : HESS, Commentaire Stämpfli, PrHG Art. 4, N 73 ; TASCHNER/FRIETSCH, Produkthaftungsgesetz und EG Produkthaftung Richtlinie, Kommentar, 2. Aufl. 1990. Art. 6, N 12 ss.

<sup>73</sup> Art. 4 al. 1 LRFP = art. 6 - Directive 85 /374.

La présentation du produit comprend notamment toutes les indications relatives à son utilisation (mode d'emploi), et à ses dangers potentiels. Un produit peut être intrinsèquement dangereux (une scie électrique par exemple) sans être défectueux, si des informations claires et suffisantes sont données au consommateur sur l'utilisation du produit. Ces informations claires doivent, le cas échéant, passer par des symboles graphiques, si le producteur doit s'attendre à ce que des consommateurs ne parlant pas la langue du lieu de commercialisation soient en contact avec le produit<sup>74</sup> ; elles doivent être adaptées à leur public probable, et ne pas être trop techniques, ou uniquement en anglais, si elles ne sont pas destinées à des professionnels<sup>75</sup>.

Se pose dès lors la question de savoir si les mises en garde du producteur suffisent à exclure un défaut. Admis de façon trop générale, ce principe conduirait à autoriser le producteur à exclure sa responsabilité, ce qui ne serait pas compatible avec l'article 8 LRFP. Un équilibre doit donc exister entre la sécurité intrinsèque du produit et les informations qui peuvent être données par le producteur sur les risques résiduels liés à l'usage du produit<sup>76</sup>.

L'usage qui peut raisonnablement être attendu du consommateur est également un critère retenu par l'article 4 LRFP. Selon le Tribunal fédéral, ce critère repose sur la notion de « *consommateur moyen* »<sup>77</sup>, qui est donc une notion objective. Encore faut-il distinguer selon le type d'utilisateur que ce produit peut impliquer : des jouets sont destinés aux enfants, et la sécurité doit être adaptée. L'article 3 de la loi sur la sécurité des produits indique également différents critères de sécurité. Ceux-ci interviennent en amont, au moment de l'autorisation de mise sur le marché du produit. Ils restent cependant utiles dans la détermination du caractère défectueux du produit, si celui-ci a passé l'étape administrative de l'autorisation de mise sur le marché<sup>78</sup>. Ainsi l'interaction entre le produit et d'autres produits doit être prise en compte. La question est notamment sensible pour les médicaments, et peut être gérée par le producteur à travers le mode d'emploi du médicament et les contre-indications. Le public visé (personnes âgées, handicapés, enfants) implique également une adaptation de la sécurité du produit. La durée d'utilisation indiquée ou prévisible du produit est enfin un critère pertinent, en ce sens qu'un produit dont l'utilisation n'est pas limitée doit être suffisamment résistant pour ne pas devenir dangereux par usure.

---

<sup>74</sup> HESS, Commentaire Stämpfli, PrHG Art. 4, N 96.

<sup>75</sup> VITO, Schweizerisches Haftpflichtrecht, 2002, N 374.

<sup>76</sup> HESS, Commentaire Stämpfli, PrHG Art. 4, 94.

<sup>77</sup> ATF 137 III 226.

<sup>78</sup> HESS, Commentaire Stämpfli, PrHG Art. 4, N 6 ; BÜHLER, Die Produktsicherheit als Bestandteil des schweizerischen Rechtsordnung, Diss. Zürich, 2012, p. 45, 48.

La date de mise sur le marché est le dernier critère retenu par l'article 4 LRFP. Les attentes des consommateurs évoluent avec le temps, et il suffit de penser au système de sécurité des voitures pour considérer qu'une voiture mise sur le marché il y a une dizaine d'années n'a pas les mêmes systèmes de sécurité qu'une voiture neuve, sans être défectueuse pour autant<sup>79</sup>.

L'absence de sécurité requise peut résulter de différentes circonstances : il peut s'agir d'un produit mal conçu (une arme de chasse où aucun cran de sécurité n'est prévu). Dans ce cas, tous les produits mis sur le marché sont défectueux au sens de la responsabilité du fait des produits. Il peut s'agir d'un problème de fabrication, qui concerne un produit en particulier, ou une série de produits, dans un cas où la fabrication ne correspond pas à la conception du produit (une arme de chasse dans laquelle un employé du producteur a oublié de placer le cran de sécurité). Il peut enfin s'agir d'un produit bien conçu et bien fabriqué, mais dont le mode d'emploi ou les conseils d'utilisation sont mal rédigés, et susceptibles de mettre le consommateur en danger (une arme de chasse dont le mode d'emploi n'indique pas comment faire fonctionner le cran de sécurité). On peut donc distinguer les défauts de conception, les défauts de fabrication, et les défauts de présentation. Cette distinction n'a cependant aucun effet sur la responsabilité du fait des produits<sup>80</sup>, qui est acquise dès lors que le produit n'offre pas la sécurité requise, quelles que soient les circonstances conduisant à cette situation.

### **c. La preuve du défaut**

L'article 4 de la directive 85/374 met à la charge du consommateur la preuve du défaut, du dommage et du lien de causalité entre les deux. La loi fédérale ne reprend pas cette règle, mais le principe de l'article 4 de la directive correspond au régime général de la preuve en droit suisse, tel qu'il ressort de l'article 8 CC. Il n'y a donc pas de divergence entre les deux ordres juridiques sur ce point.

Le Tribunal fédéral a confirmé cette charge de la preuve dans un arrêt où il a considéré que le consommateur qui ne garde pas le produit défectueux après survenance du dommage ne peut plus apporter la preuve de ce défaut<sup>81</sup>.

Dans un autre arrêt, le Tribunal fédéral a cependant, à juste titre à notre avis, atténué cette charge de la preuve en considérant qu'un consommateur

---

<sup>79</sup> Voir à ce sujet art. 4 al. 2 LRFP = art 6 Directive 85 /374.

<sup>80</sup> HESS, Commentaire Stämpfli, PrHG Art. 4, N 31 ; FELLMANN, Basler Kommentar, OR I, PrHG Art. 4, N 4. Dans l'ATF 137 III 226, Le Tribunal fédéral a cependant considéré à juste titre que l'exception du risque de développement (art. 5 al. 1 let e LRFP) ne s'applique pas en cas de défaut de fabrication.

<sup>81</sup> ATF 137 III 226.

qui peut prouver qu'il a utilisé le produit normalement, et a néanmoins subi un dommage de ce fait, bénéficie d'une présomption de défectuosité du produit<sup>82</sup>. Cette jurisprudence nous semble opportune, en ce sens que le consommateur n'a pas la capacité de démontrer techniquement les défaillances du produit. La constatation du dommage causé par l'usage suffit à considérer que le produit n'offre pas les garanties de sécurité suffisantes, quelles que soient les considérations techniques qui expliquent l'évènement dommageable. Encore faut-il cependant que le consommateur établisse le lien de causalité entre l'usage et le dommage. C'est souvent difficile lorsque le dommage n'intervient qu'après un certain laps de temps, comme dans le cas par exemple des maladies provoquées à terme par un produit toxique.

## VII. Conclusion et transition

La causalité, sur laquelle s'achève cet exposé introductif, est, à notre avis, le talon d'Achille de la responsabilité du fait des produits. La question sera traitée par l'exposé qui suivra. À titre de transition entre cette introduction et le prochain exposé, qu'il nous soit permis de citer un passage d'un ouvrage de Greg Palast :

*Quoi qu'il en soit, me dit-il, les parents d'enfants décédés allaient se retrouver face à un obstacle de taille lors du procès: « Si quelqu'un a attrapé un cancer ici, ils doivent pouvoir prouver que c'est à cause du pétrole brut ou des installations des compagnies pétrolières. Et, dans un second temps, ils doivent prouver que c'est à cause de «notre» pétrole. » Perez s'est calé au fond de son fauteuil avec un grand sourire. « Et ça, c'est absolument impossible. » Son sourire est devenu encore plus rayonnant.<sup>83</sup>*

Le même sourire pourrait dans quelques années illuminer le visage du fabricant d'une marque de cigarettes, ou du fabricant d'un autre produit à dangerosité différée, qui exigera que le consommateur prouve que sa maladie est due à l'usage de ce produit, et encore le produit de la marque et non d'une marque concurrente.

---

<sup>82</sup> ATF 133 III 81 ; également RJN 2010, p. 266.

<sup>83</sup> PALAST, *Le pique-nique des vautours*, Denoël, 2013, p. 240.